

# Direito:



Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos  
(Organizador)

**Atena**  
Editora

Ano 2021

# Direito:

Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos  
(Organizador)

 **Atena**  
Editora

Ano 2021



**Editora Chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Assistentes Editoriais**

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto Gráfico e Diagramação**

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

**Imagens da Capa**

Shutterstock

**Edição de Arte**

Luiza Alves Batista

**Revisão**

Os Autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

**Conselho Editorial**

**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais  
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense  
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense  
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo  
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá  
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará  
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros  
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Instituto Internazionele delle Figlie di Maria Ausiliatrice  
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador  
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

#### **Ciências Agrárias e Multidisciplinar**

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano  
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria  
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás  
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados  
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná  
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia  
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa  
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará  
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia  
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido  
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará  
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa  
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão  
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará  
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido



Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

### **Ciências Biológicas e da Saúde**

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília

Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás

Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri

Profª Drª Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina

Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília

Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina

Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira

Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra

Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras

Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia

Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco

Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará

Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas

Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará

Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá

Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados

Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino

Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora

Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

### **Ciências Exatas e da Terra e Engenharias**

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto

Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás

Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná

Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás

Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia

Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará  
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho  
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande  
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá  
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora  
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba  
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas  
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

### **Linguística, Letras e Artes**

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins  
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro  
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará  
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões  
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná  
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná  
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará  
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobbon – Universidade Estadual do Centro-Oeste  
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

### **Conselho Técnico Científico**

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo  
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza  
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba  
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí  
Prof. Dr. Alex Luis dos Santos – Universidade Federal de Minas Gerais  
Prof. Me. Alessandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional  
Profª Ma. Aline Ferreira Antunes – Universidade Federal de Goiás  
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão  
Profª Ma. Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa  
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico  
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia  
Profª Ma. Anelisa Mota Gregoleti – Universidade Estadual de Maringá  
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão  
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais  
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco  
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar

Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos  
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Me. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná  
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo  
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas  
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará  
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília  
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa  
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco  
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás  
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia  
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases  
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina  
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil  
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita  
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás  
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí  
Prof. Dr. Everaldo dos Santos Mendes – Instituto Edith Theresa Hedwing Stein  
Prof. Me. Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás  
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora  
Prof. Me. Fabiano Eloy Atílio Batista – Universidade Federal de Viçosa  
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas  
Prof. Me. Francisco Odécio Sales – Instituto Federal do Ceará  
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo  
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária  
Prof. Me. Givanildo de Oliveira Santos – Secretaria da Educação de Goiás  
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná  
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina  
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza  
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia  
Prof. Me. Javier Antonio Alborno – University of Miami and Miami Dade College  
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará  
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social  
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe  
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay  
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco  
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás  
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFGA  
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis

Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR  
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará  
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ  
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás  
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe  
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná  
Profª Ma. Luana Ferreira dos Santos – Universidade Estadual de Santa Cruz  
Profª Ma. Luana Vieira Toledo – Universidade Federal de Viçosa  
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados  
Profª Ma. Luma Sarai de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas  
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos  
Prof. Me. Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva – Governo do Estado do Espírito Santo  
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior  
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo  
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará  
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri  
Prof. Me. Pedro Panhoca da Silva – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
Profª Drª Poliana Arruda Fajardo – Universidade Federal de São Carlos  
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco  
Prof. Me. Renato Faria da Gama – Instituto Gama – Medicina Personalizada e Integrativa  
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal  
Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba  
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco  
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão  
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo  
Profª Ma. Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno – Universidade Estadual do Oeste do Paraná  
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana  
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo  
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

## Direito: ramificações, interpretações e ambiguidades

**Editora Chefe:** Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira  
**Bibliotecária:** Janaina Ramos  
**Diagramação:** Camila Alves de Cremo  
**Correção:** Mariane Aparecida Freitas  
**Edição de Arte:** Luiza Alves Batista  
**Revisão:** Os Autores  
**Organizador:** Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

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

D598 Direito: ramificações, interpretações e ambiguidades /  
Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. –  
Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5706-888-5

DOI 10.22533/at.ed.885211003

1. Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de  
(Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

**Atena Editora**

Ponta Grossa – Paraná – Brasil  
Telefone: +55 (42) 3323-5493

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

contato@atenaeditora.com.br



## DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa.

## APRESENTAÇÃO

Em **DIREITO: RAMIFICAÇÕES, INTEPRETAÇÕES E AMBIGUIDADES 1**, coletânea de vinte e quatro capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, nesse primeiro volume, três grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito constitucional e direitos humanos; estudos em direito civil e processual civil; e estudos em direito do consumidor.

Estudos em direito constitucional e direitos humanos traz análises sobre constitucionalismo do futuro, princípios constitucionais, responsabilidade internacional dos estados, tribunal penal internacional, medidas de proteção, dados pessoais, família e educação.

Em estudos em direito civil e processual civil são verificadas contribuições que versam sobre relações negociais, direito autoral, direito à moradia, mediação, responsabilidade civil, alienação parental, família, relações poliafetivas e precedentes.

Por fim, em estudos em direito do consumidor, há abordagens que tratam de temas como políticas públicas, hipervulnerabilidade, idoso e contratos consumeristas bancários.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

## SUMÁRIO

### **CAPÍTULO 1..... 1**

O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA VIABILIDADE DAS PREMISSAS DO CONSTITUCIONALISMO DE JOSÉ ROBERTO DROMI NO BRASIL

Carolayne Rocha dos Santos

Cícera Amanda Guilherme Fernandes

Fernando Menezes Lima

**DOI 10.22533/at.ed.8852110031**

### **CAPÍTULO 2..... 13**

A PRIMAZIA DO CHECKLIST EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO E DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

Ruan Andrade

**DOI 10.22533/at.ed.8852110032**

### **CAPÍTULO 3..... 24**

AS IMPLICAÇÕES DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS POR ATOS ILÍCITOS COMETIDOS CONTRA A COMUNIDADE INTERNACIONAL

Leonardo Neves de Albuquerque

Lucas Groff Campos

Raquel Dias de Oliveira

**DOI 10.22533/at.ed.8852110033**

### **CAPÍTULO 4..... 36**

PROSECUTOR *VERSUS* JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO: O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A RESPONSABILIDADE DO COMANDO

Geziela lensue

**DOI 10.22533/at.ed.8852110034**

### **CAPÍTULO 5..... 60**

OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO INTERNACIONAL: PARA ALÉM DOS LIMITES DE UMA OBRIGAÇÃO ESPECÍFICA?

André Luiz Olivier da Silva

**DOI 10.22533/at.ed.8852110035**

### **CAPÍTULO 6..... 74**

A IMPLEMENTAÇÃO DA CQCT/OMS E A PROPOSTA DE FIM DE JOGO DA EPIDEMIA DO TABACO NA VISÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Christiane Soares Pereira Madeira

Celso Murilo Madeira

Eglaise de Miranda Esposto

**DOI 10.22533/at.ed.8852110036**

### **CAPÍTULO 7..... 81**

MEDIDAS DE PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RISCO:

## OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Tiffany Leite Yu

**DOI 10.22533/at.ed.8852110037**

### **CAPÍTULO 8..... 90**

#### **ASPECTOS PRÁTICOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO**

Plinio Lacerda Martins

Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski

Paula Cristiane Pinto Ramada

**DOI 10.22533/at.ed.8852110038**

### **CAPÍTULO 9..... 99**

#### **O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE DO COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Mariana Boechat da Costa

**DOI 10.22533/at.ed.8852110039**

### **CAPÍTULO 10..... 113**

#### **O ESTADO E A FAMÍLIA COMO RESPONSÁVEIS PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**

Emanuelle de Souza Oberst Cordovil

Jenifer Bueno Diniz

**DOI 10.22533/at.ed.88521100310**

### **CAPÍTULO 11..... 130**

#### **DIREITOS HUMANOS, EDUCAÇÃO PARA A PAZ E COMUNICAÇÃO CONSTRUTIVO-HUMANIZADORA EM LÍNGUA PORTUGUESA**

#### **UMA ANÁLISE DIACRÔNICA E LINGÜÍSTICO-INTERCULTURAL DE GÊNEROS DISCURSIVOS, PARA A SUPERAÇÃO DE VIOLÊNCIAS E A CONSTRUÇÃO ÉTICO-PACIFISTA DE ALTERNATIVAS PARA UM MUNDO MELHOR**

Marcelo Bernardo de Andrade

Maria José de Matos Luna

**DOI 10.22533/at.ed.88521100311**

### **CAPÍTULO 12..... 143**

#### **DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Adiloar Franco Zemuner

João Pedro Bezerra Ferreira

Rodolfo Gonçalves de Aguiar

**DOI 10.22533/at.ed.88521100312**

### **CAPÍTULO 13..... 158**

#### **O FAIR USE NA INDÚSTRIA FONOGRAFICA: UM ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE NO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO**

Monique Peixoto de Souza

Marcelo Romão Marineli

**DOI 10.22533/at.ed.88521100313**

<b>CAPÍTULO 14</b> .....	<b>171</b>
URBANIZAÇÃO, DIREITO À MORADIA E RISCOS DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL PREVISTO NA LEI NA LEI 9.514/1997	
Ivandel Valdir Moraes de Brito	
Jerri Adriani Barbieri	
<b>DOI 10.22533/at.ed.88521100314</b>	
<b>CAPÍTULO 15</b> .....	<b>189</b>
O AVANÇO DA RESOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTAS NO BRASIL POR MEIO DA MEDIAÇÃO ONLINE	
Quíssila Renata de Carvalho Pessanha	
Sabrina Nagib de Sales Borges	
<b>DOI 10.22533/at.ed.88521100315</b>	
<b>CAPÍTULO 16</b> .....	<b>201</b>
ESCUA ATIVA COMO FERRAMENTA DE MUDANÇA E SEU PAPEL NA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA	
Verônica de Oliveira Beninca	
Rita Santa de Faria de Sá	
<b>DOI 10.22533/at.ed.88521100316</b>	
<b>CAPÍTULO 17</b> .....	<b>213</b>
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DST E O CASAMENTO	
Pamella Gomes do Valle	
Eddy Clebber Dalssoto	
<b>DOI 10.22533/at.ed.88521100317</b>	
<b>CAPÍTULO 18</b> .....	<b>215</b>
CONSIDERAÇÕES TANGENTES ÀS PROPOSTAS DE REVOGAÇÃO DA LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A (DES)PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS	
Gabriela Brito de Souza	
<b>DOI 10.22533/at.ed.88521100318</b>	
<b>CAPÍTULO 19</b> .....	<b>230</b>
O ESTADO BRASILEIRO E O CONCEITO DE FAMÍLIA NO BINÔMIO MORALIDADE X LEGALIDADE	
Luis Felipe Rocha Rodrigues da Silva	
<b>DOI 10.22533/at.ed.88521100319</b>	
<b>CAPÍTULO 20</b> .....	<b>245</b>
RELAÇÕES POLIAFETIVAS E SUA IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO NO CARTÓRIO PERANTE A DECISÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	
Giovana de Paula Faria Correa Silva	
Thiago Rodrigues Moreira	
<b>DOI 10.22533/at.ed.88521100320</b>	



<b>CAPÍTULO 21</b> .....	<b>259</b>
PRECEDENTES: INSTRUMENTOS FUNDAMENTADOS NA COERÊNCIA IMPERATIVA DA CONCRETIZAÇÃO JUSFUNDAMENTAL DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE	
Lucas Moreschi Paulo	
DOI 10.22533/at.ed.88521100321	
<b>CAPÍTULO 22</b> .....	<b>269</b>
OS DIFERENTES PARADIGMAS QUE FUNDAMENTAM O DIREITO BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DEFESA COLETIVA DE CONSUMIDORES	
Rodrigo Aquino Bucussi	
DOI 10.22533/at.ed.88521100322	
<b>CAPÍTULO 23</b> .....	<b>281</b>
A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO FRENTE AO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	
Fábio Oliveira Costa	
Leda Santana de Oliveira Noletto	
Zilmária Aires dos Santos	
DOI 10.22533/at.ed.88521100323	
<b>CAPÍTULO 24</b> .....	<b>292</b>
A IMPORTÂNCIA DA DECISÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ NOS CONTRATOS CONSUMERISTAS BANCÁRIOS: UMA CRÍTICA À SÚMULA 381 DO STJ	
Maria Lúcia Falcão Nascimento	
DOI 10.22533/at.ed.88521100324	
<b>SOBRE O ORGANIZADOR</b> .....	<b>307</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO</b> .....	<b>308</b>

# CAPÍTULO 1

## O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA VIABILIDADE DAS PREMISSAS DO CONSTITUCIONALISMO DE JOSÉ ROBERTO DROMI NO BRASIL

Data de aceite: 01/03/2021

### **Carolayne Rocha dos Santos**

Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais (GEDHUF) ligado ao Departamento de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA) Crato/CE  
<http://lattes.cnpq.br/6897773430597425>

### **Cícera Amanda Guilherme Fernandes**

Professora Assistente da Universidade Regional do Cariri. Mestre em Direitos Sociais e políticas públicas pela UNISC - RS. Pesquisadora no GEDHUF/URCA (CNPq) na linha de pesquisa da Efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais, e nas áreas da Sociologia Jurídica e Direito Constitucional. Coordenadora do curso de pós-graduação *lato sensu* especialização em Direito Constitucional - URCA  
<http://lattes.cnpq.br/5877259880564365>

### **Fernando Menezes Lima**

Professor Auxiliar da Universidade Regional do Cariri - Iguatu/CE, Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA, Mestrando em Educação pela URCA – CE, pesquisador no GEDHUF/URCA (CNPq) na linha de pesquisa da Efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais, Direito das Famílias e Educação em Direitos Humanos  
<http://lattes.cnpq.br/2449127918569265>

**RESUMO:** O presente artigo aborda a proposta doutrinária do jurista argentino José Roberto

Dromi que defende um constitucionalismo do futuro como sucessor do neoconstitucionalismo, onde traz sete premissas como valores. Para tal desiderato, utilizou-se de uma abordagem qualitativa, através de procedimentos metodológicos histórico, comparativo e dedutivo. Nesse sentido, em primeiro plano, o estudo irá abordar uma evolução do movimento constitucionalista e sua relevância no contexto neoconstitucional e uma possível influência no constitucionalismo vindouro. Ademais, serão revistos os fundamentos básicos deste fenômeno desenvolvido pelo autor. Isto posto, será feita uma análise para entender se as premissas do constitucionalismo do porvir são, de fato, do futuro; se o constitucionalismo do futuro, com base no estudo de Dromi, será viável no cenário brasileiro ou, se já estão institucionalizadas na legislação brasileira vigente – porém, desprovidas de efetivação. Por fim, tomando uma posição, será dado juízo valorativo sobre o assunto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo do futuro. Premissas do constitucionalismo. Viabilidade no Brasil.

**ABSTRACT:** This present paper approaches the doctrinaire proposal of the Argentine jurist José Roberto Dromi, that defends a Constitutionalism from the Future as the successor of neoconstitutionalism, where it brings out seven premises as values. In this sense, it was used a qualitative approach, through methodologic proceedings such as the historical, comparative and deductive. /in this sense, in foreground, the study will address an evolution of the constitutionalist movement and its relevance in

the neoconstitutional context and a possible influence on the coming constitutionalism. In addition, will be reviewed the basic foundations of this phenomenon developed by the author. After this, will be held an analysis to understand if the premises of the constitutionalism from the future are, in fact, from the future; if the constitutionalism from the future, based on Dromi's studies, is viable in the Brazilian scenario or if they are already institutionalized in Brazilian's law in force - but deprived of effectiveness. Finally, by taking a position, value judgment will be given on the subject.

**KEYWORDS:** Constitutionalism from the Future. Assumptions of the Constitutionalism. Feasibility in Brazil.

## 1 | INTRODUÇÃO

No que se refere ao constitucionalismo, pode-se notar que possui origens históricas que se consubstanciavam numa ideia fundamental de limitação governativa dos movimentos absolutistas do Antigo Regime. Neste sentido, por meio de atividades político-sociais, o constitucionalismo pretendia evidenciar a força normativa da constituição a fim de limitar o poder autoritário e promover a hegemonia dos direitos fundamentais.

Partindo desse prisma, o constitucionalismo sempre esteve presente na sociedade, prova disso é a presença de um constitucionalismo arcaico entre os hebreus, assegurando aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que perpassassem os ditames bíblicos, estabelecendo no Estado vigente limitações ao poder político.

Com os avanços político-sociais, o constitucionalismo passou por um processo de transformação, fazendo emergir uma nova visão do movimento, e assim, novas teorias. Dentre elas, a doutrina do “Constitucionalismo do futuro”, do jurista argentino José Roberto Dromi que traz uma nova proposta de consolidar, essencialmente, os denominados direitos humanos de terceira dimensão (fraternidade e solidariedade), avançando e buscando estabelecer um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e corrigir alguns excessos neoconstitucionais.

É importante considerar, que o jurista, alega que o futuro do constitucionalismo deverá identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade, premissas do constitucionalismo vindouro.

O presente artigo visa analisar de modo perscrutador a evolução do constitucionalismo, desembocando no constitucionalismo do por vir e nas sete premissas desenvolvidas por Dromi. Além disso, objetiva-se analisar a possibilidade da consolidação de tal perspectiva no Brasil, observando se essa ideia está no plano da utopia ou se há aplicabilidade no âmbito constitucional. Para tanto, foi realizada revisão bibliográfica acerca do tema.

Destarte, urge saber como corrigir os impasses que impedem que haja uma concretização efetiva dos ideais organizados por José Roberto Dromi, e encetar medidas instauradoras que visem assegurar a implantação de um constitucionalismo plausível no Estado brasileiro.

## 2 I MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA

No que tange ao constitucionalismo, pode-se notar que as concepções sobre a constituição têm variado bastante ao longo do tempo, influenciadas pelas profundas mudanças sociais, políticas e econômicas que vêm ocorrendo no mundo. Desse modo, frente à sua importância torna-se indubitável analisar o processo evolutivo do movimento constitucionalista e a sua contribuição na garantia da segurança dos textos da Lei Maior.

Em primeiro plano, o denominado *Constitucionalismo da Antiguidade*, foi reconhecido por Loewenstein (1970) entre os hebreus, que estabeleceram no Estado teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar as atividades governamentais que excedessem os limites bíblicos.

Mais tarde, no século V a.C, floresceram nas cidades-Estado gregas, algumas ideias e instituições que podem ser vistas como equivalentes a um modelo antigo de constitucionalismo, como a democracia direta, que embora mais se aproximasse de uma república aristocrática, visava a busca do bem comum. Desse modo, consagrava-se como afirma Loewenstein (1970, p.155), “o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos”.

Já na Idade Média, a Carta Magna de 1215 foi o grande marco do *Constitucionalismo medieval*, evidenciando um amplo pluralismo político, fragmentando-se em múltiplas instituições, como a Igreja, os reis e os senhores feudais sem que houvesse qualquer divisão de competências entre elas. Além disso, caracterizava-se pela proteção a importantes direitos individuais alicerçando o movimento, embora destinados apenas a algumas camadas.

Durante a Idade Moderna, os pactos forais e as cartas de franquia voltadas para a proteção dos direitos individuais tornaram-se destaque. Ao longo do século XVII, três documentos de suma importância foram traçados: a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; e o *Bill of Rights*, de 1689, que garantiam importantes liberdades para os súditos ingleses, impondo limites à Coroa e transferindo poder ao Parlamento. Tais direitos eram direcionados a determinados homens e não sob a perspectiva da universalidade dos direitos fundamentais.

Dando continuidade, o *Constitucionalismo moderno* possui como marcos histórico e formal as constituições: norte-americana de 1787 e a francesa de 1791, que tiveram como prefácio a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Ressalte-se que, no Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 foram marcadas pelo liberalismo clássico.

Nesse primeiro momento, o *constitucionalismo moderno – liberal* baseou-se na ideia de que a proteção dos direitos fundamentais fundava-se, na limitação dos poderes do Estado. Em que esse deveria velar pela segurança das pessoas e proteger a propriedade, não intervindo nas relações sociais, uma vez que, os cidadãos celebrariam seus próprios

negócios jurídicos.

Nessa acepção, surge a primeira dimensão dos direitos fundamentais, que são direitos pautados nas liberdades individuais, voltados para as liberdades civis, políticas e públicas.

[...] os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2006, p.563-564).

O ideal do Estado liberal foi confirmado por cartas e documentos internacionais que evidenciavam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito, configurado em aspectos de valorização do indivíduo e afastamento do Estado.

Diante disso, emerge a segunda fase do *constitucionalismo moderno*, caracterizada pela atuação direta do Estado na seara econômica e nas relações sociais, objetivando corrigir as consequências trazidas pela crise do Estado Liberal.

Nessa ótica, os direitos humanos da segunda dimensão afloram, inspirando documentos imprescindíveis para a efetivação do Estado Social de Direito, como a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919; no âmbito brasileiro, a Constituição de 1934 foi resultado dos ideais sociais da época.

O constitucionalismo social não renega os elementos positivos do liberalismo — a sua preocupação com os direitos individuais e com a limitação do poder — mas antes pugna por conciliá-los com a busca da justiça social e do bem-estar coletivo. Ele implica a adoção de perspectiva que enriquece o ideário constitucionalista, tornando-o mais inclusivo e sensível às condições concretas de vida do ser humano, no afã de levar as suas promessas de liberdade e de dignidade também para os setores desprivilegiados da sociedade. (SARMENTO, 2012, p.62).

Por conseguinte, decorrente de alterações no cenário mundial como a globalização e o avanço tecnológico, novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores. Dessa forma, os princípios de fraternidade e solidariedade são consagrados na sociedade, evidenciando um novo constitucionalismo, pautado na contemporaneidade.

Nessa perspectiva, desponta o *constitucionalismo contemporâneo*, fundado na ideia de um “totalitarismo constitucional” em que visa a integração de direitos até então não abordados na Lei Fundamental.

[...] advento de novos arquétipos de compreensão constitucional, que vieram a enriquecer a Teoria Geral das Constituições (constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta da comunidade; constituição-dirigente; constituição como instrumento de realização da atividade estatal; constituição como programa de integração e de representação nacional. (BULOS, 2012, p.22).



Essa concepção de uma constituição pautada no dirigismo estatal tende a avançar para um dirigismo comunitário, que visa propagar os ideais de defesa dos Direitos Humanos para todas as nações, engendrando em uma fase de constitucionalismo globalizado, como alega o idealizador dessa ótica, André Ramos Tavares (2012).

Assim, é imprescindível considerar também, que essa visão constitucional acerca da integração e universalidade dos direitos fundamentais influenciou no surgimento do Constitucionalismo Pluralista (andino ou indígena). Esse novo constitucionalismo culmina com as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), reconhecendo o direito à diversidade cultural e à identidade, avançando para um novo caráter de Estado.

[...] o constitucionalismo plurinacional só pode ser profundamente intercultural, uma vez que a ele corresponde constituir-se no âmbito de relação igual e respeitosa de distintos povos e culturas, a fim de manter as diferenças legítimas, e eliminar — ou, ao menos, diminuir — as ilegítimas, mantendo a unidade como garantia da diversidade. (GRIJALVA, 2012, p.118).

Desse modo, é notório que o constitucionalismo andino contribuiu para que os textos constitucionais das nações pudessem assegurar e reconhecer os direitos interculturais, a fim de contribuir para a ascensão de Estados plurinacionais. Por exemplo, a Constituição Brasileira de 1988 representa em seus artigos 231 e 232 um avanço no que concerne à diversidade étnica e cultural, ainda que persista a “moldura ideológica positivista” (SILVA & LORENZONI, 2012).

Nessa lógica, o século XXI é marcado pelo neoconstitucionalismo, que pretende efetivar os direitos previstos nos textos constitucionais por meio de inovações hermenêuticas, densificando a força normativa do Estado e consolidando a justiça distributiva no âmbito social.

É importante salientar que se visa estabelecer a ideia de centralização constitucional, evidenciando a supremacia das normas na Lei Maior, em que os princípios, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, buscam viabilizar um modelo constitucional democrático. À vista disso, pode-se sintetizar que o constitucionalismo moderno promove a limitação do poder e o neoconstitucionalismo tem caráter ideológico voltado para a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, emergem distintos meios de integração e viabilização com o intuito de efetivar os objetivos dessa fase em ascensão. Nesse sentido, insta analisar a aplicabilidade das premissas intituladas por José Roberto Dromi no Estado brasileiro, observando as inquietudes e excessos neoconstitucionais.

Dessa forma, a discussão a seguir centra-se nos seguintes tópicos: quais as contribuições que o constitucionalismo do futuro ocasionaria para uma nova fase constitucional no Brasil? Aplicando-se o constitucionalismo do futuro no Brasil, pode-se frisar que essa concepção é mera utopia ou há possibilidade de viabilizar essa vertente?

### 3 I PREMISSAS DO CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO

Em linhas iniciais, pode-se notar que em virtude da evolução dos movimentos constitucionalistas e frente às críticas levantadas acerca do neoconstitucionalismo, um novo período vem aflorando no âmbito constitucional, que prevê um equilíbrio entre os aspectos do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo.

Intitulado de *el constitucionalismo del ‘por-venir’* (DROMI, p. , grifo do autor) por seu idealizador, o constitucionalismo do futuro ou constitucionalismo vindouro, esboça sete premissas fundamentais, ou melhor, as constituições do futuro devem ter como alicerce sete ideais.

*El constitucionalismo del ‘por-venir’* deve identificar-se com “a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade”. (DROMI, 1997, p.108).

Depreende-se por verdade, “a preocupação com a necessidade de promessas factíveis pelo constituinte (LAZARI, 2011, p. 99)”. Nesse sentido, as constituições não gerarão promessas falsas ou inalcançáveis. Espera-se, que o constituinte pondere as necessidades do Estado com o que se pode viabilizar. Por conseguinte, os valores éticos e transparentes são substanciais, para que as constituições evidenciem promessas tangíveis, pois utilidade nenhuma teria uma carta dotada de protecionismo, mas desprovida de qualquer exigibilidade.

Já por solidariedade, entende-se uma nova ideia de igualdade, pautada na fraternidade entre os povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social.

Constatam-se três facetas tratando de solidariedade: a primeira, busca a solidariedade entre os povos distintos, visando reduzir as desigualdades sociais, étnicas e raciais. A segunda aborda a dimensão fraterna, evidenciando a necessidade de incrementar esse viés nas constituições ocidentais afora. E por fim, a solidariedade preocupa-se com a cooperação e a tolerância, tendo em vista o respeito à diversidade e, intentando enaltecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Noutro enfoque, o consenso vislumbra uma constituição do futuro, fruto de um “consenso democrático”, coexistindo uma forte relação entre consenso e solidariedade. Por esse ângulo, é válido salientar, que o consenso não significa necessariamente a ideologia da maioria, mas “pressupõe a manutenção da inquebrantabilidade da ordem democrática, com a adesão solidária da parte que consentiu, consensualmente, em prol de um interesse maior”. (LAZARI, 2011, p. 101).

Dando prosseguimento, por continuidade entende-se que a constituição deve respeitar e preservar a história de lutas e conquistas de um país, uma vez que isso representa a continuidade evolutiva de uma nação. Ademais, as reformas constitucionais devem levar em consideração os avanços já alcançados, visando melhorá-los e adequá-los ao contexto social vigente.

A participação refere-se à atuação ativa da sociedade no processo democrático de seu país. Desse modo, o povo terá não só direito a voto, como também direito de voz, efetivando o ideal de democracia participativa e de Estado Democrático de Direito. Desse modo, por meio da atuação efetiva da população no âmbito político, a sociedade findará eliminando qualquer tipo de indiferença social.

A premissa da integração prevê “uma comunhão entre os povos” (LAZARI, 2011, p.102) através de políticas e órgãos supranacionais, a efetivação desse princípio basilar presume ações por parte de órgãos transnacionais para a realização de uma integração espiritual, moral, ética e institucional entre as nações.

A derradeira característica do constitucionalismo do futuro é a universalização dos direitos fundamentais para todos os povos, sem distinção. Essa premissa parte do pressuposto de estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana e banir todas as formas de desumanização dos continentes do planeta.

A ideia é que o novo movimento constitucionalista possa readequar os efeitos do neoconstitucionalismo, promovendo a efetivação das normas constitucionais no mundo dos fatos e assim, atender as necessidades dos indivíduos, afastando-se do âmbito utópico.

Diante do exposto, torna-se imprescindível questionar: é exequível a possibilidade de instaurar um constitucionalismo do futuro nos moldes fundamentados por Dromi no Estado brasileiro?

## **4 | O CONSTITUCIONALISMO DE DROMI NO BRASIL: VIABILIDADE OU UTOPIA?**

No que se refere, ao constitucionalismo vindouro proposto, aduz-se que os princípios basilares desta teoria têm como intuito não só concretizar os direitos de terceira dimensão (fraternidade e solidariedade), como também conduzir a sociedade na busca da eficácia dos direitos previstos na Lei Fundamental. Diante disso, insta discutir se o Estado brasileiro possui um contexto que aduz a uma necessidade de factibilidade de um constitucionalismo nos moldes trabalhados por Dromi.

Nesse diapasão, espera-se que as premissas do constitucionalismo do futuro não estejam no âmbito utópico ou persistam sendo fado repetitivo institucionalizado nas outras etapas do constitucionalismo. Consoante, obtempera a doutrina de Piovesan (2006, p.142), que aborda a inviabilidade de um constitucionalismo pautado na universalização dos direitos fundamentais, “acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade”.

Com efeito, pode-se notar que a opinião mais prudente é a que reconhece que há óbice quando examinado a tangibilidade de um constitucionalismo do futuro idêntico ao modelado pelo jurista argentino. Sendo assim, convém perscrutar cada uma das premissas,

observando a influência dessas características nos textos constitucionais brasileiros.

Em primeiro lugar, a verdade assenta-se na ideia de que o constituinte deve comprometer-se com a concretude de tal princípio, uma vez que, o texto constitucional não pode consistir em cartas sem efetividade ou fundamento. No entanto, no Brasil é notória a incapacidade do Estado em atender a todas às necessidades constitucionalmente previstas.

Basta observar as questões envolvendo o abarrotamento do sistema prisional e a conseqüente soltura de presos por essa razão, o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Maurício Corrêa à Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instalada na Câmara dos Deputados, em mais uma de tantas investigações sobre a situação do sistema penitenciário brasileiro.

Por esse ângulo, pode-se constatar a demonstração da verdade, haja vista, a incapacidade estatal em atender e solucionar as mazelas sociais, onde o Estado não é ubíquo como supôs a ideia do welfare-state (bem-estar social).

[...] normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados"; e, normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis". (TAVARES, 2010, p.37).

Nessa perspectiva, no Supremo Tribunal Federal vem se perpetuando o entendimento de que as tais normas não podem se modificar numa promessa incongruente dos Poderes Públicos ludibriando a expectativa do povo. Assim, evidencia-se mais um compromisso com a verdade, que não precisa ocorrer somente "no futuro", ou melhor, que deve ser efetivada no contexto presente, com a atuação direta da sociedade.

Quanto à solidariedade, centra-se como instrumento de agregação das diversidades na busca da promoção de uma sociedade independente de ideologia e conduzida pela mesma direção: a Constituição. Dessa forma, a Constituição vigente não consagra diretamente o princípio da solidariedade, porém aponta, não só em seu art. 3º da Constituição Federativa do Brasil (1988) "construir uma sociedade livre, justa e solidária", mas também, em seu art. 4º, prevê como princípio de relações internacionais a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (BRASIL, 1988). Logo, são elementos que confirmam que a solidariedade, no Brasil, não é uma premissa do futuro, mas sim, uma premissa atual, que reflete o modelo de Dromi.

Acerca do consenso, anota-se que é fruto do pluralismo político, pressupondo que não significa maioria e, visa à manutenção da ordem democrática, com a adesão solidária da parte que consentiu, em benefício de um interesse maior. Em vista disso, as Constituições tornaram-se o mecanismo de manutenção destas minorias e de controle das majorias. Desse modo, o consenso de Dromi representa o respeito a uma decisão não necessariamente preponderante, como forma de assegurar a ordem constitucional. Por isso, essa premissa do "futuro" persiste em íntegra aplicabilidade contemporânea.

Conforme visto anteriormente, constata-se que a continuidade, possui falhas no

que tange às alterações exacerbadas em uma constituição como mecanismo de assegurar sua efetivação no Brasil. Ainda que, haja uma rigidez constitucional e limites formais para emendas, a perpetuação dessa prática tem resultado em uma desconcertante diminuição da identidade atribuída por uma constituição a um país, diluindo, assim, o poder constituinte originário.

Por outro lado, denota-se a relevância da ampliação dos direitos e garantias fundamentais, especialmente os sociais, com um mínimo possível de involuções e retrocessos. Tal impedimento já se encontra implementado no constitucionalismo atual, pela proibição do retrocesso.

[...] c) e, por último, a proibição do retrocesso social, querendo com isso significar que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais” (v. g., de assistência social. Assim, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. (CANOTILHO, 2002, p. 251).

No que concerne à participação, é evidente que o Brasil possui diversos mecanismos que concretizam o pressuposto da participação política na sociedade, como plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14, I, II e III, CF), além, dos “writs constitucionais”, como o Mandado de Segurança (art. 5º, LXIX, CF), o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), o Habeas Data (Art. 5º, LXXII), e a Ação Popular (art. 5º, LXXIII) (BRASIL, 1988). Assim, essa premissa trabalhada pelo jurista argentino advém de uma evolução constitucional, na tentativa de assegurar os direitos, no que cabe a esse princípio.

Dando prosseguimento, no Brasil, a integração tem sido observada no desenvolvimento de uma política diplomática do diálogo, que permite ao país estabelecer negócios, ao mesmo tempo, com nações como o Irã e os EUA, p. ex. Além disso, a proposta de integração entre os povos não se limita apenas ao que informa o art. 4º da Constituição Federal:

“Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. (BRASIL, 1988).

Como também aborda questões que não estão expressas na Lei Maior, tais dados como as ações afirmativas e a distribuição de competências tributárias e de tributos, buscam evidenciar que, gradativamente a Constituição tem avançado para a consolidação desse princípio abordado por Dromi.

Por fim, situa-se a derradeira premissa levantada, a universalização dos direitos fundamentais para todos os povos do mundo. Exposto isso, pode-se aferir que diante das complexidades constitucionais existentes entre os países do Ocidente e Oriente, torna-se difícil a ideia de se adotar uma constituição mundial, corrompida a ideia de completude essencial e dotada de inviável aplicabilidade.

[...] para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao



sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Sob esse prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. (PIOVESAN, 2006, p.142).

Nesse sentido, o relativismo cultural denota na universalização dos direitos fundamentais, a censurável ocidentalização da humanidade, por meio do qual a cultura europeia e norte-americana passa a se sobrepor sobre os demais costumes predominantes.

Desse modo, o que seria do princípio que assegura a liberdade de expressão frente à Coreia do Norte que não admite a liberdade? Os cidadãos iriam adequar-se à poligamia árabe? Como os movimentos sociais e os documentos internacionais iriam manifestar-se diante da inferiorização da mulher, renegada à condição de objeto? E, por fim, insta saber: o que seria do princípio da igualdade?

Pensado desta forma, infere-se que essa sétima premissa do “constitucionalismo do por vir” estaria afligindo a primeira, a saber, a verdade, uma vez que, o “constituente mundial” estaria tentando consubstanciar uma proposição incoerente e distante, posto que inaplicável, violando a ideia de relativismo cultural.

Compreende-se, portanto, por estas causas elencadas acima que, não existe um constitucionalismo do futuro, no Brasil, nos moldes apresentados por José Roberto Dromi, haja vista que no modelo constitucional brasileiro ou irá incorrer em premissas já atuantes ou em princípios puramente inatingíveis.

## **5 | CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS**

Diante dos argumentos expostos, pode-se coligir que o constitucionalismo, representa um marco no processo de organização social, tendo em vista que surgiu para limitar os poderes do monarca, assegurar o ordenamento jurídico e programar as diretrizes dos direitos fundamentais. Sendo assim, ao longo do tempo, o constitucionalismo vem sendo efetivado nas sociedades, evidenciando a importância dos textos constitucionais estarem compatíveis com os momentos históricos, até o contexto do neoconstitucionalismo.

Nessa perspectiva, emerge a teoria de José Roberto Dromi, o Constitucionalismo do Futuro, que por meio de suas sete premissas: verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação, integração e universalização, pretende readequar alguns excessos do neoconstitucionalismo, e trazer para as constituições novas alternativas que concretizem, de fato, os direitos fundamentais.

Diante disso, pode-se depreender, neste artigo, que embora o jurista argentino aborde a necessidade de um constitucionalismo vindouro em seus moldes e posto o devido respeito ao seu entendimento, compreende-se, neste trabalho, a inviabilidade de um constitucionalismo do futuro no Brasil, dada a mera reiteração e, em alguns casos, de preceitos cujos institutos análogos já são aqui estabelecidos, como a verdade, a participação

e o consenso; bem como a impossibilidade de aplicação de outros, considerados complexos, como a universalização.

Destarte, o constitucionalismo segue sua direção e, diante disso, se deve antes de traçar um constitucionalismo do futuro, readequar equívocos do neoconstitucionalismo que podem acarretar impasses insanáveis e crises irreparáveis. É correto dizer que torna-se ininteligível pensar em um constitucionalismo do porvir sem antes considerar ou se ater em um constitucionalismo do presente.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. nova ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 231p. Título original: *L'età dei Diritti*

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002.

DROMI, José Roberto. **La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por venir”**. In: *El derecho publico de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Fundación BBV, 1997.

GRIJALVA, Agustín. **O Estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008**. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. P. 113-133.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reflexões críticas sobre a viabilidade de um “constitucionalismo do futuro” no Brasil**: exegese normativa. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 91-112, jan./jun. 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. 7ªed. rev. ampl. at. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUEIRÓZ, Cristina. **Direitos fundamentais** (teoria geral). Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo W.. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda., 2007.

SILVA, C. T., & Lorenzoni, P. (2012). **A moldura positivista do indigenismo**: A propósito do Estatuto do Índio para a proteção de povos indígenas no Brasil. Disponível em SÉRIE CEPPAC: [http://www.ceppac.unb.br/images/stories/media/serie/040\\_tefilo\\_lorenzon\\_2012%201.pdf](http://www.ceppac.unb.br/images/stories/media/serie/040_tefilo_lorenzon_2012%201.pdf). Acesso: 24 de abril de 2018.

SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo Brasileiro** (Evolução Institucional). São Paulo: Malheiros, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>>. Acesso em: 24 de Abril de 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito constitucional**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos 'novos' direitos**. In: Wolkmer, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org). Os 'novos' direitos no Brasil: natureza e perspectiva. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1-30.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Caos no sistema penitenciário: propostas efetivas para reverter a crise**. Justificando Conteúdo Cultural LTDA-EPP. São Paulo: 17 de Janeiro de 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2>. Acesso: 25 de Abril de 2018.

# CAPÍTULO 2

## A PRIMAZIA DO CHECKLIST EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO E DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

*Data de aceite: 01/03/2021*

**Ruan Andrade**

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)  
Florianópolis/SC  
<http://lattes.cnpq.br/7058840902081549>

**RESUMO:** Como consequência do exorbitante número de demandas submetidas, o Poder Judiciário, dotado de estrutura insuficiente para cumprir com a integralidade dos processos que lhes são atribuídos, utiliza-se de uma prática para reduzir o número de recursos julgados, a qual é nomeada como “jurisprudência defensiva”. O presente estudo tem como objeto a análise da aplicação do princípio da primazia da decisão de mérito e do dever geral de prevenção como uma investida do Código de Processo Civil (CPC) contra a inadmissibilidade reiterada das impugnações. O objetivo consiste na demonstração da necessidade intransponível de ser positivado até mesmo o óbvio ou aquilo que é facilmente dedutível de uma simples interpretação sistemática do diploma legal para que as Cortes Superiores cumpram com suas obrigações, qual seja a de julgar. Esta pesquisa se encontra lastreada por levantamento bibliográfico, utilizando de Decisões proferidas no âmbito do STJ e do STF sob a égide dos Códigos de Processo Civil revogado e vigente. Destaca-se como objeto a criação de óbices ao conhecimento dos recursos excepcionais, bem como os meios utilizados pelo CPC para superar o formalismo exacerbado. A relevância

do tema é evidente pelo impacto causado pela jurisprudência defensiva sobre os princípios inerentes ao direito processual civil e ao Poder Judiciário, o que justifica uma análise pormenorizada do entendimento das Cortes Superiores dada a necessidade de superar os precedentes agora incompatíveis com o texto legal. O problema reside na jurisprudência ofensiva, consubstanciada na criação de obstáculos quando da análise de admissibilidade dos recursos, visando inadmiti-los para tornar desnecessário julgar-lhes o mérito. Como resultado constata-se as consequências das interpretações às avessas dos Tribunais Superiores, realizadas, apenas, com o intuito de extinguir prematuramente a lide. Embora o CPC tenha combatido e superado parcialmente a jurisprudência ofensiva, uma parcela remanescente ainda pulsa na prática forense.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito processual civil; princípio da primazia da decisão de mérito; dever geral de prevenção; jurisprudência defensiva.

### THE PRIMACY OF THE CHECKLIST AGAINST THE PRINCIPLES OF COOPERATION AND INAPASTABILITY OF THE JUDICIARY CONTROL

**ABSTRACT:** As a result of the growing number of cases to which they are submitted, the Judiciary, which does not have a satisfactory structure in order to fulfill all the demands attributed to it, introduced into Brazilian procedural law a practice to reduce the number of appeals tried, called “defensive jurisprudence”. The object of this study is limited to the principle of primacy of merit and duty General of Prevention as an attack

on the Civil Procedure Code (CPC) to the repeated inadmissibility of the objections. The objective is to demonstrate the insurmountable need to be positive even the deductible of a simple systematic interpretation of the law so that the High Courts carry out their duties. The present study was carried out by bibliographical survey, using Decisions rendered in the scope of the STJ and the STF under the aegis of the CPC revoked and in force. Emphasis is placed on the creation of obstacles to the knowledge of exceptional resources, as well as the means used by the CPC to overcome the exacerbated formalism. The relevance of the subject is well-known in the impact caused by offensive jurisprudence on the principles inherent in civil procedural law and the Judiciary, which justifies a detailed analysis of the understanding of the High Courts given the need to overcome precedents now incompatible with Legal text The problem lies in offensive jurisprudence, which consists of creating obstacles when examining the admissibility of appeals, in order to inadvertently make them unnecessary to judge the merits. As a result we can see the consequences of the backward interpretations of the Superior Courts, carried out only with the purpose of extinguishing prematurely the proceedings. Although the CPC has partially counteracted and overturned offensive jurisprudence, a remnant portion still pulsates in forensic practice.

**KEYWORDS:** Procedural civil right; principle of the primacy of the merit decision; general duty of prevention; defensive jurisprudence.

## 1 | A DISTRORÇÃO DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE EM UM CENÁRIO LITIGANTE

Qualquer postulação encontrar-se-á sujeita a uma dupla análise pelo magistrado: em um primeiro momento restará verificada a possibilidade de se avaliar o conteúdo da postulação; ato contínuo, somente caso o primeiro juízo seja positivo, a procedência será julgada. A admissibilidade recursal, para Nery Jr. (2004), versa sobre a validade do procedimento, proferindo, caso conhecido o recurso, um juízo declaratório da eficácia do recurso e, quando inadmitido, um juízo constitutivo negativo, declarando a invalidade do ato-complexo.

Uma vez que os requisitos para a admissibilidade recursal não são gerados no mesmo momento em que a decisão é proferida, sendo a ela anteriores, a maioria dos doutrinadores brasileiros a classifica como declaratória negativa e de eficácia retroativa, segundo Moreira (2003).

A posição majoritária<sup>1</sup> da doutrina, tal como explana Jorge (2003), limita o objetivo do exame da admissibilidade recursal à declaração quanto à presença, ou não, dos requisitos exigidos. Assim, o exame da admissibilidade recursal não adentra no mérito, ficando restrito à análise dos requisitos essenciais da impugnação.

Ocorre, todavia, uma distorção do fim a que deveria se destinar o juízo de admissibilidade para, de forma falaciosa, eliminar o maior número possível de recursos, visando suprir a crescente demanda do Poder Judiciário que se dá em virtude da quantidade

---

<sup>1</sup> Há posicionamento diverso, no sentido de que o recurso, ressalvada a hipótese de manifesta intempestividade, afasta o termo inicial para a propositura da ação rescisória.

excessiva de matérias abarcadas pela Constituição ou por Lei Federal, tudo em um cenário estrutural deficiente.

O Brasil findou o ano de 2019 com um total de 77,1 milhões de ações, segundo o relatório “Justiça em números 2020”, divulgado pelo CNJ. Desta forma, uma vez estimada a população brasileira, em 01/07 2020, segundo Brasil (2020), na ordem de 211.755.692 de habitantes, sendo que toda lide tem, no mínimo, duas partes, chega-se à média de que 73% dos brasileiros possuiriam um processo ativo.

Embora seja uma média e haja uma enorme recorrência das mesmas partes em Juízo, irrefutável a cultura litigiosa do brasileiro, decorrente, também, de um acesso mais amplo ao Poder Judiciário.

Além do volume de demandas, há a estrutura defasada de todo o Poder Judiciário. Com o intuito de demonstrar a quão insuficiente é a estrutura do Poder Judiciário, sobretudo nas Cortes Superiores, traça-se um comparativo entre o Brasil e outros países com população bem inferior à nossa. Enquanto o Brasil possui 44 ministros em suas Cortes Superiores (33 no STJ e outros 11 no STF), a Itália, país com pouco mais de 62 milhões de habitantes de acordo com a CIA (2020), menos de 30% da população brasileira, em sua Corte de Cassação (equivalente ao STJ, no Brasil), possuía 302 julgadores já em 2015<sup>2</sup>. Da mesma forma, cita-se que o Tribunal equivalente ao que seria o STJ em Portugal, é composto, segundo o Ministério Público de Portugal, por um total de 64 magistrados, sendo que o país possui pouco mais de 10,2 milhões de habitantes, ou seja, uma população vinte vezes inferior à do Brasil.

Além disto, todas as demandas judiciais envolvem preceito constitucional e/ou utilizam-se de legislação federal. A Constituição Federal, em seus 250 artigos, extrapola o conteúdo a que deveria se restringir, como quando trata da órbita a que pertence um colégio localizado na cidade do Rio de Janeiro (art. 242, § 2º). Da mesma forma ocorre com a legislação federal, pois muitas das mais de catorze mil leis federais brasileiras são inúteis, tais como a Lei nº 13.050/2014, limitada a instituir o dia 25 de outubro como o Dia Nacional do Macarrão, ou que não deveriam compor normas de tal hierarquia.

Assim, se a Constituição Federal é inchada, tudo o que nela for tratado é passível de ser objeto de recurso extraordinário. O mesmo ocorre em relação à legislação federal e o recurso especial, transformando as Cortes Superiores em uma verdadeira terceira instância de julgamento, ampliando a morosidade.

## 2 | REQUISITOS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS

Os requisitos intrínsecos, para Moreira (2012) são aqueles dotados de íntima conexão com a própria existência do direito de recorrer, devendo o recurso ser previsto em lei, manejado pela parte legítima, útil e necessário para um resultado prático mais

<sup>2</sup> Assim expôs o então presidente da Corte de Cassação da Itália, Giorgio Santacroce, em entrevista à revista Consultor Jurídico: <http://www.conjur.com.br/2015-set-27/entrevista-giorgio-santacroce-presidente-corte-cassacao-italia>.

favorável, bem como não se opor a fato impeditivo ou extintivo prévio.

Assim, tem-se por cumprido o requisito do cabimento quando houver previsão legal do recurso utilizado e que este seja a impugnação adequada à decisão atacada, ressalvado o princípio da fungibilidade recursal.

O requisito da legitimidade, por sua vez, resta expressamente preconizado no art. 996 do CPC e faz referência à parte apta a interpor o recurso, atribuindo tal direito somente à parte vencida, ao terceiro prejudicado ou ao Ministério Público, na qualidade de parte ou de fiscal da ordem jurídica.

O interesse recursal, conforme Moreira (2005), está atrelado à utilidade e à necessidade da impugnação, devendo o recorrente demonstrar possível melhora na situação jurídica e ser imprescindível a via recursal para tal.

Por fim, tem-se a necessidade de inexistir qualquer fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer. Os fatos impeditivos, responsáveis por gerar o resultado desfavorável, como a desistência, a renúncia sobre o direito litigioso e o reconhecimento da procedência do pedido, observando a ocorrência do *venire contra factum proprium*, servem como óbices intransponíveis para a análise do mérito recursal. Já os extintivos, não fazem referência ao evento que teria gerado o resultado desfavorável, mas, conforme Didier Jr. (2016), são incompatíveis com o ato de interpor o recurso. São os casos da renúncia ao recurso e da aquiescência à decisão.

Os requisitos extrínsecos, por sua vez, têm uma relação direta com o modo de exercer o direito de recorrer, respeitando o prazo, a forma e o custo.

A tempestividade preconiza que a impugnação deve ser interposta dentro do prazo legal, o qual deve ser contado a partir da intimação da parte, respeitado o prazo em dobro concedido à Fazenda Pública (art. 183, CPC), à Defensoria Pública (art. 186, CPC) e ao Ministério Público (art. 180, CPC).

A regularidade formal, respeitando a regra da dialeticidade ao observar uma forma pré-estabelecida, dá-se por cumprida quando o recorrente realiza a impugnação específica dos fundamentos carreados na decisão atacada, junta as peças obrigatórias para o agravo de instrumento quando se tratar de processo em autos físicos (art. 1.017, § 5º, do CPC), junta provas e demonstra a divergência jurisprudencial no caso de recurso especial interposto sobre esse fundamento, demonstra a ocorrência de repercussão geral quando da interposição de recurso extraordinário, formula o pedido recursal, bem como utiliza a forma escrita para a interposição de recurso, ressalvado o caso dos embargos de declaração no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Finalmente, o preparo faz alusão ao adimplemento das despesas atinentes ao processamento da impugnação (soma entre a taxa judiciária e as despesas postais), comprovando o seu recolhimento. Em caso de vícios sanáveis, tais como a dificuldade em comprovar o recolhimento, a ausência ou insuficiência do preparo, o Relator do recurso, nas palavras de Freire (2015) e Kozikoski (2016), possui o **dever** de intimar o recorrente para

que venha a saná-los (art. 932, parágrafo único, CPC), restando vedada a inadmissibilidade imediata do recurso nesses casos.

### 3 | O CHECKLIST

Com base no caótico cenário decorrente da cultura litigante do brasileiro, da estrutura deficiente do Poder Judiciário e do volume de demandas aptas a serem rediscutidas em sede de recursos excepcionais, tem sido adotada por grande parte dos magistrados uma prática bastante questionável.

Com o intuito reduzir o número de recursos efetivamente julgados, os Tribunais, sobretudo as Cortes Superiores, passaram a criar teorias mirabolantes consubstanciadas em obstáculos extras para o juízo positivo da admissibilidade recursal. Esta prática é chamada de jurisprudência defensiva, contudo, foi reclassificada por Oliveira (2015) como ofensiva, dado seu ataque aos princípios da primazia da decisão de mérito, da boa-fé processual, da cooperação, da inafastabilidade do controle jurisdicional e do contraditório.

Consolidada pela criação de óbices ou vícios, ainda que sanáveis, quando da análise de admissibilidade dos recursos excepcionais, utilizando, inclusive, segundo Oliveira (2015), de formalismo exacerbado e, nas palavras de Machado Segundo (2015), de interpretações excessivamente rigorosas ou sem lastro legal – extralegais e até *contra legem* – com o objetivo de tornar desnecessário o julgamento de mérito, a jurisprudência ofensiva pode ser definida como verdadeiro ataque dos Tribunais, especialmente os Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) contra uma pretensão jurídica em grau recursal. Por meio da primazia do *checklist*, estratégia baseada em extensa lista de requisitos puramente técnicos, excessivamente formais e não constantes em qualquer diploma legal para que reste inadmitida a impugnação interposta, os Tribunais Superiores buscam a inadmissibilidade recursal a qualquer custo, sendo notório o propósito de não se dar ao trabalho – e à demora – de lhe julgar o mérito.

#### 3.1 Deserção imediata

A ausência de preparo (deserção) implica, necessariamente, em sua inadmissibilidade e estende-se aos recursos de terceiros, independentemente do preparo atinente aos recursos interpostos pelas partes.

A jurisprudência ofensiva se fazia presente<sup>3</sup> até o início da vigência do CPC/2015, e, evidentemente, utilizava-se da inexistência ou insuficiência de preparo para ampliar sua improdutividade. Emblemática decisão ao inadmitir recurso por preparo insuficiente (faltavam R\$ 0,02 ao preparo), fora proferida na Reclamação 4.278-RJ do STJ, quando a Rel. Min. Maria Isabel Gallotti (STJ), inadmitiu o recurso sem conceder prazo ao recorrente para complementar a ínfima diferença no preparo.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 130.274/MS. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 16/10/2014, DJe 24/10/2014.



Sendo insuficiente o preparo por, apenas, dois centavos para o cumprimento integral, era manifesto o desejo do recorrente em ver o mérito do seu recurso julgado e inadmissível o entendimento de que ocorrera má-fé da parte ou que tal vício fosse insanável. Seria preferível intimar a parte para complementar em dobro a quantia faltante (art. 1.007, § 4º, do CPC). O fato é que a inadmissibilidade imediata do recurso em tela colidiu frontalmente com os princípios da boa-fé processual, da cooperação e da inafastabilidade do controle jurisdicional, bem como com a teoria do adimplemento substancial, corolário do princípio da boa-fé, reconhecida pelo próprio STJ.

Felizmente, o parágrafo único do art. 932 e os §§ 2º e 7º do art. 1.007, ambos do CPC, obliteram esta abusiva prática ao impor ao relator o dever de intimar o recorrente para, no prazo de cinco dias, proceder a correção de eventuais defeitos, dentre eles os atinentes ao preparo.

### **3.2 Carimbo ilegível**

Quando se trata de autos físicos, a tempestividade dos recursos era atestada por meio de carimbo fornecido pelo próprio Poder Judiciário. Ocorre que estando este carimbo levemente apagado de forma que não fosse possível aferir, ao certo, a data da interposição, o recurso era inadmitido. Nota-se que a jurisprudência defensiva aplicava uma presunção absoluta de intempestividade em algo que era de sua inteira responsabilidade. Mostrava-se, o Poder Judiciário, mais uma vez, tendencioso a não julgar o mérito recursal<sup>4</sup>.

Entendimentos viesados como este demonstram que a instrumentalidade do processo enquanto mero instrumento para a concretização da justiça, na medida em que o instrumento não poder ser um fim em si mesmo, ainda não foi compreendida pelas Cortes Superiores.

O parágrafo único, do art. 932, do CPC, mostrou-se novamente fundamental ao obrigar o Relator a conceder prazo para o recorrente apresentar documentação complementar comprobatória da tempestividade.

### **3.3 Recurso prematuro**

Ainda no tocante à tempestividade, ganha relevo a aplicação da inadmissibilidade do recurso prematuro. É conhecido como “prematuro” o recurso interposto antes da publicação da decisão combatida. Nestes casos, embora o advogado fosse absolutamente diligente na impugnação realizada em nome de seu cliente, interpondo-a com a máxima brevidade, esta não era conhecida por ser considerada extemporânea.

A interpretação era tão distorcida que requer uma breve explicação. O recurso prematuro era considerado extemporâneo na medida em que era interposto antes do início do prazo. Nota-se, o prazo não se escoou. O prazo nem mesmo se iniciou. Nesta toada, ferida a relação entre cliente x advogado. Questiona Oliveira (2015): Como explicar ao

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 722.892/PE. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 25/11/2015, DJe 04/12/2015.

cliente que o recurso foi considerado intempestivo se interposto antes da abertura do prazo?

O STF, inclusive, já se pronunciou no sentido de que a notícia do julgamento não legitimaria a interposição por absoluta falta de objeto<sup>5</sup>.

Eis que, em boa hora, foi positivado o óbvio. O art. 218, § 4º, do CPC, consoante Dinamarco (2004) e Machado (2003), possibilitou o avanço ao tornar expressa a tempestividade do recurso prematuro e findou a discussão.

### 3.4 Juntada obrigatória do acórdão paradigma

O STJ, por meio do art. 255 de seu Regimento Interno, criou um novo requisito para o conhecimento do recurso, qual seja a juntada do inteiro teor do acórdão paradigma. O Tribunal da Cidadania já pacificou entendimento no sentido de inadmitir todos os recursos sem a devida juntada por entender que tal ausência impossibilitaria a exata compreensão da controvérsia.

Não bastasse a impossibilidade de criar óbice à interposição por meio de seu Regimento Interno, a jurisprudência ofensiva resiste ao não conceder prazo do art. 1.029, § 3º, do CPC, para que o recorrente venha a sanar o vício, posto ser o caso de uma formalidade sanável e não grave.

Notoriamente, a presença de uma cláusula geral como “vício formal que não repute grave” com a ampla gama de interpretações que traz consigo, mostra-se plenamente suficiente para que a primazia do *checklist* se perpetue.

### 3.5 Juntada de procuração

É indubitável que a ausência de procuração nos autos impede que seja considerada regular a representação da parte. Todavia, tão inquestionável quanto à necessidade de se apresentar a procuração é que sua ausência configura mais um vício sanável, posto que é passível de correção após intimação do recorrente para tal.

No entanto, o STJ deturpou o sentido da lei e colocou-se acima desta, questionando a aplicação do dever geral de prevenção às instâncias extraordinárias. Impôs a necessidade da regularidade da representação processual já no ato da interposição do recurso. Inclusive, esse é o entendimento que se subtrai da Súmula nº 115 do STJ: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

Sendo este um vício sanável e não grave, a exemplo da juntada do acórdão paradigma, deveria ser aplicado art. 1.029, § 3º, do CPC, sendo determinada a sua correção pelo recorrente antes de ser inadmitido o recurso ou o desentranhamento das contrarrazões (art. 76, § 2º). Contudo, em decisão já sob a vigência do CPC/15, o STJ fez novo uso da jurisprudência ofensiva<sup>6</sup>.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS nº 23.782 AgRg/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, j. em 06/12/2005, DJU 18/09/2009.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE no EDcl no AgRg no AREsp nº 836.645/SP. Relator: Ministro Humberto Martins, j. em 15/03/2017, DJe 20/03/2017.

### 3.6 Prequestionamento inexistente, implícito ou ficto

O prequestionamento enquanto requisito para admissibilidade recursal mostra-se bastante polêmico na medida em que inexistente previsão legal para sua exigência, mas somente por meio de Súmulas do STJ e do STF, ocasionando divergências na doutrina.

De grande relevância, também, é a divergência quanto ao momento em que se considera cumprido o prequestionamento, dadas as implicações em torno do prequestionamento ficto.

A divergência no posicionamento dos dois Tribunais Superiores acerca da matéria é explícita, posto que o STF (Súmula nº 356) já entendia como cumprido o prequestionamento ficto, o qual consiste em dar como prequestionada a matéria não enfrentada na decisão combatida pela simples oposição de embargos declaratórios que combatam tal omissão, independentemente se suprida ou não a referida omissão. Por meio do Enunciado nº 211, o STJ apresentava posicionamento completamente oposto.

Felizmente, o Novo Código de Processo Civil, por meio de seu art. 1.025, reconhecendo o prequestionamento ficto, findou a divergência.

Quanto ao prequestionamento implícito, qual seja aquele em que o julgador tangencia o fundamento do recorrente sem, contudo, citá-lo expressamente na decisão proferida, o STF não considera para fins de admissibilidade recursal. Já o STJ, entende como cumprida a exigência do prequestionamento quando este se der de forma implícita.

Nota-se que o legislador perdeu uma ótima oportunidade de dar fim à divergência. Em que pese a interpretação mais coerente seja no sentido de que o prequestionamento implícito deve configurar o cumprimento de tal exigência, posto que até o prequestionamento ficto é tido como suficiente para a admissibilidade, o CPC poderia ter previsto expressamente tal possibilidade.

A jurisprudência defensiva se perpetuava na Súmula nº 320 do STJ, ao desconsiderar o conteúdo do voto vencido para fins de prequestionamento<sup>7</sup>. Inegável, assim, o avanço alcançado por meio do § 3º do art. 941 do CPC, o qual menciona que “o voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento”. Supera-se, enfim, óbice imposto para conhecimento de recursos excepcionais baseando-se na ausência da respectiva exigência. Não há como se questionar que o voto vencido é parte tão integrante da decisão quanto o voto vencedor. O fato de não ter logrado êxito em decorrência da quantidade de adeptos do voto não o torna não discutido.

Dessa forma, já deveriam ter sido cancelados os Enunciados nº 211 e 320 do STJ, passando a admitir, para fins de prequestionamento tanto aquele ficto, quanto o decorrente do voto vencido. A jurisprudência defensiva resiste.

---

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 783.535/BA, Relator: Ministro Luiz Fux, j. em 02/09/2014, DJe 181 de 18/09/2014.

### 3.7 Reexame de provas ou fatos

Por fim, de todos os filtros criados, talvez o mais eficiente para inadmissão dos recursos seja o previsto nas Súmulas nº 7 do STJ<sup>8</sup> e 279 e do STF<sup>9</sup>. Ambos os enunciados sumulares possuem semelhante teor, qual seria o de inadmitir o respectivo recurso excepcional para simples reexame de prova.

De fato, os recursos excepcionais possuem fundamentação vinculada, uma vez que não são aptos a gerar rediscussão do material probatório ou dos fatos inerentes ao objeto litigioso. Assim, tais impugnações visam o controle da correta aplicação do direito objetivo, tanto no atinente à legislação federal (recurso especial), quanto no que tange previsão constitucional (recurso extraordinário). Contudo, na prática, a interpretação das Cortes Superiores é reiterada no sentido de que o julgamento do mérito recursal implicaria em reexame de provas, independentemente de qual seja objeto da impugnação.

A prática, além de ultrajante, é tão explícita que o Ministro Humberto Gomes de Barros, quando de sua posse como Presidente do STJ, em seu discurso mencionou: *“Para fugir a tão aviltante destino, o STJ adotou a denominada ‘jurisprudência defensiva’ consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhes são dirigidos”*<sup>10</sup>. O que vem ocorrendo é, na verdade, um verdadeiro desrespeito institucionalizado e confesso a uma cláusula pétreia da Constituição Federal.

## 4 | CONCLUSÕES

A jurisprudência defensiva, impondo a ausência de prestação da tutela jurisdicional para suprir a demanda, manipula os requisitos de admissibilidade, como se verdadeiras marionetes fossem, de forma absolutamente conveniente.

Nesta toada, há uma necessidade intransponível de ser positivado o óbvio – como, de fato, ocorreu – para que as Cortes Superiores cumpram suas incumbências e interrompam a incessante busca da inadmissibilidade das impugnações como objetivo, rendendo-se à decisão de mérito em *ultima ratio*.

O CPC/15 trouxe um novo vetor axiológico no que tange o princípio da primazia da decisão de mérito, distanciando-se da duração razoável do processo prevista no CPC/73 ao impor a solução satisfativa em prazo razoável, impedindo, nas palavras de Ciuffo (2008), a utilização dos requisitos de admissibilidade como freios para a contenção do grande volume recursal.

Indiscutível o avanço proporcionado pelo CPC apesar da persistência da jurisprudência defensiva em empregar óbices ao conhecimento de recursos com o nítido

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 932.974/SC, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 29/09/2016, DJe de 07/10/2016.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 743.771/SP RG, Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. em 16/05/2013, DJe de 31/05/2013.

10 Consoante exposto pelo Dr. José Miguel Garcia Medina por meio da revista Consultor Jurídico: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>.

propósito de limitar o julgamento do maior número possível de impugnações, é possível inferir que ainda pulsa a primazia do *checklist*.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Instituiu o Código de Processo Civil já revogado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em 27 jan. 2021.

Brasil. **Lei Federal n. 13.050, de 8 de dezembro de 2014**. Instituiu o dia 25 de outubro como o Dia Nacional do Macarrão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/L13050.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13050.htm)>. Acesso em 30 jan. 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Instituiu o Código de Processo Civil vigente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>. Acesso em 27 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Portaria N° PR-254, de 25 de agosto de 2020. Divulgar, as estimativas da População para Estados e Municípios com data de referência em 1° de julho de 2020. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-pr-254-de-25-de-agosto-de-2020-274382852>>. Acesso em 29 jan. 2021, às 14:17h.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA). **Estimativa de população**. Disponível em: <<https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/portugal>>. Acesso em 29 jan. 2021, às 14:46h.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY (CIA). **Estimativa de população**. Disponível em: <<https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/italy>>. Acesso em 29 jan. 2021, às 14:41h.

CIUFFO, Diogo Carneiro. **Os requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário e a sua ilegítima utilização como filtros recursais**. São Paulo: RT, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório Justiça em Números 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em 11 jul. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Entrevista com Giorgio Santacrose**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-27/entrevista-giorgio-santacrose-presidente-corte-cassacao-italia>>. Acesso em 11 jul. 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: o Meios de impugnação às decisões judiciais e Processo nos Tribunais**. Salvador: Jus Podivm, 2016, vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Tempestividade dos recursos**. São Paulo: Dialética, 2004, n. 16.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Da ordem dos processos nos tribunais**. São Paulo: RT, 2015.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Extemporaneidade de recurso prematuro**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2003, n. 8.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Os recursos no novo CPC e a “Jurisprudência defensiva”**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. **Página do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em <<http://www.ministeriopublico.pt/pagina/supremo-tribunal-de-justica>>. Acesso em 29 jan. 2021, às 14:49h.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Forense, 2012.

NERY, JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

# CAPÍTULO 3

## AS IMPLICAÇÕES DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS POR ATOS ILÍCITOS COMETIDOS CONTRA A COMUNIDADE INTERNACIONAL

*Data de aceite: 01/03/2021*

*Data de submissão: 08/12/2020*

### **Leonardo Neves de Albuquerque**

Faculdade Cesusc  
Florianópolis-SC  
<http://lattes.cnpq.br/3661056919273970>

### **Lucas Groff Campos**

Faculdade Cesusc  
Florianópolis-SC  
<http://lattes.cnpq.br/1415851289026183>

### **Raquel Dias de Oliveira**

Faculdade Cesusc  
Florianópolis-SC  
<http://lattes.cnpq.br/7126942238466691>

**RESUMO:** A Responsabilidade dos Estado é um instituto do Direito Internacional Público que sempre foi alvo de dissidência, seja entre órgãos jurisdicionais ou opiniões doutrinárias. Isso porque trata-se de um tema complexo e pertinente, principalmente no que tange aos danos causados à coletividade dos Estados. A responsabilidade dos Estados, de forma similar à responsabilidade civil existente no ordenamento jurídico brasileiro, prevê que a prática de um ato ilícito ou omissão por parte de um Estado que cause danos a outro implica na responsabilização internacional daquele em razão deste. Essa responsabilização, portanto, busca reparar o Estado vítima do ato ilícito pelos prejuízos que sofreu injustamente. Desta feita, tratando de danos, há certa controvérsia sobre a invocação

da responsabilidade quando a violação não afeta um Estado em particular, mas sim a comunidade internacional como um todo. Com efeito, questiona-se a abrangência desse dano, como identificar se outros Estados são de fato afetados por determinado ato ilícito. Há dúvida, ainda, sobre quem possui legitimidade para invocar esta responsabilização, assim como sobre o que constituiria uma reparação adequada. O objetivo deste artigo é analisar o entendimento da Corte Internacional de Justiça e da doutrina, assim como a posição dos Estados, acerca da problemática dos danos gerados por Estados soberanos à comunidade internacional. Conclui-se que a previsão legal desse tipo de dano é amparada e reconhecida, embora sua aplicação, de cunho prático, seja objeto de debate. A extensão do dano está diretamente conectada com a legitimidade ativa, já que tanto Estados lesados quanto não lesados podem fazê-lo. A questão das medidas cabíveis em combate ao dano, em conclusão, conta com um rol extenso adotado pela CIJ, de modo que a responsabilidade por dano cometido contra a comunidade internacional se mostra um mecanismo eficaz de justiça no Direito Internacional, embora tenha que ser analisada caso a caso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Internacional dos Estados. Reparação de Danos. Comunidade Internacional. Direito Internacional Público.

## THE IMPLICATIONS OF STATE RESPONSIBILITY FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS COMMITTED AGAINST THE INTERNATIONAL COMMUNITY

**ABSTRACT:** State Responsibility is an institute of Public International Law that has been an object of dissidence, whether among jurisdictional organs or the legal doctrine. That is because State Responsibility is a complex issue, mainly regarding damages caused to the international community of States. State Responsibility, like the institute of civil liability in Brazilian law, posits that the commitment of an internationally wrongful act or omission by a State that causes damages to another ensues the international responsibility of the former in favor of the latter. This responsibility seeks to repair the victim State for the damages in which it unlawfully incurred. Accordingly, when dealing with damages, there is controversy regarding the invoking of responsibility when the violation does not affect a particular State, but the international community as a whole. Thus, the coverage of said damages must be studied, like how to identify when other States are indeed affected by a wrongful act. Additionally, there is doubt surrounding who possesses legitimacy to invoke said responsibility, and what the Court sees as reparation. The objective of this article is to analyze the opinions of the ICJ, legal experts, and the position of States, regarding the problem pertaining damages caused by a State against the international community. It concludes that this type of wrongful act is well established legally, even though its application, mainly practical, is subject to dissidence. The extension of the damage is directly linked to the legitimacy, since both injured and non-injured States can invoke it. The question of the measures to combat the wrongful act are addressed extensively by the ICJ, so that the responsibility for a wrongful act committed against the international community might be an effective mechanism of justice in International Law, in spite of it having to be identified on a case-by-case basis.

**KEYWORDS:** State Responsibility. Damage Reparation. International Community. Public International Law.

### 1 | INTRODUÇÃO

Embora seja um tema de extrema relevância ao convívio entre as nações, a responsabilidade dos Estados jamais foi abordada por qualquer documento diplomático tradicional, como tratados ou convenções. Na verdade, até hoje o assunto não encontra respaldo em *hard law*,<sup>1</sup> dependendo majoritariamente de documentos desprovidos, por si só, de força vinculante. Um desses documentos - o de maior proeminência na ordem internacional - é o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Ato Internacionalmente Ilícito (doravante “artigos” ou “projeto”).<sup>2</sup>

O projeto foi encabeçado pela *International Law Commission* (ILC), órgão subordinado à Organização das Nações Unidas (ONU), demandando décadas de discussão e debate.<sup>3</sup> Segundo Pellet (2010, p. 75), a ideia da criação dos artigos já existia desde a época da

1 O termo *hard law* se refere a instrumentos e obrigações legalmente vinculantes às partes envolvidas. Contrapõe-se a *Soft Law*, que diz respeito a documentos sem força vinculante, desprovidos da concretude do *Hard Law*, como acordos e princípios.

2 Considerando que o documento foi elaborado apenas na língua inglesa, utilizar-se-á a tradução realizada pelo professor Aziz Tuffi Saliba, da Universidade Federal de Minas Gerais.

3 The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect. James Crawford. p. 874.



Liga das Nações, mas a sensibilidade do assunto, agravada pelo cenário instável entre os países europeus e latino-americanos, não permitiu que a codificação progredisse. Graças ao avanço da influência da ONU e ao movimento crescente de codificação no panorama internacional, os artigos, primeiramente concebidos em 1955, foram concluídos pela ILC em 2001.

Inobstante a importância dos artigos para o desenvolvimento da responsabilidade dos Estados, a sua mera adoção pela ILC não lhes confere força normativa. A matéria permanece sujeita à interpretação e ao entendimento dos Estados, que se fazem valer das outras fontes do Direito Internacional, como convenções, costume, princípios e doutrina,<sup>4</sup> para, muitas vezes, não reconhecer obrigações decorrentes dos artigos.

Frente à essência não vinculante dos artigos, existe um grande problema quanto à interpretação e à natureza jurídica do documento. Enquanto países como Brasil, França e Portugal acreditam na necessidade de transformar os artigos em *hard law*, nações como Alemanha, Reino Unido e Estados Unidos apoiam a manutenção do status infra normativo do documento.<sup>5</sup>

É graças a essa incerteza legal que o tema da responsabilidade dos Estados não conta com entendimento pacificado, especialmente no que tange à responsabilização por atos internacionalmente ilícitos contrários à comunidade internacional. Nesse caso, o presente artigo se presta a aferir as implicações do dano comunitário internacional, analisar de que forma os prejudicados podem buscar a reparação que lhes é devida e como essa reparação se dá.

## **2 I CONCEPÇÃO JURÍDICA DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS**

Em seu artigo 1º, o projeto estabelece que “todo ato internacionalmente ilícito de um Estado gera sua responsabilidade internacional” (ILC, 2001, p. 1). Nesta senda, o termo “responsabilidade internacional” diz respeito ao dever de reparação imposto ao Estado perpetrador de ato considerado ilícito pelo Direito Internacional ao Estado que suporta o dano (ILC, 2001, p. 44), dentro da relação jurídica interestatal criada a partir de tal violação legal.

### **2.1 O ato ilícito internacional e seus requisitos constitutivos**

O ato ilícito ensejador da responsabilidade internacional, por sua vez, é caracterizado no artigo 2º do projeto, estabelecendo como seus requisitos constitutivos o “comportamento consistente em uma ação ou omissão atribuível ao Estado, em consonância com o direito internacional” que “constitui violação de uma obrigação internacional” (ILC, 2001, p. 1).

<sup>4</sup> James Crawford, em Brownlie's Principles of Public International Law, elucida a questão das fontes do Direito Internacional Público, utilizando o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça para explicá-los.

<sup>5</sup> Sessão número 65 da Assembleia Geral das Nações Unidas. A/65/96. 14 de maio de 2010. Na ocasião, os países se reuniram e deliberaram sobre quais medidas tomar quanto ao futuro dos artigos.

Conforme sintetiza Resende, a

essência do ato internacionalmente ilícito, [...] é dada pela falta de conformidade entre o efetivo comportamento do Estado e o que deveria ter sido adotado para ater-se a uma determinada obrigação internacional (RESENDE, 2004, p. 352).

Accioly e Silva (2000) corroboram este entendimento ao afirmar que a responsabilidade internacional resulta da prática de delitos internacionais ou da inexecução de obrigações jurídicas assumidas no plano internacional. Desta forma, pode-se definir o ato ilícito como a inobservância de tratados, princípios gerais do Direito Internacional, obrigações internacionais erga omnes, crimes internacionais perpetrados por Estados, violações graves de obrigações decorrentes de normas peremptórias, entre outras transgressões legais prejudiciais à comunidade internacional.

O ato ilícito deverá, imprescindivelmente, ser imputado a atos praticados por Estados, seja de forma comissiva ou omissiva. Compreende-se os atos de Estados em sentido amplo, abrangendo também as ações de órgãos e agentes que atuem em nome do Estado ou submetam-se à sua direção, controle, instrução ou instigação (ILC, 2001, p. 64). Por derradeiro, a responsabilização internacional do Estado por atos de particulares incide apenas quando omitir-se de seu dever de prevenção ou punição dos respectivos ilícitos (REZEK, 2000; ACCIOLY; SILVA, 2000).

A escusa à responsabilização internacional é possível nos casos que se enquadrem às seis hipóteses de excludentes de ilicitude estipulados pela ILC, quais sejam: vício de consentimento; ação em legítima defesa; interposição de contramedidas; casos de força maior; resposta a perigo extremo; ou ainda, estado de necessidade (ILC, 2001, p. 169-170). Contudo, conforme ressaltam Crawford e Olleson (2003, p.464-465), uma vez extirpados os elementos das excludentes de ilicitude, o Estado beneficiado pela isenção de responsabilidade volta a ser obrigado a cumprir os termos acordados, a indenizar os Estados lesionados, bem como a prestar compensação pelas perdas materiais ocasionadas, por força do artigo 27, alínea b, do projeto (ILC, 2001, p. 5). Imperativo salientar, sobretudo, que tais excludentes não são aplicáveis em caso de violação de normas *jus cogens* (ILC, 2001, art. 26, p. 5), dado seu *status* de norma jurídica suprema, sendo o alicerce axiológico e fundamento de todas as demais normas do ordenamento jurídico do Direito Internacional.

## **2.2 Repercussões jurídicas da responsabilidade internacional dos estados**

Desta forma, uma vez apurada e comprovada a prática de ato ilícito por um Estado, tem-se, por corolário, a criação de uma nova relação jurídica entre as partes concernentes, na qual o Estado autor do ato ilícito é incumbido de novos deveres legais relativos à cessação e reparação do dano causado e o Estado ofendido é amparado por novos direitos que permitam instituir contramedidas, desde que compatíveis ao dano sofrido (CAMPOS; RODRÍGUEZ; SANTA MARÍA, 1998, p. 363). Isto é, o ilícito de cunho moral deverá ser

reparado por meio de desagravo público, pedido formal de desculpas, punição das pessoas responsáveis; o ato ilícito de ordem econômica deverá ser reparado em pecúnia, incluindo a compensação das perdas monetárias decorrentes; por fim, a reparação de danos pode se dar pela restituição de objetos ou restauração de determinada conjuntura, conforme as exatas condições em que se encontravam anteriormente à prática do ato ilícito.

Nesse sentido, são vastos os conflitos interestatais derivados da imputação de responsabilidade internacional a um Estado por ato ilícito, fato que torna as medidas de reparação de danos de alta complexidade, sobretudo quando os danos atingem elevado número de Estados ou a comunidade internacional em sua totalidade. Ante a complexidade da imputação da responsabilidade internacional, Resende considera que

Em face da diversidade de bens jurídicos tutelados no âmbito do direito internacional, nada impede a adoção de medidas combinadas de cessação e reparação em necessária resposta ao ilícito perpetrado, como seria o caso de uma extensa contaminação do meio ambiente marinho, a qual implicaria nos deveres de fazer cessar o motivo poluente, de restituir o meio a seu estado anterior e de indenizar os prejudicados pelos danos ambientais e econômicos verificados (RESENDE, 2004, p. 362).

Contudo, a problemática maior deste tema reside sobretudo na identificação da abrangência desse dano, como identificar se outros Estados são de fato afetados por determinado ato ilícito. Esta complicada trama de relações jurídicas enseja controvérsias entre órgãos jurisdicionais e concepções doutrinárias, razão pela qual sua análise torna-se de suma importância ao avanço da matéria do Direito Internacional.

### **3 | A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS COMETIDOS CONTRA A COMUNIDADE INTERNACIONAL**

Durante a formulação dos artigos, o critério inicialmente adotado para definir quais atos ilícitos poderiam suscitar a responsabilidade de um Estado em relação à comunidade internacional foi o da distinção entre crimes e delitos internacionais. Essa proposição<sup>6</sup> tinha como objetivo criar uma categoria diferenciada de atos internacionalmente ilícitos, separando os mais graves e de maior repercussão dos que apresentavam menor potencial lesivo.

No caso, os delitos eram os atos de menor gravidade (ou seja, todos aqueles que, por exclusão, não fossem crimes), enquanto os crimes, sob a ótica do antigo artigo 19 do projeto, eram

todo ato internacionalmente ilícito resultante da violação, por um Estado, de uma obrigação internacional tão essencial para a salvaguarda de interesses fundamentais da comunidade internacional, que sua ofensa é reconhecida como crime por essa comunidade em seu conjunto (RESENDE, 2004, p. 352).

<sup>6</sup> A ideia da distinção entre crimes e delitos foi proposta por Roberto Ago, o segundo Relator Especial do projeto, no meado na década de 1960, segundo Pellet (2010, p. 76).

Existia, ainda, um rol exemplificativo dos crimes do artigo 19, prevendo, *inter alia*, violações à manutenção da paz e à livre determinação dos povos, bem como a ocorrência de atos contrários à salvaguarda do ser humano, como o genocídio e o *apartheid*.

Acontece que tal distinção acabou sendo abandonada pela ILC em 2001, quando a comissão reconheceu que a matéria criminal relativa à violação de normas fundamentais pelos Estados ainda não tinha sido devidamente desenvolvida e explorada pelo Direito Internacional.<sup>7</sup> No mesmo entendimento, Pellet (2010, p. 85) argumenta que a rejeição da comissão é “lógica”, uma vez que a responsabilidade dos Estados surge independentemente do caráter da obrigação, fosse ela um delito (menos grave) ou um crime (mais ofensivo), por força do artigo 12 do projeto.

Embora rejeitada, a proposta de distinção elucidou um ponto importante na aferição das obrigações dos Estados referentes à comunidade internacional. A diferença criada entre crime e delito, como visto acima, pressupõe que o primeiro é mais grave do que o segundo, ou seja, apresenta maior dano à comunidade como um todo. Isso porque as regras compreendidas pelo conceito abandonado de “crimes” (normas fundamentais do artigo 19) deveriam ser respeitadas em razão da preservação da comunidade internacional - o que faria delas normas peremptórias.<sup>8</sup>

As normas peremptórias não admitem derrogação, constituindo aspectos imutáveis do Direito Internacional. As obrigações relativas à comunidade internacional decorrem de normas peremptórias, uma vez que não existe qualquer “exemplo plausível de uma obrigação *erga omnes* que não seja também peremptória” (CRAWFORD, 2006, p. 34). Desta feita, embora a distinção entre crimes e delitos de Ago não tenha perdurado, ela demonstrou que o aspecto peremptório da norma violada faz a obrigação decorrente ser devida à comunidade internacional como um todo.

Este conceito é adotado na atualidade, esculpido no artigo 33 do projeto. Segundo sua redação atual, as obrigações decorrentes dos artigos podem existir em relação a um Estado individual, a um grupo de Estados, ou à comunidade internacional como um todo. A classificação da obrigação em qualquer uma dessas hipóteses depende da “natureza e conteúdo da obrigação internacional e das circunstâncias da violação.”<sup>9</sup>

A própria ILC, nos comentários à versão final dos artigos, observou que as relações jurídicas decorrentes do cometimento de um ato internacionalmente ilícito não são exclusiva e essencialmente bilaterais (ou seja, não se limitam à relação entre um Estado e outro).<sup>10</sup>

7 Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos: perspectivas atuais. Ranieri Lima Resende. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, n. 45, 2004. p. 353.

8 The ILC’s articles on State responsibility for internationally wrongful acts and related texts. Alain Pellet. In: The Law of International Responsibility. 2010, p. 81.

9 Art. 33. Abrangências das obrigações internacionais enunciadas nesta Parte 1. As obrigações do Estado responsável enunciadas nesta Parte podem existir em relação a outro Estado, a vários Estados ou à comunidade internacional como um todo, dependendo, particularmente, da natureza e conteúdo da obrigação internacional e das circunstâncias da violação.

10 Os comentários ao projeto foram disponibilizados pela ILC, e aprofundam o assunto tratado por cada artigo. Na página 33, a comissão explica que, embora os artigos incluam situações de responsabilidade bilateral, não se limitam a elas.

Inclusive, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) reconheceu que, pela sua própria natureza, as obrigações devidas à comunidade internacional são de interesse de todos os Estados, porquanto são *erga omnes*.<sup>11</sup> O entendimento da Corte remonta à concepção de normas peremptórias, e à necessidade de submetê-las ao interesse da coletividade.

Cabe aqui um adendo: o conceito de comunidade internacional não abarca apenas os Estados que a compõem. A ILC rejeitou pedidos de Estados e até mesmo de seus membros para incluir no artigo 33 a frase “comunidade internacional de Estados”, que teria sugerido que nada além dos Estados poderia fazer parte de tal comunidade. Crawford (2006, p. 34) corrobora esse entendimento, indicando que a comunidade internacional não pode ser confundida com o número de Estados que existem em dado momento.

Dessa forma, a possibilidade de responsabilização de um Estado por um ato internacionalmente ilícito praticado contra a comunidade internacional existe, de forma concreta e aplicável. Cabe-nos agora aferir o conceito de “comunidade internacional” e a legitimidade dos Estados para invocar a responsabilização do violador.

#### **4 | A LEGITIMIDADE DOS ESTADOS PARA INVOCAR A RESPONSABILIZAÇÃO DO VIOLADOR DE OBRIGAÇÃO DEVIDA À COMUNIDADE INTERNACIONAL**

Embora a CIJ tenha reconhecido diversas vezes a existência de obrigações *erga omnes* (ou seja, normas peremptórias de força vinculante), o conceito de “comunidade internacional” é abstrato. Há quem argumente que o representante da comunidade internacional é a ONU, apesar de não haver uma entidade legal específica para esse propósito.<sup>12</sup> Para Crawford (2001, p. 306), é difícil acreditar que os Estados têm apenas a ONU como canal exclusivo para expressar suas opiniões e preocupações. Segundo o autor, a concordância com a Carta da ONU não implicou na abdicação, por parte dos Estados, da sua “capacidade individual de agir.”

De fato, parece imprudente limitar a liberdade individual de atuação dos Estados às ações tomadas pela ONU. Sendo assim, para identificar os Estados aos quais a responsabilidade de outro é devida (ou se o titular é a comunidade internacional), é preciso analisar “a regra primária estabelecendo a obrigação violada e as circunstâncias da violação.”<sup>13</sup> A ILC ilustra essa assertiva através da poluição marítima: caso ocorra em larga escala, torna-se interesse da comunidade internacional; se for presente apenas em certas regiões, pode afetar apenas o Estado cuja costa é vizinha - o que não quer dizer que reparações não sejam devidas em ambos os casos.

Frente à necessidade de analisar as violações caso a caso, os artigos permitiram que a responsabilidade por obrigações devidas à comunidade internacional fosse invocada

11 A CIJ exarou esse entendimento no caso *Barcelona Traction*, mas ratificou-o no caso *East Timor* e na opinião *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*.

12 Crawford, James. *Responsibility to the International Community as a Whole*, p. 306.

13 Comentários da ILC, p. 95. Artigo 33(1).

tanto por Estados lesados quanto não lesados.

No primeiro caso, o artigo 42 prevê que o direito de invocar essa responsabilidade existe para o *Estado lesado* caso a obrigação violada seja em relação à comunidade internacional como um todo, e a violação afete especialmente este Estado.<sup>14</sup> Ou seja, mesmo que uma obrigação seja devida à comunidade, é possível que sua violação impacte de forma mais adversa um Estado específico, ou um grupo de Estados.<sup>15</sup> Nesse caso, poderá o Estado especialmente afetado invocar a responsabilidade do Estado violador, na condição de Estado lesado.

Já o artigo 48 traz a possibilidade de *Estados não lesados* também invocarem a responsabilidade dos violadores. Aqui, não há o critério de especialidade do dano decorrente da violação;<sup>16</sup> é necessário apenas que a obrigação quebrada seja devida à comunidade internacional como um todo (remontando ao critério da norma peremptória de eficácia *erga omnes*).<sup>17</sup>

Desta feita, compreende-se que os próprios artigos preveem a legitimidade, tanto dos Estados diretamente lesados quanto daqueles indiretamente afetados, para responsabilizar os violadores de uma obrigação devida à comunidade internacional.

Da responsabilidade decorre o dever de reparação, sob a égide do Capítulo II dos artigos.<sup>18</sup> Partimos agora à análise dessa reparação, a fim de aferir o entendimento das cortes acerca do que configura uma reparação justa.

## 5 | O ENTENDIMENTO DAS CORTES E AS MEDIDAS CABÍVEIS NO CASO DE DANO À COMUNIDADE INTERNACIONAL

A questão da legitimidade ativa para invocar danos à comunidade internacional nunca foi diretamente abarcada por algum tribunal internacional. Apesar de termos semelhantes a “interesse de todos os Estados” terem sido mencionados pela CPJI em casos como o S.S. Wimbledon e das Ilhas Aaland, o primeiro caso em que a questão de obrigações *erga omnes* foi expressamente abordada foi no caso Barcelona Traction, envolvendo a Bélgica e Espanha perante a CIJ (KATSELLI, 2005, p. 74-75). Neste caso, a Bélgica pretendia obter compensação pelos supostos danos causados por ações do governo espanhol à empresa canadense denominada Barcelona Traction, cujos acionistas eram em maioria de nacionalidade belga. A Espanha alegou, *inter alia*, que como os supostos danos teriam sido causados a uma empresa canadense, e não belga, a Bélgica não possuiria ilegitimidade para invocar tais danos perante a corte e o caso deveria ser preliminarmente rejeitado.

Em resposta a este argumento, a CIJ trouxe a importante distinção entre obrigações

---

14 Artigo 42 (b)(i).

15 Comentários da ILC, p. 119. Artigo 42(12).

16 Comentários da ILC, p. 127. Artigo 48(9).

17 Artigo 48.1(b).

18 O Capítulo II, da “reparação pelo prejuízo”, abarca as várias modalidades de reparação, exploradas em conjunto com a jurisprudência no tópico cinco.

de um Estado perante um ou mais outros Estados ou obrigações perante a comunidade internacional como um todo, afirmando que, em relação a esta última, todos os Estados teriam interesse em sua proteção dada sua natureza de obrigação erga omnes (Case Concerning the Barcelona Traction, parágrafo 32). No entanto, a Corte afirma na sequência que a proteção diplomática de seus cidadãos visada pela Bélgica não possui tal natureza, de modo que deveria ser demonstrado a violação de algum direito especificamente belga para que houvesse legitimidade ativa no caso (Case Concerning the Barcelona Traction, parágrafo 34). A Corte então notou que os direitos de uma companhia são distintos dos direitos de seus acionistas (Case Concerning the Barcelona Traction, parágrafo 41), concluindo que as ações espanholas não permitiam à Bélgica invocar a proteção diplomática de seus acionistas, de modo que ela carecia de legitimidade ativa no caso (Case Concerning the Barcelona Traction, parágrafo 102). Os fatos do caso não permitiram uma análise por parte da Corte acerca da legitimidade para invocar danos à comunidade como um todo.

Anteriormente a este caso, uma obrigação *erga omnes* havia sido levantada por Camarões contra o Reino Unido em um caso em que o território dos Camarões do Norte havia sido anexado à Nigéria, no entanto a CIJ decidiu, em 1962, que não poderia decidir sobre os méritos do caso pois a anexação havia sido determinada pela Assembleia Geral da ONU após um plebiscito realizado pela população envolvida em que foi votado em seu favor (Case Concerning the Northern Cameroon, pag. 33), evitando, assim, a questão da obrigação erga omnes.

Mais recentemente, o Japão perdeu a oportunidade de questionar a CIJ acerca da legitimidade da Austrália em um caso em que este Estado alegara a violação do Direito Internacional por parte daquele referente à caça de baleias, sob o possível argumento de que a Austrália não teria sofrido um dano específico pelos atos japoneses ou não possuía algum interesse específico na disputa. Por conta disso, a CIJ se mostrou silente ao assunto na ocasião. No entanto, parece correto afirmar que a Austrália de fato possuiria legitimidade para acionar o Japão, seja em razão de o caso aparenta envolver obrigações *erga omnes*, seja decorrente de um tratado cuja violação é de interesse de todos os Estado que dele façam parte (LIMA, 2018, p. 122).

Desse modo, por mais que a CIJ tenha afirmado, no caso da Barcelona Traction, ser possível que um Estado que não tenha sofrido danos diretamente decorrentes de uma violação erga omnes vir a invocá-la judicialmente, ela nunca chegou a aplicar tal entendimento em um caso prático. De qualquer modo, a Corte foi muito feliz em mencionar essa possibilidade, ainda que em um caso em que ela não fosse aplicável, pois isso criou um precedente importante que faz com que se possa afirmar com certa segurança que caso, no futuro, um Estado venha a alegar uma violação erga omnes perante a CIJ sem que tenha sofrido danos, sua legitimidade para tanto será reconhecido.

Uma vez superada a questão da legitimidade, outro ponto de debate surge quanto

às consequências do reconhecimento de tal violação. Crawford (2012, p. 567) menciona que três medidas podem ser almejadas no advento de uma violação de uma obrigação internacional: a cessação do ato, a reparação dos danos causados – essa pode ser na forma de restituição do status quo ante na íntegra, na compensação monetária quando a restituição é impossível, ou na satisfação, por meio, por exemplo, de uma declaração de culpa e promessa de não repetição do ato – e, por fim, as contramedidas.

Em se tratando de danos à comunidade internacional como um todo, conforme estabeleceu o art. 48.2 dos artigos sobre responsabilidade dos Estados, qualquer Estado com legitimidade para invocar a responsabilidade por violação de obrigações erga omnes pode requerer a cessação. No entanto, o mesmo artigo estabelece que só podem pedir reparação pelos danos causados aqueles Estados que diretamente sofrerem algum dano, ou caso o pedido seja feito em favor a um destes Estados.

Nesse sentido, Crawford (2013, p. 373) afirma que os pedidos realizados pela Austrália no caso *Whaling in the Antarctic* estão de acordo com os remédios disponíveis no art. 48.2, uma vez que o Estado requereu apenas que o programa japonês que permitia a caça irregular das baleias fosse cancelado e não mais reinstaurado, sem que houvesse nenhum pedido de compensação monetária. Com efeito, a CIJ se limitou em seu julgamento a declarar as violações cometidas pelo Japão e determinar que ele revogasse as licenças de caça emitidas e deixasse de emitir outras (*Case Whaling in the Antarctic*, parágrafo 247).

Por fim, em relação às contramedidas, os artigos consideram que seja impossível que elas sejam realizadas por Estados terceiros que não estejam sofrendo ou sob o risco de sofrer danos. Com efeito, os comentários sobre os artigos trazem expressamente que a lista estabelecida pelo art. 48.2 é taxativa, de modo a excluir a possibilidade de utilização de contramedidas (Art. 48, comentário 11). No entanto, conforme se observa da prática estatal, tal possibilidade não pode ser completamente excluída. Eleni Katselli (2005, p. 184-227) menciona uma série de situações em que contramedidas foram efetuadas em favor de terceiros no decorrer dos anos, concluindo que, ainda que a prática estatal existente não seja suficiente para confirmar a existência de uma norma que autorize tais contramedidas, a hesitação dos Estados em recorrer a elas muitas vezes se dava por acreditarem que tinham uma obrigação em se absterem de fazer. Isso parece demonstrar como pode evoluir essa regra no futuro.

## 6 | CONCLUSÕES

A análise do tema da responsabilidade dos Estados por atos ilícitos cometidos contra a comunidade internacional é longa e complexa, que demanda um estudo mais aprofundado do que o trazido neste artigo. Contudo, algumas conclusões podem ser tiradas acerca do assunto.

Em primeiro lugar, a responsabilização dos Estados por esse tipo de dano está



prevista no ordenamento jurídico internacional, não sendo esse instituto questionado quanto à sua existência. Isso porque os próprios artigos da ILC, pioneiros no assunto da responsabilidade dos Estados, previram expressamente a ocorrência desses danos comunitários.

A extensão dos danos, contudo, é objeto de discussão. Esse ponto está diretamente conectado com a legitimidade ativa para perquirir reparações decorrentes do dano, já que a aferição do caráter comunitário do dano depende do quanto ele afeta os Estados (ou seja, se a extensão do dano é individual ou coletiva). Entende-se que os países podem invocar esses danos revestindo-se do *status* de Estados lesados ou não lesados. A forma de pedir a reparação não varia muito entre uma condição e outra, e permite aos Estados reclamarem, conforme os mecanismos internacionais de resolução de disputas (nomeadamente, a CIJ), a cobrança individualizada do Estado violador.

No que diz respeito às consequências, é pacífica a possibilidade de reparação e cessação do ato ilegal, essa última já inclusive aplicada pela CIJ. No que tange às contramedidas, a questão parece mais em aberto, devendo-se observar a prática estatal nos anos a seguir para formular uma norma a respeito.

Muito ainda pode ser estudado acerca do tema, a exemplo da correlação entre a soberania e o dever do Estado sob a égide dos artigos da ILC. Porém, do assunto aqui abordado, compreende-se que o dano à comunidade internacional, embora controverso e de aplicação, sobretudo, prática, encontra respaldo na lei internacional e serve como um bom mecanismo de justiça na ordem internacional.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

CAMPOS, Julio D. González; RODRÍGUEZ, Luis I. Sánches; SANTA MARÍA, Paz Andrés Sáenz de. **Curso de derecho internacional público**. 6. ed. Madrid : Editorial Civitas, 1998.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power company, limited. Belgium v. Spain**. Julgamento de 5 fev. 1970.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case concerning the Northern Cameroons. Cameroon v. United Kingdom**. Julgamento de 2 dez.1963.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Whaling in the Antarctic. Australia v. Japan**. Julgamento de 31 mar. 2014.

CRAWFORD, James R. **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8. ed. Oxford University Press, 2012.

CRAWFORD, James R. Responsibility to the International Community as a Whole. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, EUA, v. 8, n. 2, 2001. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol8/iss2/2>. Acesso em: 27 nov. 2020.

CRAWFORD, James R. **State Responsibility - The General Part**. 1. ed. Cambridge University Press, 2013.

CRAWFORD, James R. The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect. **The American Journal of International Law**, EUA, v. 96, n. 4, p. 874-890, 2002.

CRAWFORD, James R.; OLLESON, Simon. The nature and forms of international responsibility. *In*: EVANS, Malcolm D. **International law**. Oxford : Oxford University Press, 2003.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

International Law Commission. **Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. 2001. Disponível em: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf). Acesso em: 27 nov. 2020.

International Law Commission. **Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries**. 2001. Disponível em: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf). Acesso em: 27 nov. 2020.

KATSELLI, Eleni. **Countermeasures, the non-injured state and the idea of international community**. Dissertation - Universidade de Durham, Durham, 2015. Disponível em: <http://etheses.dur.ac.uk/2874/>, Acesso em: 7 dez. 2020.

LIMA, Lucas Carlos. Whaling in Antarctic: apontamentos à decisão da Corte Internacional de Justiça. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unochapecó**, v. 1, n. 1, p. 120-137, 2018.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Sessão A/65/76, de 30 de abril de 2010. **Responsibility of States for internationally wrongful acts. Compilation of decisions of international courts, tribunals and other bodies**. Relatório do Secretário-Geral.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Sessão A/65/96, de 14 de maio de 2010. **Responsibility of States for internationally wrongful acts. Comments and information received from Governments**. Relatório do Secretário-Geral.

PELLET, Alain. The ILC's articles on state responsibility for internationally wrongful acts and related texts. *In*: CRAWFORD, James R.; PELLET, Alain; OLLESON, Simon; PARLETT, Kate. **The Law of International Responsibility**. Oxford University Press, 2010.

RESENDE, Ranieri Lima. Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos: perspectivas atuais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais**, n. 45, p. 341-372, 2004. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1299/1231>. Acesso em: 28 nov. 2020.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

# CAPÍTULO 4

## PROSECUTOR *VERSUS* JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO: O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A RESPONSABILIDADE DO COMANDO

*Data de aceite:* 01/03/2021

*Data de submissão:* 15/12/2020

### Geziela lensue

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Direitos Humanos, Democracia e Jurisdição Internacional” (CNPQ/UFMS) <https://orcid.org/0000-0002-9549-882X>

**RESUMO:** A responsabilidade de comando implica a responsabilidade do superior pelo descumprimento de agir para impedir condutas penais de seus subordinados. O superior é responsável tanto por sua falta de controle e autoridade no evento em que se cometem os crimes quanto por condutas penais alheias. O princípio da responsabilidade de comando, consagrado no artigo 28 do Estatuto de Roma, tem se convertido em um dos mais relevantes mecanismos de Direito Penal Internacional e de Direito Internacional Humanitário com vistas a combater a impunidade de crimes internacionais. No presente artigo pretendeu-se analisar a decisão do caso do político congolês Jean-Pierre proferido recentemente pelo Tribunal Penal Internacional (TPI), enfatizando-se o pioneirismo da fundamentação sob o princípio da responsabilidade de comando. Para tanto, apresentou-se a evolução da jurisdição penal internacional frente ao redimensionamento da ideia clássica de soberania e da responsabilização

dos agentes estatais em face da proteção aos direitos humanos. Procurou-se discutir a natureza jurídica da responsabilidade superior a partir da problematização do caráter peculiar da imputação ao superior consistente em uma omissão. Por fim, circunscreveu-se a análise do caso Jean-Pierre Bemba Gombo, buscando-se evidenciar a relevância do julgado e suas inúmeras inovações, notadamente, a responsabilização penal do “superior de comando” fundada no princípio da responsabilidade do comando, cujas tropas promoveram crimes internacionais, mesmo que não os tenha diretamente ordenado ou estado no local, bem como o entendimento igualmente pioneiro daquela Corte quanto à violência sexual ser considerada um crime contra a humanidade. Conclusivamente, sustentou-se que a referida decisão representou um avanço em relação ao fim da impunidade e a toda forma de injustiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Responsabilidade do comando.

### PROSECUTOR *VERSUS* JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO: THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND COMMAND RESPONSIBILITY

**ABSTRACT:** The command responsibility entails the superior responsibility for the act of failure to prevent criminal conduct of its subordinates. The superior is responsible both for its lack of control and authority in the event in which crimes are committed and for others' criminal conduct. The principle of command responsibility in article 28 of the Statute of Rome has become one of the most important mechanisms of international criminal law

and International Humanitarian Law in order to combat impunity for international crimes. This article aimed to analyze the decision in the case of the Congolese politician Jean-Pierre delivered recently by the International Criminal Court (ICC), emphasizing the pioneering of the foundation under the principle of command responsibility. It presented the evolution of international criminal jurisdiction before the resizing of the classical idea of sovereignty and accountability of state agents in the face of human rights protection. It was sought to discuss the legal nature of superior responsibility from questioning the peculiar character of the imputation to the superior consistent in an omission. Finally, it was circumscribed the analysis of Jean-Pierre Bemba Gombo's case seeking to prove the relevance of the trial and its numerous innovations, notably the criminal liability of the "superior command" founded on the principle of command responsibility, whose troops promoted international crimes, even if they were not directly ordered or been on site, as well as the equally pioneer understanding of that Court in relation to sexual violence been considered a crime against humanity. Conclusively, it was argued that the decision represented an improvement over the end of impunity and all forms of injustice.

**KEYWORDS:** International Criminal Court. Rome Statute. Command responsibility.

## 1 | INTRODUÇÃO

A constituição de Tribunais Internacionais é decorrente da fase de jurisdicionalização do Direito Internacional contemporâneo. No instante em que se enaltece a tendência jurisdicionalizante do *jus gentium* a sociedade internacional propugna a criação de tribunais internacionais voltados à resolução das diversas controvérsias existentes na seara das relações internacionais.

Nesse momento, a criação de Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* com competência para julgar crimes internacionais considerados graves representou uma nova possibilidade quanto à efetiva responsabilidade individual penal internacional.

Com efeito, desde o final da Primeira Guerra Mundial, a sociedade internacional ansiava pela criação de uma Corte penal internacional capaz de fortalecer e salvaguardar os direitos humanos em nível global.

A noção de um *jus puniendi* em âmbito mundial em relação àqueles crimes que podem atingir a humanidade como um todo e comprometer a dignidade humana, notadamente, após as duas Guerras Mundiais, começa efetivamente a integrar a agenda internacional dos Estados.

Diante das inúmeras objeções aos Tribunais *ad hoc* das Nações Unidas e face à antiga aspiração da sociedade internacional quanto à criação de um tribunal penal permanente com jurisdição universal, no que se refere às violações de direitos humanos, foi instituído, em 1998, por meio do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional (TPI).

A partir de então, ganhou fôlego a teoria da responsabilidade penal internacional do indivíduo, na medida em que se previu a responsabilização individual daqueles praticantes de ilícitos internacionais previstos no Estatuto, e não somente de Estados.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Nesse diapasão, cabe mencionar a célebre passagem do julgamento do Tribunal de Nuremberg ao frisar a relevância da responsabilização penal dos acusados de violações internacionais graves: "[...] *crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law of be enforced.*" "Crimes contrários ao direito internacional são cometidos por homens e não por

Nesse diapasão, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional incorpora, em seu artigo 28, sob o título da “responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos”, a previsão da denominada “responsabilidade de mando ou de comando”.

Considerando a magnitude e atrocidade dos crimes cometidos no atual cenário em conflitos internacionais, e bem assim, o recurso recorrente a esse tipo de responsabilidade, requer-se, portanto, cada vez mais a formulação de critérios específicos à sua aplicação.

Destarte, nos termos do então artigo em comento, nas alíneas (a) e (b), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes de competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados.

Conforme o entendimento exposto por inúmeros julgados dos Tribunais Internacionais, os requisitos suficientes à responsabilidade do comando circunscrevem-se a que os crimes cometidos por seus subordinados, isto é, os chamados crimes-base, constituam resultado da inobservância do dever de controle efetivo que compete ao chefe ou superior hierárquico.

Com vistas a melhor compreender as referidas peculiaridades que envolvem o “princípio da responsabilidade do comando”, no presente artigo pretendeu-se analisar a decisão do caso do político congolês Jean-Pierre Bemba Gombo, proferida em data de 21 de março do ano corrente, pelo Tribunal Penal Internacional, face à Operação 2002-2003, ocorrida na República Centro-africana. Buscou-se enfatizar o pioneirismo da Corte Penal Internacional em relação à fundamentação da responsabilidade individual do Sr. Bemba Gombo, a partir da aplicação do princípio da “responsabilidade de comando”.

Para tanto, faz-se na primeira seção uma breve e necessária discussão da consagração da jurisdição penal internacional frente ao redimensionamento dos conceitos clássicos do Direito Internacional Público, qual sejam, a ideia de soberania tradicional e a responsabilidade dos agentes estatais frente à urgente salvaguarda dos direitos humanos.

Em seguida, passa-se à problematização da definição e da natureza jurídica da responsabilidade penal internacional, notadamente, a partir da consagração do princípio da responsabilidade do comando pelo Estatuto de Roma. Ademais, verifica-se o tratamento da omissão em suas tipicidades objetiva (*actus reus*) e subjetiva (*mens rea*) no âmbito da responsabilidade individual do superior, disciplinada no artigo 28, (a) do Estatuto de Roma.

Originalmente, como será visto, a omissão foi tratada como participação por omissão, e somente a partir do Estatuto de Roma pode ser qualificada como crime independente. Destaca-se, portanto, a evolução da responsabilidade penal individual tanto no Direito Penal Internacional quanto no Direito Internacional Humanitário.

Por fim, no presente artigo se circunscreveu a análise do caso *Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba Gombo*, que esteve, inclusive, sob a presidência da juíza brasileira Sílvia Steiner, evidenciando as suas inúmeras inovações, como o foco da decisão da Corte Penal na violência sexual usada como arma de guerra, considerada crime contra a humanidade.

Além disso, a responsabilização penal do “superior militar de comando” cujas tropas entes abstratos e somente a punição a estes indivíduos garantirá a aplicabilidade destas normas.” (ARGIRÓ, 1946 apud LATTANZI; MONETTI, 2006, p. 79, tradução nossa).

promoveram crimes atrozes, mesmo que não tenham ordenado diretamente o cometimento dos referidos crimes ou estado no local no momento do evento.

Conforme o entendimento esposado pelos juízes da Câmara de Julgamento III, a responsabilização nesse caso se justifica em razão do descumprimento das medidas que o condenado, em decorrência da sua posição à época, tinha o dever de adotar. Conclusivamente, sustentar-se que a atuação do Tribunal Penal Internacional no presente caso representou, sem dúvida, um avanço em relação ao fim da impunidade, ou seja, a toda forma de negação dos direitos e injustiças.

## 2 I A JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL E A SOBERANIA

A instituição do Tribunal Penal Internacional – *Cour Pénale Internationale* ou *International Criminal Court* – visou atender ao anseio histórico da sociedade internacional relativo à existência de um tribunal com competência para o julgamento de graves crimes contra os direitos humanos, bem como corrigir diversas distorções verificadas em relação a Tribunais criados precedentemente com tal escopo.

A nova Corte criminal vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), criada pelo Tratado de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998,<sup>2</sup> e com sede em Haia, na Holanda, detém competência para julgar os denominados crimes de genocídio,<sup>3</sup> crimes contra a humanidade,<sup>4</sup> bem como os crimes de guerra<sup>5</sup> e os crimes de agressão.<sup>6</sup>

2 A sua criação foi festejada pela comunidade jurídica, especialmente, aquela mais estreitamente relacionada com os Direitos Humanos.

3 Para os efeitos do ER, [...] entende-se por “genocídio” quaisquer dos atos adiante elencados praticados com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal: o homicídio de membros do grupo; ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; sujeição intencional do grupo a condições de vida com vistas a provocar a sua destruição física, total ou parcial; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo (BRASIL, 2002).

4 Está-se diante de um artigo muito extenso do Estatuto de Roma, assim, serão destacadas apenas as condutas incorridas por Jean-Pierre Bemba Gombo e que serviram de base à sua condenação inovadora, são elas: “[...] entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) *Homicídio*; [...] g) *Agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável*; [...]” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

5 Diante da mesma razão exposta na nota anterior, destacam-se os seguintes crimes de guerra: “c) *Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido à doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo: i) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura; e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos: v) Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto; vi) Cometer atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f do parágrafo 2º do artigo 7º; esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra.*” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

6 O ER deixou em suspenso a questão da tipificação de crime de agressão em virtude de tamanha controvérsia sobre a sua inclusão, preferiu estabelecer a definição em momento posterior (artigos 121 e 123, do Estatuto de Roma). Em 2010, aconteceu a Conferência de Revisão em Kampala, Uganda, quando foi aprovada a Resolução RC/Res 6, dispondo não apenas da tipificação do crime de agressão, da atuação do Tribunal Penal Internacional quando da ocorrência do delito. Segue o artigo 8 bis, §§ 1º e 2º do ER estabelecendo que, por “ato de agressão” “[...] se considera o uso da

Sua criação representou um avanço importante no que se refere à responsabilização dos governantes, dos chefes militares e mesmo de pessoas comuns pela prática desses delitos, especialmente face à revisão do conceito tradicional de soberania.

De um ponto de vista histórico, a ideia de soberania encontra-se intrinsecamente vinculada à noção de poder ou submissão, ou seja, “*dominis potest deus*”, segundo a célebre afirmação de São Paulo. A expressão *soberania*, do latim *super omnia* ou *supremitas*, equivale a superior ou à qualidade dos domínios que dependem apenas de Deus.<sup>7</sup>

Embora a noção de soberania tenha sido claramente afirmada e teoricamente definida desde o início do século XVI, parece persistir, ainda, certa dificuldade em precisá-la. É comum notar a falta de unanimidade entre os muitos estudiosos que se dispõem a defini-la.

A noção de soberania como o poder incontestável e ilimitado do Estado, acima do qual não há nenhum outro, parece ter acompanhado ao longo dos séculos parte significativa de suas conceituações. No século XIX tais características aparecem frequentemente jungidas à figura do monarca e à sua forma de poder, passando, posteriormente, a vincular-se ao Estado.

Nesse diapasão, o seu conceito clássico persistiu incólume até meados da segunda metade do século XX,<sup>8</sup> quando ocorre a internacionalização dos direitos humanos, e começa a ganhar eco na seara internacional a tese da possível relativização da “soberania” frente à proteção da dignidade humana.

Destarte, pode-se afirmar que, até o pós-Segunda Guerra Mundial, muito pouco se progrediu, internacionalmente, no que se refere a coibir graves e vultosas violações aos direitos humanos. Notadamente, porque prevalecia o entendimento de que os governantes, no exercício da soberania do Estado, eram juridicamente irresponsáveis por suas ações.

Cabe sublinhar que a doutrina da irresponsabilidade dos governantes procura legitimar quaisquer atos por estes praticados, sob a alegação de defesa dos interesses superiores estatais.

No contexto, evidencia-se que a noção da inimizabilidade dos governantes, todavia, arraigada na cultura política desde a antiguidade, somente adquiriu contornos doutrinários em 1513, com Nicolau Maquiavel (MACHIARELLI, 1940, p. 120). Ademais, a referida ideia ganhou contornos jurídicos com a clássica obra, escrita em 1576 por Jean Bodin, intitulada *Os seis livros da República*, cuja soberania fora descrita como um poder absoluto e perpétuo do Estado (BODIN, 1961, p. 122).

Com efeito, tal concepção de soberania como um poder ilimitado e/ou divino dos

---

força armada por um Estado que viole a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro país, ou ainda que perpetre qualquer ação que seja incompatível com a Carta das Nações Unidas [...]” (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2016).

7 Doutrina de Santo Agostinho ao sustentar a submissão dos reis frente ao poder espiritual do Papa.

8 Esse conceito tem sido revisto por modelos teóricos do denominado Direito Comunitário, cujas ideias de cooperação e integração regional têm conduzido a uma concepção completamente nova do Estado, e consequentemente de soberania.



reis, pouco a pouco, foi sendo aperfeiçoada. Pode-se notar um grau maior de sofisticação nas teorizações dos seus defensores desde os albores da modernidade.<sup>9</sup>

Durante vários séculos a doutrina da irresponsabilidade dos agentes estatais não sofrera maiores transformações. Arrimada sobre a ideia clássica de soberania, somente começa a se modificar defronte às indizíveis e brutais atrocidades ocorridas durante a Primeira<sup>10</sup> e a Segunda<sup>11</sup> Guerras Mundiais (KEEGAN, 1995, p. 370-377).

Com a utilização de novas armas de extermínio e de destruição em massa pelas potências beligerantes, tanto em campo quanto fora dele, tais conflitos mundiais levaram ao aniquilamento de milhões de pessoas. Assim, nesse contexto de barbárie, foi dado o primeiro passo concreto no sentido de responsabilizar os dirigentes políticos e militares acusados de cometer crimes contra a humanidade<sup>12</sup> e crimes contra a paz ou guerra de agressão, todos considerados contrários às normas internacionais.

A despeito das críticas comumente feitas às Cortes penais provisórias, como a provisoriedade, parcialidade, suspeição – vez que criadas por meio de Resoluções da ONU – a violação de princípios basilares do direito penal, como a legalidade, anterioridade, juiz natural, seletividade na condução de julgamentos internacionais,<sup>13</sup> entre outros, fato concreto é que foram instaurados o Tribunal de Nüremberg e o Tribunal de Tóquio.

Tais Cortes criminais provisórias tinham por objetivo a apuração das atrocidades cometidas pelos nazistas no Holocausto e pelas autoridades políticas e militares do Japão Imperial durante a Segunda Guerra Mundial, respectivamente. Ambos os Tribunais rejeitaram as escusas apresentadas pelos vencidos, arrimadas em fundamentos de atos de soberania, necessidade militar e cumprimento de ordens superiores com vistas a escaparem da punição.

A criação de um Tribunal Penal Internacional competente para julgar as violações de direitos humanos em um plano global tornou-se cada vez mais premente, especialmente após a aprovação de diversos documentos internacionais, *v.g.*, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, as Convenções de Genebra, de 1949, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade, de 1968.

Tal ideia foi também reafirmada expressamente no parágrafo 92 da Declaração

9 Exemplificativamente Richelieu (2016). Jellinek (2013) compreendia a soberania a partir da ideia de autolimitação, ou seja, a vontade do Estado de se autodeterminar e de se auto-obrigar por meio da Constituição e da produção legislativa. Tal vontade capaz de estabelecer, por si própria, a esfera de sua ação não pode se subordinar jamais a outras vontades, apresentando-se, assim, como um poder ilimitável e ilimitado.

10 Ocorreu o aniquilamento de cerca de 15 milhões de indivíduos. Digno de nota no contexto, houve o massacre, em 1915, de cerca de um milhão de armênios pelos turcos.

11 Estima-se que pereceram mais de 55 milhões de pessoas.

12 Os crimes contra a humanidade, em virtude de sua amplitude, compreendiam o genocídio, a escravidão, os homicídios em massa e outros delitos correlatos.

13 Tal seletividade impediu, exemplificativamente, a investigação e a punição do ditador e líder do Khmer Vermelho *Saloth Sar*, também conhecido como *Pol Pot*, pelo massacre de mais de um milhão de cambojanos, na década de 1970. Recordar-se que a instalação de um Tribunal *ad hoc* dependia de decisão do Conselho de Segurança da ONU, no qual cinco Estados têm o poder de veto.



e Programa de Viena, de 1993.<sup>14</sup> Mencionadas experiências, contudo, não conseguiram dissuadir os muitos criminosos de guerra, que continuaram a agir impunemente durante as inúmeras contendas ocorridas a partir da segunda metade do século XX.

A situação de completa impunidade perdurou até a instauração de dois Tribunais *ad hoc*, um foi instalado na antiga Iugoslávia, em 1993, em virtude da questão envolvendo sérvios contra croatas e demais etnias,<sup>15</sup> e outro, no ano 1994, em Ruanda, cujo território foi palco do massacre da nação tutsi pelos extremistas hutus, visando fazer cessar e punir os gravíssimos abusos cometidos em ambos os conflitos (SEIDERMAN, 2001, p. 23-25).<sup>16</sup>

Em seguida, a sociedade internacional resolveu instituir uma corte penal permanente com vistas a contornar as diversas objeções apresentadas em relação a todos esses Tribunais provisórios criados anteriormente. A Corte Penal Internacional foi criada por meio do instrumento internacional aprovado em 17 de julho de 1998, o denominado Tratado de Roma.<sup>17</sup>

Com a assinatura deste, os conceitos tradicionais de Direito Internacional Público e mais precisamente de soberania são abalados, posto que os Estados concordem em exportar parte de sua soberania em favor de instituições internacionais capazes de editar normas supranacionais.

Frisa-se no contexto que o mencionado instrumento internacional foi assinado pela República Federativa do Brasil em 07 de fevereiro de 2000, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 112 de 2002 e promulgado pelo Decreto Presidencial n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Cabe sublinhar que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu texto original, já aderira à ideia da criação de um Tribunal Penal Internacional, dispondo expressamente no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que “[...] o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.” (BRASIL, 1988).

A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, veio a acrescentar ao artigo 5º do Texto Constitucional um § 4º, que dispõe expressamente que o Brasil “[...] se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” (BRASIL, 1988).

14 Parágrafo 92 da Declaração e Programa de Viena *in verbis* (1993): “[...] a Conferência Mundial sobre Direito Humanos recomenda [...] e encoraja a Comissão de Direito Internacional a continuar seus trabalhos visando o estabelecimento de um tribunal penal internacional.”

15 A experiência do Tribunal *Ad hoc* na Ex-Iugoslávia, julgou o ex-presidente da Sérvia, Slobodan Milosevic, acusado de genocídio durante a Guerra da Bósnia, serviu para reforçar a necessidade de criação de um tribunal penal internacional permanente junto à ONU, para o julgamento de crimes contra a humanidade.

16 O interessante na atuação destes tribunais foi a produção da tese do julgamento de indivíduos que praticaram crimes em conflitos considerados de caráter interno, que até então não se enquadravam na normativa penal internacional.

17 O Estatuto de Roma divide-se em 13 capítulos, os quais versam sobre a criação da Corte (Cap. I), sua competência, a admissibilidade e o direito aplicável (Cap. II), Princípios Gerais de Direito Penal (Cap. III), composição e administração do TPI (Cap. IV), inquérito e procedimento criminal (Cap. V), julgamento (Cap. VI), penas (Cap. VII), recurso e revisão (Cap. VIII), cooperação internacional e auxílio judiciário (Cap. IX), execução da pena (Cap. X), Assembleia dos Estados-partes (Cap. XI), financiamento (Cap. XII) e cláusulas finais (Cap. XIII). (BRASIL, 2002).

Trata-se da primeira instituição jurisdição penal global dotada das características de permanência e universalidade. Aliás, cabe assinalar que, a partir do momento em que um Estado assume os compromissos mútuos firmados no Estatuto de Roma, cujas normas se revestem de uma natureza centrífuga, ele está concordando em autorrestringir sua soberania em prol da proteção de todo e qualquer ser humano.<sup>18</sup>

Importa destacar que, a despeito do propalado redimensionamento da noção clássica de soberania estatal, duas ideias parecem ainda subsistir, quais sejam, a independência na ordem externa e a supremacia na ordem interna. Por conseguinte, para alguns teóricos, qualquer intervenção externa, ainda que para salvaguardar os direitos humanos, confronta-se de modo irremediável com a soberania nacional, a qual pressupõe não intervenção em assuntos internos.

Entretanto, sustenta-se aqui que os Estados-Partes, ao cooperarem para a aplicação das normas consagradas no Estatuto de Roma, ao invés de estarem comprometendo a sua soberania, estão, na verdade, afirmando-a, em prol da proteção dos direitos humanos, e do próprio cidadão, finalidade maior de ser do Estado.

Evidencia-se que uma das principais inovações alvissareiras do Tratado de Roma reside na consagração do princípio, segundo o qual a responsabilidade penal por ações violadoras das normas de direito internacional deve recair sobre o sujeito que as perpetrou, deixando de prevalecer ou restando afastadas possíveis imunidades, privilégios ou limitações de ordem internacional decorrentes da posição, cargo ou função estatal que porventura ostente.

Com efeito, os crimes de competência do TPI são cometidos justamente por esses sujeitos, cujas salvaguardas conferidas geralmente por seus ordenamentos jurídicos internos lhes permitem invocar a imunidade de jurisdição.

Por conseguinte, sustenta-se aqui a tese de que a característica do caráter superior ou supremo da soberania não equivale a poder estatal ilimitado. O Estado, e mais propriamente os seus governantes, constituem apenas um instrumento revelador do Direito, a quem cabe determinar e aplicar, ao qual se encontram igualmente submetidos.

O exercício da soberania não pode servir de escudo para que governantes tripudiem sobre os direitos mais caros à humanidade; deve, portanto, servir de instrumento coletivo para assegurar-los. Suas ações tornam-se legítimas à medida que assegure e defenda tais direitos.

Nesse passo, em razão da atuação universal do TPI, sendo este pessoa jurídica de direito internacional e dispondo de independência, posto que lhe faculta o funcionamento sem que experimente quaisquer ingerências de ordem externa ou de ordem jurídica interna de qualquer Estado.

E, inclusive, pode demandar sujeitos nacionais de Estados não partes do Estatuto;

---

<sup>18</sup> Tal noção encontra fundamento jurídico no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que concede primazia às convenções internacionais face ao direito interno (BRASIL, 2009).

defende-se no presente artigo a tese segundo a qual a normativa do Tratado de Roma não se submete ao estabelecido nas ordens jurídicas internas dos Estados, mas ao Direito Internacional que, nesse caso, passa a ser aplicado diretamente.

O funcionamento do Tribunal Penal Internacional, ao contrário das cortes internacionais em geral, não depende de qualquer consentimento do Estado quanto à sua competência jurisdicional, em decorrência da sua automaticidade. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Penal abrange, como já se noticiou, os seguintes crimes, imprescritíveis: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

Frisa-se, porém, que a competência desse Tribunal, no que se refere aos referidos ilícitos, somente alcança aqueles cometidos após a entrada em vigor do Estatuto no Estado-Parte. Destaca-se, contudo, o seu caráter complementar e subsidiário às jurisdições penais nacionais. Assim, a jurisdição internacional somente deverá intervir – subsidiariamente, como *ultima ratio*, caso haja omissão por parte da jurisdição penal interna ou haja persecução criminal insuficiente.<sup>19</sup>

Outro ponto a ser destacado no Tratado de Roma é a incorporação do artigo 28 que estabelece a previsão da responsabilidade do superior ou de comando. A referida responsabilidade será objeto de análise do próximo item.

### **31 O ARTIGO 28 DO ESTATUTO DE ROMA E A RESPONSABILIDADE DO COMANDO**

A doutrina da responsabilidade do comando, embora remonte ao século XVI, como já mencionado, ainda na contemporaneidade não logrou êxito em melhor definir os contornos dos elementos que a compõem.

Considerando a complexidade e a amplitude dos conflitos internacionais existentes no contexto atual, assim como a utilização cada vez mais frequente dessa espécie de responsabilização, torna-se premente a formulação de critérios objetivos e subjetivos mais precisos e específicos ao seu recurso.

Referida espécie de responsabilização, embora tenha origem que remonta ao século XVI e se sustente em norma consolidada do direito costumeiro, somente obteve positividade e clara vinculação com a responsabilidade penal, notadamente, com as decisões do pós-guerra. Tais julgamentos serviram de supedâneo tanto à positividade da doutrina quanto à elaboração dogmática.<sup>20</sup>

Desde então, até os recentes julgados dos tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia (TPII) e Ruanda (TPIR), os requisitos da responsabilidade de comando assumiram diferentes matizes.

<sup>19</sup> Conforme os critérios definidos no artigo 17 do próprio Estatuto de Roma.

<sup>20</sup> O Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra (1949), aprovado em 1977, estabeleceu pela primeira vez a doutrina da responsabilidade penal do comando (GREENWOOD, 2004, p. 599).

Os pressupostos de sua amplitude, com pretensão de validade geral, foram codificados pioneiramente pelo artigo 28 do Estatuto de Roma. Todavia, embora tal dispositivo se pretenda exaustivo em virtude de décadas de intensas construções jurisprudenciais e doutrinárias, os seus elementos formadores estão longe de ser claros e uniformes.

A responsabilidade do comando, conforme preconiza a doutrina *command responsibility*, firma-se por omissão. O superior é penalmente responsável em decorrência da ausência de controle e supervisão dos que lhe são subordinados no evento em que cometam ilícitos. Em outras palavras, há responsabilidade do superior hierárquico quando este se furta a impedir as condutas delitivas de seus subordinados (AMBOS; CARVALHO, 2005, p. 159).

Destaca-se que a espécie de responsabilidade penal por omissão aqui mencionada é ímpar no direito penal internacional. Em observância à doutrina francesa que não reconhece a responsabilidade geral por omissão imprópria – posto que interpreta estritamente o princípio da legalidade –, afastou-se do artigo 28 a previsão geral proposta no projeto do Estatuto.

A partir desta premissa de que a responsabilidade do comando se estabelece por omissão, avança-se no sentido de analisar se a disposição em comento representa um crime de omissão própria ou imprópria. (AMBOS; CARVALHO, 2005, p. 299-300).

Valendo-se do critério formal ou critério do tipo penal, pode-se afirmar que o artigo 28 constitui um crime impróprio por omissão, isso porque, à semelhança do que preconiza o § 2º do artigo 13 do Código Penal Brasileiro, não se vislumbra no presente dispositivo um tipo penal ou chamado *Tatbestand*, mas uma norma limitadora de responsabilidade oriunda de um dever de garantia.

Ademais, a imputação ao superior pelos crimes-base cometidos por seus subordinados, como descreve o critério do tipo de omissão imprópria, resulta da combinação de uma cláusula geral, ou seja, o artigo 28 do Estatuto, com o tipo penal específico atinente a um crime comissivo, constantes nos artigos 6º a 8º do mesmo diploma normativo.<sup>21</sup>

Face à peculiaridade da tese da responsabilidade do superior, alguns teóricos sustentam que há uma contradição entre a conduta culposa do comandante e o dolo direto (intenção) do subordinado quanto à comissão das condutas, ou seja, uma comissão de um crime doloso por negligência.<sup>22</sup> Outros ainda argumentam que tal contradição se revela aparente, pois o crime de responsabilidade de comando do artigo 28 e os crimes-base dos subordinados consistem em normas que guardam independência entre si, com distintos

21 Segundo pontuam Ambos e Carvalho (2005), cumpre não confundir a responsabilidade como superior e como partícipe. O superior deve apenas conhecer ou poder conhecer os crimes-base, enquanto o partícipe deve ainda almejar a sua ação de participação e em especial também a ação principal. Ao se fazerem presentes os requisitos de uma responsabilidade por participação, a responsabilidade do superior assume apenas um caráter subsidiário.

22 Esse é entendimento de Schabas e Carvalho (2005), segundo os quais, o superior descumprirá culposamente o seu dever de controle adequado dos subordinados que, conseqüentemente, cometem ilícitos dolosos consoantes ao artigo 30 do ETPI.

elementos subjetivos.<sup>23</sup>

Com efeito, a distinção entre a ordem para cometer delitos com previsão no artigo 25(3)(b) com a responsabilidade do superior. Algumas vozes da doutrina e também alguns julgados, inclusive recentes, insistem em defender que ordenar o cometimento de crimes e/ou faltar ao dever de impedi-los, constituem, na verdade, duas faces da mesma questão.

Do ponto de vista fático, tais posições até se justificam, vez que geralmente os casos de responsabilidade do comando acompanham-se de ordens para a prática de delitos – a *direct command responsibility*. Caso as ordens não possam ser provadas ou atribuídas ao superior, é comum o reconhecimento de um tipo subsidiário de responsabilidade penal do superior – *fall back liability*.

Evidencia-se que, conforme se depreende da redação do artigo 28 do Estatuto de Roma, é fundamental à doutrina da responsabilidade do comando a existência de uma relação de subordinação. Além disso, não basta apenas existir a inter-relação superior-subordinado, faz-se necessária, ainda, a presença de uma cadeia de comando (BANTEKAS, 1999, p. 5, 578; WILLIAMSON, 2002, p. 2; ZAHAR, 2001, p. 609).

Assim, para os efeitos da responsabilidade de comando, é preciso que a relação de subordinação subsista dentro de uma estrutura hierarquicamente organizada, cuja estratificação se centra na autoridade exercida por aqueles que a compõem.

O superior participante da relação de subordinação inserida em uma cadeia de comando, independente de seu nível hierárquico, deve exercer cumulativamente a autoridade, seja *de jure* seja *de facto*, o controle efetivo sobre os subordinados.<sup>24</sup> Portanto, deve adotar as medidas adequadas, necessárias<sup>25</sup> e razoáveis<sup>26</sup> ao seu alcance<sup>27</sup> com vistas a reprimir, prevenir ou informar as autoridades competentes.<sup>28</sup>

Destarte, deve existir uma relação de causalidade entre a omissão do superior e a conduta lesiva dos subordinados. Todavia, para que se possa verificar a presença ou ausência do nexos causal, faz-se necessária a eleição de um conceito de causalidade, entre aqueles apresentados pelas diversas teorias sobre a temática.

Visando a elucidar o requerimento causal estabelecido pelo artigo 28, a doutrina penal internacional adota com certa preponderância a denominada teoria da equivalência

---

23 O primeiro caso refere-se à violação de um dever de supervisão apropriada que pode ser cometida tanto na modalidade dolosa quanto na culposa; o segundo caso, por sua vez, refere-se aos crimes cometidos com dolo, conforme prevê o artigo 30 do EPTI (AMBOS; CARVALHO, 2005, p. 300). Nesse sentido aduz Greenwood (2004, p. 599) que, no caso da responsabilidade do superior, este é punido em razão da ausência de controle daqueles sob o seu comando, e não pela participação nos crimes por eles cometidos.

24 Sublinha-se que a doutrina da responsabilidade do comando se restringe às organizações cujas finalidades são legítimas, e cujos membros cometem delitos excepcionalmente. Raciocínio baseado na semelhança entre o artigo 28 e o artigo 7 (3) do Estatuto de Roma (ZAHAR, 2001, p. 611-612).

25 A expressão “necessária” refere-se a indispensável, essencial. Portanto, medida indispensável à defesa do bem ameaçado ou à punição do agressor que já lesou o bem.

26 O termo “razoável” implica a medida proporcional à ação do agressor.

27 A expressão “ao alcance” diz respeito à medida adequada e necessária que esteja à disposição do superior, no contexto fático cuja ação se desenvolve.

28 Para efeitos de investigação e procedimento criminal, Ambos e Carvalho (2005, p. 207).

das condições (*conditio sine qua non*).<sup>29</sup> Algumas críticas são apontadas à adoção da referida teoria, quanto à sua capacidade de fornecer o melhor substrato à análise da causalidade atinente à responsabilidade do comando.<sup>30</sup>

A partir da análise dos termos do artigo 28, alíneas *a* e *b*,<sup>31</sup> a norma estabelece uma relação causal entre o descumprimento do superior e o cometimento de crimes por parte dos subordinados. Assim, uma vez localizado o resultado do crime-base, basta relacioná-lo com a omissão do superior, mediante um nexa causal, cuja falta acarreta a impossibilidade de imputação dele.<sup>32</sup>

Salienta-se, o destinatário da norma contida no artigo 28 que prevê a responsabilidade dos “[...] comandantes militares e outros superiores hierárquicos pelas condutas delitivas de suas forças ou subordinados” (BRASIL, 2002) deve, necessariamente, ser um “superior”. Tal questão adquire especial relevo no momento em que se requer indicar dentro de uma relação de subordinação e cadeia de comando quem são os sujeitos suscetíveis à punição pelas ações de outros.<sup>33</sup>

O dispositivo em comento reconhece, ainda, a extensão da responsabilidade de comando aos superiores civis, incluindo-os expressamente em sua redação, bem como elencou critérios distintos em relação ao elemento subjetivo (*mens rea*) do superior hierárquico militar e do superior hierárquico não militar, qual seja, civil.<sup>34</sup>

Ambos os superiores, militares e civis, poderão ser responsabilizados pelos delitos de seus respectivos subordinados em duas situações, veja-se. No que se refere aos primeiros, se “sabiam”<sup>35</sup> (“*knew*”/ “conhecimento efetivo”) ou deveriam saber,<sup>36</sup> se as

---

29 Conforme afirma D’Ávila (2001, p. 21-23), a teoria da equivalência das condições encerra fragilidades no que pertine às hipóteses de causalidade alternativa e causalidade hipotética, especialmente ao tratar da responsabilidade do superior. Ademais, o autor evidencia, também, problemas de amplitude ilimitada e de equívoco lógico-metodológico na fórmula de eliminação hipotética.

30 Alguns autores indicam que a teoria da imputação objetiva conduz a resultados mais satisfatórios. A respeito, ver Jescheck (1993, p. 258), Escamilla (apud D’ÁVILA, 2001, p. 40-41) e Frisch (apud D’ÁVILA, 2001, p. 43).

31 “O superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de *não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados.*” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

32 Na próxima seção se vê que a corte manifestou entendimento distinto quanto ao critério adequado à configuração do nexa de causalidade, ao se tratar especificamente do caso Jean-Pierre Bemba Gombo.

33 Embora o artigo 28 mencione expressamente “superior”, a interpretação que se atribui é no sentido de que a responsabilidade do superior prescinde de qualquer limitação hierárquica. Os julgados, não obstante, serem vacilantes, em certa medida, indicam que o superior deve pertencer ao “nível de condução” (TPN), “poder de autoridade” (TPII) ou “poder hierárquico” (TMI – Extremo-Oriente).

34 É primeira vez no direito penal internacional que ocorre a codificação do elemento subjetivo, o qual passa a ser requerimento geral à responsabilidade pena individual (WERLE; JESSBERG, 2005, p. 35).

35 De acordo com o artigo 30 (3) do Estatuto, que se aplica também aos civis neste caso, “conhecimento” refere-se à “[...] consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito terá lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos.” (BRASIL, 2002). A jurisprudência tem entendido que não bastam meras presunções, são necessárias evidências circunstanciais (AMBOS; CARVALHO, 2005, p. 208-209).

36 O significado da expressão “deveria ter conhecido” (*should have known*) se aplica somente em relação ao militar. Segundo D’Ávila (2001, p. 104), ela corresponde à culpa inconsciente ou infração de cuidado devido, quando o agente atua negligentemente de modo descuidado, ignorando por completo a possível ocorrência de resultado típico. A responsabilidade ocorre, em razão do descumprimento das medidas, que em decorrência da sua posição hierárquica tinha o dever de adotar (D’ÁVILA, 2001, p. 104).

condutas delitivas estavam sendo cometidas ou prestes a sê-las.

Em relação aos segundos, estes responderão pelos crimes cometidos pelos seus subordinados nas hipóteses em que conheciam ou deliberadamente desconsideraram informação que indicava claramente (*consciously disregarded information which clearly indicated*) que os seus subordinados se preparavam ou estavam cometendo os crimes.<sup>37</sup>

Diante da ausência de especificação pelo artigo 28 em apreço em relação à motivação do superior, pode-se concluir que o critério em comento abarca tanto a culpa consciente quanto o dolo eventual (D'ÁVILA, 2001, p. 104; AMBOS; CARVALHO, 2005, p. 217).<sup>38</sup>

Nesse diapasão, se o superior não considerar livremente a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para fazê-lo, acreditando que o resultado típico não ocorrerá, ele age com culpa consciente.

Frisa-se que o artigo 28 (b) (i) pressupõe que o superior portava a informação, mas a desconsidera deliberadamente,<sup>39</sup> já aqui ele tem conhecimento das ofensas cometidas ou prestes a acontecer, portanto, não se pode cogitar a ausência de previsão do resultado típico pelo superior. Resta, portanto, afastada a aplicação de culpa inconsciente aos superiores civis, consolidando-se como pertencente exclusivamente aos militares.

De outro modo, caso o superior, ao deliberadamente desconsiderar informação que indicava de maneira clara que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer os delitos, fazê-lo por não se importar com a realização do resultado típico, estará configurada hipótese de dolo eventual.

Recorda-se que, em ambos os casos, há previsão do resultado e assunção do risco de produzi-lo. O que os distingue substancialmente é que na culpa consciente o agente não admite o resultado como possível, e no dolo eventual o agente consente com o resultado, este lhe é indiferente.

Assim, se o superior deliberadamente não considerar a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparando para cometer as ofensas, fazê-lo porque não se importa com a realização dos crimes-base (resultado típico), agirá com dolo eventual. Entretanto, se o fizer porque não acredita que o resultado típico se produzirá, estará agindo com culpa consciente.

Embora se afirme que presentes os requisitos objetivos e subjetivos cumulativamente, resta-se configurada a responsabilidade do superior, esta ainda é objeto de intensos debates, visto que seus elementos objetivos e subjetivos ainda carecem de clareza e melhor definição.

37 O artigo 30 do ETPI preceitua que “[...] salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime de competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de cometer e conhecimento de seus elementos materiais.” A persecução criminal de superiores civis se mostra mais dificultosa, especialmente em razão da dificuldade de produção probatória.

38 Para melhores esclarecimentos quanto à distinção entre culpa inconsciente e culpa consciente e entre esta e o dolo eventual, conferir Jescheck (1993, p. 516).

39 O superior possui representação da possível ocorrência do resultado típico, pois detém a informação nesse sentido.



Resumidamente, o artigo 28 do Estatuto de Roma prevê a responsabilidade penal do superior hierárquico pelos delitos de competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados, sob o seu controle e autoridade efetiva, em virtude da inobservância de dever de controle suficiente que lhe cumpria sobre esses mesmos subordinados.

#### **41 A RELEVÂNCIA DA DECISÃO DO CASO PROSECUTOR *VERSUS* JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO**

O Estatuto de Roma buscou estabelecer alguns princípios de direito para que possam servir de base à responsabilização penal de indivíduos na seara internacional. A doutrina menciona os princípios *nullum crimen e nulla poena sine lege*; irretroatividade, juiz natural, complementaridade, imprescritibilidade, responsabilidade penal internacional individual, irrelevância da função oficial, responsabilidade de comandantes e outros superiores, entre outros.

Considerando a análise proposta no presente artigo cingir-se, especialmente à responsabilidade do comando, trata-se aqui dos três últimos princípios mencionados enfatizando o princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores, o denominado princípio do comando.

A Corte Internacional Penal rege-se pelo princípio da responsabilidade penal internacional individual, o qual dispõe que apenas indivíduos, pessoas naturais, poderão ser julgadas por esse Tribunal. Mencionada norma tem como alicerce a Resolução das Nações Unidas, de 1946 (AMBOS; CHOUKR, 2000, p. 32).

O princípio da irrelevância de função oficial evidencia a noção de que não importa se o indivíduo, no momento em que cometeu a conduta lesiva ou posteriormente, ocupava cargo ou função oficial, pois será do mesmo modo responsabilizado. Tal princípio já fora utilizado pelos distintos Tribunais *ad hoc*, como foi anteriormente visto.

O Tribunal Penal Internacional poderá também responsabilizar chefes militares, ou ainda outros superiores, por atos, ações ou omissões realizados por meio de seu comando, assim como preconiza o princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores.

O veredicto do *leading case* Jean-Pierre Bemba Gombo pode ser considerado histórico, posto que se trata da primeira vez que a Corte Internacional Penal impõe condenação a alguém fundada no “princípio do comando” ou “da responsabilidade superior”.

Em 21 de março de 2016 os juízes entenderam de modo unânime que o acusado deveria ser considerado penalmente responsável, como chefe militar, pelos delitos cometidos por suas tropas que atuaram sob o seu controle e comando.

O político congolês não somente falhou na responsabilidade de prevenir os crimes que foram cometidos por seus subordinados, bem como não os puniu pelo cometimento das violações sistemáticas, sendo, por esse motivo, ele próprio condenado pelos crimes. A investigação do Tribunal Penal Internacional teve início em 22 de maio de 2007, após o Estado Centro-Africano recorrer à Procuradoria do TPI em 2004.



No ano 2002, o Presidente em exercício do Estado Centro-Africano, Ange-Félix Patassé, solicitou ao grupo armado liderado por Jean-Pierre Bemba Gombo – o Movimento para a Libertação do Congo (MLC) da República Democrática do Congo<sup>40</sup> – para intervir na República Centro-Africana, com vistas a impedir uma tentativa de golpe por François Bozizé.

O Movimento para a Libertação do Congo (MLC) foi acusado de promover uma devastadora campanha de mortes, torturas e estupros na República Centro-Africana no período de 2002 a 2003. Bemba era o então chefe do MLC e integrava a comitiva do ditador Mobutu, visto que posteriormente se tornou Vice-presidente do Governo de transição da República Democrática do Congo (RDC) de 2003 a 2006.

Contra ele, foram feitas três acusações por crimes de guerra, homicídios, violações e pilhagens, e duas acusações de crimes contra a humanidade, homicídio e estupro. Todos esses crimes teriam sido alegadamente cometidos enquanto aquele ocupou o cargo de Chefe Militar.

O primeiro político a ser condenado pelo Tribunal Penal Internacional teve sua prisão efetivada na Bélgica, onde estava exilado, em 24 de maio de 2008, sendo mais tarde transferido para o Centro de Detenção da Haia, em 03 de julho do mesmo ano.

No dia seguinte após a detenção, o investigado foi conduzido perante os juizes da Câmara de Questões Preliminares pela primeira vez. Durante a audiência, verificou-se a identidade do investigado e lhe foram esclarecidos todos os fatos e crimes a ele imputados, assim como lhe foram informados os seus direitos garantidos pelo Estatuto de Roma, incluindo o pedido de liberdade provisória até o julgamento.

Em 30 de março de 2009, o *Prosecutor* apresentou a acusação, incluindo a responsabilidade de comando prevista no artigo 28 cumulativamente à alegação de responsabilidade penal individual do artigo 25 (3) alínea (a), ambos do Estatuto de Roma.

Instaura-se e ação penal, e Jean-Pierre Bemba Gombo comparece perante a Câmara de Julgamento (SPC) II. Esta confirma, entre 12 e 15 de julho de 2009, as acusações de crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos na RCA entre 2002 e 2003, submetendo o acusado a julgamento.

A defesa procurou sustentar a incompetência do Tribunal e questionou a admissibilidade da acusação. Procurou argumentar que somente as Cortes da África Central detinham competência para julgar o chefe militar, e que estas já haviam decidido em não prosseguir com a *persecutio criminis* contra a pessoa em causa, bem como o caso não era suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do TPI.

Além disso, a defesa procurou sustentar fortemente que o ex-Vice-presidente não tinha conhecimento do que se passava do outro lado da fronteira, vez que a milícia a qual comandava havia sido enviada, no ano 2002, para a República Centro-Africana. Portanto, 40 O País Centro-Africano foi cenário de uma guerra civil entre 1998 e 2003 que dizimou mais de três milhões de pessoas pela fome, violência e doenças. A nação abriga mais de 250 grupos étnicos disputando poder e riquezas presentes no território.

o procedimento perante aquela Corte estaria inquinado por vários vícios de legalidade.

Tais alegações foram afastadas pelo juízo de admissibilidade, que decidiu reconhecer a admissibilidade do caso perante a Corte Penal, em junho de 2010, decisão esta que foi confirmada pela Câmara de Recursos em outubro de 2010. O julgamento teve início em 22 de novembro de 2010 e contou com a participação, por meio de representante legal, de aproximadamente cinco mil vítimas.

Paralelamente, e nos primeiros dias após a detenção em Haia de Jean-Pierre, a defesa permaneceu tentando obter a liberdade condicional do acusado; tais tentativas restaram ineficazes, tanto na fase da investigação quanto na fase do julgamento.

Entre 2011 e 2013 ocorreu a instrução probatória, sendo apresentadas evidências, provas documentais, bem como foram ouvidas inúmeras testemunhas de defesa e, principalmente, testemunhas de acusação, e colhido um número significativo de depoimentos das vítimas.<sup>41</sup>

As alegações finais foram apresentadas no final de 2014. Destaca-se, nesse lapso temporal, a suspensão do julgamento determinada pela SPI III, em 13 de dezembro de 2012 até 04 de março de 2013, em virtude da mudança pelos juízes quanto ao entendimento da extensão da “responsabilidade dos superiores”.

Os juízes do SPI III sinalizaram que o elemento da responsabilidade penal de Bemba como responsável superior derivada de seu “conhecimento de que os crimes eram cometidos” poderia mudar para “deveria saber que os crimes eram cometidos”.

Em 21 de março de 2016, a Câmara de Julgamento III, composta pelos juízes Sylvia Steiner (Presidente), Kuniko Ozaki e Joyce Aluch, nos termos do artigo 74 (2) do Estatuto de Roma, declarou por unanimidade culpado Jean-Pierre Bemba Gombo, sob o artigo 28 item (a) (i e ii) desse Diploma Legal, tendo este agido como um comandante militar, infringido os crimes previstos no artigo 7 (1) itens (a) e (g); artigo 8 (2) item (c), alínea (j); item (e), alíneas (v e vi).<sup>42</sup>

Portanto, Bemba foi condenado pelo cometimento de três crimes de guerra, qual sejam, homicídio, violação e pilhagem, e dois crimes contra a humanidade, homicídio e violação sexual, especificamente, estupro.<sup>43</sup>

A Sessão de Julgamento III expressamente reconheceu que o artigo 28, alínea (a) refere-se à responsabilidade do comandante militar, assim como se estende à pessoa que efetivamente atua como comandante militar ou desempenha ou não funções exclusivamente militares.

41 Por volta de 2.287 vítimas em 15 de dezembro de 2011, muitos de seus depoimentos foram colhidos por meio de videoconferência. No total do procedimento foi autorizado a participar no caso Jean-Pierre Bemba Gombo, um total de 5.229 vítimas. A Corte ouviu até o encerramento do julgamento por volta de 77 testemunhas.

42 Íntegra da decisão, International Criminal Court (2016).

43 “*The Chamber finds beyond reasonable doubt that Mr. Bemba is criminally responsible under Article 28(a) for the crimes against humanity of murder and rape, and the war crimes of murder, rape, and pillaging committed by his forces in the course of the 2002-2003 CAR Operation.*” A Câmara entendeu que, para além de qualquer dúvida razoável, Bemba deveria ser penalmente responsável nos termos do artigo 28 (a) pelos crimes contra a humanidade de homicídio e estupro, bem como pelos crimes de guerra de homicídio, estupro, e pilhagens cometidos por suas forças no curso da Operação 2002-2003 CAR (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2016, p. 359).

E que a posição de Bemba à época dos fatos se enquadrava na última situação descrita, ou seja, era uma pessoa agindo efetivamente como um comandante militar (TRIAL CHAMBER, 2016a, p. 345), que sabia que as forças do MLC sob a sua autoridade e controle efetivos estavam a cometer ou se preparavam para cometer os crimes praticados, conforme já havia argumentado o *Prosecutor*.<sup>44</sup>

Nesse diapasão, os juízes consideraram que o congolês atuou como comandante militar e dispunha de autoridade efetiva e controle sobre os integrantes do *Mouvement de Libération Du Congo* (MLC) contra a população civil na República Centro-Africana durante o período de 26 de outubro de 2002 a 15 de março de 2003.

A Corte considerou, com base nas provas produzidas, que Bemba tinha conhecimento de que suas “tropas” estavam a cometer ou prestar a cometer os crimes contra a humanidade e de guerra (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2016, p. 347, tradução nossa).

E a despeito de exercer autoridade e controle eficaz sobre as “forças” do MLC, não tomou as medidas necessárias e adequadas<sup>45</sup> ao seu alcance, com vistas a prevenir ou reprimir<sup>46</sup> a prática destes crimes por suas tropas, ou levou o assunto às autoridades competentes<sup>47</sup> para a investigação e punição durante a Operação 2002-2003.<sup>48</sup>

44 “Article 28(a) not only provides for the liability of military commanders, but also extends to “person[s] effectively acting as military commander[s]” – the latter being, in the submission of the Prosecution, the appropriate characterization of Mr. Bemba’s position in the case.” “O artigo 28 (a), não só prevê a responsabilidade dos comandantes militares, mas também se estende a(s) ‘pessoa(s) efetivamente atuando como comandante(s) militar(s)’ – sendo este último, no entendimento do Promotor, a situação da posição do senhor Bemba no caso.” (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2016, p. 83, tradução nossa).

45 “His primary intention was not to genuinely take all necessary and reasonable measures within his material ability to prevent or repress the commission of crimes, as was his duty.” “Sua intenção principal era não tomar deliberadamente nenhuma das medidas necessárias e adequadas a sua capacidade material de prevenir ou reprimir o cometimento de crimes, como era seu dever.” (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2016, p. 354, tradução nossa).

46 “Mr. Bemba could have, *inter alia*, ensured that the MLC troops in the CAR were properly trained in the rules of international humanitarian law, and adequately supervised during the 2002-2003 CAR Operation; (ii) initiated genuine and full investigations into the commission of crimes, and properly tried and punished any soldiers alleged of having committed crimes; (iii) issued further and clear orders to the commanders of the troops in the CAR to prevent the commission of crimes; (iv) altered the deployment of the troops, for example, to minimize contact with civilian populations; (v) removed, replaced, or dismissed officers and soldiers found to have committed or condoned any crimes in the CAR; and/or (vi) shared relevant information with the CAR authorities or others and supported them in any efforts to investigate criminal allegations.” Bemba poderia ter, *inter alia*, assegurado o treinamento das tropas do MLC na RCA quanto às regras do direito internacional humanitário, e à adequada vigilância durante a Operação 2002-2003 CAR; (ii) iniciado genuínas investigações sobre a prática de crimes, e devidamente julgar e punir soldados que tiverem cometido tais crimes; (iii) emitido claramente ordens aos comandantes das tropas do CAR para impedir a prática de crimes; (iv) alterado o envio de tropa com vistas a minimizar o contato dos oficiais com as populações civis; (v) remover, substituir, ou demitir os subordinados que tiverem cometido ou tolerado qualquer crime no CAR; e/ou (vi) compartilhado as informações relevantes com as autoridades competentes e apoiá-los e empreender quaisquer esforços para investigar as alegações criminais.” (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2016, p. 358, tradução nossa).

47 “There is no evidence that Mr. Bemba took any measures in response to information transmitted internally within the MLC of crimes by MLC soldiers from, for example, the MLC intelligence services or the leads uncovered during the Mondonga Inquiry, Zongo Commission, or Sibut Mission.” “Não há nenhuma evidência que o Sr. Bemba tomou quaisquer medidas à transmissão de informações internamente dentro do MLC dos crimes cometidos por soldados do MLC a partir, por exemplo, dos serviços de inteligência para o MLC ou as descobertas durante a investigação de Mondonga, Comissão Zongo, ou Missão Sibut.” (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2016, p. 358, tradução nossa).

48 “The Accused was a person effectively acting as a military commander and had effective authority and control over the MLC forces that committed the crimes.” “[...] the Accused knew that the MLC forces were committing or about to commit

Ademais, a falha do comandante no cumprimento de suas obrigações para prevenir, reprimir ou levar ao conhecimento das autoridades competentes pela investigação e julgamento incrementou o risco da comissão pelas tropas.<sup>49</sup>

Vislumbrou ainda, na esteira da interpretação que tem sido dada pelo TPI, diferentemente do entendimento dos Tribunais *ad hoc*, prescindindo de um nexo de causalidade necessário entre a omissão do superior quanto ao seu dever de exercer um controle efetivo e os crimes-base cometidos por seus subordinados.

Isso bastou para ensejar a responsabilidade penal nos termos do artigo 28 alínea (a), que a omissão do comandante aumentou o risco da prática dos crimes cometidos pelos subordinados.<sup>50</sup>

No que se refere à “condenação cumulativa”, a Corte admitiu a possibilidade, para além de qualquer dúvida razoável, que o Sr. Bemba é penalmente responsável nos termos do artigo 28 (a) por *estupro*, considerado este tanto um crime de guerra quanto um crime contra a humanidade. Admitiu, também, a condenação por *homicídio*, considerado, do mesmo modo, um crime de guerra e um crime contra a humanidade (TRIAL CHAMBER III, 2016b).

Para isso, a Câmara de Julgamento precisou analisar a admissibilidade da cumulação dessas condenações com base na mesma conduta subjacente, não obstante a existência de distintas infrações. O Tribunal decidiu que não haveria o denominado *ne bis in idem* previsto no artigo 20 do Estatuto (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2016, p. 356), em virtude da existência de infrações com elementos materialmente distintos, isto é, o foco está sobre se cada crime exigiu a prova de um fato não exigido pelo outro.

A pena a ser executada e as reparações às vítimas serão decididas pelo TPI após a

---

*the crimes.*” “[...] *the Accused failed to take all necessary and reasonable measures to prevent or repress the commission of the crimes or to submit the matter to competent authorities for investigation and prosecution.*” “[...] *the crimes were committed as a result of the Accused's failure to 'exercise control properly' over the MLC forces.*” “O acusado era uma pessoa agindo efetivamente como um comandante militar e tinha autoridade eficaz e controle sobre as forças do MLC que cometeram os crimes.” “[...] O acusado sabia que as forças do MLC estavam a cometer ou se preparavam para cometer os crimes.” “[...] O acusado não tomou todas as medidas necessárias e razoáveis para prevenir ou reprimir a prática dos crimes ou para levar o assunto às autoridades competentes para a investigação e repressão.” “[...] Os crimes foram cometidos como resultado da falha do acusado de ter exercido o controle corretamente ‘sobre as forças do MLC.’ (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2016, p. 341-365, tradução nossa).

49 “*Mr. Bemba's failure to fulfil his duties to prevent crimes increased the risk of their commission by the MLC troops in the CAR.*” A Câmara observa que, a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* define “comissão por subordinados” no contexto de responsabilidade superior, como sendo incorporar os modos de responsabilidade para além da “comissão” em sentido estrito, v.g., planejar, instigar, auxiliar, ou ser cúmplice. Na matéria conferir os seguintes casos: United Nations (2007, paras. 485 a 486) e International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (2008a). Ver, ainda, International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (2008b, para. 371), United Nations (2004, para. 91), United Nations (2001, paras. 252 e 303), International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (2003, paras. 362 a 363) e International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (2013, para. 398).

50 A juíza Sylvia Steiner manifestou entendimento em voto separado, referente ao critério *high probability* ser mais adequado à caracterização do grau de risco, do que apenas a probabilidade de que ausência de controle efetiva pelo comandante poderia ter evitado o cometimento dos crimes pelos subordinados. Senão, veja-se: “[...] *in my opinion, the causality requirement would be satisfied where, at least, there is a high probability that, had the commander discharged his duties, the crime would have been prevented or it would have not been committed by the forces in the manner it was committed.*” (TRIAL CHAMBER III, 2016b).

audiência suplementar. Tanto a Promotoria do TPI quanto a defesa do condenado poderão interpor recurso à Câmara de Apelação, no prazo de 30 dias, conforme preceitua o artigo 150 das regras de procedimento e evidência da Corte.

Consequentemente, em relação à responsabilidade penal, o TPI entendeu pela incidência, *in casu*, do já analisado princípio do comando ou princípio do comando responsável, admitindo a responsabilidade pessoal de Bemba Gombo com base no artigo 28, item (a) do Estatuto de Roma.

Assim, esse julgado pode ser considerado particular e sem precedentes por vários aspectos, pois pela primeira vez na história do TPI um comandante que atua como militar é condenado por crimes cometidos pelas tropas que liderava, mesmo que não os tenha ordenado, em um país terceiro.

Sublinha-se que Jean-Pierre Bemba Gombo não se encontrava na República Centro-Africana quando ocorreram os crimes que lhe estavam sendo imputados. O acusado foi julgado não como autor ou coautor, mas enquanto “superior militar”, sob o princípio da “responsabilidade do comando”.

Ademais, a sentença condenatória do antigo Vice-presidente da República Democrática do Congo reveste-se também de suma importância, no que se refere ao pioneirismo quanto à condenação pelo cometimento de delitos de violência sexual, especificamente o estupro,<sup>51</sup> qualificado como crime de guerra.

No particular, os juízes procuraram destacar que as evidências coletadas durante a instrução demonstraram que os atos de violência sexual cometidos pelo MLC naquele contexto estavam imbuídos de motivação específica e objetivos claros,<sup>52</sup> configurando-se, portanto, como armas de guerra.

Essa decisão pode auxiliar e contribuir à sensibilização sobre as consequências que tais delitos atrozes perpetrados em larga escala no âmbito de conflitos armados não internacionais, isto é, internos, acarretam às vidas das vítimas que sofrem com atos dessa natureza.<sup>53</sup>

## 51 CONCLUSÃO

Como visto, a Primeira Guerra Mundial impulsionou a criação de um tribunal penal, de alcance internacional, em virtude do crescimento de um repúdio internacional às atrocidades cometidas durante aquele período de beligerância, que a história denominou

51 Na esteira da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, o TPI entendeu que, além da penetração vaginal e anal, o estupro abrange também atos de penetração oral, capazes de causar humilhações e traumas de intensidade equivalente e ferir a dignidade humana.

52 As vítimas dos ataques eram consideradas “prêmios de guerra” por terem derrotado o “inimigo”, bem como as agressões sexuais tinham por finalidade humilhar, desestabilizar e punir simpatizantes dos grupos opositores.

53 A Corte reconheceu que houve uma política a informar sobre ataques à população civil levada a cabo pelo MLC, caracterizando uma espécie de *modus operandi*. “Moreover, consistent with evidence of a *modus operandi*, most of the crimes were committed when the MLC was the only armed group in the area.” (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2016, p. 358, tradução nossa).

“Guerra Mundial”.

Entretanto, o acontecimento decisivo para a consolidação da responsabilidade penal individual, no âmbito internacional, e o estabelecimento das exceções às imunidades funcionais atribuídas aos oficiais e autoridades de alto escalão, em caso de violações graves do Direito Internacional, ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, com a instituição dos Tribunais *ad hoc* dos aliados Nuremberg e Tóquio e a consagração de um novo ideário.

Foi possível a punição de indivíduos específicos, e não apenas organizações ou Estados, o que representou um grande avanço em relação ao sistema do Tratado de Versalhes. Ademais, essa responsabilidade penal individual passou a ser admitida a despeito dos mecanismos baseados em atos de soberania ou em princípios de ordem hierárquica.

O período que se segue da Segunda Guerra Mundial até a década de 1980 foi bastante profícuo para o desenvolvimento do Direito Penal Internacional. Destarte, os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para a Ruanda, a Conferência de Viena de 1993 sobre os Direitos Humanos, contribuíram fortemente para o estabelecimento de uma jurisdição criminal internacional, implicando a criação, em 1998, do Tribunal Penal Internacional (TPI).

Por conseguinte, a sua criação demonstra a afirmação contemporânea de um anseio clássico, ou seja, a efetividade de uma jurisdição penal internacional. Também representa uma velha aspiração da sociedade internacional, qual seja, um tribunal permanente competente para julgar acusados da prática de crimes que configurem genocídio, crimes de guerra, de agressão e crimes contra a humanidade.

Buscou-se evidenciar, ainda, no presente artigo, que a tese de que a característica do caráter superior ou supremo da soberania não equivale a poder estatal ilimitado. O Estado, e mais propriamente os seus governantes, constituem apenas um instrumento revelador do Direito, a quem cabe determinar e aplicar, ao qual se encontram igualmente submetidos.

Logo, o exercício da soberania não pode servir de escudo para que governantes tripudiem sobre os direitos mais caros à humanidade; deve, portanto, servir de instrumento coletivo assegurá-los. Suas ações tornam-se legítimas à medida que assegure e defenda tais direitos.

Nesse sentido, surge, pois, um novo sistema jurídico internacional com a finalidade de salvaguardar a humanidade de novas atrocidades ou condutas lesivas cometidas por indivíduos em oposição ao Direito Internacional.

Com efeito, também se tratou aqui da responsabilidade dos “superiores”, que pode ser tanto por ação (comissão) quanto por omissão. Destacou-se que os limites da responsabilidade penal por omissão não estão claramente definidos no direito penal. Do ponto de vista do Direito Internacional Humanitário, a responsabilidade penal do superior é considerada uma espécie de participação na comissão do crime.

A jurisprudência dos Tribunais penais internacionais *ad hoc* tem indicado que a imputação de responsabilidade a um superior por não cumprir o seu dever de agir deve considerar os crimes cometidos por seus subordinados. Assim, o superior não é responsável como se ele mesmo tivesse praticado o crime, todavia, considera-se sua responsabilidade proporcionalmente à gravidade das infrações cometidas.

Os julgados das Cortes também procuram esclarecer e delinear os requisitos necessários à responsabilização do superior. Particularmente, a jurisprudência tem sinalizado que prescinde ao superior o desempenho *de jure* de uma posição hierárquica, bastando o exercício de fato. Assim, se determinar por meio da aplicação do critério do “controle efetivo”, se o superior tem poderes reais para controlar os atos dos seus subordinados, com vistas a saber se este tem capacidade material de evitar e punir a conduta criminal.

Destarte, a qualificação militar também não se mostra necessária, podendo atribuir responsabilidades penal a um político ou civil pela comissão de crimes de guerra cometidos por seus liderados. Quando restar desmonstrado que o superior civil tinha conhecimento ou deliberadamente se omitiu face às informações que seus indivíduos, sob sua autoridade, estavam cometendo ou em vias de cometer os crimes da competência do TPI. Ademais, quando os crimes guardarem relação com atividades sob sua autoridade e controle efetivo.

Verificou-se que o artigo 28 do Estatuto de Roma estipula que um chefe militar ou uma pessoa que atue efetivamente como chefe militar é penalmente responsável pelos crimes cometidos pelas forças ou pessoas sob o seu mando e controle efetivo, ou sob sua autoridade e controle efetivo, quando: tenha conhecimento ou, em razão das circunstâncias do momento, deveria ter conhecimento que os subordinados estavam a cometer esses crimes ou se preparando para cometê-los; não houver adotado todas as medidas necessárias e razoáveis ao seu alcance para prevenir ou reprimir sua comissão ou para levar ao conhecimento das autoridades competentes para efeitos de sua investigação e julgamento.

A importância da responsabilidade penal individual, notadamente, a partir da doutrina da responsabilidade do comando previsto no artigo 28 do Estatuto de Roma está amplamente reconhecida pela mais abalizada doutrina, assim como pela jurisprudência das Cortes Internacionais Criminais. Representou um avanço significativo para a evolução do Direito Penal Internacional e, mais precisamente, para o Direito Internacional Humanitário.

Destacou-se, de igual modo, que o julgamento de Jean-Pierre Bemba Gombo pelo TPI constituiu um caso particular e sem precedentes por vários aspectos, entre os quais, pela primeira vez na história dessa Corte, um indivíduo que agiu enquanto “chefe militar” é condenado por crimes cometidos pelos subordinados em um terceiro país.

Versou-se ainda do primeiro julgamento contra um ex-Vice-Presidente, e o quarto julgamento do TPI, desde a sua criação em 2002.

A decisão da Câmara de Julgamento do TPI reveste-se também de pioneirismo no



que se refere à condenação de Jean-Pierre Bemba Gombo pelo cometimento de delitos de violência sexual, especificamente, o estupro, qualificado como crime de guerra.

Com efeito, a sua condenação envia uma mensagem contundente aos autores de crimes internacionais: seja qual for sua posição, função ou cargo oficial, poderão ser considerados responsáveis por seus crimes, não podendo escapar da *persecutio criminis* com vistas à efetivação da justiça e ao combate à impunidade.

## REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Org.). **O direito penal no estatuto de Roma**: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do tribunal penal internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BANTEKAS, Ilias. **Principles of direct and superior responsibility in International Hummaitarian Law**. Manchester: Manchester University Press, 2002.

BANTEKAS, Ilias. The contemporary law of superior responsibility. **American Journal of International Law**, v. 93, p. 573-595, 1999.

BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Darmstadt: Scientia Aalen, 1961.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 de abr. 2016.

BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kay (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: RT, 2000.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE VIENA. In: CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM, 2., 1993, Viena. **Anais Viena**, 14 a 25 jun. 1993. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

GREENWOOD, Christopher. Command responsibility and the Hadžihasanović decision. **Journal of International Criminal Justice**, v. 2, i. 2, p. 598-605, 2004.



INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Decisão n. ICC-01/05-01/08**, de 21 de março de 2016. Caso Prosecutor *versus* Jean-Pierre Bemba Gombo. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc2226759.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016a.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Resolución RC/Res. 6**. Disponível em: [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf). Acesso em: 18 abr. 2016b.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber III. ***Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo***. 2016. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc2226759.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Blagojević et al.** Trial Judgment, 2008a. Disponível em: [http://www.icty.org/case/blagojevic\\_53/4](http://www.icty.org/case/blagojevic_53/4). Acesso em: 12 abr. 2016.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Case no. It-01-42**. 2003. Disponível em: [http://www.icty.org/x/cases/kovacevic\\_vladimir/ind/en/str-ai030331e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kovacevic_vladimir/ind/en/str-ai030331e.pdf). Acesso em: 12 abr. 2016.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Kordić & Čerkez**. Trial Judgment, 2008b. Disponível em: [http://www.icty.org/case/kordic\\_cerkez/4](http://www.icty.org/case/kordic_cerkez/4). Acesso em: 12 abr. 2016.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. **Kunarac et al.** Trial Judgment, 2013. Disponível em: <http://www.icty.org/case/kunarac/4>. Acesso em: 12 abr. 2016.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. 2. ed. Tradução Fernando de Los Rios. Montevideo: Editorial B de f, 2013.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. ampl. Granada: Comares, 1993.

KEEGAN, John. **Uma história da guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LATTANZI, Giorgio; MONETTI, Vito. **La Corte penale Internazionale**: organi, competenza, reati, processo. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

MACHIAVELLI, Nicolò. **Il Principe e pagine di altre opere**. Padova: CEDAM, 1940.

NYBONDAS, Maria. Civilian superior responsibility in the Kordic case. **Netherlands International Law Review**, p. 59-82, 2003.

RICHELIEU, Cardeal Duque de. **O testamento político**. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/richelieu.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

SCHABAS, William A. The general principles of the Rome statute. **European Journal of Criminal Law**, i. 6, 1998.

SEIDERMAN, Ian. **Hierarchy in international law**: the human rights dimension. Antuérpia: Intersentia, 2001.

UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons. **Case No.: IT-95-14-A**. 2004. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

UNITED NATIONS. International Tribunal for the Prosecution of Persons. **Case No.: IT-96-21-A**. Trial Judgment, 2001. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.

UNITED NATIONS. Mechanism for International Criminal Tribunals. **Nahimana et al. (Media case) (ICTR-99-52)**. 2007. Disponível em: <http://unictr.unmict.org/en/cases/ictr-99-52>. Acesso em: 25 abr. 2016.

WERLE, Gehard; JESSBERG, Florian. Unless otherwise provided: article 30 of the ICC statute and the mental element of crimes under international criminal law. **Journal of International Criminal Justice**, i. 3, p. 35-55, 2005.

WILLIAMSON, Jamie A. Command responsibility in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda. **Criminal Law Forum**, Dordrecht, v. 13, i. 3, 2002.

ZAHAR, Alexander. Command responsibility of civilian superiors for genocide. **Leiden Journal of International Law**, v. 14, p. 591-616, 2001.

# CAPÍTULO 5

## OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO INTERNACIONAL: PARA ALÉM DOS LIMITES DE UMA OBRIGAÇÃO ESPECÍFICA?

*Data de aceite: 01/03/2021*

*Data de submissão: 18/12/2020*

**André Luiz Olivier da Silva**

Professor da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)  
São Leopoldo/RS  
<http://lattes.cnpq.br/9761722428678438>

**RESUMO:** O trabalho analisa as exigências por direitos humanos enunciados a partir de uma perspectiva universal, segundo a qual esses direitos se constituem dentro de obrigações gerais e são válidos para todas as pessoas do mundo. Mas, podemos falar em direitos humanos considerados gerais e absolutos, mesmo quando não se consegue especificar o detentor e o destinatário dos direitos em uma relação obrigacional específica? Com base em um procedimento de observação, e explicitação de algumas exigências por direitos humanos no mundo contemporâneo, aborda-se a natureza dos direitos a partir da correlação obrigacional entre direitos e deveres, bem como a distinção entre direitos especiais e direitos gerais, destacando que os direitos humanos são reivindicados como direitos gerais e universais, embora não se possa afirmar que sejam universais em si mesmos. A nossa hipótese é a de que os direitos humanos são reivindicados “como se” fossem “gerais” dentro de obrigações específicas, seja em um conflito entre cidadãos e o Estado, seja a partir das relações dos países

na comunidade internacional. Quando não estão especificados em obrigações concretas, esses direitos apresentam dificuldades quanto à sua efetividade justamente porque não se consegue identificar e especificar sujeitos e destinatários – que não são exatamente o Estado ou o cidadão deste ou daquele país, mas, sim, a pessoa humana. Nesse sentido, ainda estamos longe do ideal de universalização dos direitos humanos na comunidade internacional, e esses direitos só podem ser exercidos quando incorporados a um ordenamento jurídico ou, ao menos, inseridos em práticas morais e sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos; direitos gerais; universalidade; obrigações específicas.

### HUMAN RIGHTS ON THE INTERNATIONAL CONTEXT: BEYOND THE LIMITS OF A SPECIFIC OBLIGATION?

**ABSTRACT:** This paper discusses the claims by human rights from a universal perspective, according to which human rights constitute general obligations and are valid for all people of the world. Can we talk about human rights considered general and valid for all human beings even when we can not specify the holder and the addressee of rights in a specific obligational relationship? Based on a procedure of observation and explanation of some claims for human rights in the contemporary world, this article aims to approach the nature of these rights from the obligational correlation between rights and duties, as well as the distinction between special rights and general rights, highlighting that human rights are claimed as general rights,

emphasizing its “universal” character, although we can’t ensure that these rights are universal in themselves. Our hypothesis is that human rights are claimed “as if” they were “general” within specific obligations, whether in a conflict between citizens and the state, as based on the relations of countries in the international community. When not specified in concrete obligations, human rights have doubts as to its effectiveness precisely because it is not easy to identify and specify recipients and subject of rights – which are not exactly state or country, but rather the human person. In this sense, we are still far from the ideal of universal human rights in the international community, and these rights may be exercised only when incorporated into a law, or at least, embedded in moral and social practices.

**KEYWORDS:** Human rights; general rights; universality; specific obligations.

## 1 | INTRODUÇÃO

O presente texto analisa as exigências e reivindicações por direitos humanos no mundo contemporâneo, ao tentar entender como podemos reivindicar direitos a partir de uma perspectiva universal e absoluta, segundo a qual os direitos humanos ultrapassariam os limites de uma obrigação específica para se constituírem como os direitos gerais que todos possuiriam e que contra todos pudessem ser reivindicados. Em um primeiro momento, pretendemos mostrar que os direitos se constituem a partir de obrigações, que podem ser tanto obrigações específicas e restritas aos dois polos da relação obrigacional quanto obrigações gerais, que se constituem na medida em que os direitos são produzidos para além dos limites de uma obrigação específica, quando se fala em direitos que são de todos e aos quais todos devem respeito. No caso dessas obrigações de cunho geral, os direitos contidos na relação são denominados *ius in rem* no sentido de que são direitos que podem ser cobrados contra toda e qualquer pessoa do mundo, isto é, são direitos contra o mundo.

Após explicar que os direitos humanos se constituem como esses direitos válidos para todos, como se fossem universais e absolutos, o presente trabalho questiona o sentido de falarmos em direitos que são de todos em razão de uma característica essencial contida em todo o ser humano, a saber, a nossa humanidade. O que se quer mostrar com essa discussão é que os direitos humanos, ao serem reivindicados como direitos gerais, apresentam dificuldades quanto à especificação dos polos da relação obrigacional e não conseguem mostrar quem os possui enquanto detentor ou sujeito de direito e quem os deve cumprir para torná-los efetivos. Esses direitos gerais dependem, para serem exercidos na vida prática dos homens, ou da sua efetividade nas relações morais e sociais; ou, então, de um ordenamento jurídico que os transforme em direitos fundamentais positivados em texto constitucional.

## 2 | AS OBRIGAÇÕES E A RELAÇÃO ENTRE DIREITOS E DEVERES

Os direitos surgem a partir das obrigações que os seres humanos tecem entre si, seja porque o Estado assim o exige, seja pelo simples fato de que não conseguem

viver à margem dos vínculos sociais e carecem de pequenos acordos para garantir a sua sobrevivência. As obrigações relacionam duas partes em um jogo entre direitos e deveres, segundo o qual um dos polos possui um direito, ao passo que o outro lado deve cumprir uma obrigação. Em geral, as obrigações podem ser entendidas como promessas, acordos e contratos estabelecidos entre duas partes, que podem ser uma pessoa física, uma empresa ou um Estado diante da comunidade internacional.

As obrigações podem ser de dois tipos, especiais e gerais, na medida em que conseguem ou não especificar as partes da relação obrigacional. As obrigações especiais apresentam tanto o polo ativo quanto o passivo da relação jurídica, de modo que, nessas obrigações, não é difícil identificar o detentor do direito concedido e o seu respectivo destinatário. Já no caso das obrigações gerais, tanto o sujeito de direito quanto o seu destinatário podem ser indeterminados (ou, ao menos, temporariamente indetermináveis) visto que estamos diante dos denominados direitos *in rem*, isto é, direitos que são válidos para e contra todos, como é o caso dos direitos humanos. Os direitos humanos são enunciados a partir de uma perspectiva universalista e deixam o seguinte problema em aberto: como podem existir direitos gerais se não conseguimos especificar os polos da relação jurídica?

## 2.1 O ato de prometer

Os direitos são concedidos mutuamente entre as pessoas, quando, por exemplo, se aliena um bem, quando se troca ou se empresta uma coisa para outra pessoa, quando, enfim, se estabelece uma relação jurídica entre elas<sup>1</sup>. Nesse caso, uma das partes outorga um direito à outra para usufruir a coisa, desde que essa coisa seja devolvida após um lapso de tempo ou alguma condição seja respeitada. Os direitos são também outorgados pelo Estado para viabilizar a satisfação dos interesses entre os seus cidadãos e, a partir de um contrato social, direitos são concedidos ao cidadão que poderá reivindicá-los contra os seus governantes. No fundo, podemos entender melhor a concessão de um direito a partir da “promessa”, ou do ato de prometer, quando alguém – um homem ou um Estado Soberano – se compromete, por meio de um ato linguístico, a realizar algo em um tempo futuro e em benefício de terceiros.

Os direitos nascidos das promessas devem ser, para existirem juridicamente, específicos e estarem restritos a uma obrigação especial composta por duas partes existentes e individualizadas. Hart aborda isso e diz que: “Os casos mais evidentes de direitos especiais são aqueles que surgem a partir de promessas.” (HART, 1955, p. 183, tradução nossa)<sup>2</sup>. O promitente dá, por certo, a sua palavra, comprometendo-se, e, no ato

---

1 Nesse caso, estamos a nos referir ao Direito Civil, pois é discutível que essa seja a origem do Direito Penal. Promessas se constituem como a origem do Direito Civil, embora até possam ser relacionadas ao Direito Penal. De certo modo, as teorias contratualistas reduziram toda a discussão dos direitos ao modelo do Direito Civil, principalmente por causa da propriedade privada.

2 *The most obvious cases of special rights are those that arise from promises.* (HART, 1955, p. 183)

de prometer, outorga, objetivamente, um direito<sup>3</sup> ao outro e a ele fica enlaçado, amarrado, sendo necessário ao promitente, para desenlaçar o nó que une as partes, satisfazer o que restou prometido, conforme esclarece Tugendhat: “Se alguém me prometeu algo, eu tenho objetivamente o direito – o direito subjetivo – de que ele cumpra a promessa.” (TUGENDHAT, 2003, p. 337). Nesse ponto, autores como Hare (HARE, 1967, p. 115)<sup>4</sup> e Tugendhat (TUGENDHAT, 2003, p. 340) definiram a obrigação prometida, respectivamente, como o “jogo da promessa” (HARE, 1967, p. 115), “um jogo de conceder e assumir um direito” (TUGENDHAT, 2003, p. 337). As crianças aprendem esse jogo na medida em que compreendem o que significa ter um direito ao mesmo tempo em que se pode abrir mão e renunciá-lo, conforme afirma Tugendhat:

Como a criança aprende aquilo que se quer dizer com a expressão “eu prometo”? A mãe tentaria explicar para a criança que quando ela emprega este termo, ela dá à criança a autorização de exigir o cumprimento da promessa. E a criança pode aprender a fazer o mesmo. A mãe – falando em linguagem figurada – dá à criança uma rédea na mão, na qual ela se amarrar; e a criança agora aprende que pode puxar a rédea conforme deseja, mas que também pode soltá-la. Esta última possibilidade designamos como renúncia ao cumprimento da exigência do direito (no inglês existe para isto uma palavra própria: *to waive one's right*). (TUGENDHAT, 2003, p. 339)

O funcionamento do jogo pode nos ajudar a entender o modo como um direito é concedido, pois, o jogo, para ser compreendido, precisa existir dentro de um sistema de regras que estabeleça direitos e deveres recíprocos. A ideia de jogo neste ponto é mencionada apenas por uma analogia aos jogos, a fim de que possamos metaforicamente entender tais empreendimentos guiados por regras. Mas é não mais do que uma analogia. Jogos são atividades guiadas por regras cuja existência serve apenas para tornar o jogo possível. São obstáculos, barreiras, artificialmente criados para possibilitar as jogadas e os movimentos que as partes podem colocar em prática visando a diversão.

O problema é que os obstáculos criados por jogos lúdicos não são conduzidos pelo ser humano sempre do mesmo modo, pois, quando estão diante de regras jurídicas, os seres humanos costumam depositar fé no negócio jurídico com muito mais convicção e responsabilidade do que na brincadeira de um jogo. Os jogos são constituídos por regras que estabelecem obstáculos para dificultar o alcance do objetivo, o que não faz sentido no caso da linguagem e nem no caso dos direitos. As regras têm que promover ou facilitar a eficiência e esse nem sempre é o caso dos jogos. Ou seja, quando realizamos um negócio jurídico – como a compra e venda da propriedade privada –, não estamos brincando como

3 Nesse sentido, compreende-se porque os direitos humanos são considerados direitos morais por autores como Feinberg (1992), pois a significação do termo “direito” (humano) corresponde às obrigações de cunho estritamente moral, que se traduzem na promessa. Afirma Bobbio: “Não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta. A não usual expressão “direitos morais” torna-se menos estranha quando é relacionada com a usadíssima expressão “obrigações morais”. (...) mas, quando se introduz a noção de “direito moral”, introduz também, necessariamente, a correspondente “obrigação moral”. Ter direito moral em face de alguém significa que há um outro indivíduo que tem obrigação moral para comigo.” (BOBBIO, 2004, p. 8).

4 Ver também GILBERT, 2004, p. 83–109.

em um jogo. Estamos considerando e levando a sério as cláusulas daquele contrato em específico.

Podemos também pensar os direitos como permissões e proibições dentro de sistemas de regras que não são propriamente jurídicas ou legais, como ocorrem em qualquer compromisso agendado entre amigos ou membros da família, ou até mesmo em um jogo, como é o caso do futebol: “(...) direitos deste tipo são em si e por si pré-morais e pré-legais.” (TUGENDHAT, 2003, p. 341). No caso de um jogo, as regras desse sistema específico de obrigações contextualizam os deveres e direitos relativos a cada time; especificam as jogadas que cada jogador está autorizado a praticar; atribuindo direitos e liberdades, bem como deveres e exigências mínimas que cada adversário deve praticar para garantir o *fair play*. Como em um jogo, qualquer acordo entre pessoas no senso comum gera direitos e deveres, porém, os direitos e deveres gerados naquela ocasião são específicos apenas para aquelas partes, ou para os jogadores e times daquela partida ou daquele torneio em específico, são direitos oriundos de obrigações interpessoais; isso tudo desde que esses supostos direitos não sejam expressamente proibidos por lei.

No caso dos direitos concedidos em obrigações extralegais, como um encontro agendado entre amigos, esses “direitos” existem apenas como palavras ao vento e se sustentam, como se costuma dizer no senso comum, à base do *fió do bigode*, por laços autênticos e espontâneos de cooperação, sem que os seus participantes possam contar com o reforço que o ordenamento jurídico possa dar às suas obrigações. Observem que a palavra “direitos” foi grifada para ressaltar o uso que as pessoas fazem dessa palavra no senso comum, pois seria leviano afirmar que essas pequenas promessas do dia-a-dia são suficientes para gerarem direitos legais. O que se pode dizer é que as pessoas usam a linguagem dos direitos mesmo em contextos que não são jurídicos. Como esses direitos nascem diretamente entre as partes específicas da relação, acabam também por existirem sem maiores garantias e segurança de que serão efetivamente cumpridos e respeitados. São direitos tão específicos para os interesses daquelas pessoas em questão, que, talvez, não haja mesmo nenhuma condição de serem impostos por uma ordem legal.

Com base na correlação entre direitos e deveres, o jogo da promessa mostra que os direitos são manuseados por pessoas – seres humanos entre si ou Estados na comunidade internacional – que realizam pactos e acordos, explicitando o significado dos denominados direitos pessoais ou especiais, que são compreendidos em oposição aos direitos gerais. Os direitos especiais produzem efeitos apenas para as pessoas envolvidas diretamente na relação jurídica, como em uma dívida, que só pode ser cobrada do devedor em específico (ou, no máximo, do seu fiador), que, por exemplo, pegou dinheiro emprestado com o credor. Mas, em contraposição aos direitos especiais, não poderíamos falar em direitos gerais? Não poderíamos pensar em direitos que ultrapassam as fronteiras das partes envolvidas e são aplicáveis contra todas as pessoas do mundo? Os direitos humanos não seriam direitos gerais?

## 2.2 Direitos *in personam* e direitos *in rem*

Para esclarecer este ponto, é relevante trazer à tona a distinção do jurista Welsey Hohfeld entre direitos *in personam* e direitos *in rem*, segundo a qual se especifica quem é o destinatário do direito e, portanto, em quem recairão os efeitos da obrigação. No primeiro caso, também denominado obrigações *in personam*, estamos diante daqueles direitos e deveres válidos apenas para as partes envolvidas na obrigação. “A característica distintiva dos direitos *in personam* é que eles correlacionam deveres específicos de determinados indivíduos” (FEINBERG, 1974, p. 91, grifos do tradutor) e, nesse sentido, são válidos para uma pessoa em específico ou para um grupo determinado de pessoas: “(...) um direito exclusivo que reside em uma pessoa (ou grupo de pessoas) e dispõe contra uma única pessoa (ou único grupo de pessoas), (...) direitos que valem, respectivamente, contra algumas pessoas definidas.” (HOHFELD, 2001, p. 53, tradução nossa)<sup>5</sup>. Nesse caso, se diz que o sujeito X possui um direito e pode reivindicá-lo só e somente só em relação ao destinatário Y – e a mais ninguém.

O destinatário do direito, a quem o titular irá provocar os efeitos da obrigação, está claramente delimitado nas obrigações pessoais e pode ser apontado com o dedo, referindo-se, assim, a quem deverá prestar a contrapartida para a realização do direito, que pode ser uma pessoa física, ou uma pessoa jurídica, como uma sociedade anônima ou limitada, como as próprias instituições burocráticas do Estado, e assim por diante. Os juristas geralmente dizem que os efeitos desse tipo de obrigação são considerados *inter partes*, pois dizem respeito apenas às partes envolvidas, como na cobrança de uma dívida segundo a qual o credor cobra e executa o título a partir de um devedor determinado.

Já no caso das obrigações *in rem*, estamos diante daqueles direitos e deveres válidos para “todas” as pessoas e não somente para as pessoas que compõem diretamente a relação jurídica – e é aqui que os problemas e paradoxos relacionados aos direitos humanos ganharão consistência, pois não queremos, enquanto seres humanos, pensá-los sob a ótica dos direitos especiais.

Antes de adentrarmos nessa discussão, é preciso esclarecer que os direitos *in rem* não são, como o seu próprio nome poderia sugerir, direitos contra as coisas<sup>6</sup>, “(...) um

5 (...) a unique right residing in a person (or group of persons) and availing against a single person (or single group of persons); (...) rights availing respectively against a few definite persons. (HOHFELD, 2001, p. 53, grifos do autor).

6 Prossegue Hohfeld: “(...) agora deve ser razoavelmente claro que a tentativa de conceber um direito *in rem* como um direito *contra uma coisa* deveria ser abandonada como intrinsecamente instável, como totalmente desacreditada de acordo com os bons usos, e, finalmente, como muito provável em confundir e enganar.” (HOHFELD, 2001, p. 64, grifos do autor, tradução nossa) [(...) it must now be reasonably clear that the attempt to conceive of a right *in rem* as a right *against a thing* should be abandoned as intrinsically unsound, as thoroughly discredited according to good usage, and, finally, as all too likely to confuse and mislead. (HOHFELD, 2001, p. 64, grifos do autor)]. Diz Jones: “Outra distinção útil é entre ‘direitos *in personam*’ e ‘direitos *in rem*’. A mesma distinção é por vezes identificada como aquela entre ‘pessoal’ e ‘real’ ou aquela entre direitos ‘relativos’ e ‘absolutos’. Nenhum desses rótulos é muito útil como um guia para o conteúdo da distinção e alguns são positivamente enganosos. Simplificando, um direito *in personam* é um direito realizado contra uma determinada pessoa ou pessoas, enquanto um direito *in rem* é realizado contra as pessoas em geral.” (JONES, 1994, p. 15, grifos do autor, tradução nossa) [Another useful distinction is between ‘rights *in personam*’ and ‘rights *in rem*’. The same distinction is sometimes identified as that between ‘personal’ and ‘real’ rights or that between



direito *in rem* não é necessariamente uma *relação para*, ou *relativo a*, uma coisa, i. e., um objeto tangível.” (HOHFELD, 2001, p. 64, grifos do autor, tradução nossa)<sup>7</sup>, pois, conforme ressalta Hohfeld, “(...) todos os direitos *in rem* são contra pessoas (...)” (HOHFELD, 2001, p. 56, grifos do autor, tradução nossa)<sup>8</sup>, são direitos oponíveis contra “todas” as pessoas, inclusive aquelas que não compõem a relação jurídica em específico. Afirma Simmonds:

Esta é frequentemente considerada uma distinção entre os direitos *sobre as coisas* e direitos *contra as pessoas*, mas essa interpretação é claramente inaceitável. (...) direitos só podem ter consequências jurídicas para outras pessoas, e portanto, só podem ser direitos contra outras pessoas, não sobre as *coisas*. (SIMMONDS, 2001, p. xvi, grifos do autor, tradução nossa)<sup>9</sup>

Ter ou possuir um direito *in rem* é possuir um direito válido contra todas as pessoas de um determinado grupo de indivíduos, de uma comunidade ou de um conjunto de cidadãos, quem sabe até mesmo de uma comunidade internacional que possa evidenciar a existência de direitos universais. Diz Hohfeld, ao classificar o direito *in rem* como direito multital:

Um direito multital, ou exigência (direito *in rem*), é sempre *aquela* sobre uma grande *classe* de direitos *fundamentalmente semelhantes* ainda que separados, efetivos e potenciais, residente em uma única pessoa (ou único grupo de pessoas), mas valendo, *respectivamente*, contra pessoas que constituem uma classe muito grande e indefinida de pessoas. (HOHFELD, 2001, p. 53, grifos do autor, tradução nossa)<sup>10</sup>

Os direitos *in rem* são, pois, direitos contra todas as pessoas do mundo, como afirma Feinberg, são direitos “(...) sustentados não contra uma pessoa ou pessoas específicas e designáveis, mas contra o “mundo em geral”.” (FEINBERG, 1974, p. 91). Neste ponto da investigação, se já é difícil apontar com clareza quem é o titular do direito, mais difícil ainda será especificar o seu destinatário, o qual, muitas vezes, remete a “todas” as pessoas em um sentido generalíssimo – ou universal, ou, ainda, absoluto – e, logo, não se consegue identificar para onde aponta a direção normativa que provém da exigência por direitos. Não se consegue individualizar quem é que deve cumprir o dever, o que pode deixar o detentor do direito a ver navios, sem saber como a sua exigência será suprida. Tratam-se, pois, daquelas obrigações que os juristas denominam *erga omnes*, pois provocam efeitos a todas as pessoas, inclusive aquelas que não compõem a relação jurídica e, desse modo,

---

*'relative' and 'absolute' rights. None of those labels is very helpful as a guide to the content of the distinction and some are positively misleading. Simply stated, a right in personam is a right held against a specific person or persons, while a right in rem is one held against people at large.*” (JONES, 1994, p. 15, grifos do autor).

7 (...) a right *in rem* is not necessarily one *relating to*, or *concerning*, a thing, i. e., a tangible object. (HOHFELD, 2001, p. 64, grifos do autor)

8 (...) all rights *in rem* are against persons (...) (HOHFELD, 2001, p. 56, grifos do autor)

9 This is often regarded as a distinction between rights *over things* and rights *against persons*, but such an interpretation is clearly unacceptable. (...) rights can only have juridical consequences for other persons, and can therefore only be rights against other persons, not *things*. (SIMMONDS, 2001, p. xvi, grifos do autor)

10 A multital right, or claim, (right *in rem*) is always *one* of a large *class* of *fundamentally similar* yet separate rights, actual and potential, residing in a single person (or single group of persons) but availing *respectively* against persons constituting a very large and indefinite class of people. (HOHFELD, 2001, p. 53, grifos do autor)

dizem respeito a uma relação que não produz efeitos somente aos envolvidos. Continua Hohfeld:

Provavelmente, todos concordam, substancialmente, sobre o sentido e o significado de um direito *in personam*, como explicado; e é fácil de dar alguns exemplos preliminares: Se B deve a A mil dólares, A tem um direito *afirmativo in personam*, ou direito paucital, que B deve transferir para A a propriedade legal desta quantidade de dinheiro. Se, para colocar uma situação contrastante, A já tem um título a mil dólares, os seus direitos contra os outros em relação aos mesmos são direitos multital, ou direitos *in rem*. No primeiro caso, o dinheiro é *devido* a A, em outro caso é de *propriedade* de A. Se Y tem contratado trabalhar para X durante os seis meses seguintes, X tem um direito *afirmativo in personam* que Y deve prestar tal serviço, conforme acordado. (HOHFELD, 2001, p. 53–54, grifos do autor, tradução nossa)<sup>11</sup>

Simmonds também aborda a distinção entre os direitos que se dirigem a uma determinada pessoa ou classe de pessoas e os direitos que se dirigem a todas as pessoas ou a uma classe indefinida de pessoas. Diz Simmonds:

Um direito pessoal, ou exigência (direito *in personam*), é ou um direito único residindo em uma pessoa (ou grupo de pessoas) e valendo contra uma única pessoa (ou único grupo de pessoas), ou então é um dos poucos direitos fundamentalmente semelhantes, ainda que separadas, valendo, respectivamente, contra algumas pessoas definidas. (...) Um direito real, ou exigência (direito *in rem*), é sempre *aquele* sobre uma grande classe de direitos *fundamentalmente semelhantes* ainda que separados, efetivos e potenciais, residindo em uma única pessoa (ou grupo único de pessoas), mas valendo, respectivamente, contra pessoas que constituam uma classe muito grande e indefinida de pessoas. (SIMMONDS, 2001, p. xvii, grifo do autor, tradução nossa)<sup>12</sup>

É justamente a partir das obrigações *in rem* que devemos – ou melhor, que queremos, enquanto seres humanos – pensar os direitos humanos, pois, ao menos em tese, são direitos aos quais todos os seres humanos devem satisfação e respeito, conforme a intuição de Kant<sup>13</sup> ao mostrar que alguns direitos são universais e dizem respeito à nossa humanidade. São direitos que só poderiam existir em razão de, no mínimo, uma ordem internacional. Assim, as obrigações gerais são importantes porque nos levam a pensar que

11 "Probably all would agree substantially on the meaning and significance of a right *in personam*, as just explained; and it is easy to give a few preliminary examples: If B owes A a thousand dollars, A has an *affirmative right in personal*, or paucital right, that B shall transfer to A the legal ownership of that amount of money. If, to put a contrasting situation, A already has title to one thousand dollars, his rights against others in relation thereto are multital rights, or rights *in rem*. In the one case the money is *owed* to A; in the other case it is *owned* by A. If Y has contracted to work for X during the ensuing six months, X has an *affirmative right in personam* that Y shall render such service, as agreed." (HOHFELD, 2001, p. 53 – 54, grifos do autor)

12 A paucital right, or claim (right *in personam*), is either a unique right residing in a person (or group of persons) and availing against a single person (or single group of persons); or else it is one of a few fundamentally similar, yet separate, rights availing respectively against a few definite persons. (...) A multital right, or claim (right *in rem*), is always *one* of a large class of *fundamentally similar* yet separate rights, actual and potential, residing in a *single* person (or single group of persons) but availing *respectively* against persons constituting a very large and indefinite class of people. (SIMMONDS, 2001, p. xvii, grifos do autor)

13 Ver *Perpetual peace* (1795), de Immanuel KANT (1957).

uma definição estrita dos direitos não dá conta dos direitos humanos e, em razão dessas limitações, temos que recorrer aos denominados direitos gerais.

O exemplo mais ilustrativo de direitos contidos em obrigações *in rem* diz respeito às liberdades negativas, que foram declaradas no século XVIII, como o uso e o gozo da propriedade privada; liberdades às quais o titular tem o direito de não sofrer interferências no exercício da sua liberdade. “Eu tenho, por exemplo, o direito de não ser lesado, e este *ius in rem* significa que todos os outros são obrigados a não me lesar.” (TUGENDHAT, 2003, p. 348). Trata-se, pois, de um direito negativo, “(...) um direito a omissões ou abstenções de outras pessoas.” (FEINBERG, 1974, p. 92). Ou seja, o dever – se é que podemos chamá-lo assim – que surge da exigência é uma espécie de dever negativo ou omissivo, segundo o qual o destinatário deve se omitir ou não deve agir para interferir no direito do titular. O detentor do direito, isto é, o proprietário, possui o direito de exercer livremente o uso, o usufruto e a fruição da coisa que legitimamente lhe pertence, mas, para tanto, necessita que os outros (isto é, “todas” as outras pessoas, em um sentido absoluto) não interfiram na sua propriedade privada. Segundo Jones, “(...) exigências-direitos *negativas* são direitos *in rem*.” (JONES, 1994, p. 15, grifos do autor, tradução nossa)<sup>14</sup>. O mesmo ocorre com tantos outros direitos denominados “individuais”<sup>15</sup>, ou, ainda, direitos de primeira dimensão, como o direito de ir e vir, o direito de expressar sua opinião ou pensar livremente, dentre outros. No caso do Direito Penal, as liberdades e garantias individuais do acusado podem explicitar a questão, pois o acusado passa a ter o direito de não ser impedido a dar razões contra a sua acusação e sua prisão por meio do *habeas corpus*.

### 3 | O CASO DOS DIREITOS GERAIS

O fato é que no mundo ocidental “queremos” possuir direitos que digam respeito à nossa humanidade e, quando evocamos a palavra “direito” em algumas reivindicações por direitos humanos, principalmente por grupos e ativistas desses direitos, reivindicamos e exigimos os direitos humanos a partir de um sentido universal e da representação daqueles direitos “gerais”<sup>16</sup> que são de todos os seres humanos. Não é à toa que, quando se fala em

14 (...) *negative claim-rights are rights in rem*. (JONES, 1994, p. 15, grifos do autor)

15 Segundo Hohfeld, é possível falarmos em direitos *in personam* negativos: “Por outro lado, pode ocasionalmente serem direitos *in personam* de um teor ou conteúdo *negativo*. Assim, se K, um cantor de ópera distinto, contrata com J que o primeiro não irá nos próximos três meses cantar em qualquer ópera rival, J tem um direito *negativo in personam* contra K, e este último tem um *dever* correlato *negativo*. Neste, como em outros casos de direitos no sentido de exigências, o direito de J é apenas uma fase da relação total entre J e K, bem como o dever de K é outra fase da mesma relação, – isto é, a inteira relação ‘direito-dever’ pode ser vista de ângulos diferentes.” (HOHFELD, 2001, p. 53 – 54, grifos do autor, tradução nossa) [“On the other hand, there may occasionally be rights *in personal* of a *negative* tenor or content. Thus if K, a distinguished opera singer, contracts with J that the former will not for the next three months sing at any rival opera house, J has a *negative right in personal* against K; and the latter is under a *correlative negative duty*. In this, as in other cases of rights in the sense of claims, the right of J is but one phase of the total relation between J and K, and the duty of K is another phase of the same relation, – that is, the whole ‘right-duty’ relation may be viewed from different angles.” (HOHFELD, 2001, p. 53 – 54, grifos do autor)].

16 Sobre os direitos gerais, conferir: HART, 1955, p. 187.

direitos humanos, logo se pensa nos direitos que são de todo e qualquer ser humano, isto é, os beneficiários deste tipo de direito são “todos” os seres humanos do universo – o que, à primeira vista, pode parecer tautológico ou um contrassenso para aquele que considera o direito algo possuído por alguém, mais especificamente por uma pessoa determinada, que se pode apontar com o dedo, quando, por exemplo, se diz “este” homem ou “aquele” grupo de pessoas “têm” ou “possuem” um determinado direito.

No caso de alguns direitos humanos, parece tão difícil dizer quem é exatamente o detentor do direito, que, como evasiva, costuma-se responder à indagação com subterfúgios do tipo “todos os seres humanos possuem direitos em razão de sua humanidade ou do fato de sermos todos seres humanos”. Conforme diz Nickel: “(...) a reflexão sobre a ideia de que os titulares de direitos humanos são simplesmente todas as pessoas revela que esta resposta é muito ampla.” (NICKEL, 2007, p. 37, tradução nossa)<sup>17</sup>. O que, então, queremos dizer quando falamos que os direitos humanos são gerais, universais e absolutos?

### 3.1 Os direitos humanos como direitos gerais

O caso dos direitos gerais torna o problema ainda mais delicado e paradoxal porque aborda direitos que superam a relação obrigacional entre as partes e, assim, nem sempre sabemos quem os possui, nem contra quem esses direitos podem ser reivindicados. Verificamos, apenas, que temos o costume de afirmar que todos os seres humanos possuem um determinado direito em razão de sua humanidade, embora, muitas vezes, seja muito difícil, talvez até impossível, apontar em quem recaia o dever que corresponde ao direito.

A propósito disso, as circunstâncias que envolvem as crianças e as pessoas com necessidades especiais demonstram que o problema não é tão simples assim para se resolver com generalizações do tipo “todos” os seres humanos possuem o direito e a liberdade de escolher uma prática religiosa ou um parceiro sexual. Quando reivindicamos esses direitos certamente não estamos a nos referir aos menores e aos incapazes, e, portanto, não podemos falar a sério em “todos” os seres humanos. Continua Nickel: “(...) alguns direitos são assegurados apenas para cidadãos adultos, não para todas as pessoas. (...) Além disso, os direitos das pessoas que são muito jovens, severamente deficientes, em coma, ou senis são justamente limitados” (NICKEL, 2007, p. 37, tradução nossa)<sup>18</sup>. Outro exemplo disso é que as crianças não possuem o direito “geral” ao voto.

A mesma constatação pode ser feita ao seu destinatário, visto que os direitos humanos não apenas são possuídos por todos os seres humanos, como também se dirigem a todos eles. Neste ponto, se já era difícil apontar o portador de um direito humano, mais grave e complicado ainda será inferir em quem recaem esses direitos, quem são os seus destinatários. A demanda por endereçados custa muito caro para os projetos de

17 (...) reflection on the idea that the holders of human rights are simply all people reveals that this answer is too broad. (NICKEL, 2007, p. 37)

18 (...) some rights are held only by adult citizens, not by all persons. (...) Further, the rights of people who are very young, severely retarded, comatose, or senile are justifiably limited. (NICKEL, 2007, p. 37).

fundamentação dos direitos humanos, talvez até mais do que a universalização do portador, pois alguns desses direitos, aqueles que não se encontram ainda positivados em tratados e protocolos internacionais, correm o risco de nunca serem respeitados, pois, se não sabemos ao certo a quem é devido o dever de satisfazer a exigência, fica quase impossível responsabilizar o seu ofensor e a consequência disso é que o direito humano em questão, por si só, restará violado. O que se quer dizer com isso é que não é uma tarefa tão simples assim determinar o destinatário dos direitos humanos, o que pode, muitas vezes, confundir o titular do direito ou até os manifestantes e ativistas de direitos humanos que, mesmo ao estarem em posição moral e jurídica para produzir exigências, não sabem ao certo contra quem irão exigir esses direitos.

Nesse sentido, a obrigação ao qual estão vinculadas as partes parece implodir a partir da afirmação de que possuímos direitos que são de “todos”, direitos que “todos” possuem em razão de sua humanidade, e, assim por diante, quando se ultrapassa os limites da relação obrigacional, universalizando-a a partir dos seus elementos básicos, como o possuidor ou o destinatário. No fundo, os direitos humanos instigam a nossa frágil imaginação fazendo com que os seres humanos queiram ser reconhecidos como membros iguais de uma comunidade ao possuírem pontos em comum com outros seres humanos. Seres humanos querem, assim, possuir direitos, mesmo se esses direitos não existirem; eles querem possuir direitos universais, isto é, direitos que todos possuiriam e aos quais todos estariam obrigados; querem, enfim, possuir direitos que transcendem o âmbito das obrigações especiais e não se resumem a nenhuma relação jurídica em específico.

É justamente aí que os problemas vão surgir e se agravar, se pensarmos os direitos humanos a partir da perspectiva do *ius in rem* ou dos direitos gerais, principalmente quando verificarmos que eles não se enquadram na estrutura dos direitos especiais ou *in personam*, nem se ajustam à lógica dos direitos e deveres fixados em um ordenamento jurídico. Em tese, os direitos humanos não dependem de um acordo ou contrato entre duas partes, pois eles são direitos controvertidos para se fazer um contraponto aos direitos especiais que nascem das obrigações extralegais, não apenas porque são anteriores à lei, mas, principalmente, porque são referidos como direitos gerais e se aplicam a todos os seres humanos independentemente de nos referirmos a esta ou aquela relação obrigacional.

### **3.2 O exercício dos direitos**

Vamos pegar o caso do direito ao voto, tomado amplamente como um direito fundamental para instituir a regra democrática pela qual todos os cidadãos podem participar das escolhas políticas do seu país. Com esse exemplo, podemos ressaltar a distinção entre direitos gerais e direitos pessoais, pois o voto é um direito geral ao mesmo tempo em que depende completamente de uma ordem legal. O voto – ou o direito “geral” ao voto – por parte das mulheres, por exemplo, só pode ser exercido exclusivamente como um “direito legal” e contextualizado dentro dos países que, por exemplo, integram as Nações Unidas,

embora ainda existam países que, em sua soberania, não autorizam o exercício desse direito.

Esses exemplos ressaltam a distinção entre o direito geral ao voto e o direito específico de votar nas próximas eleições e é interessante porque nos permite pensar aqueles direitos, ou exigências por direitos, que só podem ser exercidos dentro de um sistema legal no qual figura como um direito específico, e, quando não está incorporado no ordenamento jurídico deste ou daquele país, não pode ser posto em prática, nem mesmo à sombra da ilegalidade. No caso do voto, o máximo que as mulheres daquele país podem fazer é produzir uma exigência por direito no plano, digamos assim, moral, requerendo que o seu direito geral ao voto se torne um direito legal. Mas, até segunda ordem, elas não possuem o direito especial de votar já no próximo pleito.

Podemos também trazer à tona o exemplo de um direito exercível mesmo à luz da distinção entre direitos especiais e direitos gerais, como é o caso da liberdade religiosa. Todos os seres humanos possuem a liberdade de culto, fé ou crença religiosa, independente da prática religiosa imposta por um determinado país. Todos possuem, aliás, o direito de viver sob a batuta de um Estado laico, mas, por certo, muitos países impõem ainda hoje uma só prática religiosa ao punir o exercício da fé dissidente. Mesmo sob tamanha repressão, poderíamos dizer que os cidadãos daquele país possuem o direito e a liberdade a qualquer prática religiosa? Seriam realmente direitos esses direitos “gerais”? Poderiam eles existir?

O ponto relevante desse exemplo é que o direito “geral” à liberdade religiosa (em oposição ao direito legal e específico) pode ser exercido na clandestinidade, sem que as autoridades tomem ciência do fato – o que comprova a tese de que um direito é mais forte se exercido, mas o seu exercício não é uma condição necessária para se dizer o que é um direito provocado a partir do fenômeno moral.

Foquemos no tema do aborto e da eutanásia, por exemplo, desses direitos que também podem se constituir como exercíveis na esfera moral, visto que, mesmo com a proibição legal, muitas grávidas efetuam o aborto clandestino ou, no caso da eutanásia, muitos pacientes em estado terminal tiram a sua própria vida com o auxílio de terceiros, deixando subentendido que a *causa mortis* foi um motivo diferente. São exemplos que demonstram que falamos em “direitos” para justificar algumas de nossas exigências morais, mesmo quando esses direitos não são reconhecidos por uma autoridade competente; ou quando não estão incorporados à prática social; ou mesmo quando não podem ser exercidos porque a sua prática constituiria uma ilegalidade. Nem mesmo a aceitação social é uma condição necessária para falarmos em direitos e o caso dos direitos exigidos a partir de obrigações morais demonstra justamente isso, conforme esclarece Feinberg em sua defesa dos direitos morais: “(...) há uma distinção entre os direitos morais que são exercíveis até mesmo antes do reconhecimento legal e aqueles que não podem ser exercidos antes de serem transformados em lei.” (FEINBERG, 1992, p. 152, grifos do autor,

tradução nossa)<sup>19</sup>.

Isso significa que não só exigimos direitos “gerais” que não estão prescritos em lei, como também tentamos colocá-los em prática, exercendo-os como se direitos o fossem, e, em razão disso, nem sempre se pode dizer que alguém possui um direito apenas por se referir aos direitos outorgados em razão de alguma legislação específica ou aos direitos que estão incorporados em práticas sociais. Por incrível que pareça, nem mesmo o seu exercício é um fator determinante para definir o que é um direito, visto que usamos essa palavra até mesmo quando o direito não pode ser exercido, como é o caso daqueles direitos que dependem de um sistema jurídico para serem instituídos, como, por exemplo, o direito a um julgamento imparcial, ou o direito ao devido processo legal ou, ainda, o direito ao voto. Esses direitos não podem existir na clandestinidade, pois, para serem colocados em ação, carecem de uma ordem legalmente constituída e sustentada por um sistema de sanções jurídicas para eventuais violações desses direitos.

#### 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos gerais são casos curiosos de se analisar, pois temos todas as evidências de que não existem direitos gerais, universais e absolutos, mas, mesmo assim, quando reivindicamos os direitos humanos, essa reivindicação é produzida a partir de um ponto de vista universalista. Os direitos humanos são possuídos por todos os seres humanos e podem ser reivindicados contra todos e contra o mundo, dito assim, de um modo generalíssimo. Eles são enunciados e reivindicados como se fossem gerais, embora não se possa dizer que esses direitos sejam gerais ou universais em si mesmos.

Diante de contraexemplos, não podemos negar que as características da dogmática dos direitos começam a ficar nebulosas e já não esclarecem muito bem o sentido dos direitos humanos ou mesmo dos direitos reivindicados como se fossem direitos gerais, ao contrário do que ocorre com os direitos legais. Tais direitos são “exigências” que um ser humano faz para o outro sob o pano de fundo da moralidade, em especial quando reivindica direitos contra o Estado ou a comunidade internacional. Essas exigências são enunciadas como se fossem direitos gerais que transcendem os limites específicos das obrigações especiais ou pessoais, pois, das duas, uma: ou passamos a defender cegamente a existência de direitos universais, de modo a usufruir dos recursos da metafísica tradicional para universalizar os direitos humanos a partir de características intrínsecas e inerentes à natureza humana – o que nos revelará o principal erro ao qual está sujeita uma teoria de fundamentação dos direitos humanos. Ou, então, passamos a aceitar a tese de que os direitos humanos só fazem sentido se abordados a partir de obrigações específicas, no sentido de que os direitos gerais exigidos são produzidos para fortalecer um dos lados de

---

19 (...) there is a distinction between those moral rights that are **exercisable** even prior to legal recognition and those which cannot be exercised before being enacted into law. (FEINBERG, 1992, p. 152, grifos do autor).



uma obrigação específica.

## REFERÊNCIAS

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

FEINBERG, Joel. **Filosofia social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

\_\_\_\_\_. In Defense of Moral Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 12, n. 2, pp. 149-169, 1992. Disponível em: <<http://ojls.oxfordjournals.org/content/12/2/149.citation>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

GILBERT, Margaret. Scanlon on promissory obligation: the problem of promisees' rights. **The Journal of Philosophy**, v. 101, n. 2, pp. 83–109, fev. 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3655658>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

HARE, Richard. The promising game. In: FOOT, Philippa (ed.). **Theories of ethics**. London: Oxford University Press, 1967. Cap. VIII. pp. 115 – 127.

HART, Herbert Lionel Alphonso. 1955. Are There Any Natural Rights? **The Philosophical Review**, Duke University Press, v. 64, n. 2, p. 175–191, abr. 1955. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2182586>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**. edited by David Campbell and Philip A. Thomas; with an introduction by Nigel E. Simmonds. Ashgate: Aldershot, 2001.

KANT, Immanuel. 1795. **Perpetual peace**. Indianópolis: Bobbs-Merrill, 1957.

NICKEL, James W. **Making Sense of Human Rights**. 2. ed. Malden: Blackwell, 2007.

SIMMONDS, Nigel. Introduction. In: HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**. edited by David Campbell and Philip A. Thomas. Ashgate: Aldershot, 2001. pp. ix–xxix. (Classical jurisprudence series).

TUGENDHAT, Ernst. 1993. **Lições sobre ética**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.



## A IMPLEMENTAÇÃO DA CQCT/OMS E A PROPOSTA DE FIM DE JOGO DA EPIDEMIA DO TABACO NA VISÃO DOS DIREITOS HUMANOS

*Data de aceite: 01/03/2021*

### **Christiane Soares Pereira Madeira**

Instituto Nacional de Câncer José Alencar  
Gomes da Silva (INCA)

### **Celso Murilo Madeira**

Universidade Estácio de Sá (UNESA)

### **Eglaise de Miranda Esposto**

Universidade Estadual do Rio de Janeiro  
(UERJ)

**RESUMO:** Desde 2003, a Convenção-Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controle do Tabaco (CQCT/OMS) representa o maior tratado internacional de saúde pública, adotado pelas Nações Unidas para enfrentar a epidemia de tabaco. A CQCT/OMS representa também um tratado de Direitos Humanos, uma vez que a saúde é um bem irrenunciável e fundamentado nos valores de liberdade, igualdade e dignidade. Estratégias inovadoras estão sendo propostas com o conceito de Fim de Jogo da epidemia do tabaco a fim de acelerar as medidas de controle do tabaco e assim, erradicar o tabagismo. O presente artigo teve como objetivo traçar um paralelo entre a implementação da CQCT/OMS, a proposta de Fim de Jogo sob a luz dos Direitos Humanos utilizando como metodologia o levantamento bibliográfico e documental, e posterior análise de conteúdo. Os Países Partes que implementaram as medidas dos artigos da Convenção-Quadro avançaram no controle do tabagismo, embora de forma mais lenta do que o

esperado, principalmente devido à interferência da indústria do tabaco. A relação da CQCT/OMS com os Direitos Humanos é bastante estreita a ponto de a indústria utilizar seus conceitos como forma de defender suas práticas comerciais de um produto mortal. A proposta de Fim de Jogo da epidemia do tabaco é uma estratégia que pode ser adotada internacionalmente para acelerar a erradicação do tabagismo no mundo e pode estar alinhada tanto às medidas e diretrizes da CQCT/OMS quanto aos conceitos de Direitos Humanos em saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tabagismo, Promoção da Saúde, Direito Sanitário.

**ABSTRACT:** Since 2003, the World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control (FCTC/WHO) has represented the largest international public health treaty adopted by the United Nations to address the tobacco epidemic. The FCTC/WHO also represents a human rights treaty, since health is an indispensable good and based on the values of freedom, equality and dignity. Innovative strategies are being proposed with the concept of end game of the tobacco epidemic in order to accelerate tobacco control measures and thus eradicate smoking. This article aimed to draw a parallel between the implementation of the FCTC/WHO, the proposal of End of Game in the light of Human Rights using as methodology the bibliographic and documentary survey, and subsequent content analysis. The Countries Parties that implemented the measures of the articles of the Framework Convention advanced in tobacco control, although slower than expected, mainly due to

interference by the tobacco industry. The relationship between the FCTC/WHO and human rights is quite close to the extent that the industry uses its concepts as a way to defend its commercial practices from a deadly product. The end game proposal of the tobacco epidemic is a strategy that can be adopted internationally to accelerate the eradication of smoking in the world and can be aligned with both the measures and guidelines of the FCTC/WHO and the concepts of human rights in health.

**KEYWORDS:** Smoking, Health Promotion, Health Law.

## INTRODUÇÃO

Durante a 56ª Assembleia Mundial de Saúde em 2003 foi adotada a Convenção-Quadro da Organização Mundial de Saúde para o Controle do Tabaco (CQCT/OMS), com o objetivo de enfrentar a epidemia do tabagismo no mundo. A CQCT/OMS representa o maior tratado internacional adotado pelas Nações Unidas e o primeiro grande tratado de saúde pública da OMS do qual o Brasil é Parte desde 2005. Os Países Partes da Convenção-Quadro assumem o compromisso e a responsabilidade perante a comunidade internacional, de implementar e materializar o conteúdo normativo das ações de controle de tabaco que objetivam reduzir tanto a demanda quanto a oferta de tabaco (1).

Além disso, a CQCT/OMS traz outras obrigações em seus 38 artigos: considerar a participação da sociedade civil, proteger as políticas públicas da interferência da indústria do tabaco, proteger o meio ambiente e a saúde das pessoas, considerar as ações legislativas relacionadas à responsabilidade civil e penal, estabelecer programas de pesquisa e vigilância e facilitar a troca de informações e a cooperação internacional (2).

A saúde formalmente reconhecida como um Direito Humano emergiu na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo 25 que ressalta o direito de todas as pessoas a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar a si e seus familiares. Portanto, a saúde é indispensável para a vida humana e fundamentada nos valores de liberdade, igualdade e dignidade. Ressalta-se que a saúde é um dos bens irrenunciáveis recebendo, assim, a tutela protetiva do Estado (3).

A epidemia do tabaco é considerada a principal causa evitável de mortes no mundo, uma vez que o tabagismo é responsável por causar pelo menos 50 tipos de doenças incapacitantes incluindo as principais Doenças Crônicas não Transmissíveis (doenças cardíacas, pulmonares e câncer). Segundo a OMS, o tabagismo causa a morte de pelo menos 6 milhões de pessoas anualmente. Estimativas apontam que caso as tendências se mantenham, ocorrerão 8 milhões de mortes anuais e 80% dessas mortes em países de baixa e média renda (4).

Apesar dos avanços do controle do tabaco, dados revelam que na América do Sul, as taxas de prevalência de fumantes oscilam de 1,9% entre as mulheres no Equador até 32,1% entre os homens na Bolívia. Observa-se a maior taxa de prevalência de mulheres fumantes chilenas (22,7%), seguido pelas mulheres fumantes uruguaias (17%). O segundo

valor mais alto entre os homens fumantes foi observado no Chile (27,7%) seguido pelo Suriname (27,3%) (5).

Essa mesma pesquisa ainda aponta que o Brasil está entre os 10 países com o maior número total de fumantes. Entretanto, o país se destaca pelos avanços apresentados no controle do tabagismo nas últimas décadas, obtendo a maior redução da prevalência de fumantes em ambos os sexos entre 1990 e 2015, registrando uma redução da prevalência de fumantes em 56,5% nos homens e 55,8% nas mulheres. Estima-se que no Brasil, 18,7% da população seja fumante (5).

Contudo, apenas seguir as recomendações da CQCT/OMS pode não trazer os resultados que a população mundial necessita para erradicar a epidemia do tabaco no menor espaço de tempo recomendado pelos especialistas no controle do tabaco a fim de reduzir o número de mortes globais e os custos advindos com as doenças tabaco relacionadas. Os especialistas desenvolveram um plano estratégico como uma forma ousada de diminuir a prevalência de tabagismo a níveis aceitáveis, uma vez que o número de óbitos e os prejuízos causados para a economia mundial são insustentáveis (6).

Sob essa perspectiva nasceu o conceito denominado Fim de Jogo da Epidemia do Tabaco (do inglês, Tobacco Endgame). O Fim de Jogo propõe estratégias inovadoras que possam acelerar a queda da prevalência do tabagismo no menor tempo possível. Da mesma forma que o sociólogo Herbert de Souza imortalizou a frase: “Quem tem fome, tem pressa”, expressando a urgência das pessoas mais carentes com relação à fome, miséria e desnutrição, por analogia, o tabagismo para a saúde pública é uma questão urgente: temos pressa de que esse grande mal tenha um ponto Fim para a humanidade.

## **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada foi o levantamento bibliográfico e documental, a posterior análise de conteúdo, adotando um raciocínio dedutivo considerando a característica interdisciplinar entre Direito e Saúde.

O presente artigo objetivou traçar um paralelo entre a implementação da CQCT/OMS no mundo e a proposta atual de Fim de Jogo para a epidemia do tabaco sob a visão dos direitos humanos.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

A Convenção-Quadro da OMS para o Controle do Tabaco é uma ferramenta baseada em evidências utilizada para aplicar as medidas de controle do tabaco e desde sua entrada em vigor em 2005, esse tratado internacional de saúde pública tem sido adotado amplamente em mais de 180 Países Partes. Em 2015, a CQCT/OMS completou 10 anos de implementação representando um marco histórico para o controle do tabagismo

a nível mundial e recentemente suas metas e diretrizes foram incluídas nos objetivos de desenvolvimento sustentável para todos os países nos próximos 15 anos (7).

Desde a entrada em vigor da CQCT/OMS, um número cada vez maior de Países Partes tem apresentado progressos na implementação de legislações relacionadas ao controle do tabaco e o tabagismo tem diminuído, especialmente em países de alta renda. Entretanto, mais de 80% do total de 1 bilhão de fumantes no mundo vivem em países de baixa e média renda e por isso, muitos avanços são necessários para que a maioria dos países consiga atingir a meta de redução de 30% do uso de tabaco em adultos em todo o mundo até o ano de 2025 (8).

A implementação da Convenção-Quadro, trouxe uma contribuição positiva para o controle do tabagismo no mundo e contribuiu significativamente para o rápido progresso de medidas efetivas relacionadas a alguns artigos do tratado. Embora existam evidências de recentes progressos em alguns países, a maioria dos países tem progredido de forma lenta na implementação da CQCT/OMS (9).

De uma forma geral, a CQCT/OMS tem sido citada cada vez mais pelos países como um poderoso instrumento de medidas contra o tabagismo, entretanto é necessário defender esse tratado da interferência da indústria, em particular no enfrentamento judicial seja nacional ou internacionalmente. A indústria do tabaco continua usando estratégias que garantem seus interesses e minam as medidas de controle de tabaco preconizadas pela OMS. A indústria do tabaco usa sua influência financeira para atrapalhar a formulação de políticas de controle do tabagismo e outras medidas como por exemplo, os avanços para o combate global ao comércio ilícito dos produtos de tabaco (9).

Em muitos países, o progresso da Convenção-Quadro continua a ser dificultado pela interferência da indústria do tabaco, pela falta de suporte financeiro ou de recursos humanos e pela baixa aplicação das legislações e medidas de controle do tabaco (9).

Apesar deste cenário, algumas medidas da CQCT/OMS são consideradas efetivas para reduzir o consumo do tabaco e os riscos à saúde causados pelo tabagismo e promover o incentivo a cessação. Dentre os artigos que mais se destacam nestas medidas são: Artigo 6º (Medidas relacionadas a preços e impostos para reduzir a demanda de tabaco), Artigo 8º (Proteção contra a exposição à fumaça do tabaco), Artigo 11 (Embalagem e etiquetagem de produtos de tabaco), Artigo 12 (Educação, comunicação, treinamento e conscientização do público), Artigo 13 (Publicidade, promoção e patrocínio do tabaco), Artigo 14 (Medidas de redução da demanda relativas à dependência e ao abandono do tabaco), Artigo 16 (Venda a menores de idade ou por eles) (9).

No entanto, ainda existem lacunas na literatura acerca deste tema, por exemplo, não existem resultados de pesquisas que avaliem a efetividade de medidas implementadas para prevenir a interferência da indústria do tabaco (Artigo 5.3), Regulamentação do conteúdo dos produtos de tabaco (Artigo 9), Apoio a atividades alternativas economicamente viáveis (Artigo 17), Proteção ao ambiente e à saúde das pessoas (Artigo 18), Responsabilidade

(Artigo 19) e Cooperação científica, técnica e jurídica e prestação da assistência especializada (Artigo 22). Adicionalmente, existem pesquisas limitadas que investigam o impacto da CQCT/OMS em temas relacionados aos gêneros e entre grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade (9).

Os primeiros 10 anos de vigência da CQCT/OMS foram marcados pelo uso do tratado como uma ferramenta poderosa para iniciar, apoiar e avançar nas medidas de controle de tabaco a nível nacional, regional e global. A fim de garantir os ganhos com essas medidas é preciso manter o progresso contínuo da Convenção-Quadro com foco em ações que impeçam a interferência da indústria do tabaco com a formulação de políticas de proteção à saúde pública, bem como, o apoio às pesquisas para manter a efetividade da implementação do tratado, principalmente nos países onde os domínios dessa política têm sido negligenciados (9).

A relação dos Direitos Humanos e o controle do tabaco é bastante estreita, pois os não fumantes têm direito assegurado no artigo 8º da CQCT/OMS de respirar o ar livre de fumo e de serem protegidos de várias doenças causadas pelo fumo passivo. Além disso, os usuários de tabaco têm o direito de serem informados sobre os produtos que consomem, incluindo os riscos à saúde e informações sobre cessação. Uma vez instalada a dependência, os fumantes não decidem livremente se querem fumar ou não. O uso do tabaco é uma violação de Direitos Humanos e representa sérias restrições na vida das pessoas que possuem doenças respiratórias crônicas e que precisam evitar locais onde fumar ainda é uma prática permitida ou aceitável (10).

A indústria do tabaco utiliza argumentos de Direitos Humanos para defender suas práticas abusivas e mortais defendendo que as pessoas têm direito a fumar onde quiserem e que é direito das empresas anunciar seus produtos livremente, uma vez que são produtos lícitos. Contudo, esses argumentos são falaciosos por diversos motivos: em primeiro lugar, a liberdade de expressão não deve ser confundida com liberdade comercial ou publicidade livre e irrestrita, pois a propaganda de produtos perigosos lícitos deve ser banida dos canais de comunicação (10).

Em segundo lugar, quando a pessoa se torna dependente da nicotina contida nos produtos de tabaco e seus derivados, o fumante não tem livre escolha para decidir se irá ou não fumar, os receptores cerebrais impelem o fumante a buscar cada vez mais a droga para ter a sensação de saciedade, logo a verdadeira violação de direitos humanos é promover um produto que provoca dependência e mortes (10).

E por último, a liberdade de fumar é uma falsa liberdade, pois existem evidências de que o fumo passivo pode causar doenças incapacitantes inclusive o câncer em pessoas não fumantes, mas que são expostas frequentemente à fumaça do cigarro. Dessa maneira, ninguém tem o direito de lançar milhares de toxinas no ar que outras pessoas respiram (10).

O Fim de jogo da epidemia do tabaco é um conceito que propõe um futuro livre

de fumo onde os produtos de tabaco seriam eliminados do mercado ou seu uso e disponibilidade estariam restritos. Essa proposta está alinhada com a garantia dos direitos humanos à saúde, pois conclama esforços nacionais e a cooperação internacional como meios para a concretização dos direitos à saúde. Para alcançar esse objetivo, os países dispostos a aderir ao Fim de Jogo deveriam acelerar as ações de controle do tabaco seja através de estratégias mais ousadas, métodos mais drásticos ou abordagem política mais contundente (11).

Observou-se que na literatura, a definição das estratégias de Fim de Jogo para epidemia do Tabaco reúne aquelas destinadas a mudar ou eliminar permanentemente as dinâmicas estruturais do mercado de tabaco, e sugerem a implementação de políticas econômicas e sociais que dificultem as estratégias da indústria do tabaco em permanecer no mercado. Essas estratégias podem ser categorizadas em ações inovadoras com foco no produto, no usuário, no mercado/oferta, na estrutura institucional (governos e/ou indústria do tabaco) (11).

Alguns países possuem documentos oficiais sobre a estratégia de Fim de Jogo da epidemia do tabaco como a Irlanda que propõe uma meta de prevalência de fumantes abaixo de 5% até 2025. A Escócia, por sua vez, propõe atingir a mesma meta de prevalência de fumantes (5%) num prazo maior, até 2034, a Nova Zelândia propõe atingir níveis mínimos de prevalência de fumantes (ou até 5%) até 2025. A Finlândia possui uma meta ousada de zerar a prevalência de fumantes até 2040, ou antes, disso. O Canadá propôs atingir a meta de menos de 5% de prevalência de fumantes até 2035 (11).

## CONCLUSÃO

De um modo geral, os especialistas afirmam que a maioria dos países que tem implementado as ações da CQCT/OMS estão preparados para enfrentar o desafio de desenhar um plano estratégico de Fim de Jogo da epidemia do tabaco. No entanto, é essencial que os países estabeleçam metas claras, estimem os custos diretos (per capita) para alcance das metas e estabeleçam um prazo final para atingi-las. Essas novas ações podem estar alinhadas às diretrizes e metas da CQCT/OMS ou inovar proposições ao tratado internacional tomando como base os direitos humanos em saúde e os objetivos de desenvolvimento sustentável (11).

Nesse contexto, à luz do desenvolvimento das relações internacionais e dos direitos humanos, a CQCT/OMS além de representar o primeiro tratado de saúde pública mundial é também um tratado internacional sobre direitos humanos. Cabe ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia normativa contempla o status de supralegalidade aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sendo assim, a CQCT/OMS pode ser compreendida com o status de norma supralegal, o que garante a possibilidade de anulação da eficácia jurídica de

qualquer norma conflitante, inclusive da legislação infraconstitucional editada após a sua vigência (12).

## REFERÊNCIAS

- 1- WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHA31.56 health hazards of smoking – The Thirty-first World Health Assembly. Geneva, 1978. Disponível em: <[http://www.who.int/tobacco/framework/wha\\_eb/wha31\\_56/en/](http://www.who.int/tobacco/framework/wha_eb/wha31_56/en/)>. Acesso em: 23 jul. 2017.
- 2- Convenção-Quadro da OMS para o Controle do Tabaco In: Observatório da Política Nacional de Controle do Tabaco. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee/Conven%C3%A7%C3%A3oQuadro+para+o+Controle+do+Tabaco+em+portugu%C3%AAs.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5a3abd004eb68a22a09bb2f11fae00ee>> Acesso em: 09 out.2017.
- 3- Romero LC, Delduque MC. Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa e saúde – Brasília: Senado Federal, 2011, 214p.
- 4- INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA. Manual: dia mundial sem tabaco – 31 de maio. Rio de Janeiro, 2017.
- 5- INSTITUTO SURAMERICANO DE GOBIERNO EM SALUD. Vigilancia em salud em Suramérica: epidemiológica, sanitária y ambiental, 2013, 221p.
- 6- McDaniel PA, Smith EA, Malone RE. The tobacco endgame: a qualitative review and synthesis. *Tob. Control*, 2015, 0:1-11. doi 10.1136/tobaccocontrol-2015-052356.
- 7- Kastler F. Dez anos da Convenção-Quadro de Controle do Tabaco: a função normativa da OMS em socorro da saúde global? *R. Dir. sanit.* 17:54-99, 2016.
- 8- FRAMEWORK CONVENTION ALLIANCE. How to take ‘FCTC implementation’ from the sustainable development goals (SDGS) and translate it into action in-country. Geneva, 2015. Disponível em: <[http://www.who.int/nmh/events/un\\_ncd\\_summit2011/4th\\_plenary\\_meeting.pdf?ua=1](http://www.who.int/nmh/events/un_ncd_summit2011/4th_plenary_meeting.pdf?ua=1)>. Acesso em: 23 jul. 2017.
- 9- Chung-Hall J, Craig L, Gravely S, Sansone N, Fong GT. 2016. Impact of the WHO Framework Convention on Tobacco Control on the implementation and effectiveness of Tobacco Control Measures: a global evidence review, ITC Project, University of Waterloo, Canada.
- 10- Must E, Efrogmson D, Tanudyaya F. Controle do Tabaco e Desenvolvimento. Manual para Organizações Não Governamentais. 2004. 59p.
- 11- A tobacco Endgame for Canada. 2016. Summit- Queen’s University. Background paper. Disponível em: <<http://www.queensu.ca/gazette/sites/default/files/assets/attachments/EndgameSummitBackgroundpaper%20.pdf>> Acesso em: 09 out. 2017.
- 12- Reges PA. A eficiência da Convenção-Quadro para controle do tabaco no Brasil e sua hierarquia normativa: uma análise da saúde como direito humano. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 164, set 2017. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19617](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19617)>. Acesso em 09 out. 2017.



# CAPÍTULO 7

## MEDIDAS DE PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RISCO: OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

*Data de aceite:* 01/03/2021

*Data de submissão:* 07/12/2020

**Tiffany Leite Yu**

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
Belo Horizonte – Minas Gerais  
<http://lattes.cnpq.br/0546222795132699>

**RESUMO:** Uma vez que no procedimento de Medidas de Proteção não ocorre a regular citação inicial, analisa-se a validade desse procedimento pelo prisma dos princípios do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A metodologia utilizada foi a revisão da legislação que disciplina o processo das medidas protetivas, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, revisão doutrinária sobre o instituto do devido processo e análise de manifestações do magistrado, do Ministério Público e da Defensoria Pública nos procedimentos de medidas protetivas estudadas em pesquisa financiada pela FAPEMIG e PROPPG/PUC Minas. Por fim, impende salientar que este estudo foi realizado à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como da doutrina da proteção integral, diretrizes constitucionais que consideram a criança e o adolescente como prioridade absoluta no ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contraditório e Ampla Defesa; Direitos da Criança e do Adolescente; Medidas de Proteção.

### PROTECTION MEASURES FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS AT RISK: THE RIGHT TO ADVERSARY PROCEEDING AND THE RIGHT TO BE HEARD

**ABSTRACT:** Due to the fact that in the Protection Measures procedure there is no regular initial citation, the validity of this process is analyzed through the prism of the principles of due process, the contradictory and the broad defense/ the right to be heard. The methodology used was the revision of the legislation that disciplines the Protection Measures process (Statute of the Child and Adolescent), doctrinal revision on the institute of due legal process and analysis of decisions and reports of the magistrate, the Public Prosecution Service and the Public Defender's Office in the respective processes studied in research financed by FAPEMIG and PROPPG/PUC Minas. Finally, it should be pointed out that this study was carried out in the light of the best interests of children and adolescents, as well as the doctrine of integral protection, which are constitutional guidelines that consider children and adolescents as an absolute priority in our legal system.

**KEYWORDS:** Children's Rights; Protection Measures; Right to adversary proceedings; Right to be Heard.

### 1 | INTRODUÇÃO

Por meio da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, de 1989, foi consolidada pelo direito brasileiro, por força da Lei nº 8.069 de 13



de julho de 1990, a proteção especial à infância e adolescência e internalizado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no ordenamento jurídico.

A referida Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) regula o processo de Medidas de Proteção, a fim de proteger os direitos das crianças e dos adolescentes quando ameaçados ou violados. Essa ampla proteção é garantida pela seguinte sistemática: medidas de prevenção, dos artigos 70 a 85; medidas específicas de proteção, dos artigos 99 a 102; medidas socioeducativas, dos artigos 112 a 125; medidas a serem aplicadas aos pais ou responsáveis, dos artigos 129 e 130.

No entanto, o Estatuto não estabelece critérios de legalidade estrita indicativos de modelo procedimental para aplicação das medidas protetivas, verificando-se, na prática, incerteza jurídica quanto à aplicação de algumas dessas medidas, como o acolhimento institucional ou familiar. Ademais, questiona-se a que tipo de afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar refere-se o Estatuto, temporário ou definitivo, ao estabelecer que tal medida implicará a deflagração de “procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa” (ECA, art. 101, §2º).

## 21 O PROCESSO DE MEDIDAS DE PROTEÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata das medidas de proteção no Livro II, Título II, artigos 98 a 102, como as providências que visam salvaguardar os direitos das crianças e adolescentes quando ameaçados ou violados, seja em decorrência de conduta comissiva ou omissiva do Estado, da sociedade, dos genitores, do responsável legal ou, ainda, da própria criança ou adolescente. Isso pode ser verificado pelo

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta. (BRASIL, 1990)

Assim, no capítulo seguinte, ‘das medidas específicas de proteção’, visando prevenir e proteger a ameaça ou violação de direitos, são apresentadas as medidas efetivadas através de ações ou programas assistenciais que são aplicadas de forma isolada ou cumulativa<sup>1</sup>:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

<sup>1</sup> ECA: “Art. 99. As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo.”

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta. (BRASIL, 1990)

Explica-se que o procedimento de Medidas de Proteção não é instaurado, proposto ou inaugurado pelo instrumento da petição inicial. Durante a pesquisa<sup>2</sup>, observou-se que o Juízo da Vara da Infância e da Juventude recebe um comunicado do Conselho Tutelar ou de um hospital, informando sobre uma situação de risco.

Assim, já que se trata de procedimento criado para assegurar os direitos ameaçados ou violados das crianças e adolescentes, não há, *a priori*, partes, tampouco conflito, pois os interessados não ocupam posições subjetivas antagônicas, razão pela qual se diz ser um procedimento de jurisdição voluntária.

Quanto à natureza jurídica da jurisdição voluntária, a doutrina se divide: a corrente mais tradicional lhe atribui natureza administrativa, a que se opõe, natureza jurisdicional. Enquanto a Defensoria Pública de Minas Gerais, assim como a doutrina dominante<sup>3</sup>, mostrou, em suas manifestações judiciais, considerar o procedimento de Medidas de Proteção como de natureza administrativa, o Ministério Público de Minas Gerais o tem por judicialiforme. Não podendo, no entanto, ser nenhum deles, pois procedimento de jurisdição

2 Projeto de Pesquisa: O PROCESSO DE MEDIDAS DE PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RISCO: o Procedimento de Providência e os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa na Vara da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, 2017/2018, projeto financiado pela FAPEMIG e PROPPG/PUC Minas

3 Nesse sentido, defende Maciel (2018): “tão logo se proceda ao acolhimento institucional ou mantido o acolhimento, após a comunicação a que faz alusão o parágrafo único do art. 93 do ECA34, deverá a autoridade judiciária dar início a procedimento de natureza administrativa – portanto, de jurisdição voluntária – destinado ao controle e à fiscalização da situação da criança ou do adolescente inseridos no programa”. página 786

voluntária não tutela interesse público, mas sim particular (o interesse da criança ou do adolescente), não tendo natureza administrativa. Ademais, por não ter lide, também não apresenta jurisdição. Trata-se de uma categoria autônoma, conforme ideia fazzalariana<sup>4</sup>, sendo um gênero em si mesma.

Por outro lado, trata-se de procedimento no qual pode vir a surgir um litígio, como nas hipóteses de acolhimento institucional, inclusão em programa de acolhimento familiar e colocação em família substituta, medidas aludidas pelo artigo 101.

A autoridade competente (no *caput* do art. 101) refere-se ao Poder Judiciário e ao Conselho Tutelar, pois o Procedimento de Providência ou de Medida de Proteção tem por fundamento os artigos 148 e 153, enquanto os procedimentos administrativos de averiguação são executados pelo Conselho Tutelar, na forma do art. 136, I. Segundo este dispositivo, ao Conselho Tutelar cabem apenas as medidas elencadas nos incisos I a VII do artigo 101, pois é de competência exclusiva da autoridade judiciária a aplicação da medida de colocação de criança ou adolescente em acolhimento institucional ou em família substituta.

Sem prejuízo, em caso urgente e excepcional, pode o Conselho Tutelar, assim como qualquer pessoa, socorrer a criança ou adolescente que esteja em situação de risco, solicitando à entidade de acolhimento institucional que receba esse menor, comunicando o fato ao juiz no prazo máximo de 24 horas (ECA, art. 93) e ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família (ECA, art. 136, parágrafo único). Dessa maneira, excepciona-se a regra de competência exclusiva da autoridade judiciária no afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar.

Art. 93. As entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato em até 24 (vinte e quatro) horas ao Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de responsabilidade.

Parágrafo único. Recebida a comunicação, a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público e, se necessário, com o apoio do Conselho Tutelar local, tomará as medidas necessárias para promover a imediata reintegração familiar da criança ou do adolescente ou, se por qualquer razão não for isso possível ou recomendável, para seu encaminhamento a programa de acolhimento familiar, institucional ou a família substituta, observado o disposto no §2º do art. 101 desta Lei. (BRASIL, 1990)

Assim, a emblemática acerca da observância dos princípios do Contraditório e Ampla Defesa, e consequente validade do procedimento, se dá justamente nessas hipóteses em que é determinado liminarmente o afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar.

<sup>4</sup> FAZZALARI, Elío. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

Na condição de categoria autônoma, verificou-se que, após o comunicado do Conselho Tutelar, é solicitado o número de processo para a Distribuição, a fim de que haja a instauração do procedimento de Medidas de Proteção (registro no sistema).

Em geral, é determinada, primeiramente, a formação física dos autos, com a remessa física do comunicado (e demais documentos anexos) para o Setor de Distribuição e, depois, para a Secretaria do Juízo, para, posteriormente, retornarem conclusos, visto que o processo ainda não é digital<sup>5</sup>.

Em casos de risco grave, atual ou iminente, após o registro do feito, é proferida decisão que pode determinar, por exemplo, intervenções mais drásticas, ainda que liminarmente, como a medida de proteção de acolhimento institucional ou familiar. Proferida a decisão, os documentos são imediatamente encaminhados para a Distribuição e Secretaria do Juízo, para a formação dos autos físicos. Momento em que são lavrados os termos e feitas as comunicações, dando-se ciência aos pais ou responsáveis legais da criança ou do adolescente.

Nesse contexto, ainda que não ocorra a regular citação inicial como nos procedimentos contenciosos, sustenta-se que não há que se falar em nulidade do processo por inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois é dada a possibilidade de participação às partes, que podem se manifestar sobre os atos, fatos e situações processuais<sup>6</sup>. Desse modo, a regular citação não é a única forma de se oportunizar o exercício das referidas garantias constitucionais de devido processo.

### 3 | O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO PROCESSO DE MEDIDAS DE PROTEÇÃO

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa<sup>7</sup> são institutivos do Processo; o contraditório é a “característica própria do processo”<sup>8</sup>, atua como direito-garantia de participação das partes com influência na formação das decisões, enquanto a ampla defesa se faz no tempo processual oportunizado em lei, no qual é dada à parte a oportunidade de exaurimento das questões de direito e produção de prova<sup>9</sup>.

Assim, como regra, só se admite a decisão judicial proferida contra si após ter sido garantida a chance de ser ouvido<sup>10</sup>. Todavia, o Código de Processo Civil admite, em três

5 O processo na Vara da Infância e da Juventude de Belo Horizonte ainda não é digital. Verifica-se, por meio do novo Projeto Virtualizar, disciplinado pelas Portarias Conjuntas 1.026/PR/2020 e 1.025/PR/2020, publicadas em julho de 2020, previsão de virtualização de todo o acervo de processos físicos em Minas Gerais, incluindo os da Vara Cível da Infância e da Juventude.

6 Nesse sentido, sustenta também a doutrina de Maciel (2018): “Deve ser ressaltado que, para respeito ao princípio do contraditório, não pode ser retirada da parte a possibilidade de se manifestar sobre os fatos e situações processuais, não sendo necessário que esta manifestação venha a ocorrer; para tanto, são abertos prazos e intimadas as partes para falarem. A violação à garantia ocorrerá se não for concedida a chance de manifestação.” Página 808

7 CF: “Art. 5º LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

8 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Pádua: Cedam, 1996. p. 76.

9 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

10 CPC: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

exceções, a decisão sem oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*), que são:

- a. decisão que concede tutela provisória liminar de urgência - art. 300, § 2º, CPC - (inciso I);
- b. algumas hipóteses de decisão que concede tutela provisória liminar de evidência - art. 311, II e III, CPC - (inciso II);
- c. a decisão que determina a expedição do mandado monitorio, na ação monitoria (que também é exemplo de tutela provisória de evidência) - art. 701 - (inciso III). (BRASIL, 2015)

Nesses casos, não se trata de violação à garantia do contraditório, visto que ele não é afastado em definitivo. Decide-se de imediato e o contraditório é protraído para o momento seguinte ao da concessão da tutela provisória liminar, devido às necessidades e conveniências do caso, justificada pelo perigo, no caso de tutela de urgência e, no caso de tutela de evidência, a alta probabilidade de êxito da demanda é apta a mitigar o contraditório, protraindo-o da mesma maneira.

Nessas situações particulares, no processo de conhecimento, o réu é intimado da liminar deferida e se instaura o contraditório, com a possibilidade de o ato judicial ser revogado ou modificado pelo juiz da causa ou pelo tribunal.

Em outra análise, no caso do processo de Medidas de Proteção, a decisão liminar de institucionalização da criança ou adolescente, sem prévia oportunidade de manifestação dos pais ou responsáveis legais (*inaudita altera parte*), dá-se para garantir a efetividade da tutela jurisdicional<sup>11</sup>, a efetiva proteção da criança ou do adolescente, retirando-o da situação de risco, e, devido à urgência da medida, o contraditório<sup>12</sup> fica diferido para outro momento, após a tomada de decisão emergencial. Esse *modus operandi* não acarreta a invalidação das garantias, apenas a aplicação delas em momentos diferentes.

### 3.1 Do afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar

Disciplina o parágrafo segundo, do artigo 101, que, da decisão de afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, tem-se a deflagração de procedimento judicial contencioso com garantia do exercício do Contraditório e da Ampla Defesa, *in verbis*:

Art. 101, § 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. (BRASIL, 1990)

11 CF: "Art. 5, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

12 CF: "Art. 5, 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;"

Faz-se importante indicar que o processo judicial contencioso de que trata o dispositivo foi importante menção controvertida pelos órgãos do Ministério Público e da Defensoria Pública, durante a pesquisa<sup>13</sup>, sem conclusão até o fim desta. Tendo por alvos de problematização o procedimento de Medidas de Proteção ou o procedimento de destituição do poder familiar, previsto nos artigos 155 a 163, também do ECA.

Evidentemente, a convivência familiar e comunitária é um direito fundamental das crianças e dos adolescentes, previsto na Constituição Federal<sup>14</sup> e no ECA<sup>15</sup>, priorizando-se a permanência na família natural e, na sua impossibilidade, recorre-se à colocação em família substituta. Esse direito foi ainda reforçado pela Lei nº 12.010 de 2009, que teve por objetivo o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pelo ECA, estabelecendo expressamente que a intervenção estatal será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

§1º A intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.<sup>16</sup> (BRASIL, 2009)

Priorizada a convivência em família natural, preferencialmente com os progenitores, a primeira tentativa de proteção em casos de ameaça ou violação de direitos da criança ou adolescente baseia-se nas medidas dos incisos I a VI do artigo 101. Caso essas medidas que não implicam no afastamento da família não sejam suficientes, serão aplicadas as últimas e mais drásticas medidas do dispositivo, que são responsáveis pelo afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, principiando pelo seu melhor interesse e proteção.

Ademais, a medida de acolhimento familiar tem caráter excepcional e provisório

---

13 Projeto de Pesquisa: O PROCESSO DE MEDIDAS DE PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RISCO: o Procedimento de Providência e os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa na Vara da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, 2017/2018, projeto financiado pela FAPEMIG e PROPPG/PUC Minas

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

15 ECA: "Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral."

16 BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009.

(ECA, art. 101, §1º); De forma integrada, atuam os órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, visando a rápida reintegração à família de origem (ECA, art. 88, VI), a qual é planejada por plano individual de atendimento. Este sendo elaborado pela entidade responsável imediatamente após o acolhimento, ressalvada a existência de ordem judicial escrita e fundamentada em sentido contrário, caso em que será prevista a colocação da criança ou do adolescente em família substitua (ECA, art. 101, §4º).

O acolhimento é, portanto, meio de transição da criança e do adolescente para a reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para a colocação em família substituta.

À vista disso, sendo o procedimento de Medidas de Proteção destinado apenas à aplicação de medidas protetivas em favor do menor, ele não acarreta o afastamento definitivo da família natural, pelo contrário, esta é medida posta em último caso, visto que se prioriza no acolhimento familiar ou institucional o princípio da preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar (ECA, art. 92, I e art. 100, X).

Desse modo, analisando o §2º, do art. 101, depreende-se que o afastamento ao que menciona o dispositivo é o afastamento definitivo, medida a que se refere o inciso IX, que trata da colocação em família substituta. Nessa hipótese, tem-se o procedimento autônomo 'Ação de Destituição do Poder Familiar', que segue o rito descrito nos artigos 155 a 163, também do ECA<sup>17</sup>.

Nesse caso, pautando-se em relatório fundamentado, subscrito por equipe técnica, com expressa recomendação no sentido de destituição do poder familiar, o Ministério Público ajuizará a respectiva Ação de Destituição do Poder Familiar, tutor ou guardião (ECA, art. 101, §9 e §10).

Dessa forma, da decisão que determina o acolhimento institucional, não deve ser deflagrado um procedimento judicial contencioso de Perda ou Suspensão do Poder Familiar, mas sim inaugurar ou dar continuidade ao procedimento de Medidas de Proteção.

Conclui-se, pois, que não cabe a regular citação dos genitores ou responsável legal no procedimento de Medidas de Proteção, mesmo quando este se inicia com o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar. Isso se dá pois, inicialmente, não há lide no procedimento e o acolhimento é medida provisória e excepcional, na qual se busca a efetiva promoção dos direitos e a proteção da criança e do adolescente, considerando o princípio da prevalência da família, o que implica em primazia de medidas de manutenção ou reintegração na família natural ou extensa, com vistas a reduzir o tempo de afastamento da família de origem<sup>18</sup>. Ou, não sendo isso possível, integração em família substituta.

17 No mesmo sentido, posiciona-se Zapata (2016), em *Direitos da criança e do adolescente*: "Importante também não confundir afastamento do convívio familiar com aplicação de medida protetiva de acolhimento (institucional ou familiar). Nem todo acolhimento implica necessariamente uma ação judicial de afastamento do convívio, porquanto a criança/adolescente já pode estar nesta condição (se estiver perdida ou em situação de rua) ou mesmo quando os próprios genitores pedem ou concordam com o afastamento." Página 112

18 ECA: "Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios: I - preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar;"

Independentemente se de natureza voluntária ou contenciosa, as garantias fundamentais do processo têm de ser sempre respeitadas<sup>19</sup>, não sendo possível excepcionar o procedimento de Medidas de Proteção. Não obstante, mesmo que não ocorra a regular citação inicial, como nos procedimentos contenciosos, o procedimento é válido, pois é dada a possibilidade de participação às partes. Porquanto, a regular citação não é a única forma de se oportunizar o exercício das garantias constitucionais ao Contraditório e à Ampla Defesa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm#art266](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266)>. Acesso em: 03 dez. 2020

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. [2009]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm). Acesso em: 03 dez. 2020

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República. [2009]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 03 dez. 2020

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988

DENTI, Vittorio. La giurisdizione volontaria rivisitata. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, ano XLI, n. 2, 1987.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8. ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Pádua: Cedam, 1996.

GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes (coord.). **Ponto a ponto: Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

---

<sup>19</sup> DENTI, Vittorio. La giurisdizione volontaria rivisitata. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, ano XLI, n. 2, 1987.



# CAPÍTULO 8

## ASPECTOS PRÁTICOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 05/01/2021

### Plínio Lacerda Martins

Universidade Federal Fluminense – UFF  
Faculdade de Direito  
Rio de Janeiro – RJ  
<http://lattes.cnpq.br/1643533929253579>

### Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski

Universidade Federal Fluminense – UFF  
Faculdade de Direito  
Rio de Janeiro – RJ  
<http://lattes.cnpq.br/2967738693234470>

### Paula Cristiane Pinto Ramada

Universidade Salgado de Oliveira-Universo-JF  
Faculdade de Direito  
Juiz de Fora – MG  
<http://lattes.cnpq.br/8390536693070083>

**RESUMO:** O artigo busca identificar elementos práticos nos dispositivos legais que visam a preservação e a proteção dos dados pessoais e da intimidade e vida privada do consumidor. Por meio da identificação das normas vigentes acerca do tema, incluindo-se aí a LGPD, questiona-se a efetividade e o alcance práticos de tais normas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais; Direito à privacidade; Lei Geral de Proteção de Dados.

### PRACTICAL ASPECTS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

**ABSTRACT:** The article seeks to identify practical elements in the legal provisions aimed at the preservation and protection of personal data and consumer privacy and privacy. Through the identification of the current rules on the subject, including the LGPD there, the effectiveness and practical scope of such rules are questioned.

**KEYWORDS:** Fundamental rights; Right to privacy; General Data Protection Law.

## 1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo busca desenvolver a ideia de que como um dos pilares do atual modelo de produção de riquezas é a economia baseada em informações, ou ainda uma economia de dados, o tratamento destes elementos deve observar o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Os indivíduos envolvidos na produção e comercialização destes dados estão *a priori* em uma posição de vulnerabilidade perante os agentes econômicos e o Estado que exploram estes dados. Direitos como à privacidade, à intimidade, à vida privada e ao esquecimento devem ser regularmente respeitados e a LGPD inaugura no ordenamento jurídico brasileiro uma nova configuração para resguardar estes direitos no âmbito da economia digital fortalecida pelo avanço das tecnologias

de informação.

## 21 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE O TRATAMENTO DE DADOS NO BRASIL

A identificação dos dispositivos legais responsáveis por resguardar os dados dos indivíduos no Brasil é um retrato da sua própria inadequação aos fins pretendidos. Considerando a amplitude e a vastidão do enunciado no inciso X, do artigo 5º da CF ao declarar que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas com direito a indenização por dano material ou moral oriundo da sua violação, sempre houve um grande distanciamento entre tais institutos protetivos e a proteção prática dos mesmos, especialmente, por parte daqueles agentes econômicos que possuem seu *core business* ancorado em alta tecnologia.

A imensa maioria dos usuários das ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente na web não possui a mais remota ideia de como são comercializadas as informações acerca do uso de tais ferramentas por cada indivíduo, ou ainda melhor, por cada IP (*internet protocol*).

Ciente destas vicissitudes, o poder legislativo buscou alternativas para oferecer um tratamento mais efetivo com legislações específicas sobre tais questões à medida que avolumou o tráfego destas informações nas últimas décadas.

Um dos exemplos é a proteção conferida ao cidadão enquanto consumidor e toda a égide normativa criada por meio do Código de Defesa do Consumidor. Nele consta dispositivo que índice diretamente sobre a proteção de seus dados, buscando dificultar que determinados aspectos de sua vida sejam expostos contra sua vontade, o que inclui, por exemplo, sua eventual utilização para personalização da publicidade e a outras finalidades feitas por terceiros.

Ainda que o CDC não seja uma legislação específica acerca do tratamento de dados, o mesmo possui uma seção específica sobre bancos de dados e cadastros de consumidores, em seus arts. 43 e 44, tendo no art. 43 os limites, as condições e as obrigações dos fornecedores para com os consumidores quando os dados e informações destes estiverem em bancos de dados e cadastros daqueles, ao passo que o art. 44 impõe aos órgãos públicos de defesa do consumidor a manutenção de cadastros de reclamações de consumidores contra fornecedores que armazenam informações dos fornecedores que tiveram reclamações fundamentadas nos respectivos órgãos.

Não é outro o sentido do artigo 43 do CDC, onde se tem que “o consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.”

Imbuído dos mesmos objetivos presentes no CDC, o Decreto nº 6.523/2008, conhecido como “Lei do SAC”, embora seja um decreto regulamentador da Lei nº 8.078/90

(CDC), no ponto que trata do Serviço de Atendimento ao Consumidor dos fornecedores de serviços regulados pelo Poder Público federal, dispõe, em seu art. 11, que “os dados pessoais do consumidor serão preservados, mantidos em sigilo e utilizados exclusivamente para os fins do atendimento”. Trata-se de uma determinação legal de proteção e resguardo destes dados.

Outro dispositivo que também conta com a proteção de dados é a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011) que disciplinou “a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito”, a qual, após ser alterada pela Lei Complementar 166/2019, inverteu a lógica do sistema, de *opt-in* para *opt-out*, definindo que todos os consumidores passam a ser incluídos no cadastro positivo, mas, se dele não quiserem constar, podem se manifestar solicitando seu cancelamento (modelo similar ao da lei que instituiu a doação de órgãos).

A importância de tal norma se deve ao fato de que delegou ao consumidor a faculdade de conceder ou não seu consentimento para tratamento de seus dados, não obstante ter atribuído a este carácter presumido, de modo que, para que o dado do consumidor não seja utilizado, este deve retirar o consentimento.

Há ainda outras legislações que também cuidam do tema, sob distintos aspectos jurídicos, tais como a Lei da Transparência (Lei Complementar nº 131/2009); a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que contribuiu decisivamente para a efetivação do direito constitucional de acesso às informações públicas, o Decreto n.º 8.777, de 2016, que dispõe sobre a Política de Dados Abertos e a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no território nacional.

Este conjunto normativo que foi estruturado ao longo das últimas décadas, e em maior ou menor grau possibilitaram níveis de proteção dos dados dos cidadãos, mas não conseguiram investir os indivíduos de ter autonomia das decisões acerca de seus dados, exercendo seu direito fundamental constitucional do livre consentimento, ou livre arbítrio.

### 3 I VULNERABILIDADE DOS INDIVÍDUOS

Vulnerabilidade é um objeto estudado e pesquisado nas mais diferentes produções teóricas de distintas áreas do conhecimento científico. Possui notável carácter interdisciplinar que busca identificar quem são aqueles dentro de um dado grupo social aptos a serem identificados como vulneráveis. Verifica-se que em uma de suas acepções o termo vulnerabilidade tem suas origens a partir dos Direitos Humanos, ao definir aquele grupo ou indivíduos fragilizados, jurídica ou politicamente, para fins de maximizar a garantia dos seus direitos fundamentais e inerentes a cidadania, e especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos desses grupos vulneráveis (MARTINS, 2019, p. 1199).

O Código de Defesa do Consumidor publicado no ano de 1990 popularizou o

conceito de “vulnerável” e trouxe ao ordenamento jurídico e à jurisprudência a consolidação da ideia de desequilíbrio entre as relações contratuais. Tornou-se um princípio fundamental da Política Nacional das Relações de Consumo (CDC, art. 4º, I). Desta feita, a situação de vulnerabilidade é identificada como aquela situação “provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo” (MARQUES, BENJAMIN E BESSA, 2010, p. 84). Ou seja, vulnerabilidade representa uma característica inerente à pessoa, consubstanciada num estado de fragilidade do sujeito, sinalizador da necessidade de proteção (TARTUCE, 2017, p. 33).

Ademais, o CDC teve em conta, a enorme pressão exercida contra o consumidor, para a aquisição de produto ou serviço, em decorrência de sua situação de fragilidade e inferioridade no mercado de consumo. Devidamente por este motivo o art. 4º, inc. I, que dispôs que a Política Nacional da Relação de Consumo deve atender ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, motivo que justifica e legitima a aplicação das normas de proteção prescritas no decorrer do texto legal, entre as quais as de vedação de cláusulas abusivas (NUNES, 2005, p. 116).

Vulnerabilidade é um termo costumeiramente utilizado na literatura geral, aplicado dentro da ciência do direito e ciências social, empregado para designar “suscetibilidade” ou “fragilidade”.

Neste sentido, vale reforçar o destaque para a profunda vulnerabilidade verificada na economia da informação pessoal, cujo tratamento dos dados pessoais do consumidor pode condicionar, liminar ou influenciar seus próprios hábitos de consumo, para posicionar, no âmbito jurídico, a relação entre tecnologia da informação e comunicação, tratamento de dados pessoais, mercado e vulnerabilidade do consumidor.

Esta nova abordagem da relação entre fornecedor e consumidor se faz necessária em virtude do novo modelo econômico surgido a partir da crise do modelo de economia de massa, o qual se convencionou chamar de “economia de informação pessoal” ou “economia de produção flexível”. (MENDES, 2015)

Tal personalização da produção e da propaganda são adotados com vistas à diminuição dos riscos dos negócios dos fornecedores, os quais, neste processo, “ao armazenarem e processarem grande quantidade de informações cotidianas dos consumidores e de seus hábitos de consumo, ampliam os riscos à violação da personalidade do consumidor”, pois este passa a “possuir grande dificuldade de controlar o fluxo de dados e de informações pessoais que circulam no mercado, enfatizando sua condução de vulnerabilidade”. (MENDES, 2015)

Este movimento vem tornando os dados pessoais dos consumidores cada vez mais valiosos para as empresas fornecedoras de produtos e serviços de consumo, ensejando cada vez maiores riscos à personalidade, à vida privada e à intimidade do consumidor, que cada vez mais se vê “vigiado”.

Objetivamente, a utilização indiscriminada e ilimitada destes dados e destas

informações pessoais do consumidor pode acarretar na limitação indevida do acesso de alguns consumidores a bens e serviços a partir de discriminatórias seleções e classificações, como é o caso da prática de algumas empresas de alterações no valor do preço de serviços em função da geolocalização do consumidor.

A vulnerabilidade do consumidor nesse processo de coleta e tratamento de dados pessoais é tão patente que se cunhou a expressão “consumidor de vidro” para denotar a sua extrema fragilidade e exposição no mercado de consumo, diante de inúmeras empresas que tomam decisões e influenciam as suas chances de vida, a partir das informações pessoais armazenadas em bancos de dados”. (MENDES, 2015)

Diante deste novo contexto e dos novos desafios impostos à defesa e proteção do consumidor na sociedade de consumo digital, torna-se necessário que novos instrumentos jurídicos sejam também criados/aplicados a fim de evitar o uso desviante da tecnologia da informação e da análise de dados em detrimento dos próprios detentores destes dados: os consumidores.

O ordenamento jurídico nacional contém previsões que visam garantir os direitos fundamentais envolvidos nesta relação entre prestador de serviços e consumidor neste contexto digital.

## **4 | LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - LGPD**

Com o objetivo de garantir o direito à autodeterminação como expressão da cidadania, o legislador elaborou com franca inspiração nas normativas europeias (GDPR - *General Data Protection Regulation*), a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que passou a ser conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. O diploma legal cuida do tratamento dos dados pessoais, abrangendo os meios digitais, tanto pelas pessoas naturais, quanto pelas pessoas jurídicas, visando a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A LGPD definiu o instituto do consentimento como obrigatório para o tratamento de dados pessoais como regra geral (art. 7º, I), com aplicação condicionada por outros dispositivos, como o §5º do art. 7º, o art. 8º e §§ e o art. 9º, §§ 1º e 2º, e exigindo-o, de forma específica e destacada, para finalidades específicas, para tratamento de dados pessoais sensíveis (nos termos previstos no artigo 11, inciso I).

Consagrou-se a possibilidade de revogação do consentimento como prerrogativa fundamental da autodeterminação do indivíduo e do livre desenvolvimento de sua personalidade, tanto em relação à autorização para o tratamento, quanto em relação à circulação dos dados. (MENDES, 2011, p. 13) Ou seja, mesmo concedido o consentimento, este pode ser revogado a qualquer tempo pelo cidadão, conforme inteligência do art. 8º, §5º c/c 15, III da LGPD.

Além de ter instituído o consentimento como instrumento de destaque na proteção

dos cidadãos, a legislação também estabeleceu outros instrumentos que os assegurem, como restrições ao tratamento de dados pessoais e imposições aos agentes de tratamento de dados pessoais de requisitos de segurança, acesso e controle, determinação da criação de uma estrutura de governança e prestação de contas, com definição das responsabilidades e obrigações de empresas, órgãos e entidades públicas e autoridades regulatórias quanto à transparência, ao monitoramento, à prestação de contas, gestão de risco e garantia dos direitos dos titulares de dados pessoais.

A LGPD ainda definiu que todas as suas previsões relacionadas às atividades de tratamento de dados devem observar seus princípios orientadores elencados no art. 6º, valendo cita, como exemplo, os princípios da necessidade, da finalidade, da adequação, da transparência e da não discriminação, a fim de que sejam precisamente identificados os limites que devem ser observados no tratamento dos dados do consumidor, atividade que deve ser orientada prioritariamente pela boa-fé objetiva.

Além do mais, cabe destacar a amplitude conferida pela LGPD ao conceito de tratamento de dados, estendendo-o a uma significativa gama de atividades, tais como coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração, promovidas tanto em meios digitais quanto em meios físicos.

O mesmo se aplica ao elenco dos fundamentos da proteção de dados inseridos no art. 2º da LGPD, cuja defesa do consumidor (prevista ao lado da livre iniciativa e da livre concorrência no mesmo inciso VI, da mesma forma como nos princípios constitucionais da ordem econômica previstos no art. 170 da CF/88) mereceu destaque, deixando claro que a integração jurídico-normativa que deve orientar a interpretação dos casos envolvendo o tratamento de dados com a incidência combinada da LGPD e da legislação consumerista.

Inspirada no arcabouço consumerista, a LGPD determinou que esta relação deve se pautar pela boa-fé objetiva, a qual deve ser entendida como “uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando os seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações” (MARQUES, 2011, p. 216).

Vale destacar que é primordial para o funcionamento do sistema e do instituto do consentimento que sejam oferecidas informações prévias ao consumidor, de modo que permita que o mesmo possa formar livremente a sua convicção. Do contrário, não estaria sendo observado o princípio da boa-fé objetiva. As informações devem ser claras e permitir um mínimo de inteligibilidade acerca do tema. A formulação por meio de “adesão” muitas vezes não parece ser suficiente para garantir que o cidadão/consumidor seja capaz de inferir as consequências das opções disponíveis. A penalidade prevista é a possibilidade de anulação contratual, nos termos do artigo 8º, da LGPD e do CDC, em seu artigo

46, assevera que “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo (...)”, e o art. 31, que estabelece o dever de que a informação seja fornecida de forma correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa.

Consolida-se, portanto, o “princípio da proteção das legítimas expectativas do consumidor”, que tem um importante papel no processamento de dados pessoais no âmbito de uma relação de consumo (MENDES, 2015, p. 16), que encontra fulcro, por exemplo, nos arts 12, § 1.º e 14, § 1.º do CDC. Tal princípio visa proteger as “expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, que confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro.” (MARQUES, 2011, p. 281).

Neste sentido, tem-se no art. 6.º, III, do CDC, o direito do consumidor de ser informado sobre: i) quais os dados pessoais são tratados e para quais finalidades; ii) se os dados pessoais são transmitidos para terceiros; iii) para quais países os dados pessoais são transmitidos, se for o caso; iv) qual é o período de conservação de dados, e v) quais os mecanismos de segurança utilizados para garantir a segurança dos dados pessoais.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio desta breve análise sistemática do ordenamento de proteção de dados abrangendo as legislações vigentes, incluindo a LGPD e o CDC verifica-se que não é por falta de regulamentação protetiva que os dados dos cidadãos e do consumidor não são resguardados. O que urge é tornar coercitivo e obrigatório para as empresas, nacionais e internacionais, físicas ou digitais que cumpram as normas estabelecidas. O papel da jurisprudência, tal como foi ao longo da consolidação do Direito do Consumidor no Brasil, será decisivo para tornar efetiva as normas e garantir a eficácia das mesmas.

O arcabouço jurídico nacional não permite mais que sejam processados, comercializados ou mesmo identificados os dados pessoais sem o expresse consentimento da parte mais vulnerável envolvida na relação jurídica.

## REFERÊNCIAS

ANONNI, Daniele. O direito humano de acesso à justiça no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARBOSA Moreira, José Carlos. Os Temas Fundamentais Do Direito Brasileiro Nos Anos 80: Direito Processual Civil. Temas De Direito Processual – Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENJAMIN, Antônio Herman. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

BITENCOURT, José Ozório de Souza. O Princípio da Vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor. Revista EMERJ. V. 7, n. 25, 2004. Disponível em [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista25/revista25\\_248.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista25/revista25_248.pdf).

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível na internet [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%EA7ao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%EA7ao_Compilado.htm). Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950: Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1060compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm). Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. Planalto. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm).

BRASIL. Planalto. Decreto nº 10.474, de 26 de agosto de 2020. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10474.htm)

BRASIL. Planalto. Lei nº 13.709, de 4 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm). Acessado em 10 de outubro de 2020.

BRASIL. Planalto. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm).

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Lumen Juris, 12ª ed., p. 27/28. <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/entidade-stf-fixacao-regras-requisicoes-saude>. Acessado em 23 de setembro de 2020.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Direito constitucional e regulatório: ensaios e pareceres. – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: Importante Capítulo de Direito Econômico. In: Direito do Consumidor. v. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

CORREA, Francisco Janier L. Vulnerabilidad y estado social y democrático de derecho Octavio Salazar Benitez. PROCURA nº 3, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GAULIA, Cristina Tereza. “A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor”, Revista da EMERJ, v. 4, nº 13, 2001.

LLANOS, Leonor Suárez. Caracterización de las personas y grupos vulnerables. In Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables. Principado de Asturias: Universidad de Oviedo, 2013.



MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Rodrigo Moreno e PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. Política de informação nacional e assimetria de informação no setor de telecomunicações brasileiro. In *Perspectivas em Ciência da Informação*, v.16, n.1, p.65-91, jan./mar. 2011. Disponível em < <https://www.scielo.br/pdf/pci/v16n1/a05v16n1>>. Acessado em 09/10/2020.

MARTINS, Flavio. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 102. ano 24. p. 19-43. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015. (25 p.). Disponível em <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/download/441/385>.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. Pg. 523.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo, 15ª ed., revista, refundida e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª ed, Malheiros editores, São Paulo, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

TARTUCE, Flávio. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2017.

VIGNOLI, J. R. Vulnerabilidad Demográfica en América Latina: qué hay de nuevo? In: Seminario Vulnerabilidad, CEPAL, Santiago de Chile, 2001.

## O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE DO COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA

*Data de aceite: 01/03/2021*

*Data de submissão: 30/11/2020*

**Mariana Boechat da Costa**

Mestranda em Direito Econômico e  
Desenvolvimento pela Universidade Candido  
Mendes, unidade Centro  
Rio de Janeiro/RJ  
<http://lattes.cnpq.br/6567200085723395>

**RESUMO:** O presente estudo tem a finalidade de avaliar a possibilidade do compartilhamento de dados pessoais como instrumento de combate à Covid-19. Quanto à justificativa, esta decorre do fato de os dados coletados serem capazes de contribuir com a eficácia do isolamento social ao apontar os locais de aglomeração entre pessoas infectadas. Sob esse viés, será realizada uma pesquisa qualitativa, por meio do método investigativo analítico-descritivo, para a observação de normas, doutrinas, jurisprudências e documentos escritos. O primeiro tópico abordará o conceito, as características e a classificação doutrinária dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Em seguida será analisada a colisão entre os direitos fundamentais à privacidade e à saúde pública. Para tanto, será levado em consideração o implemento do Sistema de Monitoramento Inteligente no Estado de São Paulo, o qual foi alvo de um Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça. Por conseguinte, com base na decisão do Supremo Tribunal Federal,

será demonstrada a influência da Lei Geral de Proteção de Dados – antes de sua vigência – no sistema constitucional brasileiro. Por fim, conclui-se que, o uso de dados pessoais deve ser considerado um instrumento de controle da Covid-19, desde que as informações coletadas estejam em conformidade com as garantias de tratamento adequado e seguro de proteção de dados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais; direito à privacidade; saúde pública; dados pessoais; pandemia.

### THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY: AN ANALYSIS OF THE SHARING OF PERSONAL DATA IN PANDEMIC TIMES

**ABSTRACT:** This study aims to evaluate the possibility of sharing personal data as an instrument to combat Covid-19. As for the justification, this arises from the fact that the data collected are able to contribute to the effectiveness of social isolation by pointing out the places of agglomeration among infected people. Under this bias, a qualitative research will be carried out, through the analytical-descriptive investigative method, for the observation of norms, doctrines, jurisprudence and written documents. The first topic will address the concept, characteristics and doctrinal classification of fundamental rights in the legal system. Then the collision between the fundamental rights to privacy and public health will be analyzed. For this purpose, the implementation of the Intelligent Monitoring System in the State of São Paulo will be taken into account, which was the target of a habeas corpus at the Superior Court of Justice. Therefore, based

on the decision of the Supreme Federal Court, the influence of the General Data Protection Law will be demonstrated - before its effectiveness – in the Brazilian constitutional system. Finally, it is concluded that the use of personal data must be considered an instrument of control of Covid-19, provided that the information collected is in compliance with the guarantees of adequate and safe data protection treatment.

**KEYWORDS:** Fundamental rights; privacy right; public health; personal data; pandemic.

## 1 | INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 causada pelo novo Coronavírus (SARS-CoV-2) é considerada, atualmente, um dos maiores desafios sanitários em escala global. No Brasil, segundo dados do Governo Federal, a taxa de letalidade é de 3,0% dos casos confirmados. A grande preocupação decorre da elevada velocidade em que o vírus se propaga, atingindo, no momento, cerca de 62 milhões de infectados ao redor do mundo e 1.460 milhões de mortos.

A peculiaridade do Coronavírus de 2019 se dá pela ausência de um padrão reconhecível pela medicina, o que dificulta o tratamento de pacientes e ocasiona vastas incertezas médico-científicas no período de tratamento. Devido ao alto impacto da Covid-19, os sistemas de saúde alertaram para o risco de colapso, uma vez que não possuem estrutura suficiente para suportar uma demanda em alta escala.

Em razão disso, seguindo as orientações da OMS, o Brasil decretou medidas de contenção da doença, como a restrição de locomoção e o fechamento do comércio e de serviços. A principal forma de conter a proliferação do vírus está baseada na prevenção. Desse modo, com a autorização da União, os governos dos Estados e Municípios receberam autonomia para dispor acerca das medidas de seguranças regionais, de acordo com a peculiaridade de cada local, levando sempre em consideração o número de casos confirmados.

Nesse contexto, a pesquisa proposta tem como objetivo avaliar a possibilidade do compartilhamento de dados pessoais como instrumento de combate à Covid-19. Nesse sentido será analisado o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos, além de decisões, recentes, dos Tribunais Superiores. Identifica-se como situação problema a possível violação ao direito fundamental à privacidade. Nesse viés, a hipótese de resposta se baseia na premissa de que o uso de dados pessoais coletados deve estar em conformidade com as garantias de tratamento adequado e seguro de proteção de dados.

A justificativa do presente trabalho é a melhor compreensão dos contornos da proteção de dados pessoais em um cenário pandêmico, rumo à eficácia das medidas de isolamento social para conter os efeitos da Covid-19. Ao passo que os dados coletados podem contribuir com a eficácia do distanciamento social, apontando locais de aglomeração entre pessoas infectadas.

Em relação aos aspectos metodológicos, será realizada uma pesquisa qualitativa, por

meio do método investigativo analítico-descritivo, para a observação de normas, doutrinas, jurisprudências e notícias mundiais. Serão obtidas fontes primárias e secundárias por meio de arquivos públicos, particulares, programas investigativos, entre outros, os quais serão analisados e interpretados com vista à elaboração de um estudo descritivo.

## 2 | OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O termo direitos fundamentais surgiu na França durante o movimento político e cultural que resultou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Seu principal objetivo consiste na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, abrangendo direitos relacionados à liberdade e à igualdade. Sendo assim, “os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com cada Estado”. (NOVELINO, 2020, p. 309)

No que se refere à classificação doutrinária, a mais adotada no Brasil é a concepção tripartida, a qual divide os direitos fundamentais em três grupos: direitos de defesa – relacionados às liberdades negativas e aos direitos políticos; direitos prestacionais – ligados às liberdades positivas; e os direitos de participação – que garantem aos indivíduos a possibilidade de fazer parte da formação da vontade política da comunidade. Esta perspectiva tem como fundamento a “teoria dos status” defendida por Georg Jellinek.

Os direitos fundamentais apresentam características próprias e particulares que os diferenciam dos demais direitos. Nessa senda, destaca-se a universalidade como a existência de um núcleo mínimo de proteção à dignidade presente em qualquer sociedade, mesmo que os aspectos culturais sejam distintos. De igual modo, a historicidade também é uma característica dos direitos fundamentais, uma vez que estes surgem e se desenvolvem de acordo com o momento histórico, podendo, inclusive, ter o seu conteúdo e sentido alterados.

No tocante ao conteúdo patrimonial, os direitos fundamentais são inegociáveis, intransferíveis e indisponíveis, ou seja, estamos diante da característica da inalienabilidade. Igualmente, não se torna possível a ocorrência da prescrição (imprescritibilidade). Nessa linha, outro relevante aspecto diz respeito à irrenunciabilidade, em que não se admite a renúncia ao núcleo substancial de um direito fundamental. No entanto, a limitação voluntária é permitida desde que se faça uma análise da validade da finalidade do ato de renúncia, assim, deve-se analisar o direito fundamental concreto a ser preservado e a posição jurídica do titular – livre e autodeterminada.

Além disso, outro ponto importante, refere-se à relatividade ou limitabilidade dos direitos fundamentais, uma vez que estes não podem ser considerados absolutos. Todos os direitos são passíveis de restrições impostas por interesses coletivos ou por outros direitos positivados na Constituição Federal.

As dimensões dos direitos fundamentais foram inspiradas pelo lema revolucionário do século XVIII – liberdade, igualdade e fraternidade. A primeira dimensão dos supracitados direitos está ligada ao valor liberdade, consagrando os direitos civis e políticos. Já a segunda dimensão, relaciona-se à igualdade material, alcançando os direitos sociais, econômicos e culturais. Os direitos de terceira dimensão estão ligados aos valores da fraternidade ou da solidariedade, incluindo-se nesse rol o direito ao desenvolvimento do meio ambiente, à autodeterminação dos povos e o direito de comunicação. Por sua vez, os direitos de quarta dimensão estão relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo. Por fim, os direitos de quinta dimensão trazem a paz como direito supremo da humanidade.

No direito pátrio, os direitos fundamentais foram positivados pela primeira vez na Constituição de 1824, porém foram se modificando ao longo da história de acordo com o interesse e as necessidades do homem. A constituição Federal de 1988 (CF/88) foi promulgada em um período de redemocratização, tendo como principal objetivo garantir os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Nesse sentido, o art. 5º, caput, dispõe que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Vislumbra-se, assim, que a Constituição se torna fundamental à organização da sociedade, referindo-se não apenas ao Estado, mas também a própria comunidade política. Ela possui a finalidade de preservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e concretizar bens e valores ainda não alcançados. Nesse sentido, constata-se que a Carta Magna de 1988 é considerada um grande avanço normativo em relação as demais, uma vez que proporcionou aos cidadãos maiores garantias e direitos.

A Constituição, portanto, cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de Direitos Fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída. Como regra geral, terá a forma de um documento escrito e sistemático, cabendo-lhe o papel, decisivo no mundo moderno, de transportar o fenômeno político para o mundo jurídico, convertendo o poder em Direito. (BARROSO, 2011, p. 98)

Dentre o rol dos direitos fundamentais um dos mais importantes é o referente à liberdade. O homem nasce livre e com o passar do tempo evolui de um estado de liberdade natural para o de uma liberdade convencional, oriundo de um pacto social. A liberdade não se origina apenas da natureza, mas também resulta de um contrato social. Nesse sentido, “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral e recebemos, enquanto corpo, cada membro, como parte indivisível do todo”. (ROUSSEAU, 1983, p. 39).

O conceito de liberdade, inicialmente, era limitado à ideia de liberdade pessoal. Com o decorrer dos tempos uma nova dimensão foi inserida, abrangendo um novo rol

de liberdades públicas, como a liberdade de pensamentos, de consciência e crença. A liberdade é compreendida como a faculdade que o homem tem para fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que não prejudique outrem.

O direito à privacidade – tema central da referida pesquisa – previsto no art. 5º, inciso X, da CF/88 tem o condão de resguardar a privacidade, facultando ao indivíduo conduzir a sua própria vida, sem a intromissão de terceiros. Sendo assim, a Carta Magna assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem.

No tocante ao direito à igualdade, entende-se que este consiste em assegurar aos indivíduos em situações iguais um tratamento isonômico, ou seja, os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens. Sendo assim, “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.” (BARBOSA, 1999, p.8). Para assegurar a correta aplicação do princípio da igualdade, o que se visa concretizar é “a justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições socialmente desiguais”. (SILVA, 2007, p. 126)

De acordo com a doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais apresentam limitações ao exercício do poder estatal, reduzindo-se ao âmbito das relações entre o particular e o Estado. Esta relação jurídica hierarquizada é denominada pela expressão “eficácia vertical” dos direitos fundamentais. No entanto, a incidência desses direitos foi estendida para o âmbito das relações privadas, uma vez que a opressão e a violência contra os indivíduos não são provenientes apenas do poder estatal, mas também de múltiplos atores privados. Sendo assim, denomina-se “eficácia horizontal” a projeção dos direitos fundamentais entre particulares.

Sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticos que são os Estados. (BOBBIO, 2004, p. 15).

A preservação dos direitos fundamentais do cidadão deriva de um modelo jurídico-constitucional destinado a proteger-lhes de qualquer violação. Este modelo, constitui-se de um aparato essencial para que se estabeleça a convivência pacífica entre as partes. Pode-se dizer que as garantias fundamentais estão previstas na própria essência de um Estado político organizado, o qual se utiliza de todos os mecanismos possíveis para salvaguardá-los.

### **3 | A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E À SAÚDE PÚBLICA**

Segundo Robert Alexy, os direitos fundamentais são considerados mandamentos

de otimização e consagram um direito provisório restringível por outras normas em sentido oposto. Nesse viés, a determinação do direito positivo apenas se torna possível à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto seguida da ponderação entre princípios colidentes, sendo necessária a aplicação das regras do postulado da proporcionalidade.

Nessa linha, um ponto importante a ser destacado afirma que os direitos fundamentais só podem ser restringidos em caráter geral por meio de normas elaboradas por órgãos dotados de atribuição legiferante conferida pela constituição. Esta restrição deve estar expressa ou implicitamente autorizada (reserva legal), sendo considerada uma espécie de proteção contra a adoção de medidas restritivas dos direitos fundamentais pela administração pública, sem que exista um fundamento legal ou constitucional.

Cumpra ressaltar, a observância do princípio da proteção do núcleo essencial. Por este requisito, entende-se que existe um conteúdo essencial dos direitos e garantias fundamentais que não pode ser violado, nem mesmo nos casos em que o legislador estiver constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas.

Ademais, deve-se respeitar o princípio da não retroatividade, uma vez que as situações definitivamente consolidadas devem ser resguardadas, para preservar a segurança jurídica dos cidadãos. Sendo assim, “uma lei nova que estabeleça restrições a direitos fundamentais não poderá alcançar fatos consumados no passado (retroatividade máxima), prestações vencidas e não pagas (retroatividade média) e, nem mesmo, efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima)”. (NOVELINO, 2020, p. 333)

Desse modo, conforme o postulado da proporcionalidade, exige-se que a restrição imposta a um determinado direito fundamental seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Ou seja, os meios utilizados e os fins perseguidos pelo legislador dependem da adequação das medidas adotadas de modo preciso e juridicamente permitidos; da necessidade de sua utilidade; e da satisfação das vantagens do fim em detrimento às desvantagens do meio, realizadas por um juízo de ponderação – proporcionalidade em sentido estrito.

(...) o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito. (MARMELSTEIN, 2008, p. 385)

Dando seguimento à discussão e tratando, especificamente, da colisão entre direitos fundamentais à privacidade e à saúde pública oriunda do compartilhamento de dados pessoais no período de pandemia, cabe analisar qual direito deve preponderar no referido caso. Sendo assim, iremos abordar os limites de cada direito à luz do princípio da proporcionalidade, observando os desdobramentos e implicações de cada restrição no

cenário atual.

Nesse sentido, a colisão entre direitos fundamentais ocorre quando o comportamento do mesmo titular se enquadra no âmbito de proteção de mais de um direito fundamental. Destarte, utiliza-se a técnica de ponderação para verificar os limites de cada direito e determinar qual deles deve preponderar no caso concreto.

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores. (MARMELSTEIN, 2008, p. 386)

Para melhor compreendermos o tema em análise, faz-se mister definirmos a abrangência do direito à privacidade, o qual emana diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Com o fim precípuo de proteger a privacidade, a Constituição Federal assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Nesse sentido, o art. 5º, inciso X, dispõe que “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A intimidade refere-se ao modo de ser de cada indivíduo, ou seja, ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos de sua identidade (autoestima, autoconfiança), além da sexualidade. Os segredos e as informações confidenciais são protegidos. Já a vida privada consiste nas relações do indivíduo com o meio social, em que não houver interesse público na divulgação. Por sua vez, a honra abrange a reputação do indivíduo perante o meio social e na estimação que possui de si mesmo. (NOVELINO, 2020, p. 381)

No tocante ao enquadramento constitucional dos sigilos bancário, fiscal, telefônico e informático há divergências se estes sigilos estariam abrangidos pelo direito à privacidade (CF, art. 5º, X) ou pela inviolabilidade de dados (CF, art. 5º, XII). Entende-se que a proteção ao sigilo de dados está voltada essencialmente à liberdade das comunicações pessoais, havendo, assim, um duplo enquadramento. Ou seja, a comunicação dos dados (interceptação) está inserida no âmbito de proteção da liberdade de comunicação pessoal; enquanto que o conteúdo dos dados, quando atrelado à vida privada ou à intimidade, está abrangido no âmbito de proteção do direito à privacidade.

Cabe mencionar que a Lei nº 13.709/2018<sup>1</sup> – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), conforme será abordada posteriormente, possui o escopo de garantir direitos ao cidadão sobre os seus dados pessoais e determinar o modo de tratamento desses dados pelas entidades públicas e iniciativas privadas. Ou seja, a LGPD é considerada uma nova forma de proteção à privacidade. Destacam-se, assim, os seus fundamentos:

---

1 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 15 jun. 2020.



Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

**I - o respeito à privacidade;**

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

**IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;**

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (grifos nossos)

De outro modo, o direito fundamental à saúde tem previsão expressa no art. 196 da Constituição, ao dispor que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Sendo assim, é classificado como um direito social de segunda dimensão, tendo como destinatário final toda a coletividade, ou seja, é um direito difuso.

Os direitos fundamentais da segunda geração “são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social [...]”. E, estão intrinsecamente ligados aos direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, bem como assistência social, educação, **saúde**, cultura, trabalho, passando estes direitos a exercer uma liberdade social. (BONAVIDES, 2000, p. 528) (grifos nossos)

O alto grau de importância do direito à saúde deriva da sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que aquele se torna essencial para a efetivação de outros direitos. Embora os direitos fundamentais sejam autoaplicáveis, para que o direito à saúde tenha efetividade torna-se necessário sua implementação por intermédio de políticas públicas.

O direito a saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana – razão pela qual tal direito merece tratamento especial”. (CURY, 2005, p. 17)

No mês de abril, com o intuito de conter os efeitos negativos da pandemia da Covid-19, o governo do Estado de São Paulo firmou com as telefonias móveis uma parceria

público-privada para implementação de um Sistema de Monitoramento Inteligente (SIMI). O SIMI consiste no fornecimento de dados de localização dos celulares dos usuários para observação do deslocamento de pessoas, possibilitando, assim, o envio de alertas em locais com alto índice de aglomeração.

Ocorre que tal medida foi alvo de uma ação popular no Tribunal do Estado de São Paulo (TJ/SP) e de um Habeas Corpus (HC) no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em ambos os casos foram questionadas a falta de transparência, uma vez que os termos da medida não foram publicados no Diário Oficial (DO), além disso não houve anuência prévia e expressa dos usuários no compartilhamento dos dados. Dessa forma, os direitos fundamentais à privacidade e à inviolabilidade de dados telefônicos foram questionados. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS COLETIVO, EM QUE SE INDICA COMO COMO IMPETRADO O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO E COMO PACIENTES OS MORADORES DA REFERIDA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. PRETENDIDA SUSPENSÃO DO SISTEMA DE MONITORAMENTO INTELIGENTE (SIMI-SP), IMPLEMENTADO EM PARCERIA DO GOVERNO LOCAL COM OPERADORAS DE TELEFONIA CELULAR, PARA MONITORAÇÃO, POR VIA DE GEORREFERENCIAMENTO, DA TAXA DE ISOLAMENTO SOCIAL NO ESTADO. NÃO INDICAÇÃO DE RESTRIÇÃO OBJETIVA AO JUS AMBULANDI. REMÉDIO HERÓICO: VIA PROCESSUAL DESTINADA A TUTELAR APENAS IMEDIATO CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO DIREITO DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE DE MANEJO DE WRIT COLETIVO EM QUE A PARTE IMPETRANTE NÃO DEMONSTRA A POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS ALEGADAMENTE ATINGIDOS. INVIABILIDADE, AINDA, DE IMPETRAÇÃO DE MANDAMUS CONTRA ATO EM TESE. IMPROPRIEDADE ABSOLUTA. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA LIMINARMENTE.

(STJ - HABEAS CORPUS: HC Nº 572.996 – SP: 2020/0086190-9. Relatora Min. Laurita Vaz. Data da publicação:16/04/2020) (grifos nossos)

Conforme mencionado pela ministra Laurita Vaz, em sua decisão monocrática, o habeas corpus não é o instrumento adequado para se discutir o caso em comento, pois a violação ao direito de locomoção deve ser iminente e concreta, e não hipotética. Além disso, a relatora enfatizou que tanto o governo estadual quanto as operadoras de celular afirmaram que o sistema não permite a individualização dos dados dos usuários, não sendo possível identificar as pessoas potencialmente atingidas. Cabe registrar que após a publicação da supracitada decisão, o governador do Estado de São Paulo, João Doria, no dia 5 de maio, promulgou o Decreto nº 64.963, de 2020<sup>2</sup>, dando transparência aos termos das medidas instituidoras do SIMI.<sup>3</sup>

Ademais, cabe mencionar que o compartilhamento de dados pessoais será

2 Disponível em: [https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64963-05.05.2020.html#:~:text=Decreto%3A,entidades%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica%20estadual](https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64963-05.05.2020.html#:~:text=Decreto%3A,entidades%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica%20estadual.). Acesso em: 02 set. 2020.

3 Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/planosp/simi/>. Acesso em: 5 set. 2020.

válido apenas enquanto perdurar o período de pandemia – isto é, trata-se de uma medida excepcional para o controle de um fato atípico e desconhecido. No caso em tela, o compartilhamento de dados é considerado uma medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, pois os dados coletados são agregados, ou seja, não são passíveis de individualização. Além disso, a medida tem o objetivo de evitar aglomerações e com isso conter a propagação do vírus. Sendo assim, no referido caso, mediante um juízo de ponderação, o direito fundamental à saúde deve preponderar em detrimento ao direito fundamental à privacidade.

#### **4 | A INFLUÊNCIA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO PERÍODO DE PANDEMIA**

As formas de relacionamentos interpessoais, seja na esfera privada ou pública, sofreram uma série de transformações com o advento da evolução das tecnologias nos campos da informação e da comunicação – sobretudo à internet. Desse modo, as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) são compreendidas como mecanismos de valor ao estabelecer conexões entre a sociedade civil e o Estado. Entretanto, quando utilizadas de forma incorreta podem infringir direitos constitucionais sensíveis. Nesse viés, consagra-se uma sociedade de informação, composta por um modelo de desenvolvimento sociopolítico cujo fim é a satisfação plena dos cidadãos e a propagação do conhecimento.

Nessa senda, a informação torna-se a base da vida e das relações humanas e sociais. Entende-se que uma sociedade capaz de fomentar uma comunicação de forma livre e descentralizada, de igual modo, irá proporcionar a difusão da informação. As tecnologias digitais aumentaram consideravelmente o acesso à informação e às formas de comunicação, ocasionando mudanças no modo de ser de cada sociedade. Consequentemente, a legislação deve acompanhar essa evolução, modificando antigos parâmetros para estabelecer novos meios de proteção que antes eram desnecessários.

Na sociedade informacional, o acesso às informações por meio da internet possibilitou uma ampliação na troca de dados entre pessoas e organizações. Entretanto, esse avanço se tornou, na maioria das vezes, o responsável pela violação da vida privada de usuários em busca de dados pessoais. Nesse sentido, a internet pode ser considerada um instrumento de ameaça à privacidade dos indivíduos, visto que simplifica a troca de informações entre os prestadores de serviços e facilita o monitoramento das condutas virtuais na rede. Sendo assim, fez-se necessário a proteção de dados pessoais nos ordenamentos jurídicos.

A necessidade de proteção do indivíduo contra o risco de divulgação de seus dados pessoais se baseia na possibilidade de comercialização destes sem a devida autorização. Nesse viés, como mecanismo de proteção, destaca-se a Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia que reconhece a proteção de dados como direito fundamental. No que se refere à tutela dos dados pessoais, seu surgimento ocorreu no ano de 1970. A lei do Land Alemão de Hesse, de 1970; a lei nacional de proteção de dados na Suécia: o

Estatuto para bancos de dados de 1973 – Datalaf 289; e o *Privacy Act* norte-americano, de 1974. Na década de 1990, a União Europeia aprovou a diretiva 95/46/CE referente à proteção dos dados das pessoas singulares e sobre a sua livre circulação.

Ultrapassado o resgate histórico, percebe-se que o Brasil demorou a apresentar, juridicamente, uma legislação de proteção de dados. Apenas em agosto de 2018 foi publicada a Lei nº 13.709 – referente à proteção de dados pessoais (LGPD). Ocorre que o mencionado diploma previu um prazo de 24 meses de *vacatio legis* após a data de sua publicação. Porém o Senado Federal, no dia 3 de abril, aprovou o adiamento da entrada em vigor da LGPD para o ano de 2021. Logo em seguida, foi editada a Medida Provisória (MP) nº 959 de 2020<sup>4</sup> que previa a vigência da LGPD para o dia 3 de maio de 2021. Entretanto, contrariando seu posicionamento anterior, o Senado Federal não converteu o dispositivo referente à prorrogação da *vacatio legis* e encaminhou o projeto de lei de conversão para o chefe do Executivo Federal. Assim, a LGPD entra em vigência imediata após a sanção ou veto do Presidente da República.

No tocante aos objetivos, a LGPD irá regulamentar qualquer atividade que envolva a utilização de dados pessoais, inclusive, nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica, tanto em território nacional ou em países onde estejam localizados os dados. Ou seja, a lei tem por fim garantir direitos aos usuários e facilitar a fiscalização contra abusos na utilização dos dados. Ademais, os dados pessoais devem ser analisados em conformidade com os princípios da finalidade, transparência, segurança e responsabilidade.

Corroborando desse entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu a eficácia da Medida Provisória nº 954, de 2020<sup>5</sup>, que prevê o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia da Covid-19. Entre os argumentos expostos, destaca-se a violação do direito constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados.<sup>6</sup> Nesse sentido:

Segundo argui, a MP n. 954/2020 não evidencia a importância superlativa da pesquisa estatística que embasa a solicitação de compartilhamento dos dados, tampouco explicita a forma como esta pesquisa contribuirá na formulação das políticas públicas de enfrentamento da crise sanitária, uma vez não informados os tipos de pesquisas a serem realizadas. Noutro espectro, destaca não esclarecido o motivo para o compartilhamento de dados, já informado pelo IBGE o adiamento do Censo Demográfico para o ano de 2021.

5. Busca seja assentada a inconstitucionalidade material da MP n. 954/2020. Para tanto, assevera a necessidade de tutela do direito fundamental à

4 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141753>. Acesso em: 05 set. 2020.

5 Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-954-de-17-de-abril-de-2020-253004955>. Acesso em 09 jul. 2020.

6 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442823&ori=1>. Acesso em: 03 set. 2020.

proteção de dados pessoais, a teor do art. 5º, XII, da CF, que assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ressalvada a relativização, nessa última hipótese, mediante ordem judicial e para fins de persecução penal. Argumenta com o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, CF), como fundamento do indivíduo para determinar e controlar, frente ao Estado, a utilização dos seus dados. Seguindo essa linha discursiva, aponta para a existência, no desenho constitucional brasileiro, de um direito fundamental à proteção de dados, na concepção de um direito à autodeterminação informativa, em que fundamenta, inclusive, a edição da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018). Ainda nessa perspectiva e para ilustrar, invoca a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão que reconheceu, em 1983, forte no direito geral da personalidade, o direito fundamental à autodeterminação sobre dados pessoais, diante de intervenções estatais.

(STF – MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.387 DISTRITO FEDERAL. Relatora: Min. Rosa Weber. Data da publicação: 24/04/2020) (grifos nossos)

Conforme mencionado na decisão selecionada, a MP não delimita o objeto da estatística a ser produzida, a finalidade específica e a sua amplitude. De igual modo, não informa como os dados fornecidos serão efetivamente utilizados no combate à pandemia e nem a sua necessidade, uma vez que não foram informados os tipos de pesquisas a serem realizadas. A MP não delimita o campo de proteção na operação de processamento de dados, pois não são apresentados mecanismos técnicos ou administrativos capazes de evitar que os dados pessoais possam ser utilizados de forma indevida. Denota-se, assim, que os mandamentos constitucionais de proteção aos direitos fundamentais não foram respeitados.

De forma histórica, no acórdão supracitado, o STF reconheceu o direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais no Brasil. Entende-se, assim, que a pandemia do novo coronavírus não pode ser considerada um pretexto para a formação de um Estado de vigilância. Ou seja, qualquer compartilhamento de dados pessoais deve estar em conformidade com os princípios da finalidade, adequação, necessidade transparência, segurança, não discriminação e responsabilidade.

Desse modo, constata-se a influência da LGPD – antes de sua vigência – no sistema constitucional brasileiro, uma vez que a decisão do STF se refere, especificamente, à Lei Geral de Proteção de Dados, tutelando o direito à autodeterminação informativa<sup>7</sup>. O uso de dados pode ser considerado um instrumento de combate à Covid-19, pois as informações colhidas contribuem com a eficácia do isolamento social. Sendo assim, destaca-se a relevante função da LGPD – isto é, estabelecer critérios seguros para o compartilhamento de dados.

<sup>7</sup> Direito do indivíduo de controlar e proteger os próprios dados pessoais, levando em consideração a tecnologia e o processamento de informação.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observou ao longo deste estudo, o direito fundamental à privacidade e o compartilhamento de dados pessoais são temas sensíveis no atual cenário pandêmico. A saúde pública e o sistema econômico-financeiro foram diretamente impactados pela crise sanitária global. Desse modo, discutiu-se sobre a possibilidade do uso de dados pessoais como instrumento de controle dos efeitos da Covid-19.

Dentro deste contexto, analisou-se o julgamento de um Habeas Corpus (HC) no Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a implementação do Sistema de Monitoramento Inteligente (SIMI) no Estado de São Paulo, onde se questionou a falta de transparência e de anuência prévia dos usuários. O Tribunal indeferiu a petição inicial, por entender que o HC não era o meio adequado, além disso enfatizou que não houve a individualização dos dados coletados – ou seja, não houve risco à privacidade dos usuários.

Além dos argumentos mencionados no acórdão, a referida pesquisa abordou a colisão entre os direitos fundamentais à privacidade e à saúde pública. Para tanto, fez-se necessária a análise do princípio da proporcionalidade e os seus desdobramentos. Verificou-se, assim, que a implementação do SIMI foi uma medida adequada; necessária; e proporcional em sentido estrito – mediante um juízo de ponderação. Destacou-se, que a medida tem o objetivo de evitar aglomerações e com isso conter a propagação do vírus. Neste caso, o interesse público preponderou sobre o privado.

Em seguida, foi interpretada uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que declarou a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 954, de 2020, que autorizou o compartilhamento de dados pessoais pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Entre os argumentos expostos, destacou-se a violação do direito constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados. O IBGE não especificou como os dados dos usuários seriam efetivamente utilizados no combate à pandemia, além disso não delimitou o campo de proteção na operação de processamento de dados.

De forma emblemática, no acórdão supracitado, o STF reconheceu o direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais no Brasil. Entendeu-se, assim, que a pandemia do novo coronavírus não poderia ser considerada um pretexto para a formação de um Estado de vigilância. O compartilhamento de dados pessoais deve estar em conformidade com os princípios da finalidade, adequação, necessidade, transparência, segurança, não discriminação e responsabilidade.

Desse modo, verificou-se, os reflexos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – antes de sua vigência – no sistema constitucional brasileiro. Conforme analisado, o conteúdo da LGPD influenciou diretamente as decisões dos Tribunais. Os dados coletados podem contribuir com a eficácia do isolamento social, apontando locais de aglomeração entre pessoas infectadas. Sendo assim, o uso de dados pessoais deve ser considerado um instrumento de combate à Covid-19, desde que as informações colhidas estejam em

conformidade com as garantias de tratamento adequado e seguro de proteção de dados.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. Edição Popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. edição. Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro: 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos fundamentais**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 64.693 de 2020**. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64963-05.05.2020.html#:~:text=Decreto%3A,entidades%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%ABlica%20estadual>>. Acesso em: 02 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.709 de 2028**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 954 de 2020**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-954-de-17-de-abril-de-2020-253004955>>. Acesso em 09 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 959 de 2020**. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141753>>. Acesso em 05 set. 2020.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007.

STF. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.387**. Distrito Federal. Relatora: Min. Rosa Weber. Data da publicação: 24/04/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>>. Acesso em: 7 jun. 2020.

STJ. **Processo nº 0086190-11.2020.3.00.0000 – Habeas Corpus n. 572996**. Relatora Min. Laurita Vaz. Data da publicação: 16/04/2020. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2020%2F0086190-9&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

# CAPÍTULO 10

## O ESTADO E A FAMÍLIA COMO RESPONSÁVEIS PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

*Data de aceite: 01/03/2021*

**Emanuelle de Souza Oberst Cordovil**

Mestranda em Direito pela UNISAL  
Centro Universitário Salesiano  
Lorena

**Jenifer Bueno Diniz**

Mestranda em Direito pela UNISAL  
Centro Universitário Salesiano  
Lorena

**RESUMO:** O presente artigo, com metodologia bibliográfica e documental, tem por objetivo abordar o direito social fundamental à educação e suas principais normas garantidoras no país. Verifica a relação intrínseca entre a efetivação do direito à educação e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como à formação de indivíduos para o exercício de uma cidadania plena. Conclui que as responsabilidades tanto do Estado quanto da família para a realização do direito social à educação são inafastáveis, solidárias e complementares, e que da realização desse direito dependem a proteção à dignidade humana e a promoção da cidadania.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à Educação. Dignidade Humana. Direitos Sociais Fundamentais. Cidadania. Responsabilidades do Estado e da Família.

### THE STATE AND THE FAMILY AS RESPONSIBLE FOR THE EFFECTIVE SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION

**ABSTRACT:** This article, with a bibliographical and documentary methodology, aims to address the fundamental social right to education and its main norms in the country. It verifies the intrinsic relation between the education right and the respect for the dignity of the human person, as well as the formation of individuals for the exercise of citizenship. It concludes that the responsibilities of both the State and the family for the realization of the social right to education are inalienable, supportive and complementary, and that the realization of this right is mandatory for the protection of human dignity and citizenship rights.

**KEYWORDS:** Education Right. Human Dignity. Social Fundamental Rights. Citizenship. State and Family Responsibilities.

### 1 | INTRODUÇÃO

Este artigo tem o objetivo de demonstrar como a Carta Magna de 1988 consagrou o direito à educação como direito fundamental de todos, devendo orientar-se pelo objetivo de inserção plena.

Equipara-se o direito à educação a um dos direitos fundamentais que é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerado este como o suprassumo dos Princípios, uma vez que salvaguarda toda coletividade.



Por meio de pesquisa documental e bibliográfica, abordando-se o método dedutivo, inicia-se analisando os direitos fundamentais e, após, os denominados direitos sociais fundamentais, conforme consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Dentre os direitos sociais fundamentais, destaca-se o direito social fundamental à educação, previsto constitucionalmente e em legislação infraconstitucional, também como um direito humano já assegurado na ordem internacional.

Observa-se como se dá o acesso e a efetividade do direito à educação no Brasil, principalmente analisando-se a evolução obtida nas políticas de implementação desse direito com a criação e aplicação do Plano Nacional de Educação, elaborado e estabelecido como parâmetro para as políticas públicas subsequentes na área.

Analisa-se, também, como essa efetividade do direito social fundamental à educação ultrapassa a esfera estatal em razão das obrigações solidárias entre Estado, família e sociedade na implementação, proteção e salvaguarda do direito, principalmente às crianças e adolescentes, cuja proteção também é garantida pelas normas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

## 2 | DIREITOS FUNDAMENTAIS

A constituição cidadã, numa atitude progressista positivou inúmeros direitos fundamentais, entre eles o direito fundamental à educação, estabelecendo normas e diretrizes possibilitando a efetiva aplicabilidade das normas constitucionais.

George Marmelstein assim define os direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder; positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico (2011, p.20).

Direitos Fundamentais são aqueles básicos direitos individuais, sociais e políticos garantidos pelo Estado, baseados nos direitos humanos, pelo qual asseguram o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à educação, por fim resguardam o mínimo de dignidade humana ao indivíduo.

Os Direitos Humanos, que inspiram os direitos fundamentais, são habitualmente classificados em 05 (cinco) dimensões, quais sejam: 1.º dimensão: direitos individuais, liberdades, abstenção estatal, é o não-agir do Estado, surgiu no século XVIII; 2.º dimensão: direitos sociais, igualdade, atuação estatal, aqui não basta ser livre, precisa ser tratado como igual, nasceu no século XIX; 3.º dimensão: direitos coletivos, fraternidade, sociedade de massas, veio no século XX; 4.º dimensão: direito a democracia, informação e pluralismo e normatização do patrimônio genético e direito a vida; 5.º dimensão: Direito a paz, qualidade de vida saudável e proteção ao meio ambiente.

Ressalte-se que uma dimensão não substitui a outra, elas possuem caráter complementar.

Observe-se, ademais, lição do Professor Ingo Sarlet acerca da normatividade dos direitos fundamentais, em virtude de opção do legislador constitucional:

Nesse contexto, vale repisar que a condição de direito fundamental decorre de uma opção do constituinte (pelo menos no que diz com os direitos expressamente enunciados como fundamentais) que não necessariamente tem por fundamento a dignidade da pessoa humana ou pelo menos uma determinada concepção de dignidade, mas sim pode encontrar respaldo em uma série de outros valores ou mesmo se traduzir em resposta a demandas específicas do corpo social (2011, p. 100).

Tratando de Direitos Fundamentais devem ser garantidos pelo Estado. Assegurados pelo Poder Público, compete a este a obrigação de zelar e garantir a efetividade dos direitos de forma plena, total e igualitária.

### **3 I DIREITO SOCIAIS FUNDAMENTAIS**

A constituição de 1988, mais do que todas as outras cartas constitucionais anteriores destacou-se ao consagrar os direitos sociais de forma tal a inovar mediante a consolidação do garantismo constitucional, representado por sua vez a criação de novos meios de proteção constitucional dessa categoria de direitos em especial, bem como reforçou oportunamente outros.

Seguindo uma linha progressista, a Carta Magna inovou ao consagrar essas garantias, nessa seara em seu dispositivo legal art. 6º, onde elencou e assegurou os direitos sociais, que passaram a ser denominados assim “direitos sociais fundamentais”.

A constituição de 1988 proporcionou uma real efetividade aos direitos sociais ao assegurar o direito à educação, demonstrado pelo fato de que a mesma conferiu o grau máximo de eficácia jurídica de sua respectiva garantia.

Ao positivar os direitos sociais o nosso constituinte permitiu que fosse reconhecida sua importância e como consequência será garantida sua efetivação, dessa forma o Poder Público está obrigado a prestar assistência a todos os segmentos da sociedade, sem permitir que exista qualquer forma de segregação na esfera educacional.

A educação é o meio pelo qual o indivíduo toma conhecimento de sua cidadania, posto que ocorre no ambiente escolar o contato com os primeiros grupos sociais, oportunidade em se observam as diferenças, opiniões divergentes e ideias ambíguas, dessa forma, aprendemos a opinar, compreender a existência de opiniões diferentes, respeitando as divergências.

Ressalte-se que o direito à educação está inserido no conjunto de Direitos e Garantias fundamentais, assim como o direito à igualdade. Por se tratar de um direito garantido constitucionalmente, passou a ser um dever legal do Estado proporcionar o

efetivo acesso, somente, através da educação ocorre a formação plena do cidadão.

## 4 I PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Princípio da Dignidade humana está elencada em nossa Constituição Federal no rol dos Direitos Fundamentais, conforme dispõe o art. 1.º, III, a seguir:

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

III - a dignidade da pessoa humana;

Grande parte dos doutrinadores pondera que tal princípio é primordial para nortear aos demais princípios, seria uma espécie de suprassumo dos princípios, este princípio é considerado como fundamento essencial que rege os demais princípios, sendo que somente através deste se ergue o verdadeiro pressuposto da democracia.

A Constituição de 1988 foi a primeira carta política a assegurar como direito fundamental a dignidade da pessoa humana, o nosso poder constituinte preocupou-se em preservar a dignidade do cidadão, e de fácil constatação uma vez que esse vocábulo é mencionado em inúmeros artigos.

Pode-se observar que o princípio da dignidade é tido como o mais importante dos princípios, é através dele que se pode resguardar a todos, uma vez que todos os seres humanos, sem exceção, são resguardados por este princípio.

Conceituar ou definir o princípio da dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, uma vez que se trata de um princípio que permite inúmeras formas de interpretação. Nessa esteira de raciocínio, Ingo Wolfgang Sarlet, teceu importantes considerações acerca da dignidade da pessoa humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2007, p. 72).

E em similar linha de pensamento, os ilustres mestres Regina Quaresma e Francisco Guimarães corroboram:

A dignidade da pessoa humana é princípio intimamente vinculado ao Estado Democrático de Direito, no qual o ser humano é tido como sujeito, e sujeito ativo, como fim em si mesmo, sendo inadmissíveis quaisquer discriminações

e qualquer exclusões de qualquer ordem (2007, p. 62).

Pode-se considerar que este princípio é um eixo que interliga os demais princípios, se afigurando substancial para a aplicação das normas constitucionais, exatamente por tratar se de um princípio capaz de coordenar os demais.

## 5 | CIDADANIA

A educação é reconhecida, pela maior parte dos autores que tratam da cidadania, como um direito essencial enquanto propiciador das condições necessárias à inclusão no espaço público, ou seja, no campo da participação política.

A ineficácia da concretização do direito à educação, ou a insuficiência de condições para o seu exercício implica também a anulação e/ou o prejuízo à igualdade de direitos e deveres de cidadania. Pessoas não nascem com o conhecimento das leis, dos direitos e dos deveres da cidadania, o que pressupõe a existência de um longo processo de socialização e de escolarização. Se esse processo não se efetiva, automaticamente, está sendo negado um dos direitos essenciais da cidadania.

Importante observar que, de fato, o referido direito fundamental à educação se destaca por avançar no plano da efetivação da igualdade de todos os componentes da sociedade brasileira perante a lei.

O cidadão passa a ser pessoa integrada na vida estatal. A cidadania transforma o indivíduo em elemento integrante do Estado, na medida em que o legitima como sujeito político, reconhecendo o exercício de direitos em face do Estado e de outros particulares, o que se ocorre por meio da educação. Nesse sentido, expõe José Roberto Fernandes Castilho:

[...] Assim, a educação, além de ser um direito social básico e elementar, é também o caminho – ou a condição necessária – que vai permitir o exercício e a conquista do conjunto dos direitos da cidadania, que se ampliam a cada dia em contrapartida às necessidades do homem e da dignidade da pessoa humana. Além do que os direitos da cidadania não são apenas oponíveis ao Estado, mas também em face da atuação de outros particulares que não os respeitam, como se verifica, por exemplo, no caso da poluição (2001, on-line).

Educar é um ato que visa à convivência social e a cidadania é a tomada de consciência política. A educação escolar, além de ensinar o conhecimento científico, deve assumir a incumbência de preparar as pessoas para o exercício da cidadania. A cidadania é entendida como o acesso aos bens materiais e culturais produzidos pela sociedade, e ainda significa o exercício pleno dos direitos e deveres previstos pela Constituição da República.

Valendo se da educação, a cidadania pretende fazer de cada pessoa um agente de transformação. Isso exige uma reflexão que possibilite compreender as raízes históricas da

situação de miséria e exclusão em que vive boa parte da população. A formação política, que tem no universo escolar um espaço privilegiado, deve propor caminhos para mudar as situações de opressão. Muito embora outros segmentos participem dessa formação, como a família ou os meios de comunicação, não haverá democracia substancial se inexistir essa responsabilidade propiciada, sobretudo, pelo ambiente escolar.

Ressalte-se que é preciso pensar numa educação para a cidadania, uma educação preocupada em formar um ser humano livre, responsável, autônomo, habilitando os educandos a terem posicionamentos esclarecidos e críticos relativamente às questões do mundo de hoje.

## 6 | DIREITO À EDUCAÇÃO

O vocábulo educação vem do latim *educativo-onis*, segundo o dicionário Priberam “é o conjunto de normas pedagógicas tendentes ao desenvolvimento geral do corpo e do espírito e/ou conhecimento e prática dos usos considerados corretos socialmente, civilidade, cortesia, polidez”.

Em nosso ordenamento jurídico, em especial na Carta Magna, pode se afirmar que esta garantia encontra-se resguardada no preâmbulo, constituindo um dos mais importantes direitos, um grande pilar pelo qual se devem regular todas as interpretações constitucionais.

Presume-se que a palavra Educação possui inúmeras definições, dentre elas, instruir, educar e ensinar. Na amplitude de definições, podemos utilizar os ensinamentos de Émile Durkheim que assevera:

[...] o conceito “Educação” tem sido usado em distintos sentidos, designando-se, maiormente, o conjunto das influências que a natureza e o próprio homem exerce sobre a inteligência ou a vontade humana ou tudo o que se faz por conta própria com o objetivo de aproximar a perfeição da nossa natureza (2012, p. 106).

O constituinte ao elaborar nossa carta magna optou em aplicar por 58 (cinquenta e oito) vezes o vocábulo Educação – entre os mais importantes estão os artigos 6º, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214 e 227 –, o que, por si só, denota a preocupação do constituinte em assegurar o direito à educação.

A Carta Magna, ao assegurar o direito à educação, optou em garantir o acesso universal, o que de fato, representou um avanço extremamente significativo, compreendendo o tratamento de forma igualitária a todos os indivíduos. Nesse sentido, é importante destacar, por exemplo, o sistema de cotas e o Plano Nacional de Ensino - PNE, que procuram conferir um sistema igualitário.

Por conseguinte, observamos que a Carta Constitucional de 1988 efetivou o direito social à educação, o que certamente se comprova quando esta atribuiu caráter coercitivo ao seu descumprimento, no que tange aos dispositivos constitucionais que asseguram a

matéria que ora se apresenta.

Assegura-se garantia ao ensino, sendo prestada de forma ampla e irrestrita em todas as fases do ensino, iniciando-se na Pré-escola, passando-se pelo Ensino Fundamental até a conclusão do Ensino Médio. Existe uma grande preocupação em inserir de forma plena todas as pessoas no sistema educacional (o que inclui, por exemplo, os alunos portadores de necessidades especiais).

Como bem observa Orlando Moreira , referindo-se ao direito à educação:

[...] é um direito fundamental e prioritário, devendo ser focado não somente no aspecto quantitativo, mas, também, no aspecto qualitativo, qual seja, com escolas equipadas, professores bem remunerados e currículos adequados. Como demonstrado em capítulo próprio, a principal obrigação de um Estado de Direito é a de respeitar, proteger, garantir e realizar os direitos do ser humano, particularmente aqueles relacionados à educação (2007, p. 17).

O professor deve lecionar de maneira ampla, vez que ensinar é muito mais que simplesmente transmitir conteúdo programático. Na verdade, deve-se instruir e edificar o ser humano, como proposto pelo ilustre mestre Jiménez Serrano:

[...] a educação definida como a arte de ensinar ou de instruir, isto é, um conjunto de atividades que visam ao desenvolvimento da capacidade físico e intelectual do ser humano e a educação definida como um conjunto de ações essenciais para a edificação do indivíduo em face da convivência social, isto é um conjunto de procedimentos e ações que, provenientes da convivência familiar, escolar e social, objetivam a edificação do ser humano, conclui que a principal razão ou sentido da educação é a de ser instrumental (ou funcional), isto é, a educação há de ser concebida como um instrumento para a edificação do ser humano. Dessa razão ou sentido, elenca as seguintes características: holística, edificadora e transformadora. Diz-se holística, pois deve alcançar a todos. A educação é um direito de todos e para todos; edificadora, tendo em vista que vai além da instrução, na proposta de edificar o ser humano; e transformadora, como consequência da edificação. (2015, p. 114).

Na visão de Jacques Delors (2003, p. 62-63), a educação deverá ser um meio de auxílio e progresso para o indivíduo, desde suas séries iniciais a sua conclusão no meio acadêmico, seguindo nesse sentido:

[ . . . ] a educação em geral, desde a infância e ao longo de toda a vida, deve forjar, também, no aluno, a capacidade crítica que lhe permita ter um pensamento livre e uma ação autônoma. Quando o aluno se tornar cidadão, a educação será o guia permanente, num caminho difícil, em que terá de conciliar o exercício dos direitos individuais, fundados nas liberdades públicas, e a prática dos deveres e da responsabilidade em relação aos outros e às comunidades a que pertencem. Exige-se, pois, um ensino que seja um processo de construção da capacidade de discernimento (2003, p. 62-63).

Consoante já frisado alhures, a educação busca formar um ser humano crítico, autônomo, capaz de agir e modificar o seu meio, somente através dela viabiliza-se a

formação de uma sociedade culta e consciente.

Estamos nos referindo ao fato de que a escola tem que elaborar meios e técnicas capazes de educar através da construção do conhecimento. Nessa seara, salienta-se que a escola atua como uma espécie de instrumento capaz de auxiliar no desenvolvimento pleno, razão pela qual se afigura necessário reformular todo o sistema educacional com o fito de atualizar e aprimorar todo o sistema atual de aprendizagem, conforme ensina o ilustre douto professor Jiménez Serrano:

A Educação contemporânea (ou moderna) está longe de ser uma Educação íntegra ou transformadora, a Educação que a humanidade espera. Hodiernameamente, sabe-se existir um modelo educacional que privilegia a instrução (o saber) e que é usado em benefícios dos poucos. [...] A Educação moderna continua a se desenvolver com base em premissas retrógradas, próprias de um esquema repetitivo e fotográfico, apresentando, com isso, o conhecimento como um produto humano, cujas raízes enveredam o educando pelos caminhos do “conhecer”, do “saber”, do “saber fazer”, mas não do saber ser (2015, p. 114).

Do exposto, entende-se que educar é a mais importante das ferramentas, uma vez que tem a capacidade de instruir e transformar o ser humano, pois é principalmente por meio dela que o indivíduo torna-se capaz de desenvolver suas habilidades, além de contribuir para a formação e construção de uma sociedade sensata, crítica, autônoma, responsável, altamente capaz de interagir, modificar e transformar o meio em que vive.

## 6.1 Educação - Dever do estado

Como referido, a Constituição Federal de 1988 consolidou o direito à educação como direito social, mas essa garantia não se resume somente ao ensino escolar e ao desenvolvimento intelectual, mas, também, a um processo de desenvolvimento do ser humano.

Neste contexto, sustentou-se que a norma contida no art. 6º da nossa carta magna prevê como primeiro direito social básico o acesso à educação.

Este direito deve alcançar a todos, e, para tanto, o art. 208 da Carta Magna assegurou o acesso a toda coletividade, de maneira que não se exclua nenhum tipo de cidadão, ou seja, é imprescindível a inclusão de todas as pessoas. Contudo, essa meta só será atingida com a construção de instituições de ensino com a desejada qualificação, permitindo assim o ingresso de todas as pessoas ao sistema escolar.

O constituinte sabiamente transferiu a obrigação de Educar para o Estado, sendo essa uma forma de universalizar o acesso e o direito à educação, podendo observar-se, claramente, que seu principal objetivo é garantir de forma plena e irrestrita o exercício desse direito.

Neste sentido que nos valem das lições do conhecido doutrinador José Afonso da Silva ao citar os ensinamentos de Anísio Teixeira:

Obrigatória, gratuita e universal, a educação só poderia ser ministrada pelo Estado. Impossível deixá-la confiada a particulares, pois estes somente podiam oferecê-la aos que tivessem posses (ou a 'protegidos') e daí operar antes para perpetuar as desigualdades sociais, que para removê-las. A escola pública, comum a todos, não seria, assim, o instrumento de benevolência de uma classe dominante, tomada de generosidade ou de medo, mas um direito do povo, sobretudo das classes trabalhadoras, para que, na ordem capitalista, o trabalho (não se trata, com efeito, de nenhuma doutrina socialista, mas do melhor capitalismo) não se conservasse servil, submetido e degradado, mas, igual ao capital na consciência de suas reivindicações e dos seus direitos (SILVA, 2009, p. 839).

O Poder Público passou a ser compelido a transmitir e fornecer uma estrutura capaz de incluir todos os brasileiros na seara educacional, respeitando as normas internacionais e nacionais.

Tratando-se de um direito social fundamental, o direito à educação obriga o Estado a oferecer o acesso a todos os interessados, e essa prestação educacional se dá através da implantação de políticas públicas permitindo o acesso universal e igualitário a todos os brasileiros.

Visto que compete ao Estado, de forma obrigatória, promover a oferta regular ao ensino e seu respectivo acesso, essa obrigação deverá ser dividida entre os entes federativos. Em caso de descumprimento dessa obrigação, o estado poderá receber sanções previstas em lei, sendo compelido a agir para a garantia do direito constitucionalmente assegurado.

Assim, o Estado passou a elaborar estratégias para realizar a oferta à educação. Para tanto elaborou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o Plano Nacional de Educação, pareceres e resoluções dos Conselhos de Educação, Parâmetros Curriculares Nacionais - PCN, Projeto Político Pedagógico - PPP, entre outros, bem como passou a operacionalizar os meios de fiscalizar sua aplicabilidade.

Importante salientar que o sistema educacional passará por frequente avaliação de qualidade, visando melhorias no sistema educacional com vistas a qualificar e valorizar os profissionais da educação.

De acordo com o art. 212 da Carta Constitucional atual, cada ente federativo deve transferir recursos oriundos das receitas arrecadadas com a provisão de impostos para que quantia arrecadada seja investida na manutenção e no desenvolvimento do ensino.

### *6.1.1 Plano Nacional de Educação*

O constituinte de 1988 também assegurou em no art. 214 que a lei estabelecerá o Plano Nacional de Ensino, sendo que este programa deverá estabelecer metas e o lapso temporal que estas deverão ser alcançadas, com o intuito de abranger todos os processos de formação desenvolvidos na esfera familiar, edificando a convivência humana, desenvolvimento do cidadão, sempre objetivando tornar um cidadão eficiente em seu trabalho.



O respectivo Plano que se materializou através da lei nº 13.005/2014, terá a duração decenal, período de 2014 a 2024, tendo como objetivo definir as diretrizes, metas e estratégias com o fito de implementar e desenvolver o sistema educacional nacional, e ainda elevar de forma global o nível de escolaridade da população, melhorar a qualidade de ensino em todos os níveis, reduzir as desigualdades sociais e regionais no que concerne ao acesso e à permanência com sucesso na educação pública, a democratização da gestão do ensino público nas edificações adequadas e estabelecimentos oficiais, a homogeneidade do ensino, a elaboração do plano pedagógico com a participação do corpo docente, comunidade local e similares.

Vale ressaltar que a educação escolar será desenvolvida através de ensino ministrado por profissionais qualificados em instituições adequadas e próprias, tendo como objetivo elevar de forma global o nível de escolaridade da nossa população, melhorar a qualidade do ensino, desde a pré-escola até o ensino médio, reduzir significativamente as desigualdades sociais, no tocante ao acesso às escolas bem como a sua permanência na instituição de ensino, democratizar a gestão de ensino, permitindo que os profissionais participem da elaboração do projeto pedagógico da escola em que laborarem.

É garantido pelo Estado o acesso à Educação em todos os níveis de ensino, a saber: Educação infantil, Ensino médio e Educação superior.

O Plano Nacional de Ensino estabeleceu que a primeira etapa da Educação básica se iniciará através da Educação infantil, sendo esta de suma importância para a formação do cidadão, uma vez que é através da educação infantil que são estabelecidos os pilares basilares da personalidade humana; essas primeiras experiências tendem a marcar significativamente a vida do indivíduo, por essa razão o artigo 208, IV da Constituição asseverou que o marco inicial para o ingresso à educação infantil é aos 4 (quatro) anos de idade.

Nessa perspectiva, caso exista omissão do Poder Público no que concerne às matrículas das crianças em creches, é possível que os pais ou responsáveis ingressem com ações na Justiça Estadual com o fito de garantir esse direito.

Os Municípios ficaram incumbidos de oferecer o acesso à educação infantil, conforme previsto no art. 211, § 2º, da CF/88, e no art. 11, V da Lei 9394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

No que toca ao Ensino Fundamental, também é de responsabilidade dos Municípios, e é obrigatório o acesso a crianças e adolescentes, sendo estipulado o período de 09 (nove) anos de estudo, normalmente entre 06 (seis) e 14 (quatorze) anos de idade. Também compete aos Municípios assegurar o ingresso e a permanência dos alunos na escola até que se conclua o Ensino Fundamental.

Ao proporcionar o acesso ao sistema educacional, objetiva-se permitir, ressalte-se, que todas as pessoas possam obter a formação mínima para exercer a cidadania.

Para assegurar e permitir que todos possam usufruir do acesso à Educação, foi

criado o programa EJA – Educação de Jovens e Adultos, proporcionando oportunidade àqueles que não puderam ingressar na escola na idade apropriada ou que não concluíram o Ensino Fundamental.

Registre-se, ainda, que os profissionais que atuam direta ou indiretamente como professores deverão ser qualificados e valorizados, fazendo parte dessa engrenagem a garantia das condições adequadas de trabalho, entre elas o tempo para estudo e preparação das aulas, salário digno, com piso salarial e carreira de magistério.

Observa-se, portanto, que o Plano Nacional de Ensino estipulou diversas metas para o desenvolvimento e evolução da educação existente no país.

### *6.1.2 LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional é a norma que define e regula a organização da educação no Brasil, tendo como base os princípios constantes na Carta Magna de 1988.

A LDB nº 9.394/96 reafirma o direito à educação, estabelecendo princípios da educação e deveres que devem ser atendidos pelo Estado, englobando escolas públicas e particulares, conceituando responsabilidades, em colaboração entre a União, os Estados e os Municípios.

Nesse sentido, a supracitada lei divide a educação nacional em dois níveis, quais sejam: educação básica e ensino superior.

A educação básica inicia-se com o ingresso na educação infantil, oferecida através das creches e pré-escola, sendo gratuita. É obrigatório o ingresso da criança a partir de 04 (quatro) anos de idade. Já o Ensino Fundamental inicia-se no 1º ano e conclui-se no 9º ano, sendo também obrigatório e gratuito. Ambos são assegurados pelos Municípios.

Já o ensino médio é de responsabilidade dos estados, podendo ser ministrado como ensino técnico ou profissionalizante.

O ensino superior é de competência da União, mas pode ser oferecido pelos Estados e Municípios, desde que eles já tenham atendidas as demais formas de ensino.

Há, ainda, no sistema educacional pátrio outras modalidades de educação formal, que atendem a todos os níveis de ensinamentos, quais sejam:

- educação especial: destinada às pessoas portadoras de deficiência;
- educação à distância: aquela disponibilizada ao educando em tempo e espaços diversos, por meio de tecnologias de informação e comunicação;
- educação profissional e tecnológica: aquela que prepara o indivíduo para o exercício de atividades produtivas;
- educação de jovens e adultos: é fornecida às pessoas que não tiveram acesso à educação na idade adequada;

- educação indígena: é aquela que é fornecida às comunidades indígenas, de forma a respeitar a cultura e língua de cada comunidade,

### 6.1.3 Educação – dever da escola

A escola é parte essencial no processo educacional. Sua finalidade é elaborar, informar instruir, construir e desenvolver conhecimento que confluir para a formação e a capacitação do ser humano, não devendo se limitar somente a transmissão de conteúdo programático e sim transmitir valores, que influenciarão no seu comportamento.

Seguindo esse entendimento a escola atua como um divisor de águas nesse imenso universo que é educar. A escola pode constituir peça essencial para a formação de uma geração, eis que ela passa a contribuir para a formação de sonhos, desenvolver ideias, mitigar valores, desenvolver mentalmente e moralmente conceitos, além de transmitir meios para aprendizagem do conteúdo programático.

Nesse sentido, a escola é o início do caminho que leva ao desenvolvimento humano mais harmonioso, corrobora no combate à pobreza, exclusão social, marginalização, intolerâncias e opressões, contribuindo de forma plena para a formação de caráter e valores.

Ainda nessa linha de pensamento, além de ensinar, a escola tem a função de formar plenamente as crianças e adolescentes, desenvolver fisicamente e mentalmente. Compete à escola o dever de Educar. Trata-se de uma tarefa hercúlea, vez que não basta a simples transmissão de conteúdo intelectual, afigurando-se necessária a elaboração de metodologias e técnicas pedagógicas capazes de transformar o aprendizado em experiência de vida. Incube a ela elaborar meios capazes de construir valores, sejam eles éticos e/ou morais, que contribuam para a formação de um ser humano.

Considera se a educação uma mola impulsora de novas mudanças, pois através dela podem ser internalizados princípios e valores, sejam eles jurídicos, éticos e/ou morais, permitindo que essas pessoas sejam capazes de conduzir suas vidas melhorando a sua realidade social.

A educação, função do Estado, se concretiza formalmente por meio da escola, que além de transmitir o conteúdo programático recebe o encargo de formar, transformar e instruir o cidadão. O sistema escolar passa a ser um espaço no qual os alunos interagem tanto individualmente quanto coletivamente, a escola agrega e desenvolve todas as nuances educacionais, sejam elas cultural, social, vocacional, intelectual, com uma atividade completa que visa ao desenvolvimento e formação de indivíduos intelectualmente e socialmente capazes de exercer a cidadania.

É a escola que viabiliza a cidadania a de quem está nela e de quem vem a ela, razão pela qual a escola não pode ser analisada simplesmente em si e para si, mas se caracteriza como cidadã na medida em que viabiliza o exercício de construção da cidadania de quem usa o seu espaço. A Escola Cidadã é

uma escola coerente com a liberdade, que brigando para ser ela mesma, luta para que os educandos-educadores também sejam eles mesmos. E como ninguém pode ser só, a Escola Cidadã é uma escola de comunidade, de companheirismo. É uma escola que não pode ser jamais licenciosa nem jamais autoritária. É uma escola que vive a experiência tensa da democracia (PADILHA, p. 22, 2001).

Ainda sobre o assunto, discorre Berti que “a educação em valores precisa ensinar o ser humano a conduzir a própria vida, a tornar-se pessoa. Não uma pessoa fechada, individualista, mas consciente, responsável, livre, ética, solidária e com senso do coletivo e do ser humano” (2005, p.12).

Evidente que para formar esse homem responsável, crítico, atuante o suficiente para discernir o lado positivo e o negativo das ações e para fazê-lo atuar positivamente na sociedade é necessário mediar a aprendizagem não só nos aspectos formativos, mas principalmente nos aspectos informativos. A harmonização desses aspectos proporcionará a oportunidade de se formar um homem transformador, capaz, responsável e criterioso, verdadeiramente cidadão, não apenas cumpridor de deveres e conhecedor de direitos.

## **6.2 Educação - Dever da família**

A Carta Magna de 1988 ampliou o rol de responsáveis pela obrigação de educar, passando a incluir a família nesse processo, conforme assevera o artigo 205.

Para o pleno desenvolvimento da pessoa, a constituição salvaguardou no artigo supracitado, sobre o direito a educação, dividindo a responsabilidade entre o Estado, Família e Sociedade.

Nesse diapasão, incube ao Estado a obrigação de instituir meios que permitam o acesso à educação de forma que a inclusão nas escolas atenda a toda a coletividade.

Compete à família, pais ou responsáveis, efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 04 (quatro) anos, de modo a promover, incentivar e colaborar para a efetiva concretização desse direito.

De acordo com a Constituição Cidadã, no que tange à obrigação de fazer, é asseverado que:

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

A Constituição Federal inclui a educação como obrigação da família, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, com base nesse dispositivo constitucional, também regulamenta a matéria:

Art 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será

promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (Constituição Federal).

Art. 2º 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 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nessa mesma linha de raciocínio o artigo 4º assevera que a educação é um dever da família e da sociedade, ou seja, de diferentes agentes que deverão ser direcionados para o mesmo objetivo, assegurar a efetivação do direito social fundamental à educação:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O artigo em comento é expresso ao acenar que tanto o Estado tem o dever de Educar quanto a família, que compete a ambos participar de todo o processo educacional, desde o ingresso da criança à pré-escola, com 04 (quatro) anos de idade, até a conclusão do Ensino Médio.

Sabidamente, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel faz as respectivas considerações acerca do dever familiar:

Família, seja natural ou substituta, já tem um dever de formação decorrente do poder familiar, mas não só. Recai sobre ela um dever moral natural de se responsabilizar pelo bem-estar de suas crianças e adolescentes, pelo vínculo consanguíneo ou simplesmente afetivo (Maciel, 2014, p. 61).

Efetivamente, portanto, independentemente de qualquer previsão legal, muitas famílias já garantem instintivamente primazia para as crianças e adolescentes no que tange ao respeito ao direito à educação, mas essa primazia constitui exigência constitucional e, portanto, tem força coercitiva.

Cumprir acrescer, no que tange à obrigação da família, que compete aos pais o dever de matricular seus filhos nas escolas, orientá-los, educá-los, instruí-los, auxiliá-los e contribuir para a formação intelectual e moral do indivíduo, com o fito de formar indivíduos capazes de conviver e construir uma sociedade digna. Trata-se de um dever de cuidado prestado pela família, que é a base da sociedade, conforme dispõe o art. 226 da Constituição Federal.

Por seu turno, esse dever de cuidado, do qual deriva, por exemplo, aos pais a obrigação de fiscalizar a frequência escolar, encontra-se elencado no art. 208, § 3º da CF – dever mútuo entre o Estado e a família –, cabendo aos pais, além de fiscalizar, motivar seus filhos a permanecerem na escola, reduzindo assim, a evasão escolar.

Não é de se olvidar que o direito à educação e o efetivo exercício do direito à educação integram o sistema de garantias e de proteção integral à criança e ao adolescente, conforme previsto no art. 227 da CF/88, sendo parte do dever de cuidar que compete à família, responsável pela plena formação do ser humano, pela construção do caráter, pela formação e transmissão de valores para uma boa convivência na sociedade.

## 71 CONCLUSÃO

Primeiramente, cumpre abalizar que se faz necessária a devida conscientização do Estado, que, conforme opções realizadas pelo Constituinte de 88, para o seu progresso e para a realização dos objetivos do Estado Brasileiro deve promover ações efetivas para a realização do direito à educação, por exemplo, com a necessidade de investimento, em projetos e políticas públicas, em todo o sistema educacional.

A Carta Magna protegeu e assegurou a educação como um direito fundamental e social, responsabilizando a Família, o Estado e a Sociedade para a sua efetiva concretização. Foi formado, portanto, um tripé pelo qual cada qual assume uma função irrenunciável.

Salienta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se intimamente enlaçado ao direito à educação, passando a ser obrigação e responsabilidade do Estado (mais comumente por meio da escola), da família e da sociedade.

Por derradeiro, é possível afirmar que a nossa constituição alinhou as respectivas responsabilidades, criou um elo imprescindível entre o Estado e Família culminando para que caminhem juntos para a devida concretização do objetivo comum, sendo que tais objetivos só serão atingidos por meio de melhorias constantes do sistema educacional formal.

Muito embora o Estado tenha o dever de promover políticas públicas de acesso à educação, de acordo com os princípios elencados na própria Constituição Federal não podemos afastar a responsabilidade da família, tendo em vista que ambos têm o dever constitucional de assegurar e promover a educação, posto que as sanções aplicadas pelo descumprimento desta responsabilidade são solidárias.

Frisa-se que a educação em nossa Carta Magna constitui-se como um bem jurídico, servindo como um grande pilar para a eficaz construção de uma sociedade proba, justa, próspera, solidária.

Por fim, considerando às obrigações inculcadas tanto à família quanto ao Estado na ordem constitucional e infraconstitucional, observa-se que ambos, como corresponsáveis pela efetividade do direito à educação, nas recíprocas proporções e no seu âmbito de atuação, institucional ou particular, devem contribuir para a implementação, promoção, proteção, garantia e fiscalização do cumprimento do direito, utilizando-se de todos os mecanismos legalmente admitidos para a instrução e educação, principalmente de crianças e adolescentes, para uma formação integral e apta ao efetivo exercício da cidadania.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Alex Medina (Org.). **Direito, educação e cidadania**. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2015. [livro eletrônico disponível em: [www.loja.jurismestre.com.br](http://www.loja.jurismestre.com.br) ou [www.jurismestre.com.br](http://www.jurismestre.com.br)].

\_\_\_\_\_. et all. **A concretização do direito à educação**. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2015. [livro eletrônico disponível em: [www.loja.jurismestre.com.br](http://www.loja.jurismestre.com.br) ou [www.jurismestre.com.br](http://www.jurismestre.com.br)].

BRANDÃO, Carlos da Fonseca. **LDB passo a passo**. 4. ed. São Paulo: Avercamp, 2010.

\_\_\_\_\_. **O que é educação**. 33. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

CASTILHO, José Roberto Fernandes. Cidadania: esboço de evolução e sentido da expressão. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, 2001. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo8.htm>>. Acesso em: 30 jul 2018.

DURKHEIN, Émile. **Educação e Sociologia**. trad. de Stephania / Matousek. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

HABERMAS, Jürgên. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Indução: Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMLESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Orlando Rochadel. **Políticas Públicas e direito a educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUARESMA, Regina; GUIMARÃES, Francisco. **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica. v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jun 2017.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

SERRANO, Pablo Jiménez. **A eficácia do direito**. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2016. [livro eletrônico disponível em: [www.loja.jurismestre.com.br](http://www.loja.jurismestre.com.br) ou [www.jurismestre.com.br](http://www.jurismestre.com.br)].

\_\_\_\_\_. **A excelência universitária.** [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2015.

\_\_\_\_\_. **O direito à educação:** fundamentos, dimensões e perspectivas da educação moderna. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2015. [livro eletrônico disponível em: [www.loja.jurismestre.com.br](http://www.loja.jurismestre.com.br) ou [www.jurismestre.com.br](http://www.jurismestre.com.br)].

\_\_\_\_\_. Por uma reforma educacional em face da concretização da cidadania na atual sociedade da informação. **Revista Jurídica.** Vol. 1, n. 46. Curitiba, 2017, pp. 465-493.

SILVA, Aida Maria Monteiro; TAVARES, Celma (Orgs.). **Políticas e fundamentos da educação em direitos humanos.** São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo.** 33 ed., rev. e atual., Ed. Malheiros, 2009.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.



# CAPÍTULO 11

## DIREITOS HUMANOS, EDUCAÇÃO PARA A PAZ E COMUNICAÇÃO CONSTRUTIVO-HUMANIZADORA EM LÍNGUA PORTUGUESA UMA ANÁLISE DIACRÔNICA E LINGUÍSTICO-INTERCULTURAL DE GÊNEROS DISCURSIVOS, PARA A SUPERAÇÃO DE VIOLÊNCIAS E A CONSTRUÇÃO ÉTICO-PACIFISTA DE ALTERNATIVAS PARA UM MUNDO MELHOR

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 08/12/2020

**Marcelo Bernardo de Andrade**

Universidade Federal de Pernambuco  
(PPGDH-UFPE)  
Recife - Pernambuco

**Maria José de Matos Luna**

Universidade Federal de Pernambuco  
(PPGDH-UFPE)  
Recife - Pernambuco

**RESUMO:** A Educação em Direitos Humanos e para a Paz é um compromisso com a sociedade atual e com a própria construção de futuro. O presente artigo, de cunho eminentemente teórico e com poucas incursões ainda no campo prático, integra a dissertação de mestrado em andamento sobre *Direitos Humanos e Educação para a Paz nas Escolas*. O objetivo é abordar o tema de forma crítico-reflexiva, por meio da análise diacrônica e linguístico-intercultural de gêneros discursivos, consubstanciada numa ótica da Educação para a Paz e da Comunicação Construtivo-Humanizadora em Língua Portuguesa, visando à superação de violências e à construção ético-pacifista de um mundo melhor por meio do fortalecimento de uma Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos na sociedade. Para isso, utilizamos as estratégias de métodos mistos sequenciais e concomitantes (CRESWELL, 2010: p.38-39), com amostra não probabilística e intencional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos; Educação para a Paz; Paz Comunicativa; Comunicação Humanizadora.

**HUMAN RIGHTS, PEACE EDUCATION  
AND CONSTRUCTIVE-HUMANIZING  
COMMUNICATION IN PORTUGUESE  
LANGUAGE**

**A DIACHRONIC AND LINGUISTIC-INTERCULTURAL  
ANALYSIS OF DISCURSIVE GENRES, TO  
OVERCOME VIOLENCE AND THE ETHICAL-PACIFIST  
CONSTRUCTION OF ALTERNATIVES FOR A BETTER  
WORLD**

**ABSTRACT:** Education in Human Rights and for Peace is a commitment to today's society and to the very construction of the future. This current article, of an eminently theoretical nature and with few incursions in the practical field, integrates the ongoing master's dissertation on *Human Rights and Education for Peace in Schools*. The objective is to approach the theme in a critical-reflexive way, through the diachronic and linguistic-intercultural analysis of discursive genres, embodied in the perspective of Education for Peace and Constructive-Humanizing Communication in Portuguese, aiming at violence overcoming and the ethical-pacifist construction of a better world through the strengthening of a Culture of Peace and respect for Human Rights in society. For this, we used the strategies of mixed sequential and concomitant methods (CRESWELL, 2010: p.38-39).

**KEYWORDS:** Human rights; Education for Peace; Communicative Peace; Humanizing Communication.

*“Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se podem aprender a odiar, elas podem ser ensinadas a amar.” Nelson Mandela*

## 1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“Atirar o pau no gato...”, “Matar dois coelhos...”, “Deixar no gatilho...”, “Quebrar um galho...” ... versos, frases e expressões como essas tornaram-se bastante recorrentes na realidade comunicativa de nossa sociedade, ao longo de muitas e muitas décadas. Para alguns, nada demais “atirar-se o pau no gato”... “Qual o problema?”, afirmam muitos. “As crianças nem ligam para isso, nem percebem”... Será mesmo? Sobretudo, quando consideramos esta geração sociocognitivamente diferenciada que vemos nos dias de hoje. Tal percepção e tais “hábitos linguageiros” seriam reflexo de uma cultura de violência impregnada no universo linguístico do inconsciente coletivo ou mesmo no esteio da memória social?

Em um artigo recente nosso, publicado nos anais do X Congresso da ABraSD, realizado em Recife/PE (2019), ressaltamos o quanto a Educação para a Paz e os Direitos Humanos vêm-se tornando pauta recorrente de importantes agendas e discussões nas mais respeitadas assembleias internacionais e em várias partes do mundo, sobretudo diante da crise de valores em que se vê inserida a sociedade dita “pós-industrial” do século XXI, evidenciando um forte espectro de desumanidade e de indignidade humana (LORENZ, 1974). A partir desse contexto, conjecturamos:

Para uns, esse aumento do interesse mundial pelo assunto decorre das contínuas e nefastas violações desses direitos; para outros, revela uma tomada de consciência mais sensível e profunda por parte dos indivíduos e da própria sociedade acerca da relevância significativa da manutenção de tais direitos. Afinal, o reconhecimento e a proteção dos Direitos Humanos configuram-se como a base das constituições democráticas e a paz surge como pressuposto necessário para essa proteção efetiva desses direitos, não apenas em cada estado, como também no sistema internacional. (ANDRADE, 2019)

No que concerne ao âmbito educacional, alinhamo-nos ao pensamento de Boaventura de Souza Santos (2013), o qual preconiza que “o campo de conhecimento dos Direitos Humanos e da Educação para a Paz pode ser organizado de múltiplas maneiras – como disciplina, como tema gerador, como proposta interdisciplinar ou transdisciplinar –”, não apenas fundamentando planos de trabalho, orientando práticas e vivências, além de projetos de pesquisa extensionistas e culturais do sistema educacional, mas também contribuindo para a elaboração de itinerários educacionais formativos, unidades temáticas entre outras diretrizes didático-pedagógicas, voltadas, por exemplo, para a educação básica. Afinal, defendemos que a Educação em Direitos Humanos e para a Paz é um

compromisso com a sociedade atual e com a própria construção de futuro.

Por outro lado, no que se refere ao senso comum, muito se ouve falar, todavia pouco se conhece verdadeiramente sobre Direitos Humanos e Educação para a Paz. No atual cenário sócio-histórico e político-econômico, por exemplo, repleto de narrativas e práticas de preocupantes configurações armamentistas, patrimonialistas, nepotistas, misóginas, homofóbicas, desmatadoras-ruralistas, pseudodemocráticas, entre tantas outras (sobram lástimas, faltam palavras que definam tamanho retrocesso!), no qual o discurso de ódio preconceituoso e sectarista reverbera como “brado retumbante”, mimetizado sombriamente sob o lema “Pátria Amada Brasil”, não lhes faltam predicações levianas: “Direitos humanos é pra proteger bandido”, “Direitos Humanos são para humanos direitos”, etc.

Em vista disso, reiteramos, então, nosso posicionamento acerca dessa importante questão: Por que não se fortalecer a compreensão de que a Educação em Direitos Humanos é um compromisso com a sociedade atual e com a própria construção de futuro? Ademais, por que não se promover uma reflexão sobre a implementação de novas práticas pedagógicas no contexto escolar para a consolidação de uma cultura de paz e também de respeito aos Direitos Humanos?

Enfim, o presente artigo, de cunho eminentemente teórico e com poucas incursões ainda no campo prático, integra a dissertação de mestrado em andamento sobre *Direitos Humanos e Educação para a Paz nas Escolas*. O objetivo é abordar o tema de forma crítico-reflexiva, por meio da análise diacrônica e linguístico-intercultural de gêneros discursivos, consubstanciada numa ótica da Educação para a Paz e da Comunicação Construtivo-Humanizadora em Língua Portuguesa, visando à superação de violências e à construção ético-pacifista de um mundo melhor por meio do fortalecimento de uma Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos na sociedade.

Do ponto de vista metodológico, o estudo é tipologicamente calcado em métodos mistos, de concepção filosófica Pragmática (CRESWELL, 2010: p.34. Quanto às abordagens de investigação, utilizamos as estratégias de métodos mistos sequenciais e concomitantes (CRESWELL, 2010: p.38-39), com uma amostra não probabilística e intencional ou de seleção racional constituída por textos (ou excertos) que apresentam características do discurso pacifista e de estímulo à consciência e educação formativa para os direitos humanos, pertencentes a diferentes tipologias e gêneros textuais.

A estruturação da análise dos gêneros está calcada, entre outras vertentes teóricas, nos aportes da Linguística Aplicada (MASCUSCHI: 2002, 2004, 2006), da Pedagogia da Positividade (GOMES DE MATOS, 1996) e da Paz Comunicativa (GOMES DE MATOS, 2002), considerando-se não apenas o modo como a linguagem está estruturada, mas também os significados construídos nos diversos contextos do cotidiano, relacionando-os à percepção de língua como um sistema semiótico de prática social, consubstanciada numa perspectiva discursiva formativa, linguístico-intercultural, sociointeracionista e multimodalizada, mais humanizadora e pacifista.

## 21 DIRETRIZES CURRICULARES PARA O ENSINO DE LÍNGUA, DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO PARA A PAZ

Considerando-se esta importante perspectiva de Educação para a Paz e da construção ético-pacifista de um mundo melhor, notadamente no âmbito dos estudos das Ciências da Linguagem, julgamos oportuno destacar preliminarmente as grandes conquistas advindas da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB 9.394/96), regulamentada em 1998 pelas Diretrizes do Conselho Nacional de Educação e pelos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN).

Nela, a contextualização sociocultural ganha espaço, contemplando um conhecimento reflexivo e crítico, considerado não apenas como produto da ação humana, mas como instrumento de análise, transformação e criação de uma realidade concreta. Enfim, supera-se a visão gerativista e “engessada” que anteriormente predominava no ensino de Língua Portuguesa na escola.

Os Parâmetros Curriculares Nacionais para o Ensino Médio (PCNEMs), na área de Linguagens, Códigos e suas Tecnologias (pág. 25), no que concerne aos processos que podem convergir de forma articulada para a aquisição e o desenvolvimento das competências e habilidades do segundo grupo de competências – Investigação e Compreensão – destacam como essenciais ‘a análise dos recursos expressivos das linguagens’, ‘a articulação de redes de diferenças e semelhanças entre as linguagens’ e, sobretudo, a recuperação do patrimônio representativo da cultura, entre outras.

Para tanto, uma vez que os PCNEMs apontam a história cultural como elemento constitutivo dos conceitos e das competências, os dois eixos “Representação e Comunicação” e “Investigação e Compreensão” adquirem absoluta significação, sendo passíveis de uma análise mais profunda apenas quando se leva em conta sua intersecção com o terceiro eixo, o da Contextualização Sociocultural, porquanto os processos simbólicos se configuram como construção humana historicamente contextualizada.

Em consonância com essa perspectiva, Seraine (1985: 116) observa que “através das formas simbólicas, a linguagem em si mesma deve ser considerada um fenômeno cultural, um saber que se aprende e transmite como um legado tradicional da própria sociedade.” O conhecimento da linguagem, enquanto manifestação viva das relações culturais, sempre se configurou como uma preocupação significativa na visão de renomados teóricos.

O campo conceitual do dialogismo bakhtiniano, por exemplo, pode ser visto preliminarmente como uma reivindicação de vários contextos e sistemas de cultura. Filosoficamente, “o existir humano é essencialmente cultural” (VANNUCCHI, 1999, p.9), i. e., o homem não apenas sente, faz e age com relação à cultura, mas também pensa e reflete sobre o sentido de tudo no mundo.

As formulações de Bakhtin sobre os gêneros discursivos no contexto das interações de uma cultura dialogicizada postulam que “[...] na esfera comunicativa da cultura tudo

reverbera em tudo, uma vez que nela as formas culturais vivem sob fronteiras” (MACHADO, 2007, p.152). As esferas de uso da linguagem podem ser dialogicamente configuradas (BAKHTIN, 2000, 2017) em função do sistema de signos que as realizam, conquanto o gênero se configure como uma forma enunciativa que depende muito mais do contexto comunicativo e da cultura do que da própria palavra.

Ao se estudar a língua, os contextos socioculturais em que ela ocorre são elementos básicos e, muitas vezes, determinantes de suas variações, explicando e justificando fatos que apenas linguisticamente seriam difíceis ou até impossíveis de serem determinados.

Língua e cultura constituem um todo inseparável, são fenômenos conjugados. O estudo da cultura abrange o estudo da língua. Essa, por sua vez, enquanto fenômeno social e interativo, realiza-se sob a forma de gêneros. Cultura, língua e gênero são fenômenos que devem ser analisados em suas inter-relações. Essa ideia ganha respaldo na fala de Bueno:

A língua não existe como entidade própria. Ela reflete, através de seu vocabulário, não apenas o indivíduo, mas especialmente a sociedade que a utiliza. Como toda sociedade traz inerentes traços culturais próprios, há uma relação estreita entre linguagem e cultura, uma como reflexo da outra (Bueno, 1964, p.135).

Por sua vez, Bourdieu (1998) defende que o direito de criatividade léxica, cujos frutos assumem um valor simbólico e preenchem lacunas em vários contextos linguísticos, é dado a todos os membros de uma comunidade. Assim, os aspectos criativos do emprego do léxico remetem à importância deste para o estudo e a construção da cultura. Isso se dá, entre outras razões, pelo fato de que estudar o léxico leva à compreensão das concepções e fatos da vida cotidiana, visto ser modelo e modelador de cultura.

Nesse sentido, conforme afirma Araújo (2001:136), “(...) não se pode perder de vista a questão da identidade cultural”. Considerando-se o contexto educacional e didático-pedagógico, “o importante é levar o aluno a ‘Ter’ uma consciência intercultural ou praticar uma pedagogia intercultural”, uma vez que em ambas devem-se considerar os aspectos linguísticos e os valores sócio-históricos e culturais dos interlocutores.

Duas décadas depois da regulamentação da LDB e dos PCN, mais precisamente no dia 20 de dezembro de 2017, o Ministério da Educação homologa a terceira versão da Base Nacional Comum Curricular (BNCC). Trata-se de um documento de caráter normativo que regulamenta o conjunto orgânico e progressivo de aprendizagens essenciais que todos os alunos devem desenvolver ao longo da Educação Básica, nas escolas brasileiras de Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio.

Abaixo, para fins de breve análise, listamos as competências específicas da Área de Linguagens, Códigos e suas Tecnologias para o Ensino Médio preconizadas por esse importante documento:

1. Compreender o funcionamento das diferentes linguagens e práticas culturais

(artísticas, corporais e verbais) e mobilizar esses conhecimentos na recepção e produção de discursos nos diferentes campos de atuação social e nas diversas mídias, para ampliar as formas de participação social, o entendimento e as possibilidades de explicação e interpretação crítica da realidade e para continuar aprendendo.

2. Compreender os processos identitários, conflitos e relações de poder que permeiam as práticas sociais de linguagem, respeitando as diversidades e a pluralidade de ideias e posições, e atuar socialmente com base em princípios e valores assentados na democracia, na igualdade e nos Direitos Humanos, exercitando o autoconhecimento, a empatia, o diálogo, a resolução de conflitos e a cooperação, e combatendo preconceitos de qualquer natureza.

3. Utilizar diferentes linguagens (artísticas, corporais e verbais) para exercer, com autonomia e colaboração, protagonismo e autoria na vida pessoal e coletiva, de forma crítica, criativa, ética e solidária, defendendo pontos de vista que respeitem o outro e promovam os Direitos Humanos, a consciência socioambiental e o consumo responsável, em âmbito local, regional e global.

4. Compreender as línguas como fenômeno (geo)político, histórico, cultural, social, variável, heterogêneo e sensível aos contextos de uso, reconhecendo suas variedades e vivenciando-as como formas de expressões identitárias, pessoais e coletivas, bem como agindo no enfrentamento de preconceitos de qualquer natureza.

5. Compreender os processos de produção e negociação de sentidos nas práticas corporais, reconhecendo-as e vivenciando-as como formas de expressão de valores e identidades, em uma perspectiva democrática e de respeito à diversidade.

6. Apreciar esteticamente as mais diversas produções artísticas e culturais, considerando suas características locais, regionais e globais, e mobilizar seus conhecimentos sobre as linguagens artísticas para dar significado e (re)construir produções autorais individuais e coletivas, exercendo protagonismo de maneira crítica e criativa, com respeito à diversidade de saberes, identidades e culturas.

7. Mobilizar práticas de linguagem no universo digital, considerando as dimensões técnicas, críticas, criativas, éticas e estéticas, para expandir as formas de produzir sentidos, de engajar-se em práticas autorais e coletivas, e de aprender a aprender nos campos da ciência, cultura, trabalho, informação e vida pessoal e coletiva.

A partir da leitura das competências acima descritas, pode-se observar diacronicamente a ampla relação existente entre as diretrizes curriculares contidas na LDB e nos PCN dos anos 90, as novas diretrizes curriculares regulamentadas pelo governo com a BNCC e o que discutimos previamente sobre língua, linguagem, léxico, cultura, direitos humanos, entre outros conceitos. Importa destacar ainda a ênfase dada pela Base Nacional Comum Curricular (BNCC) à chamada educação socioemocional (*Social Emotional Learning* – SEL).

Com efeito, em todas as dez competências gerais da BNCC estão presentes

as competências e habilidades socioemocionais.<sup>1</sup> Ao preconizar que as habilidades socioemocionais estão a serviço dos conteúdos curriculares, a Base não apenas ratifica, como também formaliza a sua importância. A escola passa, assim, a ocupar um novo lugar no que se refere à circulação do conhecimento, uma vez que está desafiada a trabalhar e desenvolver o binômio “competências cognitivas/acadêmicas” e “competências socioemocionais”.

Sobre isso, o CASEL (2015) aponta que “investir em competências socioemocionais beneficia o aluno não apenas no desenvolvimento dessas competências, mas também no desempenho escolar de modo geral e na manutenção de uma sociedade pró-social”. Conclui-se, pois, que para se trabalhar adequadamente as competências socioemocionais no contexto escolar do aluno do século XXI, é preciso que elas sejam o foco de qualquer que seja a proposta curricular consubstanciada a partir da BNCC.

Assim, de uma perspectiva de ensino mecanicista, fragmentada e descontextualizada, observa-se que as novas diretrizes curriculares nacionais da educação básica apontam na direção de uma perspectiva mais humanizadora, ético-pacifista e de formação integral do educando, primando ainda pelo fortalecimento de uma Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos na sociedade, a partir do contexto escolar.

### **3 | PEDAGOGIA DA POSITIVIDADE, PAZ COMUNICATIVA E COMUNICAÇÃO CONSTRUTIVO-HUMANIZADORA EM LÍNGUA PORTUGUESA**

Como vimos, as novas diretrizes curriculares previstas na BNCC e as novas práticas didático-pedagógicas no contexto escolar começam a refletir o relevante papel social que a escola tem a cumprir. Em nosso entendimento, tal relevância se configura como ainda mais eminente, quando se vislumbra uma ‘dimensão humanizadora da educação’ (GOMES DE MATOS, 2002, 2009),

No que chamou de Estudos Humanizadores da Linguagem, Gomes de Matos (2009) esclarece o uso do adjetivo humanizador para o linguista: “O linguista é humanizador quando está imbuído dos valores/ideais de direitos humanos, justiça, paz, dignidade e os aplica em seu trabalho, em sua vida.” Ele também recomenda que “ao se fazer Linguística, de maneira dinâmica, envolvente, cativante, deve-se pensar no bem comunicativo que os ensinamentos e as pesquisas poderão fazer aos usuários de línguas, por meio de uma Linguística com tríplice fundamento: humana, humanizadora e da paz.”

Em tese, trata-se de uma prática pedagógica e linguística intercultural, voltada “para o aprimoramento do ser humano como ente comunicador amante da paz” rumo à paz comunicativa como nos ensina Gomes de Matos (1990:95). No campo da competência

---

<sup>1</sup> Para hipertextualizar e ampliar os seus conhecimentos acerca das competências socioemocionais e de que forma elas se inter-relacionam com a BNCC, com ampla referência bibliográfica, sugerimos acessar o link <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/implementacao/praticas/caderno-de-praticas/aprofundamentos/195-competencias-socioemocionais-como-fator-de-protecao-a-saude-mental-e-ao-bullying>

comunicativa, ou saber de uso, nos termos de Haug e Rammer (1978:87), apoiados por Dell Hymes, entendemos não só como ‘o aprender palavras, seus significados e regras de conexão’, mas sobretudo, o ‘saber usar na interação com os outros’.

Logo na Introdução deste artigo, chamamos a atenção para alguns versos, frases e expressões que se tornaram muito comuns na realidade comunicativa de nossa sociedade, ao longo de muitas e muitas décadas: “Atirar o pau no gato...”, “Matar dois coelhos...”, “Deixar no gatilho...”, “Quebrar um galho...”.

Nesta seção, propusemo-nos a realizar uma breve análise diacrônica e linguístico-intercultural de gêneros discursivos, para a superação de violências e a construção ético-pacifista de alternativas para um mundo melhor. Iniciemos diacronicamente, por algumas parlendas bastante conhecidas e amplamente cantadas ao longo de gerações e gerações infantis, segundo fontes de certo modo populares e incertas, desde o Século XIX até o final do Século XX.

#### **ATIREI O PAU NO GATO**

Atirei o pau no gato tô tô  
Mas o gato tô tô  
Não morreu reu reu  
Dona Chica cá  
Admirou-se se  
Do berro, do berro que o gato deu:  
Miau!

#### **SAMBA LELÊ**

Sambalelê tá doente  
Tá com a cabeça quebrada  
Sambalelê precisava  
É de umas boas palmadas/lambadas  
Samba, samba, samba oh lelê  
Samba, samba, samba oh lalá  
Samba, samba, samba oh lelê  
Pisa na barra da saia

#### **O CRAVO BRIGOU COM A ROSA**

O cravo brigou com a rosa  
Debaixo de uma sacada  
O cravo saiu ferido



E a rosa despedaçada  
O cravo ficou doente  
E a rosa foi visitar  
O cravo teve um desmaio  
E a rosa pôs-se a chorar  
A rosa fez serenata  
E o cravo foi espiar  
As flores fizeram festa  
Porque eles vão se casar

Como afirmamos antes, para alguns, nada demais “atirar-se o pau no gato”... “Qual o problema?”, afirmam muitos. “As crianças nem ligam para isso, nem percebem”... será mesmo? Sobretudo, quando consideramos esta geração sociocognitivamente avançada dos dias de hoje.

Analisando-se linguístico e semântico-discursivamente a letra primeira canção, observamos que o verso “Atirei o pau no gato”, em si, já revela uma atitude de extrema violência contra os animais. “Atirar”, lançar como um tiro... com força, realmente para machucar. A **ação** certamente não foi pacífica. O emprego da conjunção coordenativa adversativa “mas” revela a mudança na direção argumentativa, uma oposição semântica que de certo modo expõe a intencionalidade do sujeito-autor da agressão: “Mas, o gato não morreu” ... ele lamenta por não ter conseguido matar o pobre gato. E diz que a “Dona Chica admirou-se do berro que o gato deu”, certamente um “berro” de dor e profundo sofrimento decorrente da agressão. No final, as crianças, mãos dadas, sorridentes, celebram em uníssono o sofrimento do animal, reproduzindo o grito de dor do gato gravemente ferido: “miau!”... um terrível contrassenso.

A essa versão terrível e desumanizante, opõem-se uma outra bem mais construtiva e edificante, surgida, acredita-se, no começo do Século 21:

“Não atire o pau no gato-tô  
Porque isso-sô  
Não se faz (Não! Não!)  
O gatinho-nho  
É nosso amigo-go  
Não devemos maltratar os animais  
Miau!”  
Numa versão cristã, formula-se:  
“Jesus Cristo-to  
Nos ensina-na  
A amar, a amar os animais  
Miau!”

Já nas canções seguintes, poderíamos questionar: O Cravo precisa mesmo brigar com a Rosa? (os mais críticos apontam uma apologia da violência contra a mulher) Por que não: “O Cravo **brincou** com a Rosa? É a pobre da “Samba Lelé”... estava doente, com a cabeça quebrada e ainda precisava de uma boas palmadas/lambadas? Precisava de umas boas “risadas”, isso sim! Afinal, há vertentes científicas que defendem que o riso é terapêutico.

Tal percepção e tais “hábitos linguageiros” seriam reflexo de uma cultura de violência impregnada no universo linguístico do inconsciente coletivo ou mesmo no esteio da memória social? Reflexo de uma comunicação violenta? Gomes de Matos (2002, 2009), contrapondo-se à forma como as pessoas podem perpetrar atos comunicativos violentos, no que chamou de “contínuo desumanizador da ofensividade”, indagou: “Mas, caberia perguntar, e o lado positivo da comunicação? Teremos aprendido – em nossa educação comunicativa – a usar um vocabulário construtivo, promotor do que chamamos paz comunicativa?” A inexistência de estudos nessa área levou esse emérito professor, um dos precursores da Linguística da Paz, a desenvolver uma proposta de comunicação construtiva a partir do início da década de 90, publicando o livro “Pedagogia da Positividade, subtítulo Comunicação construtiva em Português”, pela Editora da UFPE, em 1996.

Nessa publicação ele formula o que chamou de Dez Princípios para uma Pedagogia da Positividade, posteriormente sintetizado em cinco:

1. O ser humano tem direito a uma vida construtiva
2. O ser humano tem o direito de ser educado para o Bem
3. O ser humano tem o direito de aprender a aprender a usar vocabulário e fraseologias construtivas nos mais diversos contextos.
4. O ser humano tem o dever de usar sua língua materna e outros idiomas de maneira humanizadora.
5. A Sociedade tem a responsabilidade de promover uma educação construtiva, a partir da Pré-Escola. Ensinar-Aprender Bem é necessário, mas insuficiente, no mundo atual, caracterizado por tantos conflitos. Precisamos saber Ensinar-Aprender para o Bem.

Anos mais tarde, o emérito professor escreve um outro livro (GOMES DE MATOS, 2002). Nele, formula outros 10 princípios para se humanizar a comunicação, agora com foco em direitos-deveres, novamente sintetizados em cinco:

1. Amemos nosso próximo linguístico
2. Usemos a língua portuguesa construtivamente
3. Empenhemo-nos em promover a Paz Comunicativa
4. Exerçamos/Reivindicuemos nossos Direitos Linguísticos
5. Desafiemo-nos a ir além do Comunicar bem: criemos um comunicar para o Bem.

## 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados preliminares da pesquisa, à qual este artigo está ligado, apontam que os gêneros textuais estudados apresentam estruturas sintático-semântico-discursivas bastante características e constituem um importante instrumento de ensino, não apenas de Língua Portuguesa. Além de se configurarem como recursos didático-pedagógicos essenciais no desenvolvimento de competências e habilidades sociocomunicativas dos educandos, em contextos formais e informais de uso da língua, fortalecem a construção e a disseminação de uma Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos na sociedade, a partir do contexto escolar, em consonância com o que preceituam os PCN e a Base Nacional Comum Curricular (BNCC).

A Paz pode ser pedagogizada e entendida como uma construção continuada. Construir uma Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos é, pois, promover as transformações necessárias e indispensáveis para que a paz seja o princípio governante de todas as relações humanas e sociais. Segundo Guimarães (2011), o desafio está em pensar a Educação para a Paz no coração do currículo (conjunto de vivências realizadas no processo educacional). Superar o episódico e o fragmentado que caracteriza muitas iniciativas pedagógicas em torno da paz.

Ademais, construir o paradigma da Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos é, pois, promover as transformações necessárias e indispensáveis para que a paz seja o princípio governante de todas as relações humanas e sociais. Assim sendo, o ato de educar para a paz vai requerer completa revisão nos sistemas de ensino, na escola, nos currículos, na formação dos professores e na organização do trabalho escolar, tendo como fundamento o respeito à natureza, à democracia e à não-violência. O eminente educador Paulo Freire afirmava que “Quando a Educação não é libertadora, o sonho do oprimido é ser o opressor”.

Cabe nesse momento, compreendermos a possibilidade de construirmos uma nova utopia, que tenha como valores a humanidade e a vida do planeta Terra. Nessa perspectiva, o resgate de princípios éticos – a solidariedade, a fraternidade e a paz ... – configuram-se como alternativas verdadeiras e que geram consequências imediatas para a vida das pessoas.

Nesse sentido, faz-se mister esclarecer que não é necessário ser um “grande expoente do pacifismo mundial” para utilizar o *discurso pacifista*, uma vez que qualquer pessoa ‘comum’ é capaz de produzi-lo. Esse discurso não está necessariamente associado à “figura do pacifista”, já que os seus elementos composicionais podem aparecer como parte constitutiva dos inúmeros discursos existentes na sociedade, manifestando-se nos mais variados gêneros (editorial, artigo de opinião, entre outros).

Por sua vez, o ‘discurso pacifista’ possui estruturas linguísticas peculiares e pode se manifestar através dos mais variados gêneros. Esses, por sua vez, constituem

um importante instrumento para o ensino de língua materna, pois funcionam como um mediador essencial no desenvolvimento de habilidades de leitura, escrita e produção de fala em contextos formais de uso da língua, dentro e fora da escola.

Além disso, língua, sociedade e cultura são indissociáveis, interagem continuamente. É a língua que possibilita, no seu mais expressivo sentido, a identidade assumida pelo indivíduo ante os próprios atos e a sua fala. Assim sendo, toda a visão de mundo, a ideologia, os sistemas de valores e as práticas socioculturais das comunidades humanas são refletidos em seu léxico. E é nesse contexto que o ensino de Língua materna pode também se configurar como um importante aliado na construção e na disseminação de uma Cultura de Paz e respeito aos Direitos Humanos na sociedade, a partir do contexto escolar.

Por fim, recordando as palavras do eminente pacifista Martin Luther King: “O que me preocupa não é nem o grito dos corruptos, dos violentos, dos desonestos, dos sem caráter, dos sem ética... o que me preocupa é o silêncio dos bons”. Sejamos, pois, proativos nessa grande construção, e não omissos. Sejamos, pois, na perspectiva Ghandiana, a mudança que desejamos ver no mundo.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, M.B. (2019). **Anais do X Congresso da ABraSD: trabalhos completos**. ISSN 2358-4270 pág. 1453-62.

ARAÚJO, G. M. L. de. (2001) **Interculturalismo: perspectivas de ensino**. EDITORA UNIVERSITÁRIA: Recife, 2001. In.: Investigações: linguística e teórica literária. Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística da UFPE. Recife: Ed. Universitária. Vol. 5 p.136

BAKHTIN, M. (2000) **Estética da Criação Verbal**. 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes. Capítulo “Os gêneros do Discurso” (1952-1953)

\_\_\_\_\_. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Editora 34, 2018.

BOURDIEU, Pierre. **Escritos de Educação**. Organizadores: NOGUEIRA, Maria Alice.; CATANI, Afrânio. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

BRASIL. **Parâmetros curriculares nacionais: ensino médio (PCNEMs)** – linguagens, códigos e suas tecnologias. Brasília: MEC/SEMT, 1999.

BRASIL. **Base Nacional Comum Curricular (BNCC, 2018)**. Educação é a Base. Brasília, MEC/ CONSED/UNDIME, 2017. Disponível em: < 568 [http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC\\_publicacao.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_publicacao.pdf)>. Acesso em: 11 de agosto. 2017.

BUENO, S. **Estilística brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1964.

CASEL. **Casel Guide – Effective Social and Emotional Learning Programs**. Disponível em: <http://secondaryguide.casel.org/#Outcomes>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

- CRESWELL, Jonh W. **Projeto de Pesquisa. Métodos Qualitativo, Quantitativo e Misto**. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- GOMES DE MATOS, Francisco C. **Pedagogia da Positividade: Comunicação Construtiva em Português**. Recife, Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Comunicação para o Bem: rumo à Paz Comunicativa**. São Paulo: Ave Maria, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Prefeitura e povo: comunicação exemplar?** Revista Ave Maria. Março / 2005, p. 16-17.
- GUIMARÃES, M. R. **Educação para a paz: sentidos e dilemas**. EDUCS, 2011.
- HAUG, Ulrich y RAMMER, George. (1979) **Psicología del lenguaje y teoria de la comprensión**. Madrid: Madrid editorial. (versión espanõla de Francisco Meno Blanco). Biblioteca Românica Hispânica.
- LDB - *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional* (1996), regulamentada em 1998 pelas Diretrizes do Conselho Nacional de Educação e pelos Parâmetros Curriculares Nacionais Parâmetros para o Ensino Médio (PCNEMs), 1998.
- LUNA, M.J.M.; ARAÚJO, G.M.L. **Cultura de paz em escolas públicas: resultados de uma experiência**. In: Cultura de paz: educação do novo tempo / coordenação Marcelo Pelizzoli (Org.). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2008. p. 99-114
- MACHADO, Irene. (2007) **Gêneros discursivos**. In: Brait, Beth. Bakhtin – conceitos-chave. 4 ed. São Paulo: Contexto. p. 151 – 166
- MARCUSCHI, Beth & CAVALCANTE, Marianne. (2005) **Atividades de escrita em livros didáticos de língua portuguesa: perspectivas convergentes e divergentes**. In: M.G. Costa Val & B. Marcuschi (Orgs.), *Livros didáticos de língua portuguesa: letramento e cidadania*. Belo Horizonte: CEAL/Autêntica.
- \_\_\_\_\_. (2004) **Produção textual, análise de gêneros e compreensão**. Recife: Departamento de Letras, UFPE. 2. versão. p. 89-142
- \_\_\_\_\_. (2004) MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Perspectivas no ensino de Língua Portuguesa nas trilhas dos Parâmetros Curriculares Nacionais** In: Língua Portuguesa em Calidoscópio. São Paulo: EDUC- Editora da PUC de São Paulo, p. 259-282.
- \_\_\_\_\_. (2007) **Cognição, Linguagem e Práticas Interacionais**. São Paulo: Lucerna / Zeus.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento / Boaventura de Sousa Santos, Marilena Chauí**. São Paulo: Cortez, 2013.
- SERAINE, Florival. **Linguagem e cultura - estudos e ensaios**. Fortaleza: Secretaria de Cultura e Desporto, 1985. p.116
- VANNUCCHI, Aldo. (1999) **Cultura brasileira – o que é, como se faz**. São Paulo: Loyola.

## DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

*Data de aceite: 01/03/2021*

*Data de submissão: 15/01/2021*

### **Adiloar Franco Zemuner**

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela  
Universidad Del Museo Social Argentino  
Buenos Aires-Argentina  
Advogada. Docente titular da Universidade  
Estadual de Londrina-UEL e da Universidade  
Positivo – Faculdade Londrina  
<http://lattes.cnpq.br/6487799657900128>

### **João Pedro Bezerra Ferreira**

Bacharelado do 9º período em Direito pela  
Universidade Positivo – Faculdade Londrina  
<http://lattes.cnpq.br/5343354023133212>

### **Rodolfo Gonçalves de Aguiar**

Advogado. Pós graduando em MBA  
Agronegócio pelo CESUMAR - Centro de  
Ensino Superior de Maringá Ltda  
Campus Londrina, PR  
<http://lattes.cnpq.br/3352949831134939>

**RESUMO:** Este artigo abordará os aspectos que poderão dar causa à invalidade do negócio jurídico, bem como suas espécies e consequências, valendo-se da codificação civil brasileira. Embora o negócio jurídico seja o livre exercício da autonomia da vontade no âmbito civil privado, não se pode concluir que essas relações jurídicas possam estar à margem da lei. Pelo contrário, a liberdade presente nas negociações tem respaldo da ordem jurídica e, sobretudo, do Código Civil brasileiro. Sendo

possíveis as relações jurídicas autônomas, é certo que a característica falha do ser humano poderá refletir, causando efeitos indesejados aos negócios jurídicos. Ao tratar deste tema, será traçada uma trajetória, abordando o negócio jurídico, desde sua conceituação, os elementos essenciais de existência e de validade, passando pelos vícios de consentimento e sociais que dele corriqueiramente são decorrentes, e que poderão culminar na nulidade ou na anulabilidade do negócio jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Relações negociais. Negócio jurídico. Defeitos do negócio jurídico. Código Civil.

### **NEGOTIABLE RELATIONS ON THE LIGHT OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE**

**ABSTRACT:** This article will approach about the aspects that may give rise to the invalidity of the juridical business, as well as its species and consequences, using the Brazilian Civil Code. Although the juridical business is the free exercise of autonomy of the will in the private civil sphere, it can not be concluded that these legal relationships should be outside the law. On the contrary, the present freedom in the negotiations has backing of the legal order and, mainly, of the Brazilian Civil Code. Being possible those autonomous legal relations, it is certain that the characteristic fault of the human being can reflect, causing unwanted effects to the juridical business. In dealing with this theme, a trajectory will be drawn, addressing the juridical business, from its conception, the essential elements of existence and validity, passing by the vices of consent and socials that are usually derived from

it, and which may culminate in nullity or annulability of the juridical business.

**KEYWORDS:** Business relations. Juridical business. Defects of juridical business. Civil Code.

## 1 | INTRODUÇÃO

É milenar a necessidade dos particulares em celebrar negócios, visando tornarem efetivas as relações em âmbito privado. Para tanto, o Código Civil brasileiro confere a liberdade de celebrar negócios jurídicos e elenca todos os requisitos de validade à sua efetividade.

É possível que haja proveito equivocado do negócio jurídico, ou que seja exercido de forma ardilosa, com o escopo de prejudicar ao agente adverso. O Código Civil dispõe sobre as condições viciosas que poderão resultar na invalidade do negócio jurídico, tornando-o, portanto, sem efeito.

Para adentrar no mérito da validade e dos defeitos dos negócios jurídicos há de reunir a codificação brasileira e a doutrina a fim de compreender seu conceito, bem como os requisitos fundamentais de sua existência e de validade.

## 2 | DO NEGÓCIO JURÍDICO

Por conceituação, proveniente da doutrina, o negócio jurídico é o ato jurídico lícito, impulsionado pela livre expressão da vontade, pelo qual se busca a aquisição, modificação, manutenção, transferência e extinção de direitos, desde que previsto em lei, portanto, *solene*, ou que não defeso pela norma, *não solene*.

O negócio jurídico depende de fatores essenciais à sua existência e sua validade, isto é, não poderá o agente negociar direitos da maneira que melhor lhe convém, marginalizando o ordenamento jurídico, mediante iniciativa de má-fé ou manipulando os meios a fim de obter vantagem indevida.

A formação de um negócio jurídico depende de elementos essenciais que ditarão as condições para que o agente possa concretizá-lo, com validade, para que possa vir a ter eficácia.

### 2.1 Exteriorização da vontade

O elemento vontade, por si só, pode ser definida pelo desejo mental do indivíduo, sendo de sua faculdade tomar uma decisão e executar tarefas partindo-se de seu próprio conhecimento e consentimento sobre determinado objeto. Neste sentido preleciona o jurista Miguel Reale:

Negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. (REALE, 2013, p. 208-209).

Aqui, vale dizer que a *reserva mental* não possui força de vontade para o negócio jurídico, vez que representa o desejo não exteriorizado do indivíduo, salvo se o destinatário dela tiver conhecimento. Não há como saber, precisamente, o que passa no intelecto de outrem, isto é, não é regra que a vontade exteriorizada seja reflexo da vontade de fato, aquela de desejo do sujeito. Neste sentido a legislação civil dispõe:

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

É possível, quanto a manifestação de vontade, que o agente o faça de forma expressa, tácita, ou por presunção. Quanto ao primeiro, o agente declara de forma explícita sua vontade, por meio da escrita, verbalmente, de forma gesticulada ou de qualquer outra forma que exteriorize inequivocamente sua vontade.

A manifestação tácita, por sua vez, se verifica pelo comportamento do agente, levando ao conhecimento do negócio jurídico que se manifestou de modo a aceitar ou recusar sua efetivação. Neste prisma, desde logo, cumpre frisar que a presunção parte do sujeito e não da legislação.

Ainda, presente nas relações negociais, a presunção de vontade se assemelha à vontade tácita, uma vez que tem sua eficácia pelo comportamento não expresso do agente. Neste caso – e diferentemente da manifestação tácita, sua validade está condicionada à existência de previsão legal, isto é, só se pode presumir a vontade quando a lei assim dispuser (Art. 111, Código Civil).

## 2.2 Caráter negocial

O negócio jurídico caracteriza-se, amplamente, por ser o exercício da autonomia privada, portanto, no negócio jurídico poderá o agente negociar direitos e deveres, estabelecendo regras e condições especiais de interesse privado.

A essencialidade da manifestação da vontade exteriorizada, aliada à intenção negocial dos agentes, se dá pelo fato de que, na ausência dos referidos requisitos, o ato não excederá os limites do ato jurídico em sentido estrito.

## 2.3 Validade do negócio jurídico

Pode-se representar graficamente o negócio jurídico pela reunião de três fatores: o sujeito, o objeto e o fato pelo qual foi concebida a relação interindividual. Entretanto, em seu turno, o jurista Miguel Reale defende que o negócio jurídico ocorre pela composição de, não três, mas quatro elementos:

- a) um sujeito ativo, que é o titular ou o beneficiário principal da relação; b) um sujeito passivo, assim considerado por ser o devedor da prestação principal;
- c) o vínculo de atributividade capaz de ligar uma pessoa a outra, muitas vezes de maneira recíproca ou complementar, mas sempre de forma objetiva; d) finalmente, um objeto, que é a razão de ser do vínculo constituído. (REALE,



Com razão, não basta haver sujeito, este deverá ser classificado em ativo e passivo, em vista de suas especificidades na relação jurídica. O sujeito ativo é o beneficiário do direito negociado, portanto aquele que terá seu direito protegido pelo ordenamento jurídico. O passivo, por sua vez, é o detentor das obrigações prescritas no negócio jurídico. Não é regra, entretanto, que cada sujeito exerça uma única função na relação jurídica, podendo o sujeito passivo e o sujeito ativo receber direitos e contrair deveres, respectivamente.

A efetividade do negócio jurídico não depende unicamente dos elementos existenciais, isto é, sua validade depende de requisitos específicos do sujeito, do fato e do objeto negociado. Assim, na ausência destes requisitos o negócio jurídico não surtirá efeito e poderá ser conduzido à nulidade ou anulabilidade.

A validade do negócio jurídico tem previsão no Art. 104, do Código Civil, e disporá especificamente os elementos de validade deste instituto, quais serão adiante elucidados.

### *2.3.1 Agente capaz*

Com previsão no primeiro inciso do artigo acima, a capacidade do agente é pressuposto essencial para a validade do negócio jurídico, eis que estabelecerá a aptidão do sujeito para o exercício dos direitos (Art. 1º., CC). Para Gonçalves “A capacidade do agente (condição subjetiva) é a aptidão para intervir em negócios jurídicos como declarante ou declaratório.” (GONÇALVES, 2016, p. 367).

Referida condição individual se concretiza, em regra, quando este atinge a maioridade, ressalvadas as condições de incapacidade por falta ou redução de discernimento (Art. 4º., III, CC).

A incapacidade do agente é característica capaz de tornar inválidos os atos e negócios jurídicos, e se classifica em *absoluta* ou *relativa*. Quanto à primeira, fica absolutamente impedido o agente da capacidade de exercício, não podendo este, por si só, ter iniciativa em atos ou negócios jurídicos, sob pena de nulidade absoluta, salvo se devidamente representado.

Quanto ao indivíduo relativamente incapaz, este, por sua vez, poderá exercer plenamente determinados direitos. No entanto, em não havendo assistência, seus atos poderão ser considerados anuláveis.

### *2.3.2 Objeto lícito, possível, determinado ou determinável*

A finalidade do negócio jurídico é a proteção legal de direitos particulares, isto é, poderá o agente negociar a aquisição, modificação, manutenção, transferência e a extinção de direitos e deveres. Para tanto, o objeto a ser tutelado pelo negócio jurídico deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.

Na definição de Maria Helena Diniz “Para que o negócio jurídico se repute perfeito

e válido deverá versar sobre objeto lícito, ou seja, conforme a lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral.” (DINIZ, 2008, p. 444). Nesse quesito, no Brasil, os agentes não poderão negociar, por exemplo, a venda e compra de entorpecentes, pois ilícito e contrário à ordem pública.

Além de lícito, o objeto do negócio jurídico deve ser possível, no plano físico e jurídico. O agente jamais poderá negociar objeto cujo acesso é altamente restrito ou impossível. A título de exemplo, não poderão os agentes nomear a lua como objeto de um contrato de venda e compra. Igualmente, as partes não poderão negociar a personalidade ou o próprio corpo, vez que esses direitos são inegociáveis no plano jurídico e principiológico.

Ainda, o objeto deverá ser determinado ou determinável. Será determinado o objeto que, no momento da celebração do negócio jurídico, os agentes puderem exprimi-lo de forma certa pela quantidade, gênero e qualidade. Em seu turno, será determinável o objeto em que os agentes tiverem conhecimento da quantidade e gênero, podendo a qualidade ser revelada em momento futuro.

### **2.3.3 Forma prescrita ou não defesa em lei**

Como último elemento de validade do negócio jurídico, a forma é o modo pelo qual os agentes darão voz ao negócio jurídico, a fim de que este possa ter sua almejada efetividade e seu objeto protegido por lei.

Quanto à forma, o ordenamento jurídico permite aos agentes que exerçam livremente a autonomia da vontade, desde que não haja prescrição legal para a formalidade de determinado negócio. Neste sentido, dispõe o Código Civil:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Quando a lei dispuser a forma do negócio jurídico, temos o que a doutrina intitula de negócio jurídico solene (Arts. 481 a 853, CC). Em contraponto, e exercendo a autonomia da vontade, poderão os agentes formalizar negócios jurídicos não solenes ou não solenes. Estes acontecem quando a lei não dispõe sobre a forma e, portanto, os agentes poderão negociar a forma como a vontade será exteriorizada naquela relação.

## **3 | DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO**

A manifestação de vontade é requisito essencial do negócio jurídico, visto que, em sua ausência, o ato jurídico não excederá os limites do ato jurídico em sentido estrito. Para Francisco Amaral, “Defeitos do negócio jurídico são, pois, as imperfeições que nele podem surgir, decorrentes de anomalias na formação da vontade ou na sua declaração.” (AMARAL, 2003, p. 479-480 *apud* GONÇALVES, 2016, p. 408).

No entanto, é possível que haja defeitos na formação ou exteriorização da vontade,

gerando os denominados vícios de consentimento. Aqui, a reserva mental não impede que a relação jurídica se desenvolva para negócio jurídico, mas poderá torná-lo anulável.

Além dos vícios de consentimento, o ordenamento jurídico prevê como defeitos os chamados vícios sociais. Nesse caso, não há divergência entre o real querer do agente e sua vontade exteriorizada, mas há a intenção de prejudicar terceiro e/ou a sociedade em geral.

A codificação brasileira elenca os vícios de consentimento e os vícios sociais possíveis em sede de negócio jurídico, quais sejam: o erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão e, simulação e fraude contra credores, respectivamente. (Arts. 138 a 165, CC).

### 3.1 Erro ou ignorância

O erro, no mundo jurídico, concretiza-se diante de falsa representação da realidade, qual poderá culminar na vontade defeituosa do agente. Aqui, o agente manifesta sua vontade frente ao desconhecimento parcial acerca de determinado elemento. A ignorância, vale dizer, embora juridicamente tenha efeito equivalente ao erro, não se trata da mesma condição subjetiva. Nesse caso, o agente manifesta sua vontade frente ao completo desconhecimento de determinado elemento.

Quando o erro for verificado sobre elementos irrelevantes para o negócio jurídico, tem-se por *erro accidental*. Desse modo, o vício de consentimento poderá ser facilmente sanado, sem que haja prejuízo a quaisquer das partes.

No entanto, para que o ato defeituoso seja anulável, o erro deve ser *substancial*, ou seja, sobre elementos relevantes para o negócio jurídico. O Código Civil brasileiro é claro ao tratar o erro substancial como passível de anulabilidade:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade e manarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

E, a legislação civil brasileira define erro substancial:

Art. 139. O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

O que se busca entender deste instituto é que o agente, se soubesse de fato o que se passa no plano real, manifestaria sua vontade de outra forma ou a não faria, posto que

não condiz com seu real querer. E é por essa razão que, mesmo diante de difícil análise pela subjetividade do erro, a lei prevê a anulabilidade do negócio jurídico.

### 3.2 Dolo

Em uma relação jurídica, é possível que um indivíduo atue com o escopo de prejudicar a outrem em benefício próprio, de terceiro, ou unicamente pelo prazer de provocar o prejuízo alheio. Frente ao negócio jurídico, o sujeito que age com dolo induz a vítima ao erro, de forma ardilosa, a fim de obter vantagem na relação negocial.

Sobre dolo, embora possua diversas classificações, há de se tratar de duas principais, o *dolo essencial ou principal* e o *dolo acidental*. Quanto ao primeiro, se caracteriza por dar efeito ao negócio jurídico, isto é, se não fosse por ele o negócio jurídico não teria efetividade. Neste sentido corrobora Maria Helena Diniz, ao prelecionar que “O dolo principal é aquele que dá causa ao negócio jurídico, sem o qual ele não se teria concluído [...]” (DINIZ, 2008, p. 458).

O dolo acidental, por sua vez, caracteriza-se pelo desvio doloso de condições do negócio, portanto, não está atrelado à sua efetivação. Nesse caso, independentemente da conduta dolosa, o negócio seria realizado, porém, de outro modo. Por isso, a conduta dolosa não conduz o negócio jurídico ao vício, mas poderá a vítima reclamar perdas e danos. (Art. 146, CC).

### 3.3 Coação

A coação é ato proveniente de terceiro com o objetivo de induzir a outrem, mediante pressão física ou moral, que tome atitude diversa daquela realmente desejada. Por definição, a coação é “Ato ou efeito de coagir ou de obrigar pela intimidação, pela força ou pela violência”. (PRIBERAM, 2017).

Com razão, Carlos Roberto Gonçalves entende que a coação não é, “[...] em si, um vício da vontade, mas sim o temor que ela inspira, tornando defeituosa a manifestação de querer do agente”. (GONÇALVES, 2016, p. 433).

A doutrina trata a coação de dois modos, a *física* e a *moral ou relativa*. Quanto à primeira, o agente emprega sobre outrem a força física, sendo que o agente coagido não possui qualquer consentimento sobre o negócio jurídico coagido, isto é, jamais manifestaria sua vontade daquele modo se não por coação.

Nesse sentido, a doutrina entende por nulo o negócio jurídico resultado de *coação física*, visto que, neste caso, inexistente a manifestação de vontade, pressuposto essencial à existência do negócio jurídico.

Por sua vez, a *coação moral ou relativa* é aquela em que um indivíduo sujeita ao outro uma liberdade relativa, isto é, este haverá de escolher entre ratificar aquele negócio jurídico ou sofrer qualquer tipo de consequência.

Nota-se, portanto, que existe a faculdade da vítima de ratificar o negócio jurídico,

manifestando seu querer, mesmo que haja discordância entre sua vontade de fato, interior e a exteriorizada. Desta feita, pode-se concluir que o negócio jurídico será anulável, vez que presentes os elementos de sua existência.

Ademais, não basta haver coação para que se instaure um vício no negócio jurídico. Para tratar desta questão, há de se considerar a redação do Código Civil, a saber:

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Observa-se que a legislação civil emprega à coação características hábeis a conduzir o negócio jurídico à eventual anulabilidade. Nesse ponto, a doutrina, em paralelo com a lei, ensina que a coação deve ser a causa determinante do negócio, deve ser grave, contra o ordenamento jurídico, seu dano deve ser atual ou iminente e deve resultar em real prejuízo ao coagido, de sua família ou de seus bens.

A ligação da coação à efetividade do negócio jurídico é essencial para que este seja nulo ou anulável. Isto quer dizer que, se não fosse pela coação, o negócio jurídico se daria de outra forma ou sequer existiria. Assim instrui Carlos Roberto Gonçalves:

Deve haver uma relação de causalidade entre a coação e o ato extorquido, ou seja, o negócio deve ter sido realizado somente por ter havido grave ameaça ou violência, que provocou na vítima fundado receio de dano à sua pessoa, à sua família ou aos seus bens. Sem ela, o negócio não se teria concretizado. (GONÇALVES, 2016, p. 434).

Prevê, ainda, o Código Civil que a coação “há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens” (Art. 151, CC). Portanto, para que haja vício de consentimento, a coação deve ser grave, de forma a que efetivamente resulte na manipulação da vontade do coato, seja ela moral ou física.

Ainda em coação, esta deve ser *reprovável pelo ordenamento jurídico* ou pela sociedade, ou seja, deve ser tida como injusta. Isto é, a coação poderá ser empregada para fins legais e, portanto, não há o que se falar em eventual anulabilidade. Neste sentido, o Código Civil, impõe que:

Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.

Com efeito, Carlos Roberto Gonçalves (2016) leciona que a coação não se dá somente quando o ato do indivíduo contraria o ordenamento jurídico, mas também quando o sujeito, no exercício de seu direito, o faz de forma abusiva.

O dano resultado da coação deve ser *atual ou iminente*, isto é, os efeitos da conduta dolosa, para que o negócio se configure anulável, devem impossibilitar que o coagido omita-se de ratificar o negócio jurídico naquele momento.

Diz-se *atual e iminente* posto que, neste caso, se o dano a ser causado pela coação for futuro, abrindo-se, portanto, possibilidade de o afetado recorrer à tutela estatal em tempo hábil, não há o que se falar em coação.

### 3.4 Estado de perigo

Configura estado de perigo quando o agente, tomado pela necessidade de salvar-se ou à membro familiar, toma para si obrigação excessivamente desproporcional ou onerosa. O Código Civil conceitua da seguinte forma:

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Aqui, assemelha-se o estado de perigo da coação no sentido de que, em ambos os defeitos do negócio jurídico passíveis de anulabilidade, existe a intervenção de outro interessado no ato e age com o escopo de obter vantagem no referido negócio.

A necessidade de se preservar a vida, própria, de familiar ou de outrem, é pressuposto essencial para que o estado de perigo se caracterize e comine na anulabilidade do negócio jurídico. Nesse caso, o vício de consentimento acontece no momento em que o indivíduo observa a necessidade de salvar a si mesmo, à familiar ou outrem.

### 3.5 Lesão

Eis aqui a temática de maior controvérsia no que concerne os defeitos dos negócios jurídicos. Isto porque a lesão se confunde demasiadamente com o estado de perigo, no mundo jurídico, bem como no doutrinário.

A polêmica ocorre ao analisar o texto do Art. 157, do Código Civil, que diz:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Observa-se, desde pronto, como primeira divergência, que a premência em questão não se limita em salvar-se, ou a pessoa familiar, ora previsto no Art. 156, do mesmo *Codex*. Nesse caso, portanto, não será considerado estado de perigo, mas unicamente a premente necessidade de ser beneficiário do direito negociado, que resultará na manifestação de vontade sobre condição desproporcional. A título de exemplo, poderá o indivíduo adquirir inseticida por valor muito superior ao do mercado, pela premente necessidade de manter o cultivo.

Enfim, pela concepção de Carlos Roberto Gonçalves (2016), lesão é o prejuízo decorrente da desproporção do valor daquele negócio jurídico, que fora aceito pela premência do momento.

### 3.6 Simulação

A *simulação* inaugura um novo capítulo em relação aos defeitos do negócio jurídico, o *vício social*. Justifica-se em vista de que este instituto tem por característica a exteriorização de uma vontade condizente com aquela interior, contudo, presente a intenção de prejudicar o próximo e/ou a sociedade em geral, impedindo a satisfação do crédito e, portanto, inexistente vício de consentimento.

No revogado Código Civil de 1916, o instituto da simulação era tido como instrumento passível de anulabilidade, tendo em vista seu caráter de invalidade relativa (NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2014, p. 138). Com o advento do Código Civil de 2002, a simulação deixou de pertencer o instituto da anulabilidade, tornando-se causa de nulidade (Art. 167, CC), dada a ausência de pressuposto essencial à validade do negócio jurídico.

O professor Washington Monteiro, conjuntamente com a professora Ana C. Monteiro, afirmam categoricamente a caracterização da simulação:

[...] se caracteriza pelo intencional desacordo entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um ato jurídico que, de fato, não existe, ou então oculta, sob determinada aparência, o ato realmente querido. (MONTEIRO, 2009, p. 263).

A simulação, portanto, é produto de relação jurídica onde, investidos os partícipes de conluio, transacionam direitos e deveres que não condizem com a realidade, ou seja, conscientes entre si e dotados de reserva mental – intencionalidade de realizar o fictício negócio, com o intuito de enganar a outrem, manifestam vontade interna, porém, contrária à realidade de fato. (NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2014, p. 139).

### 3.7 Fraude contra credores

A *fraude contra credores* é o segundo defeito do negócio jurídico, no campo dos *vícios sociais*. O referido instituto tem por característica a exteriorização de vontades mancomunadas com a verdadeira intenção de prejudicar o próximo e/ou a sociedade em geral, impedindo a satisfação do crédito e, portanto, inexistente vício de consentimento.

Na definição de Silvio Rodrigues:

Fraude contra credores é, portanto, todo ato suscetível de diminuir ou onerar seu patrimônio, reduzindo ou eliminando a garantia que este representa para pagamento de suas dívidas, praticado por devedor insolvente, ou por ele reduzido à insolvência. (RODRIGUES, 2002, p. 229 *apud* GONÇALVES, 2016, p. 460).

Na prática, busca o devedor alienar ao terceiro os bens que pudessem satisfazer seus débitos – pelo princípio da responsabilidade patrimonial, até que atinja a insolvência. Destarte, nota-se a presença de elementos essenciais à sua formação.

Nesse prisma, é necessário que o devedor, em sede de execução de dívida, proceda a alienação de seus bens até que atinja a insolvência, estando, portanto, impossibilitado relativamente de adimplir com as obrigações que lhe foram conferidas.

Quando o devedor, para se eximir de dívida, aliena integral ou parcialmente seus bens à terceiro, constitui na fraude *elemento subjetivo (consilium fraudis)*. Por sua vez, o *elemento objetivo (eventus damni)* configura-se pelo próprio estado de insolvência do devedor, que resultará no prejuízo do credor.

É possível que este quadro seja revertido em favor do credor. Para tanto, haverá o credor de, mediante Ação Revogatória (Pauliana), respeitados seus pressupostos, informar ao Poder Judiciário da alienação, reclamando sua revogação. A ação sendo procedente, o bem alienado será realocado ao patrimônio do devedor para que seja dado prosseguimento à execução e satisfeitos os créditos.

## 4 I DA INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

### 4.1 Das espécies de invalidade

A doutrina brasileira elenca três tipos ou categorias de imperfeições que podem caracterizar a invalidade do negócio jurídico, quais sejam; os negócios inexistentes; negócios nulos e negócios anuláveis.

Além dessas pode-se encontrar outras imperfeições negociais, mas se não afetarem a higidez do negócio serão conhecidas por meras irregularidades.

### 4.2 Dos negócios inexistentes

O legislador do Código Civil não fez constarem seu bojo a definição de negócio inexistente, até porque não existe negócio para esta categoria.

O professor Washington Monteiro, conjuntamente com a professora Ana C. Monteiro, conceituam o negócio jurídico inexistente, aquele que inidôneo, não se constituiu em razão de não haver os elementos essenciais à sua existência.

Os referidos autores apresentam como exemplo, a venda e compra, sem preço. Determinado indivíduo – o vendedor oferece objeto à venda, por conseguinte aquiesce o outro – o comprador. Observa-se que na situação hipotética há o objeto, bem como o consentimento, no entanto, não há o elemento essencial, qual seja o preço. Nessa situação, portanto, segundo a doutrina, não há que se falar em nulidade ou anulabilidade do ato, pois sequer existiu negócio. (MONTEIRO; PINTO, 2009, p. 327).

### 4.3 Dos negócios nulos

A nulidade do negócio jurídico é taxativa pela legislação e, assim expressa o Art. 166, do Código Civil, que:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:



I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção

A condição para nulidade do negócio não se limita à aplicabilidade do Art. 166, do Código Civil, todavia, o referido artigo serve de base para a interpretação do que é ato nulo.

Além disso, nem sempre a nulidade será declarada pela própria lei, por vezes a nulidade decorre de princípios do ordenamento jurídico.

A nulidade do negócio, nas palavras do Professor Caio Mário da Silva Pereira, caracteriza-se em:

É nulo o negócio jurídico, quando em razão do efeito grave que o atinge, não pode produzir o almejado efeito. (PEREIRA, 2008, p. 632).

Ou seja, ainda que haja consentimento entre as partes será nulo o ato/negócio, quando desobedecer comandos essenciais do ordenamento jurídico.

Imagine-se a hipotética situação, de um casal menor de 16 (dezesseis) anos, sem autorização de seus pais, e sem suprimento judicial, contraem matrimônio com documentos falsos com efeito a maioridade, a fim de omitirem sua verdadeira idade.

Nesta situação, o ato jurídico, é plenamente nulo, pois preenche diretamente os requisitos que assim o declara, quais sejam: a incapacidade absoluta dos agentes e o objeto ilícito, pois na situação demonstrada a lei não permite o casamento, o que, por conseguinte, não se reveste da forma prevista em lei.

A partir do exemplo narrado, pode-se afirmar que a nulidade não produz somente efeito *inter partes*, mas também efeito de ordem pública, pois qualquer situação idêntica, ou, que preencha, ou, desobedeça aos comandos do ordenamento jurídico que consinta a nulidade, seu alcance será geral, porquanto decretada, é para interesse da própria coletividade (*pleno iure*).

Entre as formas para nulidade caracteriza-se também a simulação, elencada no Art. 167, do Código Civil, consiste basicamente na condição das partes conscientemente de

seus atos, aparentarem realizar um negócio, a fim de produzirem efeitos jurídicos válidos, mas que na verdade a real intenção destas diverge da que simulou.

Em ambas situações listadas nos artigos 166 e 167, do CC, poderá ser alegada por qualquer interessado, ou por representante do Ministério Público (MP), e quando o fato ou ato levado ao juízo para que seja declarado nulo, não poderá o juiz suprir, ou suprimir a nulidade daquele ato/fato, se assim constatado for, ainda que manifesto o pedido de todos os interessados.

#### 4.4 Dos negócios anuláveis

O negócio jurídico anulável, ou anulabilidade do ato jurídico compreende-se nos atos celebrados pela incapacidade do agente, ou, pela violação de consentimento. (PEREIRA; MORAES, 2008, p. 639).

O Código Civil, ao cerne do Art. 171, definiu o conceito legal para anulabilidade:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

A anulabilidade será concretizada, após decisão judicial que assim a declare, seu efeito será o *status quo ante*, ou seja, operar-se-á como se nunca antes estivesse existido negócio. (MONTEIRO; PINTO, 2010, p. 336).

Elucida-se a ideia de nulidade, como exemplo: Determinado indivíduo menor, de 17 (dezessete) anos de idade, compra um veículo automotor de outrem particular, mediante contrato, e somente após a finalização do negócio percebe-se o vendedor seu erro negocial.

Outrossim, imagine-se ainda a seguinte situação: comprador interessado em adquirir veículo automotor da marca “x”, é coagido sobre fortes ameaças à adquirir outro veículo, de marca “y”, com grandes divergências, inclusive, inferiores ao que tinha intenção em adquirir.

Em ambas situações, tanto o vendedor do primeiro exemplo, quanto o comprador do segundo, poderão pleitear em juízo em face daqueles que lesaram seus direitos, a anulabilidade do contrato.

Entre outras características a anulabilidade, quando pleiteada em juízo, a depender de caso para caso, poderá ser suprida pelo juiz, à requerimento das partes, sanada, expressa ou tacitamente, não poderá ser declarada de *ex officio*, nem mesmo antes da sentença proferida pelo juízo competente.

Ressalta-se a possibilidade de expungir a anulabilidade através da ratificação, salvo direito de terceiro (Art. 172, CC). No entanto quando a anulação do negócio se der por falta

da anuência de terceiro, será validada quando este a fizer posteriormente (Art. 176, CC).

## 5 | DOS PRAZOS PARA O PLEITO DA INVALIDADE DOS NEGÓCIOS

Visto que, há três categorias de imperfeições que podem caracterizar a invalidade do negócio jurídico, sendo uma delas definida pela doutrina como *Negócio Inexistente*, para esta não há que se falar em prazos para o pleitear a anulabilidade do ato, até porque não existe negócio para tanto.

Com relação a nulidade dos negócios, considera-se esta imprescritível, assim estabelecida pelo Art. 169, do Código Civil, a exceção se dará em alguns casos, cujos quais, prescreverão no maior prazo em que a lei dispor (MONTEIRO; PINTO, 2010, p. 329).

Quanto à anulabilidade dos negócios, os prazos serão exíguos, será de quatro anos para pleitear-se anulação do negócio jurídico, quer seja por coação, do dia em que ela cessar, quer seja pôr no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, contados do dia em que se realizou o negócio jurídico, ou ainda, no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade (Art. 178 e incisos, CC).

## 6 | CONCLUSÃO

As relações negociais fazem parte diretamente da vida de todos indivíduos da sociedade há milênios, quer sejam elas expressamente manifestas, quer sejam introspectivas e tacitamente manifestas.

Outrossim, para que seja possível o negócio, compete as partes serem capaz, na forma da lei, e conscientes de seus atos, anuentes em suas declarações de vontade.

No entanto, em meio à estas relações negociais, estão caracterizadas diversas controvérsias, e na maioria das vezes dotadas de vícios, que impossibilitam a concretização dos negócios, tornando-os passíveis de serem nulos ou anuláveis.

As pesquisas realizadas e ora esboçadas ao presente artigo, cuidou de demonstrar de maneira minuciosa o conceito de negócio jurídico e suas espécies, às espécies de vícios de consentimento, bem como as características e prazos para o pleito da nulidade e anulabilidade do negócio.

Conclui-se, portanto, o presente artigo com a finalidade de não alavancar uma solução para as controvérsias enfrentadas nas relações civilistas negociais, mas, sim, conscientizar e estimular à pesquisa eventuais interlocutores à luz do Código Civil, acerca das características que produzem a invalidade do negócio jurídico.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Inclui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CICIVIZZO, Flávio Augusto. **O silêncio como manifestação de vontade**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-06/flavio-cicivizzo-silencio-manifestacao-vontade>. Acesso em 10 out. 2017.

COAÇÃO. **Priberam – Dicionário**. Disponível em <<https://www.priberam.pt/>>. Acesso em 10 out. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY, Junior Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito Civil: Introdução – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; MORAES, Celina Bodin de. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

# CAPÍTULO 13

## O FAIR USE NA INDÚSTRIA FONOGRÁFICA: UM ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE NO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

*Data de aceite:* 01/03/2021

*Data de submissão:* 14/01/2021

### **Monique Peixoto de Souza**

Universidade Presbiteriana Mackenzie  
São Paulo - SP  
<http://lattes.cnpq.br/8671060156127981>

### **Marcelo Romão Marineli**

Universidade Presbiteriana Mackenzie  
São Paulo - SP  
<http://lattes.cnpq.br/2904177940842166>

**RESUMO:** O presente trabalho busca a melhor compreensão dos sistemas de Direitos Autorais brasileiro e de Copyright americano, em especial do instituto do Fair Use e sua possível aplicabilidade ao sistema brasileiro, diante dos desafios trazidos pelo desenvolvimento da tecnologia através dos últimos anos, utilizando a indústria fonográfica como pano de fundo para melhor compreensão prática. É imprescindível a busca pelo equilíbrio entre o atendimento da função social das obras culturais e artísticas, e das questões individuais dos autores, sem que sejam suprimidas uma pela outra. Para tal, analisou-se especificamente os sistemas de proteção, o instituto do Fair Use e sua aplicabilidade em âmbito norte-americano, bem como outros sistemas de limitações aos Direitos Autorais, previstos na Lei de Direitos Autorais brasileira, depreendendo-se a necessidade de atualização das leis brasileiras para que se adequem à nova realidade criada pela tecnologia

e suas novas plataformas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Autorais. Fair Use. Indústria Fonográfica.

### FAIR USE IN THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY: A STUDY ON THE APPLICABILITY IN BRAZILIAN COPYRIGHT

**ABSTRACT:** The present paper proposes to better understand the existing Brazilian and American copyright systems, especially the institute of Fair Use and its possible applicability to the Brazilian system, in view of the challenges brought by development of the technology behind the last years, using the Phonographic Industry as a backdrop for better practical understanding. It is indispensable to look for the balance between the cultural and art works' social role and the authors individual rights, without being suppressed by each other. To this, were analyzed the copyright systems, the institute of Fair Use and its applicability in the U.S., as well as other systems of copyright limitations, provided by the Brazilian Copyright law, understanding the real need to update the Brazilian laws to suit the new reality created by technology and its new platforms.

**KEYWORDS:** Copyright. Fair Use. Music Industry.

## 1 | INTRODUÇÃO

O crescente avanço da globalização e o intenso desenvolvimento da tecnologia proporcionam uma grande facilidade de acesso à uma infinidade de conteúdos online,

o que aumenta a demanda de produção em todos os ramos do entretenimento, e cria a necessidade de inovação e diversidade de conteúdos e serviços que atendam com rapidez aos desejos das novas gerações dinâmicas e exigentes. A música tem destaque e papel fundamental neste cenário desafiador e na vida destas gerações que, com a facilidade de multiplicação e compartilhamento de conteúdos online, incorporaram a música em seu dia-a-dia, desde o momento em que acordam até quando vão dormir.<sup>1</sup> Tal abertura da indústria fonográfica é de grande proveito para o enriquecimento cultural e artístico, permitindo que novos e pequenos artistas possam expor seu trabalho para um indeterminado número de pessoas de todas as partes do mundo, concorrendo diretamente com o trabalho de grandes e importantes artistas<sup>2</sup>. Apesar dos diversos e vultuosos benefícios, tal desenvolvimento traz também preocupações legais que, por muitas vezes, não são atendidas pela legislação nacional.

Apesar de não ser recente, a discussão a respeito dos direitos autorais no Brasil não acompanhou apropriadamente o desenvolvimento da indústria fonográfica e dos meios digitais. Devido à dinamicidade e complexidade da matéria, há algumas práticas em uso no âmbito nacional já defasadas, seja pela necessidade de análise do caso concreto com suas particularidades, hipótese não permitida por nosso sistema jurídico, ou pelo surgimento de situações não abrangidas pelo normativo.

Exemplo a ser seguido, os Estados Unidos acompanham o crescimento e a inovação de sua indústria musical, nivelado o desenvolvimento econômico e o sistema jurídico, com amplas discussões na área de direito autoral, e diversos dispositivos que garantem maior proteção não só aos direitos autorais, mas também à função pública e social da música, e se adequam às mais diversas situações. Um dos mais importantes conceitos americanos é o *Fair Use*, previsto no §107 da *Copyright Law of the United States*, que permite o uso contido de materiais protegidos pela lei americana de copyright, em determinadas situações, funcionando como forma de defesa em casos judiciais e como garantia para um uso “justo” de produções protegidas<sup>3</sup>.

Diante dos grandes proveitos resultantes da aplicação do *Fair Use* nos Estados Unidos, surge a comparação com o rígido sistema de limitações ao direito autoral existente no Brasil, conforme rol taxativo encontrado no capítulo IV da Lei de Direitos Autorais que, por vezes, colide com a proteção da função social do patrimônio cultural, prevista no artigo 215 da Constituição Federal Brasileira. Tendo em vista tal impasse, este trabalho visa entender a possibilidade da aplicação do conceito de *Fair Use* no cenário jurídico-normativo brasileiro, analisando as possíveis dificuldades e benefícios que a aplicação do conceito poderia trazer.

---

1 ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa**: Do mercado de massa para o mercado de nicho. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 5.

2 ANDERSON, op. cit., p. 7-9.

3 STIM, Rich. **Fair Use**. Disponível em: <<https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

## 21 O DIREITO AUTORAL: ANÁLISE EVOLUTIVA NO PLANO NACIONAL E INTERNACIONAL

### 2.1 Breve panorama histórico e conceitos do Direito Autoral

Embora muitas das primeiras manifestações artísticas datem de antigos períodos históricos, tais civilizações não possuíam o conceito de Direito Autoral, sendo possível qualquer tipo de negociação com relação às criações artísticas<sup>4</sup>. Com o advento da prensa de Gutenberg, surgiu a possibilidade da ampla reprodução de materiais impressos, o que impulsionou o comércio literário, trazendo práticas, muitas vezes anticompetitivas, que colaboraram para que os envolvidos na área fossem em busca de proteção para seus investimentos e direitos<sup>5</sup>. O Direito Autoral, no modelo hoje conhecido, tem sua primeira manifestação no início do século XVIII com o *Act of Anne* de 1710, possibilitando que os autores possuíssem direitos sobre suas obras, ainda que basicamente comerciais, sem desprezar os já alcançados interesses editoriais<sup>6</sup>. Mas foi apenas em 1886, com a celebração da famosa Convenção de Berna, que se alcançou um patamar uniforme quanto aos preceitos básicos do Direito Autoral em nível internacional, de forma que a referida Convenção continua a produzir efeitos até os dias atuais, servindo de base para a criação de leis que versem sobre o assunto ao redor do mundo, mesmo após diversas alterações<sup>7</sup>.

No âmbito norte-americano, a primeira manifestação legal veio por meio da Lei Estadual de Connecticut em 1783, sendo seguido pela Constituição Federal de 1788 e pela Lei Federal do *Copyright* em 1790, proporcionando proteção a livros, mapas, composições musicais e obras de arte, por até 32 anos, desde que registrados. Posteriormente vimos surgir o *International Copyright Act*, que possibilitou uma expansão internacional aos Estados Unidos no que condiz ao *copyright*, a lei de *copyright* através do *U.S. Code* e, por fim, o *Digital Millenium*, tratando sobre a responsabilidade dos fornecedores de serviços de internet<sup>8</sup>, e o *Music Modernization Act*, que altera a *American Copyright Law* essencialmente no que diz respeito à remuneração dos detentores de *copyright* pelos serviços de streaming<sup>9</sup>. Além dos normativos, a Suprema Corte Norte-Americana teve papel fundamental ao direcionar os caminhos jurisprudência com alguns casos emblemáticos como *Wheaton v. Peters* em 1834, concedendo ao autor o direito de proteção por tempo indeterminado às

4 PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 13-14.

5 MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais na CF/88**. 2007. 551 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007. p. 230-231.

6 PINHEIRO, Patricia Peck. **Na Era Digital qual o melhor sistema: Copyright ou Direitos Autorais? Revista de Direito Privado**, v. 69, set. 2016. Mensal. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDPriv\\_n.69.08.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.69.08.PDF)>. Acesso em: 15 maio 2019. p. 2-3.

7 PARANAGUÁ, op. cit., p. 17.

8 PINHEIRO, op. cit., p. 3-6.

9 BROMLEY, Jordan. **The Music Modernization Act: a songwriter's guide to what matters next**. 2019. Disponível em: <<https://www.billboard.com/articles/business/8502195/music-modernization-act-songwriters-guide-what-matters-next>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

obras não publicadas; *Selden v. Baker* em 1880, decidindo que a proteção cabia à forma de expressão de uma ideia, e não da ideia em si; *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* em 1884, estendendo a proteção às obras fotográficas; e, ainda, *Feist Publications, Inc. v. Rurl Telephone Service* em 1991, definindo que, para ser protegida, a obra deve conter originalidade<sup>10</sup>.

Já no Brasil, a primeira manifestação legal a respeito do direito autoral veio através da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou cursos jurídicos em São Paulo e em Olinda, e dava determinado privilégio às compilações criadas por professores dos referidos cursos. Posteriormente, tivemos alguns direitos específicos em leis diversas, como os Códigos Criminais de 1831 e 1890, que trouxeram previsão de proteção às obras de cidadãos brasileiros, durando até dez anos após sua morte, e crimes contra a propriedade literária, artística, industrial e comercial, mantendo o prazo de proteção anterior e impondo algumas restrições. Na esfera constitucional, a primeira manifestação se deu através da Constituição de 1891, tendo seu entendimento seguido pela maioria das constituições seguintes<sup>11</sup>. A primeira lei brasileira tratando especificamente sobre direito autorais foi a Lei n° 496 de 1898, revogada pelo Código Civil de 1916, seguido da Lei n° 5988 de 1973, que vigorou até a entrada em vigor da atual Lei de Direitos Autorais (LDA) brasileira, n° 9610 de 1998.<sup>12</sup>

Além do desenvolvimento histórico, para um melhor entendimento dos temas a serem abordados nos capítulos seguintes, é imprescindível compreender o conceito de Direito Autoral. De acordo com Bittar, compreende-se o Direito Autoral como “o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.”<sup>13</sup> Cabe ainda ressaltar as importantes diferenças entre o Direito Autoral aplicado pelo Brasil, pertencente ao sistema continental, e do Copyright aplicado pelos Estados Unidos, pertencente ao sistema anglo-americano, de forma que, enquanto o segundo tem seu foco nas questões patrimoniais de reprodução das obras, o primeiro visa também a proteção de questões diversas, como os direitos morais<sup>14</sup>. O Copyright protege criações determinadas, como obras literárias, artísticas e musicais, dentre outras, registradas para fins de disputas judiciais, enquanto o Direito Autoral protege todas e quaisquer criações, em qualquer meio ou suporte, tangível ou intangível<sup>15</sup>, não havendo a necessidade do registro para que haja sua proteção, conforme o artigo 7° da LDA.

---

10 PINHEIRO, op. cit., p. 3-6.

11 MIZUKAMI, op. cit., p. 286-289.

12 PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 18-19.

13 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 8.

14 PARANAGUÁ, op. cit., p. 21.

15 PINHEIRO, Patricia Peck. **Na Era Digital qual o melhor sistema: Copyright ou Direitos Autorais? Revista de Direito Privado**, v. 69, set. 2016. Mensal. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/RDPriv\\_n.69.08.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RDPriv_n.69.08.PDF)>. Acesso em: 15 maio 2019. p. 9-10.



## 2.2 O Direito Autoral na Constituição e sua função social

O Direito Autoral encontra-se disposto na CF/88, mais precisamente em seu artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, garantindo quaisquer direitos de utilização, publicação ou reprodução ao autor da obra, sejam esses direitos econômicos ou morais, nos seguintes termos:

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

(...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; (...)”<sup>16</sup>.

Tais direitos, diante de sua natureza criativa, são encarados jurisprudencialmente como propriedade intelectual, apesar de trazerem algumas diferenças quando comparados aos demais direitos de propriedade conhecidos, como o tempo de detenção de tais direitos, sua forma de aquisição, a ligação eterna do autor à obra em razão de seus direitos morais e, eventualmente, os usos dados à obra<sup>17</sup>. Desta forma, pode-se compreender que, embora haja diferenças, uma vez considerado como propriedade, o direito autoral deve respeitar o trazido pelos artigos 5º, XXIII e 170, III da CF/88:

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

(...)

16 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20 mar. 2018.

17 PARANAGUÁ, op. cit., p. 65-70.

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(...)

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

(...)

III - função social da propriedade;

(...)"<sup>18</sup>

Ademais, ainda existem claras referências à direitos como acesso à educação e à cultura, bem como a liberdade de expressão, na CF/88:

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

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais."<sup>19</sup>

Há neste cenário um claro confronto entre o direito individual pertencente aos autores das obras e o cumprimento da função social de tais obras contidas no espectro intelectual, visando o coletivo, sendo essencial a busca por um equilíbrio no atendimento à ambas as esferas. No contexto norte-americano, há a possibilidade da análise concreta do caso para uma tomada de decisão de acordo com o fato, entretanto no sistema adotado em âmbito nacional, é necessária que a hipótese estudada esteja prevista em lei, para que a decisão judicial se fundamente no normativo<sup>20</sup>. Pedro Paranaguá e Sérgio Branco trazem claros exemplos de situações que, aparentemente confrontariam a LDA, entretanto atendem ao princípio da função social da propriedade, como cópias de obras realizadas

18 BRASIL, op. cit.

19 BRASIL, op. cit.

20 PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 66-71.

para sua preservação e eventuais cópias autorizadas de obras adquiridas, além de trazerem determinado caso onde entendem que deva prevalecer o direito coletivo:

“Por exemplo, pela LDA, não se pode fazer cópia de livro que mesmo com edição comercial esgotada, ainda esteja no prazo de proteção dos direitos autorais. Mas, pelos princípios constitucionais do direito à educação (art. 6º, *caput*, art. 205), do direito de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23 V) e, mais importante, pela determinação de que a propriedade deve atender a sua função social (art. 5º, XXIII), é necessário que se admita cópia do livro, ainda que protegido. O contrário seria um contrassenso, uma imersão da lógica jurídica, já que princípios constitucionais teriam que se curvar ao disposto em uma lei ordinária (a LDA), quando na verdade o oposto é que deve ocorrer.”<sup>21</sup>

Desta forma, resta clara a contradição normativa nacional à respeito do confronto entre o direito autoral na esfera individual e sua função social, visando o bem coletivo, sendo imprescindível o sopeso das situações para que seja aplicado o mais benéfico à cada situação.

### 3 | A INDÚSTRIA FONOGRAFICA

#### 3.1 Breve panorama da Indústria Fonográfica e seu desenvolvimento no âmbito nacional

O surgimento da indústria fonográfica teve seu marco inicial em 1878 através da concessão da patente do fonógrafo a Thomas Edison, entretanto foi apenas no final do século XIX que o invento passou a ter como principal utilização a gravação de músicas. Nos primeiros anos só era possível encontrar traços evolutivos mais expressivos em países desenvolvidos, que detinham a tecnologia necessária para tal, esporadicamente podendo haver gravações realizadas em países de menor poder<sup>22</sup>.

No Brasil, considerasse o início da jornada fonográfica com a chegada da Casa Edison, primeiro comércio fonográfico, em 1900, que acabou por tornar-se uma gravadora dois anos depois, sendo seguida, em 1913, pela inauguração da primeira fábrica de discos no Brasil e da América Latina, a Odeon, chegando a produzir até 125.000 unidades ao mês. Alguns anos depois, em 1927, a tecnologia elétrica chegou ao país, trazendo um exponencial aumento na produção de discos e, conseqüentemente, atraindo gravadoras internacionais, como a Columbia e a RCA. Já na década de 30, vimos surgir o rádio elétrico, que acabou por se tornar importante instrumento na evolução de todas as pontas da cadeia fonográfica e para a cultura musical brasileira.<sup>23</sup>

Entre as décadas de 60 e 70 o país acompanhou o grande crescimento na produção

21 PARANAGUÁ, op. cit., p. 71-72.

22 VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de. **Por uma história da indústria fonográfica no Brasil 1900-2010: uma contribuição desde a comunicação social. Música Popular em Revista**, Campinas, ano 3, v. 1, p.07-36, jul.-dez. 2014. Disponível em: <<https://www.publionline.iar.unicamp.br/index.php/muspop/article/view/234/271>> Acesso em: 13 maio 2019. p. 09-11.

23 VICENTE, op. cit., p. 09-16.

de discos, que chegou a atingir 5,5 milhões em 1966 e impressionantes 52,6 milhões em 1979, atraindo também outras gravadoras internacionais para o país, como a Philips a WEA e a Ariola, bem como fazendo com que empresas da área de comunicação voltassem suas atenções para a indústria fonográfica, com no caso da Rede Globo que criou a gravadora Som Livre em 1969.<sup>24</sup> Ademais, o advento da televisão proporcionou visibilidade a diversos novos artistas, aquecendo o cenário musical e fazendo com que a área se desenvolvesse com maior seriedade, como através de uma maior atuação da Associação Brasileira dos Produtores de Disco (ABPD). Na década de 90 o Brasil abandonava os vinis e fita cassetes, e passava a comercializar música através de CDs, tecnologia já utilizada em outros países desde a década anterior, paralelamente ao surgimento de novos setores na indústria, como empresas responsáveis pela gravação e produção destes CDs, enquanto as gravadoras ficavam responsáveis apenas pela promoção dos artistas e pela distribuição de seus produtos.<sup>25</sup>

Foi com a possibilidade de acesso à internet, que o Brasil e o mundo viram a maior mudança na indústria fonográfica, devido à mudança da forma de consumo de música pela sociedade, que diminuiu o consumo de música no formato físico e passou a optar por formatos digitais, reproduzidos através de aparelhos portáteis. Além da facilidade no consumo, o surgimento de softwares que permitiam o compartilhamento online indiscriminado de arquivos, contribuía para o desenvolvimento da pirataria, o que impactava diretamente nos direitos autorais, que eram totalmente negligenciados. Em 2005 surgiram as plataformas de *streaming*, como o Spotify e o Deezer, que permitem um fácil acesso a um grande repertório musical através do pagamento de uma taxa, ou de graça com interrupções para publicidades, que passaram a fazer cada vez mais sucesso desde então.<sup>26</sup> De acordo com o *Global Music Report 2019* da IFPI, em 2018 houve um crescimento de 32,9% na receitas de *streamings* pagos e de 34% nas receitas gerais de *streaming*, de forma que tais plataformas são responsáveis por 46,9% de todo o lucro global do mercado musical<sup>27</sup>, sendo que só na América Latina houve um crescimento de 39,3% nos acesso de *streamings*, com o Brasil sendo seu maior mercado musical, atingindo 38,5% de crescimento no mercado digital.<sup>28</sup>

Com toda facilidade promovida pela internet, pelos softwares de compartilhamento de arquivos, pelos *streamings* e por sites de conteúdo como o Youtube, as pessoas incorporaram a música ao seu dia-a-dia de forma intensa e predominante, e é comum que aconteçam violações constantes aos Direitos Autorais, sobretudo no que se refere à música. Para que não haja abusos e, como resposta, a supressão das funções sociais

24 VICENTE, op. cit., p. 17-19

25 VICENTE, op. cit., p. 17-19.

26 MARTINS, Heigor Souza. **Serão as novas plataformas digitais responsáveis pelo recolhimento de direitos autorais por performances ao vivo?**: O embate entre ECAD e as soluções de e-commerce. 2017. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017. p. 21-27

27 IFPI. *Global Music Report 2019*: state of industry. [s.l.]: Ifpi, 2019. Disponível em: <<https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>>. Acesso em: 03 abr. 2019. p. 6.

28 Ibid., p. 16.

das obras, são necessários dispositivos normativos atualizados, como a existência de ferramentas para identificação de usos que não afetem negativamente a obra e os direitos detidos pelo autor da mesma, assim como o *Fair Use*.

## 4 I FAIR USE: CONCEITOS E APLICABILIDADE PERANTE O DIREITO AUTORAL BRASILEIRO

### 4.1 O instituto americano do *Fair Use* e conceitos similares utilizados em outros países

O instituto americano do *Fair Use* traz o conceito de que determinados usos de obras protegidas pelos direitos autorais, como a citação de parte da obra para críticas e/ou comentários, devem ser livres. Rich Stim traz que se pode compreender o *Fair Use* como<sup>29</sup>

“... qualquer cópia de material protegido por direitos autorais feito para um propósito limitado e “transformador”, como para comentar, criticar ou parodiar um trabalho protegido por direitos autorais. Tais usos podem ser feitos sem a permissão do proprietário dos direitos autorais. Em outras palavras, o *Fair Use* é uma defesa contra uma reivindicação de violação de direitos autorais. Se o seu uso se qualifica como um uso justo, então não seria considerado uma infração.” (tradução nossa)<sup>30</sup>

Apesar de ainda existirem dúvidas sobre o conceito perfeito de *Fair Use* e sobre o que significaria uso transformador, entende-se que a maioria dos processos envolvendo *Fair Use* tratam do uso em situações de comentários e críticas, ou de paródias. Stim nos traz alguns exemplos práticos que ajudam a compreender melhor a aplicação do instituto<sup>31</sup>:

- citar algumas linhas de uma música do Bob Dylan em uma resenha de música;
- resumir e citar um artigo médico sobre câncer de próstata em um boletim de notícias;
- copiar alguns parágrafos de um artigo de notícias para uso por um professor ou aluno em uma lição, ou
- copiar uma parte de um artigo da revista *Sports Illustrated* para uso em um caso judicial relacionado.” (tradução nossa)<sup>32</sup>

29 STIM, Rich. **Fair Use**. Disponível em: <<https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

30 “...any copying of copyrighted material done for a limited and “transformative” purpose, such as to comment upon, criticize, or parody a copyrighted work. Such uses can be done without permission from the copyright owner. In other words, fair use is a defense against a claim of copyright infringement. If your use qualifies as a fair use, then it would not be considered an infringement.”

31 STIM., loc. cit.

32 “• quoting a few lines from a Bob Dylan song in a music review; •summarizing and quoting from a medical article on prostate cancer in a news report; • copying a few paragraphs from a news article for use by a teacher or student in a lesson; or, •copying a portion of a *Sports Illustrated* magazine article for use in a related court case.”

Para que se chegue ao entendimento sobre a condição do *Fair Use*, existem quatro fatores que servem como guias para os juízes americanos nos casos que abordam a questão, sendo eles (i) a finalidade e a natureza do uso, que vai verificar se o trecho foi utilizado para fins comerciais e/ou educacionais, por exemplo; (ii) a natureza da obra utilizada, que analisa se a obra utilizada traz mais informações fáticas (não protegidas por direitos autorais) ou criações, e a existência de interesse público perante a obra, por exemplo; (iii) a quantidade e a qualidade da parte utilizada em comparação à obra inteira; e, por fim, (iv) os efeitos do uso no mercado e no valor da obra original, tratando sobre o impacto financeiro. Diante de tais fatores, é realizado um juízo de ponderação final sobre o impacto de todos eles de forma conjunta, observando ainda outras questões do caso concreto.<sup>33</sup>

A Convenção de Berna, principal normativo internacional, traz de forma semelhante ao *Fair Use*, a regra dos três passos em seu Art. 9 (2), permitindo que as legislações tragam hipóteses de utilização de obras protegidas em casos especiais, visando que tais normativos delimitem as hipóteses com precisão, sem (i) causar danos comerciais ou econômicos injustos ao autor da obra, bem como criar qualquer tipo de conflito com a exploração da obra utilizada; (ii) ter seu uso limitado, não podendo causar confusão entre as obras; e, (iii) aproveitar-se de forma indevida. Este sistema tem sido o adotado na maioria dos países signatários da Convenção, apesar de muito dele não estabelecerem restritamente as hipóteses em lei.<sup>34</sup>

## 4.2 A aplicabilidade do *Fair Use* perante o Direito Autoral brasileiro

O Brasil, que segue as premissas europeias do Direito Autoral, não faz menção à existência do *Fair Use* em sua legislação, entretanto traz hipóteses em conceito semelhante através do Art. 46 da LDA, mesmo que não havendo margens para interpretações de casos abstratos à lei, devendo a hipótese se encaixar no ali previsto<sup>35</sup>. Como exemplo das possibilidades previstas no Art. 46, temos a reprodução de discursos pronunciados em reuniões públicas; a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista e sem intuito de lucro; a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; dentre outros.<sup>36</sup>

A principal diferença entre o *Fair Use* e a condição trazida pela LDA, é o fato de

33 MAGRANI, Eduardo. **As limitações no direito norte-americano e a inaplicabilidade do Fair Use ao contexto brasileiro**. In: Anais do VIII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2014. p. 95-105. Disponível em: <[www.gedai.com.br](http://www.gedai.com.br)>. Acesso em: 23 mar. 2018. p. 97-99.

34 PINHEIRO, Patricia Peck. **Na Era Digital qual o melhor sistema: Copyright ou Direitos Autorais? Revista de Direito Privado**, v. 69, set. 2016. Mensal. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/RDPriv\\_n.69.08.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RDPriv_n.69.08.PDF)>. Acesso em: 15 maio 2019. p. 7-8.

35 PINHEIRO, op. cit., p. 6-7.

36 BRASIL. **Lei nº 9.610 de 29 de fevereiro de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)> Acesso em: 20 mar. 2019.

que na segunda não é possível analisar o caso concreto e aplicar o instituto de acordo com alguns parâmetros pré-definidos, devendo a situação estar expressamente prevista no texto da lei para ser considerada como uma exceção ao Direito Autoral, de forma que o sistema americano é melhor adaptável e se molda melhor à situações inéditas, o que leva à uma argumentação no sentido de que além das situações já definidas pelo Art. 26 da LDA, seria cabível que seu *caput* trouxesse também alguns parâmetros para a identificação de situações adversas, onde fosse possível aplicar o conceito, aplicando de forma mais justa a função social da propriedade.<sup>37</sup>

Por outro lado, o *Fair Use* pode criar um ambiente de insegurança jurídica, uma vez que não se prevê com exatidão o que deverá ser coberto pelas exceções, e é isso que a Convenção de Berna busca evitar ao impor a que a regra dos três passos deve abranger apenas situações especiais, dando entender a necessidade da especificação das situações através da lei que tratar sobre Direitos Autorais. Ademais, o *Fair Use* tem suas bases em questões econômicas, visando puramente a defesa dos Direitos Autorais em sua ordem econômica e patrimonial como é aplicado pelo *Copyright*, sendo necessário identificar seus impactos patrimoniais ao autor da obra original para que se determine seu enquadramento, não abrangendo os direitos morais tão significativos e protegidos pelo Direito Autoral brasileiro.<sup>38</sup>

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto no presente artigo, é possível a melhor compreensão a respeito do ramo dos Direitos Autorais, das principais diferenças entre os sistemas utilizados no Brasil e nos Estados Unidos, sobretudo do instituto do *Fair Use*, sua aplicação, benefícios e dificuldades, bem como da indústria fonográfica, de sua evolução em âmbito nacional e da necessidade da evolução jurídica para que a acompanhe e seja efetiva na proteção dos direitos individuais do autor e também dos direitos coletivos, como a função social da propriedade.

A falta de flexibilidade do sistema normativo e do sistema judicial brasileiro na análise dos casos concretos, apesar de trazer segurança jurídica, não atende o ritmo de produção de obras criativas, como a música, e o amplo fluxo de compartilhamento trazido pelo advento da internet e pelas plataformas de *streaming*. De forma que fica clara a necessidade de ajustes aos normativos brasileiros, para que se adequem à nova realidade trazida pela tecnologia, e atendam às situações antes inexistentes.

Embora não seja plausível a adoção do *Fair Use* em seu sentido puro no contexto nacional, devido a grande dificuldade de aplicabilidade de análise de situações isoladas

37 MAGRANI, Eduardo. **As limitações no direito norte-americano e a inaplicabilidade do Fair Use ao contexto brasileiro**. In: Anais do VIII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2014. p. 95-105. Disponível em: <[www.gedai.com.br](http://www.gedai.com.br)>. Acesso em: 23 mar. 2018. p. 98-100.

38 *Ibid.*, p. 101-104

perante o sistema judiciário nacional, conclui-se que é indispensável que normativamente a experiência americana seja utilizada para o aprimoramento e atualização das leis nacionais, afim de adequá-las aos desafios propostos pelas novas tecnologias e atender não somente aos interesses individuais dos autores mas, principalmente, equilibrar tais direitos à função social da propriedade e ao acesso para fins culturais.

## REFERÊNCIAS

ANDERSON, Chris. **A Cauda Longa**: Do mercado de massa para o mercado de nicho. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.610 de 29 de fevereiro de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)> Acesso em: 20 mar. 2019.

BROMLEY, Jordan. **The Music Modernization Act**: a songwriter's guide to what matters next. 2019. Disponível em: <<https://www.billboard.com/articles/business/8502195/music-modernization-act-songwriters-guide-what-matters-next>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

IFPI. **Global Music Report 2019**: state of industry. [s.l.]: Ifpi, 2019. Disponível em: <<https://www.ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

MAGRANI, Eduardo. **As limitações no direito norte-americano e a inaplicabilidade do Fair Use ao contexto brasileiro**. In: Anais do VIII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2014. p. 95-105. Disponível em: <[www.gedai.com.br](http://www.gedai.com.br)>. Acesso em: 23 mar. 2018.

MARTINS, Heigor Souza. **Serão as novas plataformas digitais responsáveis pelo recolhimento de direitos autorais por performances ao vivo?**: O embate entre ECAD e as soluções de e-commerce. 2017. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais na CF/88**. 2007. 551 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Na Era Digital qual o melhor sistema: Copyright ou Direitos Autorais?** *Revista de Direito Privado*, v. 69, set. 2016. Mensal. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDPriv\\_n.69.08.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.69.08.PDF)>. Acesso em: 15 maio 2019.



STIM, Rich. **Fair Use**. Disponível em: <<https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

VICENTE, Eduardo; MARCHI, Leonardo de. **Por uma história da indústria fonográfica no Brasil 1900-2010: uma contribuição desde a comunicação social. Música Popular em Revista**, Campinas, ano 3, v. 1, p.07-36, jul.-dez. 2014. Disponível em: <<https://www.publonline.iar.unicamp.br/index.php/muspop/article/view/234/271>>. Acesso em: 13 maio 2019.

# CAPÍTULO 14

## URBANIZAÇÃO, DIREITO À MORADIA E RISCOS DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL PREVISTO NA LEI NA LEI 9.514/1997

*Data de aceite: 01/03/2021*

### **Ivandel Valdir Moraes de Brito**

Acadêmico do décimo período do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc)  
Chapecó

### **Jerri Adriani Barbieri**

Professor de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade Estácio de Sá (UNESA)

**RESUMO:** A pesquisa teve como propósito o acompanhamento do processo de urbanização e a instituição do direito à moradia, buscando-se, na compreensão histórica de acesso à propriedade no Brasil, os motivos da excessiva concentração de terras que perdura até os dias atuais; conjuntura que propicia migrações e imigrações no país, culminando com o fenômeno da concentração na maioria da população brasileira nas cidades. Com relação ao acesso à moradia, percebe-se poucas iniciativas do Estado, com destaque para o Sistema de Financiamento Habitacional (SFH) de 1964, seguido pela instituição de uma forma paralela de acesso ao crédito para casa própria, o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), lei n. 9.514/1997. Com SFI institui-se a alienação fiduciária em garantia do financiamento, constituindo-se contrato resolúvel entre as partes, em que a posse direta do imóvel é exercitada pelo devedor e a propriedade do bem permanece com o credor. Havendo

adimplência até a quitação, resolve-se o contrato e institui-se a propriedade plena para o mutuário, agora proprietário pleno. Porém, em caso de inadimplência, o credor passa a exercer seu direito sobre o imóvel assumindo a propriedade plena do bem e colocando-o à disposição do mercado, utilizando-se de leilão público para satisfação do seu crédito. No desenvolvimento da pesquisa verificar-se-á se esse procedimento de execução extrajudicial da lei n. 9.514/97 afronta princípios constitucionais. Utilizar-se a técnica bibliográfica e método dedutivo, com abordagem qualitativa em documentos, leis, livros e teses sobre o tema. A pesquisa está organizada em seções e subseções para melhor organização e compreensão do trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Propriedade, urbanização, direito à moradia, alienação fiduciária, e (in) constitucionalidade.

### URBANIZATION, RIGHT TO HOUSING AND RISKS OF THE EXTRAJUDICIAL IMPLEMENTATION PROCEDURE LAW 9.514 / 1997

**ABSTRACT:** The research aimed to monitor the urbanization process and the institution of the right to housing. As a general aim, it will be sought to verify whether the out-of-court execution instituted by law no. 9.514/97 hurts constitutional principles. We also seek to understand the historical process of access to property in Brazil, responsible for the excessive concentration of land, that lasts until our days, and stimulated migration and immigration in the country, culminating in the phenomenon of concentration in the majority of the Brazilian population in cities, and so the comprehension

of this procedure. Regarding access to housing, there are few initiatives of the State, with emphasis on the Housing Financing System - Sistema de Financiamento Habitacional (SFH) in 1964, followed by the institution in a parallel way, the real State Financing System - Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) in 1997. The SFI establishes as innovation the chattel mortgage in guarantee of financing, constituting a resoluble contract where the direct possession of the property is exercised by the debtor and the possession of the property remains with the creditor. If there is default until discharge resolves the contract and full ownership is instituted for the borrower, now full owner. However, in case of default the creditor begins to exercise his right, assuming full ownership of the property and making it available to the market for sale in public auction to satisfy his credit. The research will use the bibliographic technique and deductive method, using a qualitative approach in documents, laws, books and thesis on the subject. The Article is divided sessions for better organization of work.

**KEYWORDS:** Property, urbanization, right to housing, fiduciary alienation, and (un) constitutionality.

## 1 | INTRODUÇÃO

A construção de um direito fundamental de moradia passa pela possibilidade de se ter acesso pleno à propriedade, com iniciativa e estímulo de toda sociedade, além da intervenção do Estado assegurando condições específicas de concretização desse direito, com linhas de crédito acessíveis e de longo prazo e de segurança jurídica para os contratantes. Ao longo do período republicano, concretizaram-se formas de acesso a financiamento à moradia, entretanto, com a criação da lei n. 9.514/1997 instituiu-se uma nova forma de garantia real e dois novos personagens no negócio jurídico, devedor fiduciante e credor fiduciário.

Neste relacionamento contratual, ambos desfrutam de poder e interesse sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária, dividindo-se entre posse para o devedor e propriedade para o credor. Constituindo-se adimplência durante todo o período de amortização do financiamento, haverá a resolutividade do contrato ao final do prazo do financiamento ou com a quitação antecipada da dívida. Entretanto, no caso de inadimplência, o credor passa a ter o direito de execução extrajudicial do bem imóvel, direcionando-o para venda em leilão público para satisfação do crédito.

A partir desta problemática, a pesquisa terá como objetivo geral responder à seguinte pergunta: nesse procedimento extrajudicial, encontra-se agressão a direitos fundamentais previstos na Constituição federal de 1988, como o devido processo legal, ampla defesa, contraditório e juiz natural ou inafastabilidade da jurisdição? Considerar-se-á como enfoque a provocação do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema através de repercussão geral de dois recursos extraordinários, RE n. 627106, de relatoria do ministro Dias Toffoli, distribuído 14/07/2010 e RE n. 860631, de relatoria do ministro Luiz Fux, distribuído em 05/01/2015; com vistas na determinação de (in)constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial.

Como objetivos específicos buscar-se-á entender o processo de execução extrajudicial a partir da introdução da lei n. 9.514/1997; procurar-se-á entender se a construção do direito fundamental à moradia teve como base um projeto de construção de cidadania em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana ou se esse direito fundamental ainda é uma pretensão ratificada no texto constitucional e; analisar-se-á o processo de urbanização brasileiro, acesso à moradia e se há riscos à este direito fundamental com aplicação do procedimento da execução extrajudicial do devedor inadimplente.

A pesquisa utilizar-se-á da técnica bibliográfica e método de pesquisa dedutivo utilizando abordagem qualitativa sobre os diversos conhecimentos sobre o tema proposto, embasados na Constituição Federal de 1988, leis, livros, produção científica e documental. O artigo será demarcado por seções e subseções para melhor exposição do conteúdo estudado.

O trabalho terá início com uma incursão nas etapas de desenvolvimento do Brasil para embasar a pesquisa acerca da influência das políticas de Estado de acesso à propriedade nos períodos colonial, imperial e atual fase republicana, ou seja, da realidade colonial da política mercantilista até a introdução do sistema capitalista, acompanhando-se o processo de urbanização e introdução de políticas de acesso à moradia.

## **2 | DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. DO BRASIL RURAL AO URBANO**

A Constituição Federal de 1998, em seu art. 23, inciso IX estabelece competência comum para que os entes federativos promovam “[...] programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; [...]” (BRASIL, 1988), com um olhar ampliado da moradia além do aspecto da proteção material, mas sim no sentido mais amplo do exercício de cidadania, da dignidade e que produz sentimento de pertença e de inclusão à sociedade organizada. Entretanto, cabe lembrar que o Estado só reconheceu a moradia como um direito fundamental do cidadão a partir de compromissos assumidos junto às Organizações das Nações Unidas (ONU), por ocasião da Agenda Habitat de 1992, que estimulou a iniciativa de inclusão da moradia no rol de direitos sociais expressos no art. 6. da Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional n. 26, de 14/02/2000, como aponta Renato Cymbalista (2006, p. 41).

Com a inclusão da moradia como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, passa a haver direcionamento responsabilidade objetiva para o Estado na implementação de políticas habitacionais na satisfação deste direito, porém, independentemente da demora para positivação, o mais importante é que se trata de uma conquista do cidadão e não uma mera concessão do Estado, pois verificando a retrospectiva histórica da formação da propriedade privada no Brasil pode-se compreender quão importante foi a conquista da positivação do direito fundamental à moradia.

No período colonial iniciam-se as primeiras ações de Estado, promovidas pela metrópole Portugal, com a instituição de capitanias hereditárias sob regime do sistema de sesmarias, as quais tiveram objetivo específico de ocupação e exploração econômica do território brasileiro com a distribuição gratuita de terras com encargos aos donatários. Dentre estes encargos, destacam-se investimento na produção agrária e de obrigações de manutenção e proteção das terras, além de outros compromissos com a Coroa portuguesa “[...] na forma de deveres jurídicos diversos, que variavam conforme as exigências econômicas da conjuntura colonial, e que revelam uma pluralidade de formas proprietárias sesmarias, ainda que unificadas pelo ato originário da carta régia. [...]” (VARELA, 2005, p. 73).

Esta análise do processo de aquisição de propriedade no Brasil propicia a criação de uma atmosfera necessária para o estudo do direito fundamental da moradia, o qual está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet (2009), pois tratando-se de direito à moradia há uma “[...] íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca, pelo menos no âmbito daquilo que se se tem designado de um direito às condições materiais mínimas de existência digna.” (SARLET, 2009, p. 345).

Segundo Nelson Nozoe (2006), como todas as terras brasileiras pertenciam à Coroa portuguesa, a instituição do sistema de concessão de terras contido na Lei Sesmaria “[...] foi o único meio de obtenção de terras e seu título de propriedade.” (NOZOE, 2006, p. 1). O processo de concessão de sesmarias era realizado por meio de carta régia, uma espécie de título emitido pelo Rei diretamente ao donatário.

Esse processo continuou até a estruturação do governo geral no Brasil, onde o governador passa a ter o poder de conceder terras. Dessa forma, “[...] as cessões de terras em sesmaria tornaram-se então simples concessões administrativas sobre o domínio público, gravadas com o encargo de cultivo.” (NOZOE, 2006, p. 6). Tomé de Souza, primeiro governador geral do Brasil administra a partir de 1548, da Bahia, dando sequência a novas concessões de terras objetivando atender às necessidades da metrópole, particularmente produção de cana de açúcar e contribuição monetária para construção de instalações prediais e para a segurança da colônia de Portugal (NOZOE, 2006, p. 6-7).

Assimilando o raciocínio de Varela (2005, p. 86-87) em sua análise sobre a transposição do sistema jurídico de sesmaria de Portugal para o Brasil, percebe-se que o regimento teve que ser adaptado às condições brasileiras, com a propriedade plena das terras permanecendo nas mãos da Coroa portuguesa, pois a reciprocidade produtiva por parte do donatário era a forma de manutenção dessas terras em mãos de particulares; concluindo com afirmação de que no direito brasileiro “[...] o domínio sesmarial será a veste jurídica das concessões de terras feitas pela Coroa aos particulares, núcleo-base da formação da propriedade privada, que ganharia contornos jurídicos-institucionais na segunda metade do século XIX.” (VARELA, 2005, p. 70). O autor refere-se à Lei de Terras

de 1850, sobre a qual tratar-se-á mais adiante.

Percebe-se que o sistema jurídico sesmaria de cessão de terras adaptou-se a realidade brasileira, inicialmente motivado pelo interesse da Coroa, porém, com a instituição do Governo Geral do Brasil a partir de 1548, o Governador Geral passa a ter o poder de conceder sesmarias e os interesses dos particulares passam a influenciar nestas decisões. Como exemplo, no regimento de 1548, Laura Beck Varela (2005) informa que constava permissão de venda da sesmaria após 3 anos da permanência nas terras, compreendendo como uma tendência “[...] ao direito pleno da propriedade da terra.” (VARELA, 2005, p. 84).

Com o advento processo de independência do Brasil determinou-se a suspensão do sistema jurídico de concessão de terras através de sesmarias, com a Resolução do príncipe regente D. Pedro, de 17/07/1822. Desta forma, até a convocação da Assembleia Constituinte o acesso à terra passou a concentrar-se no apossamento, mas não apenas possuir as terras como relata Nozoe (2006, p.10), pois “[...] a simples posse, desacompanhada dos dois elementos básicos, moradia habitual e produtividade, não tem força suficiente para engendrar direitos que militam somente em favor da ocupação [...]” (NOZOE, 2006, p. 10).

Nelson Nozoe (2006) informa ainda que passa a haver convivência lado a lado entre posseiros e sesmeiros. Posseiros habitando as regiões mais interioranas do país e nas fronteiras, enquanto os sesmeiros nas regiões de litorâneas e mais populosas, com organização administrativas e urbanizadas (NOZOE, 2006, p. 11).

Durante o processo da Assembleia Constituinte de 1823 houveram várias discussões sobre direito a propriedade e para a qual, provavelmente, José Bonifácio criara um manuscrito com sugestões para limitação do tamanho das propriedades no Brasil, até mesmo, propondo a recuperação de parte das terras que estivessem improdutivas e colocá-las sob proteção do Estado para redistribuí-las no futuro, porém, sem adesão dos deputados e “[...] não encontrando eco nem junto às Cortes nem perante à aristocracia agrícola colonial, de cujo apoio dependiam os governantes.” (NOZOE, 2006, p.17).

De fato, o oposto foi positivado pela Assembleia Geral Constituinte de 1823 e os direitos dos proprietários foram fortalecidos na Constituição do Império de 1824, ao se verificar em seu art. 179, como uma das garantias dos direitos civis a propriedade e, em seu inciso XXII há um reforço deste posicionamento com a diretiva que será garantido o direito à propriedade em toda sua plenitude (BRASIL, 1824).

Com a instituição da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, conhecida por Lei de Terras, passa a haver uma nova realidade no acesso às terras devolutas, expressa em seu artigo primeiro, em que se lê: “Art. 1. Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja a compra.” (BRASIL, 1850). Na análise do autor, a Lei de Terras trouxe alteração na concepção de propriedade, que antes eram distribuídas considerando compromissos com o império “[...] ou prestígio social do beneficiário, passava a ser considerada tão-somente uma mercadoria, a ser adquirida na proporção do poder econômico do seu comprador.” (NOZOE, 2006, p.18).

A Lei de Terras ainda estabelece, em seu art. 4., que as sesmarias seriam revalidadas e no art. 5., que as posses seriam legitimadas obedecendo critérios de demarcação, medição das terras e designação das fronteiras para obtenção do devido título público, sem o qual a propriedade não poderia ser alienada; estabelecendo ainda como requisitos objetivos para revalidação e legitimação que as terras estivessem cultivadas e com moradia habitual do posseiro e sesmeiro (BRASIL, 1850).

Outra reflexão importante para nosso tema é que a partir da legalização das terras com títulos públicos permitia-se que a propriedade fosse utilizada como garantia de operações financeiras, pois “[...] a partir da década de 80 a terra se torna, efetiva e eficientemente, garantia ao crédito hipotecário [...]” (VARELA, 2005, p. 130), estimulando o mercado financeiro incipiente na fomentação de novos empreendimentos (VARELA, 2005, p. 130).

O fato é que a Lei de Terras tornou o acesso a propriedade um direito disponível a quem pudesse pagar, representando uma legislação para regular formas de acesso e alienação da propriedade privada; lembrando que neste momento histórico da decretação da Lei de Terras teve início forte imigração de europeus, além de discussões sobre o fim do trabalho escravo no Brasil e ocorrendo também a diversificação das culturas agrárias como o cultivo do café, além de forte estímulo estatal para industrialização de produtos no Brasil.

Esse crescimento das cidades estimula a especulação e o valor das terras torna-se inacessível para grande parte dos brasileiros, com a propriedade passando a representar status e símbolo de poder regional das oligarquias, entretanto, sem que a propriedade atingisse reconhecimento estatal de sua função social, pois basicamente a ideia parece sempre ter sido a de fortalecer as bases econômicas do país e estruturar fontes de renda para o Estado.

Com relação à políticas de acesso à moradias, pode-se visualizar iniciativas a partir dos anos 30, com o rompimento da política da velha república e a nova política de Getúlio Vargas, somados ao processo de industrialização em franca expansão, organização do mercado de trabalho, aliada à formação de mão de obra especializada; além da intensa urbanização em todo o país, gerando expectativas do exercício pleno dos direitos que a República defende, bem como acesso às condições de moradia digna através de financiamentos imobiliários.

Analisar-se-á os sistemas atuais de acesso ao crédito, nos quais apresentam instrumentos de garantia do crédito diverso como hipoteca e alienação fiduciária, entretanto, com os dois sistemas oferecendo formas de execução extrajudicial e apresentando frequentes resistências dos mutuários em defesa de seu direito à moradia, sob argumentação de desrespeito à princípios constitucionais e questionamentos sobre possível inconstitucionalidade pela forma de execução extrajudicial.

## 2.1 Sistema de financiamento da habitação (SFH)

Segundo Sérgio Azevedo (1988, p. 107), a primeira iniciativa de política de Estado para incentivar acesso a moradia surgiu a partir de 1946, com a criação da Fundação da Casa Popular (FCP) para ser agente nacional de estímulo aos financiamentos de moradias, porém, totalmente dependente dos recursos dos entes federativos, já que a fonte principal de financiamento era um fundo criado para receber os recursos do imposto de transmissão de imóveis pelos estados, sendo a doação de terrenos para os projetos de casa popular, a contrapartida dos municípios. De sua parte, a Fundação da Casa Popular deveria oferecer linhas de crédito de longo prazo e baixas taxas de juros, porém, não havia indexador para manter atualização dos valores financiados, acarretando sérios problemas pelo impacto inflacionário sobre as contas da FCP (AZEVEDO, 1988, p. 107).

Além da ausência de indexador para proteger o crédito da inflação, Sergio Azevedo (1988, p. 109) informa que o sistema FCP enfrentava forte inadimplência da carteira imobiliária, além de desacordos entre municípios, estado e governo federal sobre o direcionamento político dos projetos habitacionais da FCP; acabando por condená-la ao colapso econômico e ao encerramento das suas atividades em 1964, imediatamente após a tomada do poder pelos militares, os quais identificavam a Fundação da Casa Popular com o antigo regime e a consideraram irrecuperável financeiramente (AZEVEDO, 1988, p. 109).

Com a instituição de um novo regime político no Brasil também houveram mudanças na política habitacional, iniciando-se com a criação do Banco Nacional da Habitação (BNH) e sua função na administração do Sistema de Financiamento da Habitacional (SFH), instituído pela Lei nº 4.380/64, de 21 de agosto de 1964, ancorado em política de autofinanciamento através de fontes constantes de recursos da caderneta de poupança e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) (SANTOS, 1999, p. 10).

Segundo Claudio H. M. Santos (1999), a criação do SFH foi “[...] um marco fundamental da intervenção do governo brasileiro no setor habitacional, assim como sua evolução no período que vai da sua criação até a extinção do Banco Nacional de Habitação (BNH), em 1986 [...]” (SANTOS, 1999, p. 07). Para o SFH, buscou-se soluções que suprimisse as deficiências do sistema anterior, FCP, como a não previsão dos riscos da inflação sobre o crédito disponibilizado, por exemplo; acreditando que a introdução de cláusula de correção monetária “[...] sobre os saldos devedores e as prestações dos financiamentos habitacionais viabilizaria tais investimentos (característica de longo prazo), mesmo em uma economia cronicamente inflacionária.” (SANTOS, 1999, p. 10).

Sobre a criação do BNH e fontes de financiamento, Sérgio Azevedo (1988) salienta que foram estruturadas medidas de incentivo ao setor de economia popular, como a caderneta de poupança além de estímulo à geração de emprego com carteira assinada para aumentar a poupança de longo prazo do FGTS, além de incentivo para o “[...]”



desenvolvimento da indústria de materiais de construção civil; fortalecimento, expansão e diversificação das empresas de construção civil e das atividades associadas.” (AZEVEDO, 1988, p. 109-110).

Ao BNH também caberia estruturar convênios com empresas estatais mistas chamadas Companhias de Habitação (COHAB), sob controle acionário de estados e municípios, responsáveis pela captação de mutuários para financiamentos de casas de interesse social, obtendo aprovação de financiamentos seguindo “[...] orientação do banco, e supervisionavam a construção de moradias destinadas às camadas mais pobres da população, de acordo com as prioridades estabelecidas pelo governos locais (os estados, no caso).” (SANTOS, 1999, p. 11)

Como política de Estado constata-se o foco de atuação e público alvo para o SFH já no art. 1º especificando que o objetivo será “[...] a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.” (BRASIL, 1997). Neste sistema, além do direcionamento para as populações mais carentes em função do grande déficit habitacional fica claro a prevalência do Estado também no gerenciamento dos programas através do BNH.

No SFH a garantia real da hipoteca imobiliária protege o crédito e é gravada na matrícula do imóvel, com manutenção por parte do devedor de todos os direitos da propriedade, o uso, o gozo, a posse e alienação, nos termos do art. 1.228 do Código Civil (BRASIL, 2002). Entretanto, conforme art. 31, do Decreto-Lei n. 70/1966, havendo inadimplência “[...] da dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida [...]” (BRASIL, 1966).

Trata-se de execução extrajudicial do Decreto-Lei n. 70/1966, procedimento previsto nos artigos 31 a 38. Analisando o Decreto-Lei 70/1966, Volnei Luiz Denardi constata que após sua edição haviam muitas críticas sobre a sua utilização, as quais perduram até a atualidade e a solução foi a criação da lei n. 5741/1971, estabelecendo “[...] um procedimento judicial para execução de contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. Essa nova lei não revogou o Decreto-Lei nº 70. Ao contrário, afirmou em seu art. 29 a coexistência de duas execuções [...]” (DENARDI, 2005, p. 123).

Percebe-se com base nas considerações de Denardi (2005, p. 123) que o Decreto-Lei n. 70/1966 já era questionado quando da sua inclusão no mundo jurídico, perdurando até os dias atuais, inclusive com discussão de sua (in)constitucionalidade, pois seria incompatível com o estado democrático de direito, acreditando-se que por detrás dessa forma de execução possam estar sendo violados princípios constitucionais (DENARDI, 2005, p. 124).

Uma das ações judiciais teve repercussão geral no STF após agravo de instrumento em RE n. 2005.70.00.022117-0/PR atacando o não acolhimento do pleito em Ação declaratória de Nulidade combinada com Ação Revisional de contrato de financiamento

imobiliário junto à Caixa Econômica Federal, pelo SFH, com base na argumentação de violação de princípios constitucionais e que o Decreto-Lei n. 70/1966 não teria sido recepcionado pela CF/88 (BRASIL, 2011).

O agravo de instrumento foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4. Região (TRF4), sendo-lhe negado repercussão com a justificativa que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência Supremo Tribunal Federal (STF). Em agravo de instrumento seguiu-se pleito para o STF, encontrando acolhida na relatoria do Ministro Dias Toffoli através de determinação de sua conversão em Recurso Extraordinário em 12/04/2010 e recebendo o número de RE 627106 (BRASIL, 2011).

Com o reconhecimento da repercussão geral inicia-se a votação na longínqua data de 18/08/2011, com o voto do relator Ministro Dias Toffoli defendendo que não há incompatibilidade constitucional com a normatização da execução extrajudicial previstas no Decreto-Lei n. 70/1966 e informando estar pacificada a jurisprudência do STF de que as disposições contidas no referido Decreto-Lei “[...] que cuidam de execução extrajudicial foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, não padecendo, destarte, de nenhum vício a execução que assim seja levada a cabo pelo credor hipotecário.” (BRASIL, 2011).

Em continuação a seu voto, o Ministro Dias Toffoli argumenta que a jurisprudência do STF é antiga sobre o tema, referenciando o RE 223075, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de 05/02/1998, com votação unânime pela constitucionalidade do Decreto-Lei n. 70/1966, votação realizada no STF, em 23/06/1998. O voto do Ministro Dias Toffoli foi seguido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2011).

Entretanto, na sequência houveram quatro votos pela não recepção do referido decreto, nas pessoas dos Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ministro Ayres, Marco Aurélio e com destaque para o voto do Ministro Ayres Britto, afirmando que o Decreto-Lei n.70/1966 “[...] consagra um tipo de execução privada de bens do devedor imobiliário que tem aparência de expropriação, na medida que consagra um tipo de autotutela que parece corresponder a teleologia da Constituição quando (esta) fala em devido processo legal.” (BRASIL, 2011).

O Ministro Gilmar Mendes ao discursar sobre o tema, mas sem realização de juízo sobre o mérito expõe sua preocupação aos pares informando que “[...] tendo em vista os votos já avançados no sentido da não recepção (do decreto-lei pela constituição), vou pedir vistas dos autos para trazer um exame mais acurado do tema” (BRASIL, 2011), ocasionando a paralização do julgamento do RE 627106 em 18/08/2011.

A partir da verificação do andamento da votação do Site do STF, em 30/10/2019, constata-se que a única evolução do processo fora a decisão do relator Ministro Dias Toffoli sobre renúncia comunicada às folhas 524 dos autos, em 08/02/2018 e o registro de Concluso para Despacho Indevido em 16/02/2018, com determinação da relatoria para que o processo voltasse para o gabinete do Ministro Gilmar Mendes.

Dessa forma o controvertido assunto da receptividade ou não do Decreto 70/1966 sobre execução extrajudicial de bens imóveis, o qual aparentava pacificação na jurisprudência brasileira, passa-se representar insegurança jurídica para o mercado imobiliário com garantia hipotecária, expondo incertezas e fortalecendo argumentação sobre a (in)constitucionalidade da execução extrajudicial de imóveis.

## 2.2 Sistema de financiamento imobiliário (SFI)

O Sistema Financeiro da Habitação (SFH) mostrou-se insuficiente para satisfação da demanda por imóveis com valores mais elevados, além da limitação de fontes de financiamento, os quais, se concentravam na arrecadação do Sistema de Poupança e Empréstimo - SBPE e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-(FGTS), segundo Claudio Santos (SANTOS, 1999, p. 10).

Do mesmo modo, o SFH não conseguiu efetividade para atender a diretiva do art. 1. da lei 4.380/1964, ou seja, “[...] estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.” (BRASIL, 1964). Sobre o tema, a pesquisa de Sergio Azevedo (1988) concluiu que “[...] entre as unidades financiadas pelo BNH apenas 33,5% foram formalmente destinadas aos setores populares.” (AZEVEDO, 1988, p. 116).

Com o SFH não atendendo à demanda e nem a expectativa do Estado, buscou-se, segundo Henrique Cardoso (2017) construir um novo modelo de sistema de acesso à moradia em função da estagnação do mercado e poucas iniciativas para mudar esse quadro e “[...] a intensa observação da experiência de outros países demonstrou que o crescimento habitacional estava indissociavelmente ligado à existência de garantias efetivas de retorno dos recursos aplicados [...]” (CARDOSO, 2017, p.115).

A partir dessas observações cria-se a nova política habitacional através da Lei n. 9.514, de 20/11/1997, estabelecendo segurança jurídica ao setor financeiro/imobiliário, estimulando e ampliando ofertas sem limitação dos valores dos imóveis financiados, não só para imóveis residenciais, mas para empreendimentos imobiliários em geral. Teve como modelo mais expressivo o sistema “[...] norte-americano, tendo como princípio a integração das operações imobiliárias com o mercado de capitais, viabilizando o mercado de título secundário de títulos imobiliários.” (CARDOSO, 2017, p. 117-118).

Dessa forma, o SFI passa a dispor de uma nova fonte de recursos através do mercado financeiro, porém, importa numa mudança de foco do Estado em relação ao acesso à moradia como demonstra a pesquisa de Aline Gomes (2015, p. 130), concluindo que a instituição do SFI passa a representar a substituição da base jurídica de política habitacional de acesso a moradia para criar um novo conteúdo jurídico a privilegiar a relação mercantil, já que “[...] no SFI a arquitetura jurídica está focada em garantir o retorno financeiro dos investimentos para atrair capital. Ou seja, o processo de transformação do direito pelo mercado ressignifica o direito, alterando seu conteúdo.”

(GOMES, 2015, p. 130).

Entre as conclusões da autora estão a de que o setor habitacional tenha se transformado em setor econômico a partir da instituição do SFI e mesmo reconhecendo que o novo sistema tenha proporcionado crescimento do mercado financeiro e imobiliário, percebe-se redução da participação do Estado neste crescimento e direcionamento, concluindo também que a preocupação central do SFI é proteção do crédito e que a migração do SFH para SFI, em analogia, se apresenta como a migração de um direito de financiamento habitacional para um direito de financiamento imobiliário (GOMES, 2015, p. 131). Depreende-se da pesquisa da autora que o Estado buscava um sistema de financiamento flexível, desburocratizado e objetivo.

Em outro ponto da pesquisa Aline Gomes (2015, p. 05) afirma que embora estejam funcionando dois sistemas, SFH e SFI, trata-se de “[...] transição de um sistema centrado no direito social da habitação para um modelo focado nos direitos dos credores e investidores.” (GOMES, 2015, p. 05). Conclusão bastante coerente já que além das fontes primárias da poupança e FGTS, o SFI também recebe recursos de fundos de investimentos privados, os quais exigem garantias de retorno financiamentos e meios de recuperação do crédito de forma mais rápida do que os processos judiciais ou execução de hipotecas.

Neste sentido, com o SFI instituiu-se uma inovação no rol de garantias reais em seu art. 17, inciso IV, Lei n. 9.514/1997, a alienação fiduciária de coisa imóvel, onde a propriedade plena não se configura para nenhuma das partes e sim a propriedade fiduciária para o credor e a posse do imóvel para o devedor. Caso essa relação de reciprocidade e confiança se quebre por mora do devedor, ocorre a execução extrajudicial e a transferência de todos os direitos sobre o imóvel ao credor. (BRASIL, 1997). Sobre este processo Chalhub (2009, p. 256) defende que a retomada do bem não ocorre em função de uma cláusula do contrato e sim pela aplicação de uma norma legal que dá ao credor a propriedade plena de um bem que já está relacionado em seu patrimônio (CHALHUB, 2009, p. 256).

Afim de compreendermos com a devida observância do conteúdo normativo transcrevemos as palavras do legislador quando da edição do art. 22 da lei n. 9514/1997. “Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.” (BRASIL, 1997).

Nas palavras de Evelyn T. Ozaki, trata-se de um contrato jurídico “[...] pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida restituição.” (OZAKI, 2006, p. 35).

Caso o relacionamento contratual transcorra normalmente, o contrato se resolve, entretanto, em caso de inadimplência passa a gerar direito ao credor fiduciário para sequenciar os procedimentos da execução extrajudicial, conforme diretiva da lei n. 9.514/1997, em seu art. 26. “Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e

constituindo em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.” (BRASIL, 1997). Conduta jurídica a ser tratada mais adiante.

Cabe ainda destacar que o procedimento de execução extrajudicial também é fonte de várias ações judiciais sob argumento de (in)constitucionalidade por afronta à direitos fundamentais do devido processo legal, inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, previstos do art. 5., incisos XXXV, LIII, LIV e LV, CF/88. Sobre o tema desenvolve-se votação no STF do RE 860631, acolhido em repercussão geral pelo plenário virtual e distribuído para relatoria do ministro Luiz Fux, em 05/01/2015, o qual se manifestou pela repercussão geral, demonstrando voto da maioria Tribunal pela constitucionalidade no procedimento de execução extrajudicial previsto na lei n. 9.514/97 (BRASIL, 2015).

Em sua fundamentação do caso concreto, o ministro Luiz Fux salienta que “[...] III - O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo Poder Judiciário, caso o devedor assim considerar necessário.” (BRASIL, 2017, p. 2). Em outro ponto relatoria, o apontamento do ministro da exigência da intimação do devedor para que adimplisse o contrato junto ao credor, o qual não providenciou quitação da mora.

O ministro Luiz Fux ainda relata que nos contratos de financiamento pelo SFI não há transferência de propriedade para o devedor fiduciante, que permanece apenas com a posse do bem. “O credor fiduciário, portanto, não se imiscui no patrimônio do devedor, para excutir bem de propriedade alheia, uma vez que o imóvel permanece sob propriedade da instituição financeira até a quitação da dívida.” (BRASIL, 2017, p. 3).

Consultando o andamento do processo junto ao site do STF, verifica-se que após a repercussão geral do RE 860631, o processo encontra-se concluso ao Relator, em 05/11/2019.

### *2.2.1 Procedimento de Execução Extrajudicial contido na Lei n. 9.514/1997 (SFI)*

A lei n. 9.514/97, através das diretivas contidas a partir do art. 26 até o art. 31, coloca à disposição do credor fiduciário um procedimento extrajudicial de execução do saldo devedor do financiamento do imóvel, direito que se inicia, conforme Restiffe (2009, p. 46) a partir da contratação da transferência, conforme artigos 22 e 23 da lei em análise, “[...] da coisa imóvel ou de direitos reais, de que é titular, para o credor, que assume a posição de proprietário fiduciário, com escopo de garantia do pagamento da dívida que lhe dá causa.” (RESTIFFE, 2009, p. 46).

Contratada esta garantia fiduciária o credor fiduciário passa a exercer, segundo o autor, propriedade transitória ou nos termos do art. 22, a propriedade resolúvel de coisa imóvel (BRASIL, 1997), efetivando-se esta propriedade fiduciária através de averbação no cartório de registro imobiliário; restando ao devedor a posse do imóvel e a geração

de uma expectativa de ser proprietário enquanto estiver cumprindo amortização “[...] do empréstimo contraído (art. 24), até operar-se a reversão da propriedade fiduciária com o cancelamento registrário da afetação do ônus dominial, pela liquidação da dívida e seus encargos (art. 25).” (RESTIFFE, 2009, p. 47).

Com acontecimento da inadimplência passa o credor a ter a possibilidade de sequenciar o procedimento de execução extrajudicial, após [...] observância de prazo contratual de carência como pressuposto para exercício do direito de agir do credor fiduciário pelo procedimento extrajudicial dos art. 26 e 27 da Lei 9.514/1977.” (RESTIFFE, 2009, p. 47). O autor refere-se ao direito previsto no art. 26 da lei referenciada para consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário e a marcação, após da averbação, de leilão público para venda do imóvel e satisfação do crédito.

Conforme diretiva do §1. do art. 26, lei n. 9.514/97 o oficial competente do cartório de registro de imóveis, em nome do credor, promoverá intimação pessoal do devedor para quitação do débito mais as despesas cartorárias no prazo de 15 (quinze) dias; não ocorrendo consolida-se a propriedade em nome do credor e passa-se à marcação de leilão público (BRASIL, 1997).

Inicia-se a fase de satisfativa do procedimento extrajudicial de execução, prevista no art. 27, lei n. 9.514/97, transcorrido prazo de 30 (trinta) dias da consolidação da propriedade em nome do credor, através da realização de “[...] até leilões públicos aptos à alienação do imóvel, em que pode ou não haver a arrematação por terceiros, conforme parâmetros estabelecidos [...]”, sendo no primeiro leilão o valor de avaliação imóvel e caso não haja lance vencedor se promoverá um segundo leilão após 15 (quinze) dias, quando será considerado lances a partir do valor da dívida, mais os encargos contratuais, despesas e tributos, previstos no §2., do art. 27. (RESTIFFE, 2009, p. 169).

Caso o imóvel seja arrematado no leilão poderá haver valores a serem direcionados para o devedor, conforme § 4., do art. 27, lei n. 9.514/97, situação em que o devedor receberá a diferença que sobrar constituindo-se do “[...] valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação [...]” (BRASIL, 1997). Cabe frisar que o devedor terá direito de preferência na arrematação até a data de realização do segundo leilão, nos termos do § 2-B, do art. 27, lei n. 9.514/97 (BRASIL, 1997).

Outra situação é possibilidade de não surgirem interessados em comprar o imóvel, que Isaías Schuster da Silva (2018) chamou de leilões negativos com a consequência de consolidação da propriedade plena do imóvel, prevista no § 5., do art. 27, lei art. 27, lei n. 9.514/97, “[...] eximindo o devedor fiduciante da obrigação e de eventual saldo remanescente e deverão ser averbados na matrícula do imóvel a fim de dar publicidade, demonstrando que o regime legal imposto foi cumprido perfeitamente.” (SILVA, 2018, p. 44).

Paulo Restiffe Neto (2009, p. 170) define esta ocorrência de leilão negativo de recíproca quitação, mas chama atenção para a possibilidade de haver enriquecimento

sem causa considerando que o devedor perde todo seu investimento para aquisição e amortização do imóvel, e o credor, agora proprietário, [...], em eventual alienação superveniente à extinção de todos os efeitos residuais das relações fiduciárias sobre o imóvel [...], sem mais qualquer interferência do ex-fiduciante, nem *nova* prestação de contas.” (RESTIFFE, 2009, p. 170). Pela grandeza do tema, poderia ser tratado em outra pesquisa, ficando aqui só o apontamento.

### 3 | CONCLUSÃO

O reconhecimento do direito à moradia como um direito fundamental em um país que tenha passado pela realidade colonial, a qual produziu forte concentração de terras como no caso brasileiro, não se mostrou uma tarefa fácil de ser positivada, com sua inclusão como direito social somente 12 anos após a promulgação da CF/88. Mais difícil ainda parece ser a concretização desse direito para a maioria da população brasileira em função da mercantilização do acesso à moradia, dificuldade de acesso a linhas de crédito de longo prazo e falta de efetividade dos entes federativos no reconhecimento do papel social da propriedade urbana e rural, constituindo-se apenas de pretensão.

Na incursão histórica, constatou-se que até o final do século XIX não houve grandes mudanças no processo de acesso à propriedade até a instituição da Lei n. 601/1850, conhecida por Lei de Terras, trazendo a possibilidade de aquisição de terras do governo e registro público de sesmeiros e posseiros, iniciando-se o regramento de compra e venda de terras.

Todos os programas habitacionais esbarraram em crises econômicas, as quais estimularam a inadimplência e geraram prejuízos aos sistemas de financiamentos de moradias, com ênfase à dificuldade de recuperação dos valores colocados à crédito, entretanto, com a instituição SFI, lei n. 9.514/97, os credores passaram a dispor de procedimento extrajudicial de execução, além da instituição da alienação fiduciária do bem imóvel. Trata-se de um novo tipo de garantia real, em que o devedor dispõe apenas da posse do bem imóvel com a propriedade permanecendo em garantia para o credor até a resolução do contrato com a quitação do financiamento.

Caso a relação de confiança se desenvolva com a adimplência e quitação do contrato, o mesmo se resolve; porém, em caso de inadimplência e cumpridas as disposições da lei a propriedade plena do imóvel é transferida para o credor, iniciando-se a execução extrajudicial através de leilão público objetivando a satisfação do crédito disponibilizado, nos termos dos artigos 26, 26-A e 27, da lei n.9.514/97.

A partir da análise da lei n. 9.514/97, destacam-se dois artigos: art. 26-A, §2, onde o devedor tem a possibilidade de quitar o débito até a data da consolidação da propriedade para o credor e o art. 27, §2-B, assegurando direito de preferência ao devedor para adquirir o bem pelo valor da dívida, mais as despesas de transmissão e impostos. Dessa forma,



o regramento do procedimento de execução extrajudicial, aparentemente não agride os direitos do devedor e o Poder Judiciário estaria disponível à provocação, em qualquer momento da execução extrajudicial.

Talvez seja prudente um questionamento sobre resultados dos leilões, pois esse sistema inaugurou um mercado de imóveis de baixo custo para revenda posterior, havendo possibilidade de que o produto do leilão apenas satisfaça o crédito do credor, fazendo que o devedor não recupere a sua participação no valor total do financiamento, bem como as prestações pagas até o inadimplemento, além da amortização dos juros do financiamento.

Outra situação que pode ocorrer é a não arrematação do bem nos dois leilões, ocorrendo a consequente quitação recíproca. Entretanto, abre-se a possibilidade de haver um prejuízo total com a perda do bem para o credor, ou seja, o devedor passa a estar sem moradia, sem sua parte do financiamento inicial, bem como sem restituição das parcelas pagas até o inadimplemento. Ao mesmo tempo, abre-se a probabilidade de o credor reaver seu crédito e talvez até valor superior, já que poderá vender o imóvel em outra oportunidade.

Quanto aos questionamentos sobre (in)constitucionalidade dos procedimentos de execução extrajudiciais, aguarda-se a finalização da votação no STF do RE 860631, para minimização dos riscos desse procedimento para o direito fundamental à moradia, pois além da parte credora, lembremo-nos que do outro lado há milhares de mutuários aguardando a decisão final do Supremo Tribunal Federal para preservação de direitos e também para evitar os enormes custos de judicialização, além de impactos na diminuição de acesso à linhas de financiamento de longo prazo, aumentando ainda mais as dificuldades de acesso à moradia, caso a jurisprudência pacificada seja revista. Ao consultar o site do STF para verificação do andamento do processo do RE 860631, constata-se que em 05 de novembro de 2019, os autos encontram-se conclusos para o relator.

## REFERÊNCIAS

ALVES, J. E. D. **As características dos domicílios brasileiros entre 1960 e 2000**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, 2004.

AZEVEDO, S. Vinte e dois anos de política de habitação popular (1964-86): criação, trajetória e extinção do BNH. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 22(4): p. 107-119, out./dez.1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9391/0>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

BEZERRA FILHO, M. J. A execução extrajudicial do contrato de alienação **fiduciária de bem imóvel** – exame crítico da Lei 9.514, de 20.11.1997. **Revista dos Tribunais**, v. 819, jan. 2004.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_3/Leis/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/Leis/L10406.htm)>. Acesso em 7 dez. 2018.



BRASIL. **Constituição**. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Rio de Janeiro, RJ: Secretaria de Estado de Negócios do Império do Brasil, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 7 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 7 dez. 2018.

BRASIL. Decreto Lei n. 70, de 21 de novembro de 1966. Autoriza o funcionamento de associações e poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 nov. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/Ret/RetDel070-66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Ret/RetDel070-66.htm)>. Acesso em: 7 dez. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 nov. 1997. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9514.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm)>. Acesso em: 7 dez. 2018.

BRASILIA. STF. **Plenário analisa constitucionalidade de execução extrajudicial de dívida hipotecária**. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=186899>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 627106**. Relator Ministro Dias Toffoli, Brasília, 14 nov. 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919340>>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 860631**. Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, 05 jan. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4694303>>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRITO, F. O deslocamento da população brasileira para as metrópoles. **Estudos avançados**, v. 20, n. 57, 2006.

CARDOSO, H. R.; SANJUAN, P. E. C. P. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO – A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEIS COMO INSTRUMENTO DE EXPANSÃO DO CRÉDITO IMOBILIÁRIO. **Temas de direito civil - constitucional: da constitucionalização à humanização**. Disponível em: <[http://institutodcc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/LIVRO-TEMAS-VOL.II\\_.pdf#page=120](http://institutodcc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/LIVRO-TEMAS-VOL.II_.pdf#page=120)>. Acesso em: 25 out. 2019.

CARDOSO, L. C. Habitação Social na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Coordenador AZEVEDO, Sérgio. Desafios da habitação popular no Brasil: políticas recentes e tendências. **Habitação social nas metrópoles brasileiras: uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX**. Porto Alegre: ANTAC, 2007.

CARVALHO, Celso Santos; ROSSBACH, Anacláudia. **O Estatuto da Cidade: comentado**. São Paulo: Ministério das Cidades: Aliança das Cidades, 2010.

CHALHUB, M. N. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 2017. Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/04/Aliena%C3%A7%C3%A3o-Fiduci%C3%A1ria-AASP-2017.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2019.

CHALHUB, M. N. **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CYMBALISTA, R. **Política Habitacional no Brasil**: a história e os atores de uma narrativa incompleta. In: ALBURQUERGUE, M. C. (Organização). *Participação Popular nas Políticas Públicas*. São Paulo: Instituto Polis, 2006.

COSTA, S. S. Impactos da política de habitação social e o direito humano à moradia no Brasil. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 2, n. 3, p. 191-206, jul./dez. 2014. Disponível em: <<https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/167>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

DENARDI, V.L. **Execuções Judicial e Extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação: Lei n. 5.741/71 e Decreto-Lei n. 70/66**. 2005. Tese de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8155/1/Volnei%20Luiz%20Denardi-Dissertacao%20Texto%20Integral.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

DOLHNIKOFF, M. **José Bonifácio de Andrada e Silva**: projetos para o Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

LORENZETTI, M. S. B. **A questão habitacional no Brasil**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/arquivos-pdf/pdf/107075.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

MERRICK, T.W. Resultados preliminares do censo de 1970 realizado no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 6, n. 2, p. 85-96, 1972. Disponível em: <[https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as\\_sdt=0%2C5&q=MERRICK%2C+Thomas+Wiliam.+Resultados+preliminares+do+censo+de+1970+realizado+no+bras+il.+Revista+de+Administra%C3%A7%C3%A3o+P%C3%ABlica%2C+v.+6%2C+n.+2%2C+p.+85-96%2C+1972.&btnG=>](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=MERRICK%2C+Thomas+Wiliam.+Resultados+preliminares+do+censo+de+1970+realizado+no+bras+il.+Revista+de+Administra%C3%A7%C3%A3o+P%C3%ABlica%2C+v.+6%2C+n.+2%2C+p.+85-96%2C+1972.&btnG=>)>. Acesso em: 28 jul. 2019.

NOZOE, N. et al. Sesmarias e apossamento de terras no Brasil colônia. **Revista Economia**, v. 7, n. 3, p. 587-605, 2006. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A024.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

PERO, Valéria; CARDOSO, Adalberto; ELIAS, Peter. Discriminação no mercado de trabalho: o caso dos moradores de favelas cariocas. **Coleção Estudos Cariocas**, v. 5, p. 1-18, 2005. Disponível em: <[http://portalgeo.rio.rj.gov.br/estudoscariocas/download/2361\\_Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20no%20mercado%20de%20trabalho.pdf](http://portalgeo.rio.rj.gov.br/estudoscariocas/download/2361_Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20no%20mercado%20de%20trabalho.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2019

POLILLO, Renato Romero. **Alienação fiduciária de bens imóveis**. 2013. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082017-142024/publico/Dissertacao\\_Integral\\_Renato\\_Romero\\_Polillo.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082017-142024/publico/Dissertacao_Integral_Renato_Romero_Polillo.pdf)>. Acesso em: 6 nov. 2019

SANTOS, C.H. Políticas Federais de Habitação no Brasil: 1964/1998. **IPEA Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. DF, jul. 1999.

SARLET, I. W. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 327-383. *Direito e Democracia*. **Revista de Ciências Jurídicas - ULBRA**, v. 4, n. 2, - 2. jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.ulbra.br/upload/05fd2896b0972a40d56326a74095d265.pdf#page=77>>. Acesso em: 23 jul. 2019

TEPEDINO, G, SCHREIBER. A garantia da propriedade no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano 6, n. 6, 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

RANGEL, H.M.V.S., VIEIRA, J. O Direito Fundamental a Moradia Como Mínimo Existencial, e a Sua Efetivação á luz do Estatuto da Cidade. **Veredas do Direito**, v. 6, p. 57, 2009.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Propriedade fiduciária imóvel: nas modalidades de financiamento mercadológico e autofinanciamento consorcial e transmissão dos novos direitos fiduciários e seus reflexos na recuperação judicial ou falência:**(regime jurídico, questionamentos, jurisprudência). São Paulo: ed. Malheiros, 2009.

SILVA, Isaías Schuster da. **A alienação fiduciária em garantia como forma de recuperação de crédito**. 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2339/1/Isa%c3%adas%20Schuster%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2019.

VARELA, L.B. Das Sesmarias à Propriedade Moderna. **Um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2005. Disponível em: <[https://www.academia.edu/4689365/Das\\_Sesmarias\\_%C3%A0\\_Propriedade\\_Moderna.\\_Um\\_estudo\\_de\\_hist%C3%B3ria\\_do\\_direito\\_brasileiro.\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_ed.\\_Renovar\\_2005\\_ISBN\\_85-7147-477-X\\_](https://www.academia.edu/4689365/Das_Sesmarias_%C3%A0_Propriedade_Moderna._Um_estudo_de_hist%C3%B3ria_do_direito_brasileiro._Rio_de_Janeiro_ed._Renovar_2005_ISBN_85-7147-477-X_)>. Acesso em: 15 maio 2019.

# CAPÍTULO 15

## O AVANÇO DA RESOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTAS NO BRASIL POR MEIO DA MEDIAÇÃO ONLINE

*Data de aceite: 01/03/2021*

*Data de submissão: 21/12/2020*

### **Quíssila Renata de Carvalho Pessanha**

Doutoranda em Direito Privado, pela UNMDP/AR. Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais/LAFEP-UFF. Mediadora Judicial TJ/RJ, Extrajudicial e Online

### **Sabrina Nagib de Sales Borges**

Advogada não adversarial e consultora jurídica. Mediadora de conflitos no âmbito judicial credenciada pelo TJMG, e mediadora de conflitos no âmbito privado, certificada pelo ICFML. Mestranda em Gestão da Educação Superior pela Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, em Buenos Aires/Argentina. Mediadora também cadastrada em Câmaras Privadas no Brasil

**RESUMO:** O estudo em tela possui como tema central a mediação online instituída no Brasil pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Lei 13.140/2015, do Código de Processo Civil (CPC) de 2015. O avanço das relações construídas em rede, mediadas por ferramentas comunicacionais, associado às profundas transformações pelas quais a sociedade tem passado, evidencia a importância dos modelos de solução de conflitos online. Assim, o artigo tem por objetivo apresentar a Resolução Online de Disputas (ODR), propiciando sua implementação na sociedade brasileira enquanto mecanismo de acesso

à justiça para a gestão dos litígios também causados em decorrência dos acontecimentos supervenientes e colapsados pela COVID-19. Nesta via, o que se pretende demonstrar é que a mediação online pode ser considerada um meio estratégico e eficaz de acesso à justiça no Brasil. Nesse sentido, a mediação online evolui a cada dia em nosso país, enquanto método adequado de solução de conflitos, mesmo que dificuldades de acesso ao mundo digital persistam, que muitas dúvidas e também desconhecimento a respeito de sua implementação e de sua utilização ainda aconteçam. Conclui-se que o maior controle das pessoas sobre a tomada de decisão e a comunicação assíncrona são aspectos únicos e representam potencial importante nos conflitos decorrentes dos fatos supervenientes causados pela pandemia do coronavírus.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação Online; Online Dispute Resolution (ODR); Alternative Dispute Resolution (ADR); Mediador de Conflitos.

### **ADVANCING THE ADEQUATE DISPUTE RESOLUTION IN BRAZIL THROUGH ONLINE MEDIATION**

**ABSTRACT:** The study on screen has as its central theme the online mediation instituted in Brazil by Resolution 125/2010 of the National Council of Justice (CNJ), of Law 13.140 / 2015, of the Civil Procedure Code (CPC) of 2015. The progress of the relationships built networked, mediated by communication tools, associated with the profound transformations that society has undergone, highlights the importance of online conflict resolution models. Thus, the article aims to present the Online Dispute Resolution (ODR),

enabling its implementation in Brazilian society as a mechanism of access to justice for the management of disputes also caused as a result of the supervening events and collapsed by COVID-19. In this way, what we intend to demonstrate is that online mediation can be considered a strategic and effective means of access to justice in Brazil. In this sense, online mediation evolves every day in our country, as an appropriate method of conflict resolution, even if difficulties in accessing the digital world persist, many doubts and also ignorance about its implementation and use still occur. It is concluded that the greater control of people over decision making and asynchronous communication are unique aspects and represent an important potential in conflicts arising from the supervening facts caused by the coronavirus pandemic.

**KEYWORDS:** Online Mediation; Online Dispute Resolution (ODR); Alternative Dispute Resolution (ADR); Conflict Mediator.

## 1 | INTRODUÇÃO

A partir das profundas transformações pelas quais a sociedade tem passado, especialmente com a intensificação das relações virtuais proveniente da ameaça da COVID-19, surgiram novos conflitos que chamaram a atenção dos juristas. Também, considerando o atual cenário mundial, onde os impactos desta pandemia são diariamente noticiados, é notório que o número de gestão de conflitos pela via virtual aumenta a cada dia mais no território brasileiro.

Compreende-se que o acesso à justiça deve ser reconhecido como o acesso a uma ordem jurídica justa e que a eficaz interpretação do Tribunal Multiportas abrange os métodos adequados de resolução de conflitos.

Nesse sentido, KazuoWatanabe preceitua<sup>1</sup>,

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa. Sem a inclusão dos chamados meios consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, não teremos um verdadeiro acesso à justiça. Certo é que, em algumas espécies de controvérsia, como já ficou mencionado, faltaria o requisito de adequação à solução dada pelo critério da adjudicação. Pode-se afirmar, assim, sem exagero, que os meios consensuais de solução de conflito fazem parte do amplo e substancial conceito de acesso a justiça, como critérios mais apropriados do que a sentença, em certas situações, pela possibilidade de adequação da solução à peculiaridades do conflito, à sua natureza diferenciada, às condições e necessidades especiais das partes envolvidas. Trata-se, enfim, de um modo de se alcançar a justiça com maior equanimidade e aderência ao caso concreto.

É crescente a realização de sessões de mediações e de negociações virtuais, por

<sup>1</sup> WATANABE, Kazuo, **Acesso à Ordem Jurídica Justa (conceito atualizado de acesso à justiça): processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

intermédio de diversas plataformas especializadas, aplicativos de mensagens instantâneas, e-mails, chats, dentre outros. Tais questões democratizam o acesso à justiça, para aquelas pessoas que, questionadas sobre o interesse em realizar a gestão de seus processos desta forma, aceitem, sem deixar de dar a devida importância ao isolamento social em meio a esta pandemia.

Para Andreia Maia e Daniel Arbix: “A ODR possivelmente amplia o acesso à Justiça por sua agilidade, menores custos se comparada à resolução judicial de controvérsias e à ADR tradicional, e decisões mais efetivas”.<sup>2</sup>

Desse modo, é importante a análise sobre a mediação online, enquanto método adequado de solução de disputas e posterior debate sobre a temática na medida em que é importante uma maior compreensão acerca das novas tecnologias para uma resolução eficaz dos conflitos.

Ainda, é importante ressaltar que inúmeras vantagens e dificuldades ainda surgirão durante a evolução contínua das ODR's, uma vez que se encontra em pleno desenvolvimento. No entanto, neste cenário de rápida transformação social geral pelas novas tecnologias, observa-se nas ODR's grande potencial modificador e renovador das formas tradicionais de solução de conflitos dentro e fora do Poder Judiciário.

## **2 | ADR (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION), ODR (ONLINE DISPUTE RESOLUTION) E A AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

“Online Dispute Resolution” significa Resolução de Disputas Online. Um grupo de investigadores da Universidade de Massachusetts (Amherst) no ano de 1996, liderados pelo professor Ethan Katsh, começou a investigar acerca do uso positivo da tecnologia para resolver conflitos. A origem dos métodos de Resolução Online de Conflitos (ODR) está intimamente vinculada ao desenvolvimento dos métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (ADR).

Nesse sentido, é importante fixar que o termo “Online Dispute Resolution” (ODR) se refere ao uso das “Alternative Dispute Resolution” (ADR) por meio da tecnologia e de mecanismos que utilizam a internet. Entende-se também por expressão utilizada como a ADR, os MASC's que são os Métodos Adequados de Solução de Conflitos.

Para alguns, os métodos de Resolução de Disputas Online (ODR), seriam nada mais do que os métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (ADR) auxiliados por meio do uso da tecnologia de Informação e Comunicação (TIC's). No entanto, vale dizer que a tecnologia forneceu aos envolvidos “novos poderes”, possibilitando a criação de novos ambientes, a partir dos tipos de comunicação online utilizados.<sup>3</sup>

2 ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. **Resolução on-line de disputas**. In: O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. Coordenado por Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovanni Ravagnani. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

3 MAIA, Andrea; GOUVEIA, Flávio. **Online Dispute Resolution**. E-book, 2019. Disponível em: <https://app.trakto.io/doc/cristianedupret/odr-ebook>. Acesso em: 21 mai. 2020.

O crescimento e a popularização das TIC's propiciaram novas ferramentas para a resolução dos conflitos oriundos das relações jurídicas firmadas no ciberespaço.

Assim, ODR (Online Dispute Resolution) são os meios de resolução de disputas, que são realizadas em um ambiente totalmente digital, onde o resultado, que pode se concretizar na forma de um acordo, onde terá toda a segurança jurídica necessária.

Em relação à Online Dispute Resolution (ODR), Daniel Arbix conceitua como,

Resolução de controvérsias em que tecnologias de informação e comunicação não se limitam a substituir canais de comunicação tradicionais, mas agem como vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos convencionais de dirimir conflito.

Para Colin Rule,

A Resolução de Disputas Online (ODR) é o uso da tecnologia de informação e comunicação (TIC) para ajudar os litigantes a encontrarem soluções para suas disputas.

Os MASC's foram se desenvolvendo no Brasil, conforme o crescimento do número de disputas que vinham ocorrendo também no ambiente online. Temos por exemplos: Quando baixamos um documentário em aplicativo que não funciona; Quando um consumidor relata uma avaliação ruim de uma empresa em um aplicativo; Casos relacionados à violação de privacidade e honra em redes sociais e etc.

A ideia principal em torno do uso da tecnologia no âmbito dos MASC's é a de ampliar e facilitar o acesso à ordem jurídica justa tornando a resolução de disputas além de mais célere, eficaz.

Com relação à ordem jurídica justa, Kazuo Watanabe leciona,

Quando falo nisso, trato da atualização do conceito de acesso à justiça. Escrevo justiça com J minúsculo para não significar somente acesso ao Poder Judiciário. Os cidadãos têm direito de ser ouvidos e atendidos, não somente em situação de controvérsias, mas em problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para a obtenção de seus documentos ou de seus familiares ou os relativos a seus bens. Instituições como o PoupaTempo e as câmaras de mediação, desde que bem organizados e com funcionamento correto, asseguram o acesso à justiça aos cidadãos nessa concepção mais ampla.

Dentre as principais formas de ODR podemos citar: conciliação online, negociação online, mediação online e arbitragem online.

Buscando por meios inovadores para uma solução satisfatória, a mediação online surge em 2015 como uma opção para as pessoas que procuram por facilidade e mobilidade na efetivação dos seus direitos.

Após o marco legal com a Resolução 125/10 do CNJ, com a Lei da Mediação (13.140/2015) e o Código de Processo Civil de 2015 a cultura da mediação ganha força no

Brasil e torna-se cada vez mais utilizada pelas empresas e pessoas físicas como método de resolução de disputas. Os acordos ganham força e há a segurança jurídica, sendo estes respaldados pelo judiciário brasileiro.

Preceitua sobre o acesso à justiça e a Resolução 125 do CNJ, Kazuo Watanabe:

Ela revolucionou o conceito de acesso à justiça, atualizando-o como acesso à ordem jurídica justa. Isto está expressamente afirmado na exposição de motivos e está fazendo com que o Judiciário não se limite só a julgar casos, mas oferecendo outros serviços, como mediação, conciliação, opinião neutra e outros mecanismos de resolução consensual. A Resolução diz expressamente que todos esses mecanismos devem ser oferecidos. O Judiciário tem que assumir papel mais ativo. A concepção que sempre existiu é a de que o Judiciário é neutro, um poder passivo. É claro que não pode julgar uma ação sem que alguém tome a iniciativa, mas organizar serviços para adequar melhor sua atuação em benefício da sociedade, adotando todos os mecanismos adequados de solução dos conflitos, reduzindo a quantidade de processos judiciais, é a exigência dessa concepção atualizada de acesso à ordem jurídica justa.

Conforme Art. 46 da Lei 13.140/15, “A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”.

Ainda, a Resolução 125/10 do CNJ, nos diz que:

Art. 4º. Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

X- criar Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou à distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, § 7º, do Código de Processo Civil de 2015 e do art. 46 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação).

Por conseguinte, visando possibilitar de forma ampla a utilização de sistemas de internet que são acessados independentemente de lugar, a Emenda nº 02/2016 da Resolução 125/10 do CNJ criou um Sistema de Mediação e Conciliação Digital, propiciando uma maior facilitação do acesso à justiça, para favorecer a mediação entre as partes legalmente constituídas.

A segurança cibernética e a proteção dos dados são fundamentais para proteger os direitos da personalidade dos usuários da internet e gerar confiança nos mecanismos de ODR. Os provedores e administradores devem garantir às partes que o conteúdo da disputa, bem como toda informação e dados relacionados com o procedimento de resolução, não sejam divulgados nem compartilhados com terceiros sem o consentimento das partes. Além disso, as plataformas, sejam públicas ou privadas, devem adotar mecanismos de segurança da informação para impedir ataques cibernéticos e outros tipos de fraudes pelos



meios eletrônicos.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei n. 13.709/2018 - regulamenta qualquer atividade que envolva utilização de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica, no território nacional ou em países onde estejam localizados os dados. A referida norma foi editada como uma forma de coibir recentes casos de abusos quanto ao aproveitamento de dados pessoais por parte das empresas responsáveis pelo tratamento das informações.

Segundo Monteiro:

(...) em linhas gerais, os titulares de dados passarão a ter maior controle sobre todo o processamento dos seus dados pessoais (assim entendidos como qualquer informação que identifique diretamente ou torne identificável uma pessoa natural), do que decorrem diversas obrigações para controladores (a quem competem as decisões sobre o tratamento dos dados) e operadores (aqueles que tratam os dados por ordem dos controladores).

Tendo em vista que a LGPD regula temas relacionados a situações do dia a dia das pessoas (uso de redes sociais, contratações, fornecimento de dados para cadastramento, etc), não seria exagero pensar que em poucos anos as discussões a seu respeito passarão a representar um significativo percentual no ajuizamento das ações judiciais.

Nesse sentido, deve se pensar em um sistema que permita a adequada solução de litígios relacionados à proteção de dados pessoais. Considerando a adoção do Tribunal Multiportas, pelo Código de Processo Civil, e o disposto em outros diplomas vigentes, como a Resolução CNJ n. 125/2010, esse sistema deve considerar as diferentes possibilidades de resolução de controvérsias. Entre elas, ressalta-se os métodos de autocomposição, como a negociação, conciliação e mediação. Outro componente desse sistema são as plataformas online que facilitam o processo de solução de litígios.

Utilizam-se cada vez mais plataformas para a realização de sessões (ou audiências) de mediação, como o Zoom, Google Meet, Modria, Cisco Webx Meetings, Microsoft Teams, Skype e outras.

Sendo assim, surgem também indagações com relação ao procedimento de solução de disputas realizado virtualmente, como por exemplo: como conquistar a confiança das partes? Quais técnicas, habilidades e competências um mediador deve possuir? Há de se desenvolver novas competências no que tange à gestão das de tais plataformas de ODR. Não há barreiras para a tecnologia. Ainda, os documentos pertinentes ao procedimento são assinados digitalmente, ou também, podem ser enviados via Correios, etc.

### **3 I SOBRE A RELEVÂNCIA DA MEDIAÇÃO ONLINE**

Considera-se que a utilização dos métodos ODR, na conjuntura atual, é mais vantajosa que a utilização das técnicas ADR, devido à informalidade, simplicidade, facilidade de acesso, aproximação das partes geograficamente distantes, dentre outros

aspectos. Até mesmo o fato de a informação ser veiculada pela internet, por si só, já poderá ser considerada uma vantagem, à medida que representa um meio fácil, econômico (de custo e de tempo) e eficaz para se comunicar, além de possibilitar o efetivo acesso à justiça em tempos de pandemia da COVID-19.

Nesse sentido, podemos dizer que a pandemia da COVID-19 despertou a sociedade para a necessidade de adequação aos novos tempos, em especial, no que se refere ao ambiente digital, aliado às novas tecnologias de informação e comunicação.

Muito nos foi noticiado que durante esse período a Justiça brasileira cancelou em larga escala inúmeras audiências designadas. Desse modo, a mediação online logo se apresentou como uma opção viável e efetiva alinhada aos anseios do Código de Processo Civil e às novas tecnologias, sem prejuízo aos direitos das partes.

As comunicações podem ocorrer em uma plataforma online estruturada em que os participantes vão ao procedimento escolhido de resolução de disputas, o que reduz os custos, além da segurança de não precisarem estar presentes fisicamente durante a pandemia, sujeitos aos mesmos padrões de confidencialidade e devido processo legal que se aplicam aos procedimentos de resolução de disputas em um contexto offline, em particular a independência e imparcialidade.

Assim, no ambiente online, a mediação é realizada por meio de uma plataforma eleita pelos envolvidos, onde o mediador devidamente capacitado oportunizará um ambiente acolhedor e favorável em vídeo conferência para que os todos possam dialogar, e também os auxilia juntamente com seus advogados a encontrarem uma solução que melhor atenda aos interesses de todos.

O uso de tecnologias interativas na ODR faz com que a internet seja considerada uma “quarta parte” na relação jurídica, sendo este o principal elemento que as diferencia das ADR tradicionais e analogicamente oferecidas. Nessa via, se torna essencial ter clareza sobre a tecnologia para a compreensão deste acontecimento.

O que diferencia a ODR dos métodos autocompositivos analógicos é justamente a alteração do ambiente ao ponto do aparecimento de uma “quarta parte.” O controle do ambiente de comunicações em que as partes interagem não foi o único e muito menos o principal benefício trazido pela tecnologia para aprimorar o processo de resolução de disputas. Foi no conceito da tecnologia como “quarta parte” (já que o conciliador, mediador ou árbitro quando existentes, seriam a “terceira”) que se notou os maiores ganhos: o papel da tecnologia de gestão do procedimento e de estabelecimento de toda a agenda, efetivamente guiando os litigantes a uma solução consensual, quando possível.

Ademais, a mediação online pode trazer muitos benefícios para as empresas que incluírem este método no rol de opções de seus departamentos jurídicos. Além de auxiliar na diminuição do número de ações que já tramitam na Justiça, também previnem a judicialização de novas demandas.

A mediação online pode se utilizada a qualquer tempo e depende basicamente

da vontade das partes e de sua capacidade técnica para utilizá-la. Possui baixo custo se comparada a outros métodos e é acessível a qualquer pessoa que possui conexão de internet. Consiste em meio ideal para ser utilizada em setores muito acionados na Justiça, como o de telefonia, o varejo, o financeiro, e que contam com inúmeras operações realizadas por todo o Brasil.

Mais exemplos de seus benefícios: Flexibilidade do procedimento; Previne mais desgastes emocionais e encontros no mesmo ambiente físico; Perspectiva prospectiva de visão de futuro; Pode ser realizada em momento e horário mais conveniente para os participantes e em qualquer lugar com internet; As opções de soluções geradas são mais criativas, duradouras e com resultados ganha-ganha, isto é, atendendo aos interesses de todos; Pode-se prevenir, restabelecer ou preservar o relacionamento entre os envolvidos; Solução mais célere, eficiente e que é voluntariamente construída e executada; Mais econômica financeiramente do que processos judiciais; Possibilidade de maior compreensão de todos sobre o conflito; Há o exercício da autonomia da vontade, através da participação ativa e direta dos envolvidos.

Nessa via, a mediação online e os demais métodos de ODR são vistos hoje, como grande oportunidade de busca de acesso à justiça. Representam economia financeira, emocional e de tempo não apenas para o universo dos negócios privados, mas também para os cofres públicos. Dessa forma, a tecnologia também tem se tornado uma aliada indispensável às atividades jurídicas.

No Brasil os usos da internet e de smartphones se expandem cada vez mais, e a cada nova geração tem-se uma maior adequação ao ambiente digital. A tendência é que muitos dos ADR migrem para os ODR, todavia, é importante ressaltar que um não exclui o outro. Sempre haverá conflitos que serão melhor resolvidos presencialmente.

As Lawtechs e LegalTechs, por exemplo, são algumas dessas tendências que vêm transformando o mercado jurídico, ofertando soluções tecnológicas com o uso de programas específicos para a mediação online.

Importante ressaltar que o profissional do Direito necessita estar atualizado com os novos recursos tecnológicos e deve investir nessas ferramentas que trarão inúmeros benefícios em sua rotina prático- profissional. Tal afirmativa se conecta a sua atuação no mercado por meio da advocacia 4.0 que otimiza a prática da advocacia, a qual se adequa às tendências tecnológicas em benefícios dos clientes.

## **4 | A IMPORTÂNCIA DO DEVIDO APRIMORAMENTO DO MEDIADOR DE CONFLITOS ONLINE**

Ao acessar as plataformas eletrônicas, as pessoas tem a comodidade de contratar, no próprio ambiente virtual, a ajuda de um terceiro facilitador que vai auxiliá-la a buscar uma saída consensual para o problema enfrentado.

O contato off-line e, portanto, presencial, passa a ser substituído pela interação

online, isto é, em um cenário virtual. Surge um dos desafios para o mediador em construir confiança e empatia sem o contato imediato que se faz frente a frente.

Nos meios eletrônicos, é natural a perda de algumas 'pistas' da comunicação não-verbal, como o tom de voz e a linguagem corporal, que, no método presencial, poderiam ser determinantes no processo de *rapport*<sup>4</sup> a ponte de relacionamento entre o mediador e as partes.

Como os componentes importantes do *rapport* estão ligados a expressões não-verbais, e a maioria dos canais de expressão não verbal são acessíveis apenas visualmente, é de se esperar que a eficácia da resolução de conflitos seria reduzida por acesso visual limitado. Nesse caso, os negociadores são menos propensos a desenvolver o tipo de *rapport* que promove a cooperação necessária para alcançar acordos eficientes.

Com o advento das tecnologias de comunicação, figura que às vezes a negociação não oferece a oportunidade de um encontro presencial com a contraparte e nesse caso, usando um meio de comunicação que não fornece acesso visual, como por exemplo: telefone, e-mail, aumenta-se a probabilidade de que o *rapport* não se desenvolva, de que a troca cooperativa de informações seja insuficiente e de que o resultado seja um impasse ao invés de um acordo mútuo benéfico.

Nesse sentido, negociadores se esforçam para criar uma base para um relacionamento positivo por meio de uma conversa curta e familiar, uma conversa informal, um 'bate-papo' com a outra parte. Esse 'bate-papo' promoverá a lubrificação social da relação, tornando-a mais fluida, suave e logo, ajudará no *rapport* e no acordo. O comportamento cooperativo também é facilitado pela afiliação encontrada entre os participantes em um conflito ou negociação. Essa afiliação compartilhada criará uma base para o *rapport* baseado no afeto que leva à cooperação, à troca de informações e a acordos benéficos.

Para vencer essas barreiras, é elementar transparecer credibilidade ao usuário da plataforma já no primeiro acesso, transmitindo autoridade, qualidade e confiança ao processo de mediação online.

A mediação online pode ser feita pelas ferramentas assíncronas, são aquelas que não são feitas de modo imediato, não simultâneo e requer um tempo de espera na obtenção da resposta, e-mail, chat, Whatsapp. É dever e responsabilidade do facilitador eletrônico esclarecer e explicar ao usuário qual será a dinâmica de atendimento. A cada sessão online, é importante que seja feito pelo mediador, um resumo da situação e das etapas vencidas. A mediação também pode ser feita pelas ferramentas síncronas, são aquelas quando se tem a oportunidade de falar com a outra parte de maneira direta, as mensagens emitidas por uma pessoa são imediatamente recebidas e respondidas por outras pessoas, via telefone, videoconferência, chat online em tempo real, o diálogo ocorre naquele exato momento.

O mediador que incorpora tecnologias de informação e comunicação ao seu dia a dia

4 O *Rapport*, na sua essência, é comunicação. Uma comunicação produtiva no âmbito de uma interação, tendo como componentes: atenção mútua, positividade e coordenação, possibilitando um ambiente de confiança e propício à cooperação.

dia, ele precisa desenvolver novas habilidades para transparecer ao usuário da plataforma online, credibilidade e ampla habilidade.

O sucesso da utilização das ferramentas online vai depender das habilidades desenvolvidas pelo mediador na sua preparação, tais como: a) domínio com o uso das TIC's, devendo saber operar a plataforma, lidar com os impactos da tecnologia, conhecer todos recursos que irá utilizar adaptando as técnicas da mediação presencial para a mediação online, objetivando proporcionar uma experiência de alta qualidade e segurança para as partes; b) garantir que todo procedimento seja ético e confiável; c) alta inteligência emocional social para desenvolver empoderamento às partes; d) consciência situacional com aparecimento de constrangimentos e oportunidades online; e) reproduzir com mais frequência no ambiente virtual as técnicas de habilidades em comunicação e linguagem utilizadas na mediação presencial, como a escuta ativa e paráfrase; f) ser pontual; preparar sua mesa de trabalho, cercado-se de todos os recursos necessários para a mediação.

Noam Ebner<sup>5</sup> lista oito habilidades indispensáveis ao mediador online, para servi-los no gerenciamento de processos e no gerenciamento de partes, quais sejam:

*1. Expertise tecnológica:* Um mediador deve ser adepto do equipamento de videoconferência por meio do qual conduz suas sessões; *2. Normas sociais:* os mediadores online devem ser capazes de praticar a “netiqueta” e de compreender e lidar com os efeitos das suas infrações; *3. Psicologia do meio:* os mediadores precisam aprender os efeitos psicológicos da comunicação à distância; *4. Construção de confiança:* compreensão sólida da dinâmica da confiança e de como a confiança entre as partes e mediadores é afetada e desafiada pela mídia online. Isso varia desde como construí-la até como mantê-la; *5. Lidar com o aumento da raiva:* os mediadores necessitam entender a dinâmica de sua escalada online e como lidar com incidentes de chamadas entre as partes; *6. Manutenção de cronogramas e engajamento:* Definição e cumprimento de cronograma regular de check-in e participação. Ao fazer isso, evita-se a facilidade de procrastinação associada aos processos online, ou simplesmente de abandono da festa; *7. Comunicação assíncrona:* Entendimento da dinâmica da comunicação assíncrona e as armadilhas que ela apresenta nos processos de mediação. *8. Fornecimento de sinalizações:* Os mediadores necessitam reconhecer pontos no processo e/ou áreas na plataforma que tendem a confundir as pessoas e fornecer instruções claras sobre onde as partes mediadas devem ir, o que precisam fazer lá e quando precisam fazê-lo.

Deste modo, é importante o mediador estar preparado para saber lidar com as adversidades, porque muitas situações podem surgir fora da programação e ele deverá ser o garantidor do êxito da sessão de mediação até o fim.

---

5 EBNER, Noam. **E-mediation**. Disponível em: <http://www.ombuds.org/odrbook/ebner1.pdf> Acesso em: 07 set. 2020.

## 51 CONCLUSÃO

Com o marco legal fixado através da Resolução 125/10 do CNJ, com a Lei da Mediação (13.140/2015) e o Código de Processo Civil de 2015, um novo mercado surgia e ganhava forças no setor jurídico brasileiro: o de mediação online. A resolução online de conflitos representa um eficiente e moderno meio de distribuição de justiça, tendo surgido a partir da junção das práticas ADR com a tecnologia da informação e comunicação (TIC's), sendo resultado de uma nova interpretação dos princípios do acesso à justiça, ampla defesa e contraditório.

Assim, por meio da regulamentação das ODR's, plataformas online foram criadas se apresentando enquanto meios para a resolução de conflitos e também como caminho de busca ao acesso à justiça. Ainda, algumas startups do setor jurídico, as denominadas Lawtechs, foram criadas especificamente com esta finalidade. Nesse sentido, tendo em vista a própria impossibilidade do acesso físico a diversos ambientes, é esperado um aumento exponencial no uso dessas plataformas.

Não somente o Brasil, mas o mundo está vivendo um momento de grande inovação, onde observamos alterações de percepções e hábitos humanos, principalmente diante do avanço da tecnologia, fato que já justifica a necessidade de novas reflexões enquanto sociedade. Nossas vidas já mudaram e este caminho não tem retorno.

A acessibilidade provocada pela resolução de conflitos online, cada vez mais romperá as distâncias e provocará a inclusão que possibilita a todos resolverem seus problemas com celeridade, economia, sustentabilidade, autonomia e responsabilidade.

Desse modo, a sociedade se encontra em um momento de mudanças significativas, sendo certo que também necessitará das ODR's, seja enquanto meio para resolver novas disputas, seja para viabilizar a solução de antigos conflitos. Assim, como anteriormente exposto, o maior controle das pessoas sobre o resultado e a tomada de decisão, a segurança, a eficácia e a celeridade da mediação online, proporcionam e elevam o despertar do respeito às relações humanas e o crescimento da sociedade em relação ao mundo tecnológico.

## REFERÊNCIAS

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução Online de Controvérsias**. São Paulo: Intelecto, 2017.

ARBIX, Daniel; MAIA, Andrea. **Resolução on-line de disputas**. In: O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. Coordenado por Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovanni Ravagnani. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FALECK, Diego; GABBAY, Daniela; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de Resolução de Conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 125. 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 16 mai. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 16 mai. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.140/2015. **Lei da Mediação**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 17 jun. 2020.

EBNER, Noam. **E-mediation**. Disponível em: <http://www.ombuds.org/odrbook/ebner1.pdf> Acesso em: 07 set. 2020.

ELISAVETSKY, Alberto I.; ALMIRÓN, Daniela P. **La Mediación a La Luz de Las Nuevas Tecnologías**. Buenos Aires: Erreius, 2019.

MAIA, Andrea; GOUVEIA, Flávio. **Online Dispute Resolution**. E-book, 2019. Disponível em: <https://app.trakto.io/doc/cristianedupret/odr-ebook>. Disponível em: 21 mai. 2020.

MONTEIRO, Renato Leite. **Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil: análise contextual detalhada**. Jota, 14 jul. 2018. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protacao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protacao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018). Acesso em: 23 abr. 2020.

RULE, Colin. **Online Dispute Resolution for Business**. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts. San Francisco: Jossey-Bass, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica Justa (conceito atualizado de acesso à justiça): processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, kazuo. **Revoluções Jurídicas: “Reforma do CPC perdeu oportunidade de melhorar sistema das ações coletivas”**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado>. Acesso em: 08 jul. 2020.

## ESCUA ATIVA COMO FERRAMENTA DE MUDANÇA E SEU PAPEL NA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA

*Data de aceite: 01/03/2021*

*Data de submissão: 08/12/2020*

### **Verônica de Oliveira Beninca**

Centro Universitário Ritter dos Reis - Uniritter  
Canoas – RS  
Advogada Pós-Graduada em Meios Adequados  
de Solução de Conflitos e Mediadora Judicial  
Cível em formação pela Ajuris/RS

### **Rita Santa de Faria de Sá**

Centro Universitário Ritter dos Reis – Uniritter  
Canoas – RS  
Bacharel em Direito e Conciliadora Judicial  
Cível credenciada pelo TJ/RS

**RESUMO:** A Escuta Ativa é uma importante ferramenta da mediação como um todo, com uma importância maior ainda na mediação comunitária, e diante desse fato, será feita uma apresentação dos principais aspectos da escuta ativa, quais sejam alguns princípios, características, bem como abordagens da ferramenta na sua aplicação. Em seguida, será feita, também, a apresentação do que é mediação comunitária, traçando uma diferenciação relacionada ao que é conhecido como mediação em um âmbito geral. Assim, após a compreensão desses termos, haverá a breve exposição do Projeto de Extensão de Mediação Comunitária, que teve como objetivo o desenvolvimento da mediação junto à Comunidade da Vila Tronco, localizada no entorno da instituição de ensino Ritter dos Reis, a partir da realização

de oficinas na Associação dos Moradores e Amigos da Vila Tronco (Amavtron), destinadas aos seus colaboradores e aos moradores do local, destacando nessa abordagem, a oficina realizada referente ao papel da escuta ativa na mediação comunitária. Dessa forma, através das atividades realizadas na oficina, na XII Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação - SEPesq Centro Universitário Ritter dos Reis XII Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação SEPesq – 24 a 28 de outubro de 2016 foram apresentadas a percepção do que é e da consciência de como se aplica a Escuta Ativa, além da absorção feita pelos participantes, pois inconscientemente já a praticavam, e a partir do encontro, a percepção e a reação ficaram mais coerentes com a realidade da comunidade. Por conseguinte, serão trazidas as mudanças que são resultado principalmente dessa ferramenta, além de uma visão exposta pelos participantes, bem como uma visão ampliada desses efeitos sobre a sociedade e sobre o indivíduo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Escuta Ativa. Mediação Comunitária. Mudança Social.

### **ACTIVE LISTENING AS A CHANGING TOOL AND ITS ROLE IN THE COMMUNITY MEDIATION**

**ABSTRACT:** The Active Listening is overall an important mediation tool, having even greater importance in community mediation. Towards this fact, it will be presented the main aspects of active listening such as some principles, characteristics, likewise its application in approaches of the tool. After that, it will also be presented what community mediation is, tracing



a differentiation related to what is known of mediation in a general scope. Therefore, once understanding these terms, there will be brief exhibition of the Community Mediation Extension Project which aimed to develop mediation in Vila Tronco Community, located around Ritter dos Reis educational institution. It was held through workshops at Amavtron – Association of Residents and Friends in Vila Tronco, meant to its contributors and local residents. Enhancing on this approach such workshop related to the role of active listening in community mediation. Thus, having carried out the workshop's activities on the 12<sup>th</sup> Extension Week, Ritter dos Reis Academic Center (Centro Universitário Ritter dos Reis) Research and Postgraduate Studies – SEPesq 12<sup>th</sup> Extension Week, Research and Postgraduate Studies – SEPesq – October 24<sup>th</sup> – 28<sup>th</sup>, 2016 Research and Postgraduate Studies, it was presented what Active Listening perception is and its operation awareness, moreover the participants' absorption, for they unconsciously had already been practicing it. Beyond this meeting, the perception and the reaction became more coherent to the community's reality. Consequently, it will be brought up the changes from which result mainly by this tool, besides the participants' stated view, as well as an amplified viewpoint of these effects over the society and the individual.

**KEYWORDS:** Active Listening. Community Mediation. Social Change.

## 1 | INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, a mediação vem ganhando espaço na sociedade atual, ampliando seus horizontes e fazendo com que as ferramentas aplicadas no seu contexto, bem como a própria mediação, possam ser utilizadas também em outros meios. Nesse sentido, o presente manuscrito apresentará de forma central a escuta ativa, uma das ferramentas da mediação, e a mediação comunitária, um dos desdobramentos da mediação, que atinge diretamente às comunidades regionais da sociedade.

Parte-se então do que é Escuta Ativa, ou seja, os conceitos, os princípios relacionados, como também a aplicação eficaz da ferramenta, e após apresentados e trabalhados esses conceitos, será visto o que é mediação comunitária, bem como a diferença entre a mediação “tradicional”, em seus aspectos mais relevantes para o presente contexto. Em seguida, com o fim de expor com maior clareza os conceitos e as informações até então trazidas, será retratada a realização do projeto de extensão de mediação comunitária com enfoque na oficina da escuta ativa, que é o objeto do presente artigo.

Por fim, os resultados percebidos, além de uma visão mais ampliada das respostas possíveis à ferramenta serão expostos e narrados. Dessa forma, a escuta ativa e a mediação comunitária, através do conteúdo compartilhado poderão ser mais bem compreendidas, vivenciadas e aplicadas aos olhos da sociedade.

## 2 | DA ESCUTA ATIVA

A escuta ativa, além de uma técnica, é uma conduta de vida e uma importante ferramenta de comunicação, cujo método de criação surgiu em 1957 pelos psicólogos norte-americanos Carl Rogers e Richard Farson. Considera-se a escuta ativa praticada

quando o sujeito receptor está presente e atento ao que o locutor expressa, seja de modo verbal ou não-verbal.<sup>1</sup>

Importa destacar que essa ferramenta possui princípios norteadores para que seja realizada de forma eficaz, os quais são: Demonstrar interesse ao que é falado, fator que possibilita ao locutor a utilização de diversas linguagens com o fim de transmitir sua atenção ao receptor; Clarificar, que por sua vez permite ao receptor sanar pontos obscuros relativos ao seu entendimento do que foi expresso pelo locutor; Parafrasear, que de acordo com Marshall Rosenberg, é o retorno do que se compreende, e caso essa compreensão não contemple a intenção do locutor, o receptor poderá realinhar e complementar a sua percepção<sup>2</sup>; e Perguntas, como técnica, que são utilizadas para captar objetivamente as percepções do receptor (perguntas fechadas) e para explorar pontos mais abrangentes do contexto (perguntas abertas).<sup>4</sup>

Ainda há outros princípios e ferramentas relacionados à escuta ativa, mas que serão abordados mais à frente para melhor compreensão. Além disso, é oportuno destacar o termo de origem grega *Époké* como característica inerente, pois significa “suspensão do juízo”, ou seja, ao escutar ativamente, o ouvinte deve se despir de seus valores e julgamentos e evidenciar os valores do locutor.<sup>5</sup>

A escuta ativa é ampla e diversificada por não ser limitada a ouvir as palavras do outro, ao passo que permite um olhar empático, no qual se trabalha a Inteligência emocional, uma vez que essa sensibilidade conecta o receptor ao locutor, propiciando que essa habilidade oportunize a efetivação de uma leitura mais ampla que compreende o outro por meio dos seus gestos e olhares, além das palavras ditas, que revelarão as emoções, interesses e sentimentos. Um exemplo a se observar é quando em meio a um diálogo um dos sujeitos olha com frequência para o relógio,<sup>6</sup> essa atitude transparece que o diálogo não está interessante e que a pessoa precisa ou deseja encerrar a conversa.

Conforme Fernanda Tartuce, a mediação compreende um ambiente de diálogo, no qual o desenvolvimento das falas e escutas é imprescindível para evolução da dinâmica da conversação. Através do estabelecimento dessa dinâmica, por meio da escuta ativa, é proporcionado o surgimento do comprometimento entre os sujeitos, bem como a

1 ... . Escuta ativa: como praticar e porque ela é importante. **Portal Namu**, 2019. Disponível em: <<https://namu.com.br/portal/corpo-mente/gerais-corpoemente/escuta-ativa/>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

2 ROSENBERG, Marshall B. Comunicação Não-Violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução por Mário vilela. São Paulo: Ágora, 2006. p.139-140.

3 .... Escuta ativa: como praticar e porque ela é importante. **Portal Namu**, 2019. Disponível em: <<https://namu.com.br/portal/corpo-mente/gerais-corpoemente/escuta-ativa/>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

4 OLIVEIRA, Isabel Sá. Perguntar em Mediação. In: RODRIGUES, Gabriela cunha; CHABY, Estrela (Org.) et. al. **Mediação e Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais**. 1. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. cap.7, p.179-194. p.183.

5 Comissão Técnica de Conceitos (org.); RODRIGUES, Sandra Mara de Araújo; et al. **Mediação e cidadania: programa mediação de conflitos – ano 2010**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p.57.

6 ... . Conceito de Escuta Ativa. **Conceitos.com**. Disponível em: <<https://conceitos.com/escuta-ativa/>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

reciprocidade no interesse em escutar e em compreender o outro.<sup>7</sup>

No que tange à mediação, o mediador capacitado promove a escuta ativa, com o objetivo de estimular os envolvidos no conflito a separarem a posição do interesse, de provocar a criação de uma conexão entre si, (re)estabelecendo um elo de confiança cujo resultado é o nivelamento da fluidez da comunicação adequado para a formação de um consenso.<sup>8</sup>

Diante do apresentado sobre a escuta ativa, destaca-se que mesmo diante da não concordância do que é dito, é fundamental a demonstração de interesse sobre o que outro está expressando, visto que dessa forma a escuta ativa permite a criação de bons relacionamentos, a prática da empatia, o despertar da consciência da necessidade da audição recíproca, além de minimizar conflitos.<sup>9</sup>

Compreendida de maneira ampla a escuta ativa, no capítulo a seguir será estudado sobre a mediação comunitária, bem como o projeto de extensão e a oficina realizada que envolve o tema.

### 3 I DA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA E DO PROJETO DE EXTENSÃO

Primeiramente, faz-se necessário tecer algumas considerações da diferença entre a mediação “tradicional” e a mediação comunitária, sendo que aquela possui duas linhas: uma voltada para a solução do conflito, cujo acordo é considerado complemento; e outra voltada para o acordo, com o intuito de conter e abreviar o processo judicial.<sup>10</sup> Contudo, verifica-se que a sentença é mera técnica processual, cujo objetivo é resolver o conflito de forma jurídica, ou seja, que não alcança a pacificação social no sentido de resolver o real conflito existente. Um exemplo citado por Kazuo Watanabe é o caso dos galhos de bananeira que crescem no pátio de um morador e invadem o pátio do vizinho, o que sempre gera atrito entre eles. Nesse caso, se a solução for meramente jurídica, o problema está resolvido de forma temporária, visto que futuramente os galhos voltarão a crescer, e caso a solução for de convivência e consensual entre os vizinhos, essa questão não se tornará objeto de nova demanda no sistema judiciário.<sup>11</sup>

A partir da contribuição de Watanabe, é possível destacar que a solução de conflitos de convivência é o caminho para a pacificação social, tendo em vista que a pacificação

7 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018. Ebook ISBN 978-85-309-7733-7. p.255.

8 ... O que é escuta ativa? Entenda como funciona esta ferramenta muito utilizada na mediação. **Mediação OnLine**, 2018. Disponível em: <<https://www.mediacaonline.com/blog/o-que-e-escuta-ativa-entenda-como-funciona-esta-ferramenta-muito-utilizada-na-mediacao/>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

9 BOSCARIOL, Matheus. Escuta Ativa: o que é, sua importância, e como desenvolvê-la. **Rock Content**, 2019. Disponível em: <<https://comunidade.rockcontent.com/escuta-ativa/>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

10 GRINOVER, Ada Pelegrini. Mediação paraprocessual. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multipartas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Cap.04. p.94-100. p.97.

11 WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação In: DELGADO, José; et. Al. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003. v.22. cap.4. p.42-50. p.46.

social abrange também aspectos psicológicos e sociológicos. Além disso, as pessoas precisam estar dispostas a querer resolver o conflito, considerando que uma solução imposta por um terceiro pode polarizar o conflito já existente.<sup>12</sup> Dessa forma, a solução que contempla os aspectos sociológicos alcançará a satisfação dos envolvidos no conflito, vez que a solução encontrada é oriunda dos reais interesses dos envolvidos, bem como das suas próprias decisões.<sup>13</sup>

Importa nesse momento fazer a exposição da teoria habermasiana, considerada conhecimento essencial para compreender a mediação comunitária e a experiência que ela proporciona, visto que por ela as interações sociais são constituídas pelas dimensões sociais, econômicas e culturais. Essa teoria apresenta duas racionalidades que ocorrem de forma simultânea: a racionalidade substantiva do “mundo da vida”, a qual representa uma perspectiva interna (produção de ponto de vista e ação individual), e a racionalidade formal do “mundo dos sistemas”, que representa uma perspectiva externa (racionalidade técnica burocratizada).<sup>14</sup>

Considerando então que a racionalidade interna é diretamente associada às relações interpessoais, constituídas por meio de situações da ação, e que a racionalidade externa é relacionada às instituições jurídicas, o autor da teoria compreende que não existem deslocamentos entre essas perspectivas, mas que elas se organizam entre si no espaço abstrato, identificado como esfera pública.<sup>15</sup> Vale salientar que a mediação comunitária pode ser aplicada em todos os níveis sociais, conforme as experiências vividas em outros países, diferentemente do que ocorre no Brasil em que a mediação comunitária está direcionada à população socioeconomicamente hipossuficiente, vez que essas são as pessoas vulneráveis no âmbito da democracia, da participação popular e do acesso à justiça.<sup>16</sup>

E nesse sentido a mediação comunitária é definida por Rafael Gomes como:

“(...) o elo, ferramenta e caminho de acesso à Justiça propriamente dita, para a população de baixa renda no Brasil, a partir de sua concepção como procedimento multidisciplinar amplo, fortalecedor dos conhecimentos, ações

12 TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Conflitos Cíveis*. 4ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018. Ebook ISBN 978-85-309-7733-7. p.245;247

13 BACELLAR, Roberto Portugal. *Política Judiciária Voltada à Solução Pacífica dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário*. In: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. Ebook ISBN 978-85-02-17182-4. cap.04, p.69-79. p.75.

14 LEANDRO, 2014. Apud VARGAS-MENDOZA, Jaime Ernesto. **Teoría de la Acción Comunicativa: Jurgen Habermas**. México: Asociación Oaxaqueña de Psicología, 2006. Disponível em: <[http://www.conductitlan.net/jurgen\\_habermas.ppt](http://www.conductitlan.net/jurgen_habermas.ppt)>. Acesso em: 10. jan. 2012.

15 LEANDRO, Ariane Gontijo L. Experiências de mediação comunitária no Brasil: desafios teóricos e práticos. In: CHAI, Cassius Guimarães (org.); NETO, Adolfo Braga (coord.) e ROMANO, Michel Betenjane (coord.). **Mediação Comunitária**. São Luis: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, direito e Sociedade, 2014. cap.15, p.232-p.249. Ebook ISBN - 978-85-98144-46-7. p.245.

16 LEANDRO, Ariane Gontijo L. Experiências de mediação comunitária no Brasil: desafios teóricos e práticos. In: CHAI, Cassius Guimarães (org.); NETO, Adolfo Braga (coord.) e ROMANO, Michel Betenjane (coord.). **Mediação Comunitária**. São Luis: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, direito e Sociedade, 2014. cap.15, p.232-p.249. Ebook ISBN - 978-85-98144-46-7. p.239.

e soluções dos setores vulneráveis, através do investimento na forma de comunicação entre os interlocutores das possíveis relações sociais.”<sup>17</sup>

Assim, percebe-se que a mediação comunitária oportuniza a abertura de espaços para a participação dinâmica e pacífica nas comunidades, possibilitando acesso a uma reflexão responsável relacionada à realidade local com a visão e o desafio da construção de uma sociedade integradora, plural e equânime, na qual os próprios indivíduos e seus líderes possam (re)estabelecer a harmonia comunitária e individual.<sup>18</sup>

Ante esse entendimento de mediação comunitária, agora serão apresentados a base e o funcionamento do Projeto de Extensão de Mediação Comunitária, desenvolvido pelo Centro Universitário Ritter dos Reis em parceria com a Associação dos Moradores e Amigos da Vila Tronco (Amavtron), em Porto Alegre, no ano de 2016, sendo esse projeto realizado com base na experiência do Programa de Mediação de Conflitos do governo de Minas Gerais de 2010.

O projeto teve como objetivo fomentar e fortalecer o trabalho em equipe entre a instituição local e os moradores,<sup>19</sup> no qual o público-alvo da equipe de extensão foram os líderes da comunidade,<sup>20</sup> ou seja, os dirigentes e professores da associação local. Destaca-se que, apesar de o projeto de Minas Gerais ter por objetivo diminuir a criminalidade <sup>21</sup> e de o projeto de extensão de mediação comunitária de Porto Alegre ter o objetivo de disseminar a política pública da resolução nº. 125/2010<sup>22</sup> do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o papel dos supervisores nas equipes de trabalho foi o de interagir colaborativamente para criar condições favoráveis para o desenvolvimento e aprimoramento da metodologia própria e da análise crítica e reflexiva das atividades realizadas pelos estagiários.<sup>23</sup>

No tangente ao projeto de Porto Alegre, a supervisão foi realizada por quatro profissionais das áreas da mediação, do direito e da psicopedagogia, caracterizando assim uma interdisciplinaridade no desenvolvimento e na condução das atividades, cuja metodologia incluiu a realização de oficinas com dinâmicas que contaram com a participação

17 GOMES, Rafael Pacheco. Mediação Comunitária. **Portal Educação**. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/cotidiano/mediacao-comunitaria/67647>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

18 GOMES, Rafael Pacheco. Mediação Comunitária. **Portal Educação**. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/cotidiano/mediacao-comunitaria/67647>>. Acesso em: 04 dez. 2020.

19 Comissão Técnica de Conceitos (org.); RODRIGUES, Sandra Mara de Araújo; et al. **Mediação e cidadania: programa mediação de conflitos – ano 2010**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p.145.

20 Comissão Técnica de Conceitos (org.); RODRIGUES, Sandra Mara de Araújo; et al. **Mediação e cidadania: programa mediação de conflitos – ano 2010**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p.65.

21 Comissão Técnica de Conceitos (org.); RODRIGUES, Sandra Mara de Araújo; et al. **Mediação e cidadania: programa mediação de conflitos – ano 2010**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p.62.

22 A Resolução 125/2010 do CNJ Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, sendo tratados como assunto a Política Judiciária Nacional; Conflitos de interesse; meios consensuais; Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; Treinamento e capacitação; Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania; Conciliadores; Mediadores; Dados Estatísticos; Portal da Conciliação; Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. Essas informações estão publicadas nos Atos do CNJ disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 07. dez. 2020.

23 Comissão Técnica de Conceitos (org.); RODRIGUES, Sandra Mara de Araújo; et al. **Mediação e cidadania: programa mediação de conflitos – ano 2010**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p.62.

dos líderes daquela comunidade. Nesse sentido, Maria Lúcia Afonso destaca que as oficinas de grupo desempenham papel relevante no que tange à “prática de intervenção psicossocial, realizada em um contexto pedagógico (...) e comunitário ou de uma política social”<sup>24</sup>. Tratando-se nesse momento da dinâmica, agora será apresentado o formato da oficina de escuta ativa, produzida e desenvolvida por parte dos estagiários da equipe, com a supervisão dos professores.

Com o fim de ressaltar a importância da ferramenta, a oficina foi intitulada “Ouvir ou Escutar?”, assim chamando a atenção dos participantes, iniciando as atividades com uma apresentação diferente da de costume, pois naquele momento o participante que se apresentava deveria cumprimentar nominal e cumulativamente os que o antecederam, sendo que tal início ocorreu para que instigasse a atenção e o desenvolvimento da percepção. Em ato contínuo, foi feita a dinâmica do telefone sem fio, com o intuito de uma autoavaliação referente à percepção individual de cada um e, em seguida, foi aplicada a dinâmica do “Mestre Mandou”, pela qual os participantes foram divididos em dois grupos com orientações diferentes: em um grupo os seus membros teriam a liberdade de obedecer ou não o mestre, enquanto no outro grupo, os integrantes eram obrigados a obedecer o mestre, sem que os respectivos grupos soubessem da orientação dada aos outros; e após essa divisão, os integrantes da oficina deveriam formar duplas compostas por um membro de cada grupo, mantendo constante a comunicação visual (olho no olho). Dessa forma, essa dinâmica buscou trazer a percepção de quando o corpo e a boca passam ou não a mesma informação.

Efetivadas as dinâmicas, abriu-se um canal de diálogo, por meio de perguntas abertas, relacionado aos sentimentos e às impressões dos participantes ao longo das atividades, fazendo, na sequência, a recontextualização, direcionada à escuta ativa, visando identificar as experiências vivenciadas pelos participantes através dos seus relatos e por fim antes do encerramento da oficina, os estagiários e supervisores presentes explicaram e ressaltaram a diferença entre o ouvir e o escutar. E conceitualmente, pode-se afirmar que:

“**Ouvir** refere-se aos sentidos da audição. A pessoa ouve apenas, mas pode ou não interpreta a comunicação.

**Escutar** requer mais que ouvir, ou seja, a pessoa tem que prestar atenção ao assunto, entender do que se trata, perceber o que foi dito, sentir as palavras, memorizar o assunto, opinar, levar em consideração e agir ou não em conformidade.”<sup>25</sup>

E nessa perspectiva, Fabiana Spengler destaca que a escuta necessita da atenção às mensagens verbais e não-verbais, percebendo dessa forma informações ocultas

24 AFONSO, Maria Lúcia M. **Oficinas em dinâmica de grupo**: um método de intervenção psicossocial. Belo Horizonte: Edições do Campo Social, 2000. p.09.

25 FALK, Telmo; Redação e G Produções editoriais. Diferença entre Ouvir e Escutar, Entender e Compreender. **Educação**: conteúdos educacionais, Disponível em: <<https://www.educacao.cc/lingua-portuguesa/diferenca-entre-ouvir-e-escutar-entender-e-compreender.html>>. Acesso em: 06. dez. 2020.

na comunicação, ou seja, deve-se observar a comunicação falada e, principalmente, a comunicação corporal.<sup>26</sup> Sendo assim, ante todo o conhecimento e experiência apresentados, a seguir serão vistas as mudanças geradas a partir da escuta ativa eficaz e da mediação comunitária sobre a comunidade trabalhada e a sociedade em geral.

#### 4 | DAS MUDANÇAS GERADAS

Diante dos pontos trabalhados da escuta ativa e da mediação comunitária, passar-se-á neste momento à relação entre esses pontos por meio das mudanças causadas na comunidade envolvida e na equipe do projeto de extensão, bem como as mudanças refletidas na sociedade como um todo. E nesse sentido, o presente capítulo abordará a contribuição da empatia, do empoderamento e da cidadania.

A começar pela empatia, é importante salientar que ela surge quando tentamos perceber o ponto de vista do outro, colocando-se no lugar dele, dessa maneira o exercício da empatia aguça a sensibilidade para a compreensão, sem julgamentos e sem a necessidade de concordância. E, ainda, nesse sentido pode-se destacar que um dos pilares da empatia é a aceitação, ou seja, a busca do entendimento de que, apesar de haver possibilidade de a nossa reação ser diferente, os sentimentos e comportamentos das pessoas são totalmente possíveis, o que permite afirmar que quando a empatia é praticada, é aberto mão do grau de importância do próprio ouvinte para entender a relevância do locutor.<sup>27</sup> Nessa lógica, William Ury reforça o que foi dito anteriormente, como também destaca o poder da empatia:

“Sempre me surpreendo com a exatidão com que somos capazes de compreender o outro simplesmente compartilhando a humanidade comum. Nossa capacidade de empatia é um talento muito pouco explorado. E, se realmente conhecemos o outro e o que ele quer, torna-se naturalmente muito mais fácil chegar a um acordo.”<sup>28</sup>

A título de exemplo, o professor Marshall relata o caso de um professor de faculdade que descreveu como a utilização da empatia afetou o relacionamento dos professores com os estudantes, visto que após a aprendizagem da escuta empática pelo corpo docente para com os alunos o desenvolvimento pessoal dos alunos e das atividades acadêmicas foi aprimorado. Inicialmente o diretor não gostou da ideia de os professores investirem parte do tempo em conversar com os estudantes por receio de os profissionais adquirirem excesso de carga e não cumprirem com suas obrigações, contudo esse professor com quem o diretor conversou percebeu essa preocupação do seu superior e o tranquilizou

26 SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos**: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.63.

27 ... . O poder da comunicação: empatia, escuta ativa e flexibilidade. **Simieli desenvolvimento humano**. Disponível em: < <https://simieliidh.com.br/o-poder-da-comunicacao-empatia-escuta-ativa-e-flexibilidade/>>. Acesso em 07. dez. 2020.

28 URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Tradução de Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. p.94



sobre o assunto, demonstrando o resultado positivo desse comportamento.<sup>29</sup>

Assim como o professor mencionado por Marshall, na experiência vivida no projeto de extensão os líderes que participaram perceberam conscientemente que quanto mais possuem um olhar empático sobre os alunos, familiares e comunidade, mais harmoniosa e desenvolvida se tornou a comunicação e vivência entre eles. Além da empatia, também foi possível a percepção do empoderamento por parte dos integrantes da comunidade, haja vista o relato feito por um deles, que no caso a ferramenta da escuta ativa foi aplicada conscientemente em uma discussão entre mãe e filha, sendo evidenciado que a participante da oficina, bem como a mãe dela, sentiram-se empoderadas para resolverem esse conflito em especial, como também evitar futuros conflitos de convivência.

Assim, no que tange o empoderamento, pode-se afirmar que ele consiste na “capacidade natural ou adquirida de desempenhar qualquer ação de forma consciente”,<sup>30</sup> abrangendo aspectos pessoais ou coletivo, outra contribuição a ser acentuada é a busca da promoção da mudança focada na igualdade entre as pessoas. Destaca-se, ainda, que o empoderamento proporciona, dentre outros benefícios, mais motivação e, conseqüentemente, maior engajamento dos indivíduos nas suas tomadas de decisões, vez que adquirem maior consciência da sua capacidade, tornando melhor a si mesmos e tudo ao seu redor,<sup>31</sup> bem como a melhoria da sua percepção referente à sua quota parte da responsabilidade de suas ações.<sup>32</sup>

Além dos benefícios já apresentados, a mediação proporciona uma autonomia aos indivíduos, vez que devolve a eles o poder de decisão sem a necessidade da intervenção estatal, visto que a solução judicial tende a limitar-se às figuras do ganhador e do perdedor, sem necessariamente levar em consideração os reais interesses subjacentes.<sup>33</sup> Dessa forma, a mediação e suas ferramentas possuem um viés direcionado à prática da cidadania que alcança a democracia, visto que esse exercício vai além do poder de decisão dos próprios conflitos, atingindo também a construção de uma esfera pública com base no amplo diálogo entre o Estado e a sociedade civil.<sup>34</sup>

Por fim, após o estudo dos conceitos relacionados à escuta ativa e à mediação comunitária, em conjunto com a experiência vivida no projeto de Extensão mencionado, em que viabilizou a aproximação entre os docentes e alunos da instituição de ensino e os

29 ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução por Mário vilela. São Paulo: Ágora, 2006. p.161.

30 ... . Empoderamento: significado, surgimento e benefícios. **SBCoaching**, 2019. Disponível em: <<https://www.sbcoaching.com.br/blog/empoderamento/>>. Acesso em: 07. dez. 2020.

31 ... . Empoderamento: significado, surgimento e benefícios. **SBCoaching**, 2019. Disponível em: <<https://www.sbcoaching.com.br/blog/empoderamento/>>. Acesso em: 07. dez. 2020.

32 WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v.3. p.145.

33 GAGLIETTI, Mauro. A mediação de conflitos como cultura da ecologia política. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio (orgs.). **Acesso à Justiça, Direitos Humanos e Mediação**. Curitiba: Multideia, 2013. cap.06. p.167-p.202. p.169

34 GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como instrumento de resolução de conflitos baseada na teoria da ação comunicativa de Habermas. **Pensar**, Fortaleza, v.18, n.01, p.47-p.71. jan./abr. 2013. p.69.



líderes e moradores da comunidade, permitindo a experiência de compartilhar saberes e provocando o exercício da prática da cidadania, da empatia e do empoderamento.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do entendimento de que a escuta ativa é uma ferramenta que permite um diálogo produtivo, visto que por meio dela as pessoas envolvidas em um conflito, assim como em qualquer tipo de conversa, têm a possibilidade de estar presentes e atentas ao outro, seja percebendo os sinais verbais e não-verbais. Dentre as principais características e princípios que regem essa escuta, destacam-se: a demonstração de interesse na fala do outro, a “suspensão do juízo” de julgamento e valores; a clarificação das ideias; além da paráfrase como confirmação ou correção do retorno do que se ouviu; e as perguntas como ferramenta, aplicadas de forma que a escuta ativa aconteça de maneira eficaz.

No âmbito da mediação, da qual a escuta ativa é ferramenta, além da mediação tradicional, que possui duas vertentes, nas quais uma foca na solução do conflito e outra na contenção e na abreviação do processo judicial, existe também a mediação comunitária, que visa trabalhar e desenvolver o espírito comunitário, com a participação dos moradores regionais e de seus líderes. O projeto de extensão de mediação comunitária apresentado que trabalhou com os líderes da Amavtron por meio de oficinas e dinâmicas as ferramentas da mediação adaptadas à localidade.

No que tange à oficina da escuta ativa e à própria ferramenta, percebeu-se que os participantes se envolveram por completo na atividade e que, segundo o próprio relato deles, alguns já praticavam a escuta ativa inconscientemente e, após a dinâmica, alguns relataram a prática dentro de casa pela primeira vez de forma consciente e eficaz, sentindo a diferença na qualidade da comunicação e da profundidade do vínculo criado. Sendo assim, diante do cenário exposto, pode-se concluir que a escuta ativa e a mediação comunitária sobre a sociedade e as comunidades melhoram a comunicação entre as pessoas, tornando-as cidadãos mais empoderados e empáticos.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, Maria Lúcia M. **Oficinas em dinâmica de grupo**: um método de intervenção psicossocial. Belo Horizonte: Edições do Campo Social, 2000.

BACELLAR, Roberto Portugal. Política Judiciária Voltada à Solução Pacífica dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário. In: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio (coord.). Mediação e Arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. Ebook ISBN 978-85-02-17182-4. cap.04, p.69-79.

BOSCARIOL, Matheus. Escuta Ativa: o que é, sua importância, e como desenvolvê-la. **Rock Content**, 2019. Disponível em: <<https://comunidade.rockcontent.com/escuta-ativa/>>.

Comissão Técnica de Conceitos (org.); RODRIGUES, Sandra Mara de Araújo; et al. **Mediação e cidadania**: programa mediação de conflitos – ano 2010. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

... . Conceito de Escuta Ativa. **Conceitos.com**. Disponível em: <<https://conceitos.com/escuta-ativa/>>.

... . Empoderamento: significado, surgimento e benefícios. **SBCoaching**, 2019. Disponível em: <<https://www.sbcoaching.com.br/blog/empoderamento/>>.

... . Escuta ativa: como praticar e porque ela é importante. **Portal Namu**, 2019. Disponível em: <<https://namu.com.br/portal/corpo-mente/gerais-corpoemente/escuta-ativa/>>.

FALK, Telmo; Redação e G Produções editoriais. Diferença entre Ouvir e Escutar, Entender e Compreender. **Educação**: conteúdos educacionais, Disponível em: <<https://www.educacao.cc/lingua-portuguesa/diferenca-entre-ouvir-e-escutar-entender-e-compreender.html>>.

GAGLIETTI, Mauro. A mediação de conflitos como cultura da ecologia política. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio (orgs.). **Acesso à Justiça, Direitos Humanos e Mediação**. Curitiba: Multideia, 2013. cap.06. p.167-p.202.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como instrumento de resolução de conflitos baseada na teoria da ação comunicativa de Habermas. **Pensar**, Fortaleza, v.18, n.01, p.47-p.71. jan./abr. 2013.

GOMES, Rafael Pacheco. Mediação Comunitária. **Portal Educação**. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/cotidiano/mediacao-comunitaria/67647>>.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Mediação paraprocessual. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Cap.04. p.94-100.

LEANDRO, 2014. Apud VARGAS-MENDOZA, Jaime Ernesto. **Teoría de la Acción Comunicativa: Jurgen Habermas**. México: Asociación Oaxaqueña de Psicología, 2006. Disponível em: <[http://www.conductitlan.net/jurgen\\_habermas.ppt](http://www.conductitlan.net/jurgen_habermas.ppt)>. Acesso em: 10. jan. 2012.

LEANDRO, Ariane Gontijo L. Experiências de mediação comunitária no Brasil: desafios teóricos e práticos. In: CHAI, Cassius Guimarães (org.); NETO, Adolfo Braga (coord.) e ROMANO, Michel Betenjane (coord.). **Mediação Comunitária**. São Luis: Procuradoria Geralde Justiça do Estado o Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, direito e Sociedade, 2014. cap.15, p.232-p.249. Ebook ISBN - 978-85-98144-46-7.

... . O poder da comunicação: empatia, escuta ativa e flexibilidade. **Simieli desenvolvimento humano**. Disponível em: <<https://simielidh.com.br/o-poder-da-comunicacao-empatia-escuta-ativa-e-flexibilidade/>>.

... . O que é escuta ativa? Entenda como funciona esta ferramenta muito utilizada na mediação. **Mediação OnLine**, 2018. Disponível em: <<https://www.mediacaonline.com/blog/o-que-e-escuta-ativa-entenda-como-funciona-esta-ferramenta-muito-utilizada-na-mediacao/>>.

OLIVEIRA, Isabel Sá. Perguntar em Mediação. In: RODRIGUES, Gabriela cunha; CHABY, Estrela (Org.) et. al. **Mediação e Conciliação nos Conflitos Cíveis e Comerciais**. 1. ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. cap.7, p.179-194.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução por Mário vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos**: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2018. Ebook ISBN 978-85-309-7733-7.

URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Tradução de Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v.3.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação In: DELGADO, José; et. Al. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003. v.22. cap.4. p.42-50.

## RESPONSABILIDADE CIVIL POR DST E O CASAMENTO

*Data de aceite: 01/03/2021*

**Pamella Gomes do Valle**

**Eddy Clebber Dalsoto**

**RESUMO:** O presente trabalho trata-se de uma pesquisa desenvolvida através de uma recente decisão do STJ, tratando a responsabilidade civil no casamento por contaminação do vírus HIV. Abarca-se de uma novidade no campo jurídico, visto que não havia precedentes de casos semelhantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil, DST, casamento, decisão STJ.

**ABSTRACT:** The present work is a research developed through a recent decision of the STJ, dealing with civil liability in marriage for contamination of the HIV virus. It is a novelty in the legal field, since there was no precedent for similar cases.

**KEYWORDS:** Civil liability, STD, marriage, STJ decision.

Faz-se necessário entretanto, um breve adentro sobre o instituto da responsabilidade civil, que tem como fundamentação legal o artigo 159 do CC.

Segundo Silvio Rodrigues “A responsabilidade civil é a obrigação que pode

incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2003, p. 6). A cerca disso, mensura-se requisitos determinantes para identificar tal responsabilidade, bem como a reparação do dano sofrido, esses pressupostos são: ação ou omissão do agente, culpa ou o dolo do mesmo e nexos de causalidade entre a conduta subjetiva e o fato danoso.

A responsabilidade civil na seara do direito familiar vem ganhando, aos poucos, relevância jurídica quanto ao reconhecimento de eventual ato causador de dano, com conseqüente dever de indenização.

Em recente decisão inédita do STJ, aplicou-se a responsabilidade civil para um ex-companheiro que contaminou a ex-conjuge com o vírus HIV. O ex-casal conviverá 15 anos juntos, o companheiro contraiu a doença, e mesmo tendo ciência do fato assumiu o risco de contaminação, provando ser uma conduta dolosa e apto a ser responsabilizado no caso concreto.

Fica claro com a narrativa dos fatos que houve violação do direito da personalidade da ex-companheira, previsto na constituição de 1988, vez que sua honra, intimidade e sua integridade moral e física sofreram lesões. Conforme o entendimento de Carlos Alberto Bittar:

“O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado” (BITTAR, 1994, p. 561).

Deste modo, com a ciência de sua condição de transmissor o ex-companheiro responderá civilmente, com agravante pela relação de confiança que havia entre o ex-casal. A responsabilidade civil e a consequente indenização pelo ocorrido é justa e pode ser considerada repercussiva para que demais casos semelhantes consigam obter o mesmo tratamento judicial.

Com isso, o STJ abarcou um entendimento contemporâneo sobre o tema. Não havia precedentes conhecidos no direito das famílias sobre indenização proveniente de contaminação dolosa de doença sexualmente transmissível por ex-companheiro. Por consequência, o caso em tela é um verdadeiro marco na jurisprudência pátria e que sem dúvidas acarretará repercussões no campo jurídico e social.

O caso em comento, mostra que a responsabilidade civil vem adentrando nas relações de família, acompanhando o desenvolvimento da sociedade, bem como os direitos atrelados a ela. Desmistificando a responsabilidade civil somente em obrigações mais conhecidas e simplórias (como exemplo: acidentes de trânsito e obrigações contratuais de fazer e não fazer) e trazendo maior segurança jurídica nos relacionamentos e famílias.

## REFERÊNCIAS

STJ Notícias: Quarta Turma condena homem a indenizar ex-companheira por transmissão do vírus HIV, disponível no endereço eletrônico: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-condena-homem-a-indenizar-ex%E2%80%93companheira-por-transmiss%C3%A3o-do-v%C3%ADrus-HIV](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-condena-homem-a-indenizar-ex%E2%80%93companheira-por-transmiss%C3%A3o-do-v%C3%ADrus-HIV) (acessado em 15 de maio de 2019, às 18h50min.)

BITTAR, Carlos Alberto. Curso de direito civil. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil: v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

# CAPÍTULO 18

## CONSIDERAÇÕES TANGENTES ÀS PROPOSTAS DE REVOGAÇÃO DA LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A (DES)PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS

*Data de aceite: 01/03/2021*

*Data de submissão: 18/12/2020*

**Gabriela Brito de Souza**

Universidade Federal da Paraíba, Mestrado em  
Ciências Jurídicas  
João Pessoa – Paraíba  
<http://lattes.cnpq.br/4266568523096648>

**RESUMO:** Esta pesquisa tem o intuito analisar os principais argumentos contrários e favoráveis às propostas de revogação da Lei da Alienação Parental (Projetos de Lei nº 498/2018 e 6371/2019). Para tanto, foram examinados os posicionamentos de especialistas durante as audiências públicas promovidas pelo Senado Federal, complementando-se com revisões bibliográficas e documentais. Trata-se de discussão imprescindível, dada a possibilidade do fim de um instrumento que visa ser protetivo e defender direitos humanos de grupo vulnerável, as crianças, quando tidas por objeto diante da beligerância dos pais, com a cessação do direito à convivência familiar. Considera-se que propostas de revogação se mostraram frágeis e insuficientes, contrariando o melhor interesse da criança, uma vez que as dificuldades não estão propriamente na lei, a qual, ao invés de ser revogada, pode ser revisada, alterada e melhorada, consoante as novas propostas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Revogação da Lei da Alienação Parental. Criança. Direito à Convivência Familiar.

### CONSIDERATIONS REGARDING PROPOSALS TO REPEAL THE PARENTAL ALIENATION LAW AND THE (UN)PROTECTION OF CHILDREN

**ABSTRACT:** This research aims to analyze the main arguments for and against of the proposals to repeal the Parental Alienation Law (Bills no. 498/2018 and 6371/2019). For this purpose, the positions of specialists during public hearings promoted by the Federal Senate were examined, complemented with bibliographic and documentary reviews. This is an essential discussion, given the possibility of ending an instrument that aims to be protective and defend human rights of a vulnerable group, children, when seen as an object in the face of their parents' belligerence, with the cessation of the right to family life. Revocation proposals are considered to be fragile and insufficient, contrary to the best interests of the child, since the difficulties are not exactly in the law, which, instead of being revoked, can be revised, changed and improved, depending on the new proposals.

**KEYWORDS:** Repeal of the Parental Alienation Law. Child. Right to family life.

### 1 | INTRODUÇÃO

O Direito das Famílias brasileiro está cada vez mais progressista desde a Constituição Federal de 1988, destacando-se, também, a evolução da doutrina e da jurisprudência ao caracterizarem a família eudemonista: a busca pelas realizações, felicidade e afeto recíproco entre os seus membros. Logo, a tendência

presente é a da família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, e solidária, de modo que os filhos menores apresentam proteção especial enquanto prole e propriamente crianças.

Os avanços oriundos da doutrina dos direitos humanos e fundamentais, a exemplo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CDC, 1989) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990), externa e internamente, deram à criança o reconhecimento de sujeito de direitos, para facultar, com liberdade e dignidade, garantias que promovam o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Nesse contexto, um dos maiores direitos da criança é a convivência familiar e comunitária.

Não obstante, muitos são os casos de supressão do direito supramencionado, sobretudo, quando há a separação dos pais. A primordialidade do infante, assim, não é atendida e os conflitos conjugais sobressalentes abrem margem para condutas como a alienação parental (AP).

A Lei nº 12.318/2010, Lei da Alienação Parental (LAP), foi promulgada a fim de ser mais um instrumento protetivo para as crianças. Visou-se coibir atos praticados por um dos pais que propositum cessar a convivência do filho com o outro genitor e interferir negativamente na imagem que aquele tem deste, prevendo as condutas caracterizadoras e as sanções cabíveis.

Entretanto, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 498/2018, resultante da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Maus Tratos, propondo a revogação da lei. A principal alegação é a falta de cientificidade do conceito de alienação parental e que a LAP estaria se desvirtuando do seu propósito protetivo, favorecendo pais abusadores sexuais, porquanto muitas mães teriam receio de denunciá-los, em razão da possibilidade de serem consideradas alienadoras e perderem a guarda do filho. No mesmo sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6371/2019, o qual também intenta a revogação da Lei da Alienação Parental.

Dada a complexidade e a importância da matéria e considerando que a revogação pode violar direitos humanos de grupo vulnerável, a pesquisa em questão tem como problema: as propostas de revogação da Lei da Alienação Parental constituem medidas apropriadas para a proteção dos direitos da criança dentro das relações familiares? O objetivo da pesquisa, então, é a realização de uma breve análise crítica dos principais argumentos favoráveis e contrários à revogação da LAP apresentados por especialistas do Direito e da Psicologia convidados a participar das audiências públicas promovidas pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal.

Os métodos utilizados foram comparativos e interpretativos, com revisões bibliográficas e documentais, no que coube. É de se pontuar que inexistem pesquisas e estatísticas acessíveis e efetivas que atestem de modo quantitativo e qualitativo a realidade brasileira e se, de fato, a Lei é prejudicial, mormente porque os processos de família correm em segredo de justiça.

De toda sorte, o ponto de intercessão, a defesa do melhor interesse e da integridade das crianças, entendeu-se como não satisfeito com a possibilidade de revogação do instrumento normativo em pauta, motivo pelo qual o Senado Federal apresentou texto substitutivo ao PLS em comento, com o propósito de que a lei possa ser melhorada, mas não revogada, situação que se vislumbra mais apropriada e prudente para todas as partes.

## **21 A CRIANÇA, A FAMÍLIA E A ALIENAÇÃO PARENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

A abordagem da doutrina de proteção integral de crianças e adolescentes desemboca nos princípios da prioridade absoluta (Art. 227 da Constituição Federal/1988) e do melhor interesse, os quais devem orientar o legislador e o aplicador, compreendendo a primazia das necessidades da criança e do adolescente para a interpretação da lei, deslinde de conflitos e elaboração de futuras regras (COLUCCI, 2014, p. 9). Eles decorrem do processo incompleto de formação físico, psíquico, intelectual e moral do infante, sem capacidade plena de autodeterminação. A criança é vulnerável “apenas” por ser criança, potencializando-se quando vítima ou inserida em ambiente de violência familiar.

Nessa esteira, a proteção especial e integral direcionada às crianças depende de adultos: Estado, sociedade e família, principalmente pais e responsáveis, através de leis e políticas públicas de proteção, defesa e garantia de seus direitos, e da educação e formação. Anseia-se que as crianças “cresçam sem temores, sem percalços e conquistem no devido tempo seus próprios mecanismos de defesa e de sobrevivência, e desse modo possam gerar paulatinamente a sua independência, em conformidade com os seus níveis de autodeterminação” (MADALENO, 2018, p. 106), os quais amadurecem com a idade e lhes permitem desenvolvimento saudável.

O poder familiar (Art. 1.630, Código Civil/2002), assim, “exercido dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto” (TARTUCE, 2017, p. 903), implica no dever, entre outros, dos pais de dirigir a criação e educação dos filhos, tornando-os úteis para a sociedade. Trata-se do poder e dever legal que se manifesta primeiro através da guarda, sendo esta daquele que tem, faticamente, a companhia do menor, devendo cuidar e zelar por sua segurança (SIMÃO, 2015), bem como guiar a formação e suprir as necessidades materiais e imateriais.

Correntemente, a regra do Direito brasileiro (Leis nº 11.698/08 e 13.058/14) é a da guarda compartilhada, independentemente de como os pais se relacionam entre si. Por derradeiro, em conformidade com o Art. 22, parágrafo único, do ECA, os pais têm “direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança”, com participação, assistência, tomada de decisões e autoridade parental conjuntas, abrandando os efeitos de eventual separação para os filhos. Nesse sentido, a guarda compartilhada configura como “modalidade preferível em nosso sistema, de



inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica na prole”, visto que não há exclusividade no exercício, mas sim corresponsabilidade na condução da vida dos filhos (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p.715).

Excepcionalmente, porém, poderá haver a fixação da guarda unilateral, quando o compartilhamento for inviável ou prejudicial à criança (Art. 1.583, §1º; Art. 1.584, §5º, CC/2002), ou quando houver consenso entre os pais, regulamentando-se o direito de visitas (convivência com o genitor não guardião, quem deverá supervisionar a educação dos filhos, preservando os laços afetivos e o cumprimento de responsabilidades). Nessa lógica, o Art. 91 da CDC indica que toda criança possui o direito de manter relacionamento e contato afetivo com ambos os pais, mesmo com os pais divorciados.

Ocorre que na separação ou divórcio são recorrentes mágoas, traumas, sensação de impotência e fracasso, episódios de traição, abandono ou diferenças irreconciliáveis, que põem fim a um projeto de felicidade e comunhão de vida. Em muitos casos, os ex-cônjuges não conseguem minimamente se comunicar, tendenciando os portes vingativos de um contra o outro, com a tentativa de findar a figura paterna/materna referência para a criança.

Nesse íterim se configura a Alienação Parental: as condutas empreendidas por um dos genitores com o intuito de afastar o filho do outro genitor; um dos pais realiza esforços contínuos para que a criança repudie aquele em antagonismo, desmoralizando-o, implementando falsas memórias e cessando o direito à convivência familiar (VENOSA, 2017, p. 332). Imperioso frisar que, embora a alienação seja praticada com predominância por aquele detém a guarda unilateral do filho, pode ser efetuada também por aquele que compartilha, e, ainda, pelo que é titular apenas do direito de convivência.

De todo modo, a criança é aviltada, pois uma relação desestruturada com os pais pode causar problemas presentes e futuros para sua saúde emocional e desenvolvimento sadio. A alienação, desta feita, é abuso emocional passível de consequências graves, “não raro os filhos menores são tidos como um brinquedo na separação dos pais. O ranço da separação pode traduzir-se numa atitude beligerante em relação ao outro genitor” (VENOSA, 2017, p. 332).

Como combate, em 2010 foi promulgada no Brasil a Lei nº 12.318, a Lei da Alienação Parental (pioneira no mundo), a qual determina no Art. 2º que a alienação consiste na interferência na formação psicológica de criança ou adolescente promovida ou induzida por um dos pais, avós ou quem tenha a criança ou adolescente sob autoridade, guarda ou vigilância, com vistas a fazer repudiar o genitor ou causar prejuízo no estabelecimento ou manutenção de vínculos com este. Apresenta-se como abuso moral contra a criança ou adolescente, fere o direito fundamental de convivência familiar e prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com grupo familiar, sendo descumprimento dos deveres da autoridade parental, tutela ou guarda (Art. 3º).

Consoante o texto legal, são exemplos: a campanha de desqualificação da conduta

do genitor no exercício da paternidade/maternidade; dificultar o exercício da autoridade parental, o contato de criança ou adolescente com genitor e o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre o filho, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência do filho com o outro genitor, com familiares deste ou avós.

Havendo indício de ato de alienação parental, o juiz determinará com urgência, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, as medidas provisórias necessárias para preservar a integridade psicológica da criança, assegurar a convivência com o genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação, com a oitiva do Ministério Público (MP) e prioridade de tramitação processual (Art. 4º). Outrossim, deve-se assegurar garantia mínima de visitação assistida, salvo havendo risco iminente de prejuízo à integridade física/psicológica do menor, atestado por profissional.

O Art. 5º trata da perícia psicológica ou biopsicossocial, a ser realizada por profissional ou equipe multidisciplinar comprovadamente habilitada, cujo laudo terá base em avaliação ampla, contando, inclusive, com entrevista pessoal com as partes, exame de documentos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra o pai ou mãe. O prazo para apresentação do laudo é noventa dias, prorrogável tão só por autorização judicial, com assento em justificativa circunstanciada.

Quando caracterizados os atos de alienação, as sanções possíveis estão elencadas no Art. 6º: declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; estipular multa ao alienador; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; e declarar a suspensão da autoridade parental. Em quadro de inviabilidade da guarda compartilhada (a prioridade), a atribuição ou alteração da guarda deve ser dada preferencialmente ao pai ou mãe que viabiliza a efetiva convivência do filho com o outro genitor (Art. 7º).

No entanto, embora a busca por salvaguardar os filhos, a eficácia e boa utilização da LAP são bastante questionadas. Nessa senda, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 498/2018, de autoria do ex-senador Magno Malta, objetivando a revogação da lei (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2018). O projeto decorre dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Maus-Tratos, criada em 2017 e concluída em 2018. O Relatório Final da CPI indica que houve relatos nos quais pais que foram acusados por mães de cometer abusos ou outras formas de violência em desfavor dos filhos estariam induzindo ou incitando o

outro genitor a formular denúncia falsa ou precária com o propósito de determinação da guarda compartilhada ou inversão da guarda em seu favor (CPI, 2018, p. 41).

Isto é, teria sido constatado que a LAP daria margem para manobras dos abusadores contra seus “justos acusadores”, bastando indícios de alienação para a decretação de medidas provisórias, como a inversão da guarda, a fim de proteger a integridade dos menores (CPI, 2018, p. 42). A questão recai no Art. 2º, parágrafo único, VI, que prevê a apresentação de falsa denúncia criminal perante a autoridade policial. Segundo o relatório, este e o Art. 6º, IV, ensejariam consequência legal e imediata: a alteração da guarda exclusivamente para o pai.

De pronto, esclareça-se que a lei não traz consequência imediata para nenhuma das hipóteses de AP. Isso porque a previsão é na direção do juiz poder (discricionariamente), observada a gravidade do caso, caracterizados os atos de alienação e demais previsões do Art. 6º, aplicar as sanções dispostas, que são diversas. Logo, a inversão da guarda não é regra, tampouco tem efeito imediato.

Contudo, devido às denúncias levadas ao Senado por mães que teriam perdido a guarda dos filhos pela LAP para pais maltratantes ao relatarem suspeitas de maus tratos às autoridades, foi proposta a revogação da Lei, a qual não apaziguaria conflitos e nem seria protetiva. Além do referido PLS, tramita na Câmara dos Deputados, em caráter conclusivo, o Projeto de Lei nº 6371/2019, da deputada Iracema Portella (PP-PI), com base nas mesmas alegações, a ser analisado pelas comissões de Seguridade Social e Família e de Constituição, Justiça e Cidadania (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

### **31 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DO SENADO FEDERAL: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À REVOGAÇÃO DA LAP**

A primeira audiência pública (BRASIL, Senado Federal, CDH - revogação da Lei de Alienação Parental (25/06/2019), 2019) foi realizada no dia 25 de Junho de 2019, presidida pelos senadores Paulo Paim (PT-RS) e Leila Barros (PSB-DF, relatora), com debatedores e especialistas contrários e favoráveis à revogação. A primeira posição favorável foi de conselheira titular do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), para o qual há uma preocupação resultante do fato de o conceito de alienação parental não ser fundamentado em estudos científicos e de que não há registro de outros Estados com legislação a respeito (CONANDA, 2018, p. 1).

O Conselho considera que as previsões legais existentes já são suficientes para assegurar o convívio com ambos os genitores, destacando-se a guarda compartilhada. Sustentou-se que a LAP não é oportuna e adequada em alguns aspectos, como o Art. 2º, VI, pois o genitor que desconfia de alguma forma de violência praticada pelo outro genitor pode se sentir acuado de comunicar às autoridades, temendo ser considerado “alienador” e sujeitar-se às sanções impostas pela lei. Chamou atenção para a inversão da guarda,

a fixação cautelar do domicílio e a suspensão da autoridade parental, as quais revelariam uma intervenção desproporcional nas famílias, podendo resultar na convivência da criança ou adolescente com o seu abusador (CONANDA, 2018, p. 1 a 4).

Na sequência, a psicanalista Ana Maria Iencarelli, especialista em vítimas de abuso sexual, assegura que a alienação parental não é um conceito científico. Aduziu que a criança relata o abuso a para mãe após a separação por se sentir mais segura; feita a ocorrência, a defesa acusa a genitora de alienação e a afasta do filho, devido à difícil comprovação pela ausência de vestígios do abusador e ser a fala da criança desacreditada na justiça. Para ela, a implantação de falsas memórias é afirmação “absolutamente lunática”, porque uma criança até os onze anos apresenta o raciocínio concreto, só memorizando o que experimenta.

Ainda favorável, a subprocuradora-geral da República e coordenadora do grupo de criminologia da Faculdade de Direito da UNB, Ela Wiecko Volkmer de Cartilho, comentou que a lei foi feita às pressas em benefício de um grupo de interesses, que não deu a resposta esperada e que a Síndrome da Alienação Parental é uma teoria sem comprovação científica, não reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Acredita que o conceito legal de alienação parental acirra conflitos sob o pretexto de proteger a criança, pois parte de uma lógica patológica e judicializante, sem espaço para conciliação e mediação, favorecendo a violência sexual pelos pais, cuja estratégia de defesa é acusar as mães de alienadoras.

Por fim, para o advogado e membro do movimento pró-vida, Felício Alonso, o Código Civil e o ECA já são suficientes, e que o maior problema em relação à Lei da Alienação Parental é que ela foi feita “especificamente para defender os pedófilos e blindar a pedofilia intrafamiliar”. Afirmou que Richard Gardner era pedófilo e elaborou laudos defendendo pedófilos.

Iniciando as falas contrárias, a advogada e representante do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Renata Nepomuceno e Cysne, trouxe a importância da guarda compartilhada e a necessidade de se repensar a família após o término do vínculo conjugal, com a preservação dos interesses dos filhos. Pontuou que a lei é protetiva, muito mais ampla do que a falsa denúncia e que quando se descumpre suas disposições é retirado o duplo referencial necessário para o desenvolvimento sadio da criança. Discordou da suposta judicialização, pois hoje o Direito de Família busca soluções a partir da conciliação e da mediação, e que as decisões do juiz são amparadas por uma equipe multidisciplinar, pelo MP, cabendo, se for o caso, recurso. Ainda destacou que a dificuldade deriva não da lei, mas do judiciário, o qual não está preparado com as ferramentas e os profissionais especializados (IBDFAM, 2019).

A advogada Sandra Regina Vilela, especialista em Direito das Famílias, abordou uma tendência anterior à LAP de o judiciário não garantir a convivência com ambos os pais após a separação e que a AP é um abuso emocional e psicológico, com problemas

intensos e semelhantes aos decorrentes do abuso sexual. Apontou que são raros os casos com falsa acusação de abuso e inversão da guarda, pois o juiz primeiro procura apaziguar a família e a inversão só é feita depois de ampla investigação, já que muitas vezes basta uma advertência.

Posteriormente, a psicóloga Andréia Calçada, especialista em neuropsicologia e perita nas Varas de Família, comentou que acompanhou a construção da lei, a qual ajudou os homens a exercerem adequadamente a função parental. Questionou se o problema está na legislação ou na capacitação dos profissionais, falta de políticas públicas preventivas, estrutura dos tribunais, das delegacias e instituições afins, e litigância sem fim. Para ela, essa disputa jurídica e legislativa é perda de tempo, pois o essencial é aprimorar o sistema, que precisa prevenir, investigar e avaliar as formas mais adequadas de se proteger todas as crianças.

Finalmente, a psicóloga, vice-presidente da Associação Brasileira de Psicologia Jurídica (ABPJ) e perita forense, Tamara Brockhausen, apontou a posição da entidade (ABPJ, 2019, p. 1 a 5), a qual discorda da alegação de amplo desvirtuamento da lei como argumento que embasa o projeto, sendo leviano relacionar a desproteção da criança sexualmente molestada no Brasil (tema antigo) ao aparecimento do conceito de AP ou à promulgação da LAP. Considera preciso a capacitação dos profissionais e crê a proposta de revogação como radical, uma vez que a conclusão da CPI se baseia em depoimentos e não em dados estatísticos.

Enfatizou que a alienação não foi inventada por Gardner, quem apenas criou um nome que “virou moda”. Salientou o registro da “Alienação Parental” pela OMS no índice de termos e que o amplo uso da alienação parental por parte da defesa não implica na forma com a qual o judiciário e os peritos utilizam o tema. Ao final, defendeu, se necessário, a modificação de nuances da lei, pois existe o emprego desvirtuado de qualquer dispositivo protetivo (ex: Lei Maria da Penha) e isso não justifica sua revogação.

Na segunda Audiência Pública, realizada no dia 15 de julho de 2019 (BRASIL, Senado Federal, CDH – audiência pública sobre a Lei da Alienação Parental, 2019), Ângela Gimenez, juíza da 1ª Vara de Família do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, manifestou-se contra a revogação, informando desconhecer qualquer situação em Varas de Família em que a modificação ou inversão da guarda tenham sido dadas sem significativo e eficiente lastro probatório, ocorrendo apenas em último grau, diante de alienação severa.

Acentuou o papel do judiciário, cuja atuação envolve: audiência de justificação; provas pré-constituídas; estudos psicológicos e sociais; oficina de parentalidade; fase de conciliação e de mediação; intervenção de advogados, MP e Defensoria Pública; audiência de instrução; trabalho de conscientização por cartilhas, filmes, entrevistas, minicursos, palestras, rodas de conversa; análise da situação da criança; escuta de parentes; visitas assistidas; constelações familiares; escutas especializadas; depoimentos de testemunhas; diligências; alegações finais; compatibilização dos argumentos com as provas produzidas;

sentença (passível de recurso). Reputou, enfim, ser retrocesso a revogação, porquanto a lei (amparada no ECA e direitos humanos) beneficia crianças vítimas de vulnerabilidades.

Em seguida, palestrou a juíza da 6ª Vara de Família do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Silvana da Silva Chaves, favorável à lei, mas defendendo que o parlamento estude uma forma de, eventualmente, emendá-la ou corrigir alguma distorção, tendo em vista que a revogação seria retrocesso. Argumentou que se trabalha com o sistema constitucional da ampla defesa e que não se concebe nenhuma decisão contrária a qualquer um dos pais sem passar por critérios rigorosos. Afirmou que a lei nada tem a ver com pedofilia, sendo legislação grandiosa, e que se existe uma síndrome nominada por alguém, ela não é a LAP. Para ela, a Lei vem quando os pais, que deveriam proteger os filhos, os agredem emocionalmente, causando danos irreparáveis. Propôs a suspensão de qualquer processo de AP até a investigação do processo crime de abuso sexual e defendeu um melhor aparelhamento do sistema judiciário.

Ainda a favor da LAP, a juíza do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Andréa Pachá, acredita não conseguir ver antagonismo nos debates quando o objetivo de todos é cuidar do melhor interesse de crianças e adolescentes. Declarou que uma criança que cresce em um ambiente no qual os adultos (que deveriam ser referências) não conseguem se comunicar – podendo excluir um da vida do outro, acusar de abuso ou abusar do filho – será extremamente insegura e com dificuldades de sobreviver afetivamente, já estando condenada. Desta feita, assentou que o trabalho deve ser na perspectiva de redução de danos, vendo a importância de uma lei como a LAP, não obstante não reconheça a alienação como uma síndrome na perspectiva científica.

Asseverou que o fenômeno da alienação parental existe e independe da sigla da síndrome (SAP); que a lei é uma forma de igualdade parental, não se falando em pais que abusam sistematicamente dos filhos, nem em mães lunáticas que denunciam falsamente, então a discussão não deve ser uma guerra como se existissem pessoas contra ou favor das crianças. Crê que são precisos profissionais preparados e que a lei pode ter ajustes, como a inversão da guarda enquanto uma etapa que devesse cumprir as demais, e não punição.

Já a advogada Marina Zanatta Ganzarolli, pela revogação, criticou a rápida tramitação da LAP e a ausência de participação social. Trouxe pesquisas e dados do Brasil em relação aos maus tratos infantis, feminicídio, agressões domésticas, estupros e casamentos de menores, justificando a vulnerabilidade. Apontou ser impossível dissociar a Alienação Parental de Richard Gardner, quem cunhou o nome e um “pedófilo confesso”, e que a Síndrome não tem validade científica. Para ela, a Lei vem sendo usada pelos pais para acusar as mães de falsa comunicação de crime, podendo resultar na reversão da guarda em benefício de abusadores, contra as mulheres e em desfavor das crianças. Defende um debate para uma nova legislação que proteja as crianças.

Ainda pela revogação, debateram as advogadas Patrícia Regina Alonso e Elisabeth

Regina Alonso (movimento pró-vida), tendo por base argumentativa a falta de cientificidade da alienação parental e a suposta defesa de pais pedófilos; e contra, a juíza Maria Isabel da Silva (Associação dos Magistrados Brasileiros) e Sérgio Moura (presidente da Associação Brasileira Criança Feliz).

#### **41 A POSSÍVEL FRAGILIDADE DOS ARGUMENTOS DE DEFESA DA REVOGAÇÃO DA LAP**

Nesse cenário, as justificativas utilizadas pelos que apoiam a revogação da LAP, em suma, se lastreiam em: a) a alienação parental e a síndrome careceriam de cientificidade, não sendo reconhecidas pela OMS; b) a lei estaria sendo desvirtuada do propósito, defendendo pedófilos e expondo as crianças aos pais abusadores, em razão da inversão da guarda e; c) a LAP seria lei prescindível, visto que o ordenamento jurídico brasileiro (Constituição Federal, Código Civil e ECA) já prevê a garantia do convívio familiar.

Porém, os argumentos supracitados são contestáveis. A começar, como o próprio Relatório Final da CPI reconhece (CPI, 2018, p. 40), a alienação parental e a síndrome não se confundem. Aquela são as condutas operadas por um genitor para afastar o filho do outro ou fazê-lo repudiar. Já a Síndrome da Alienação Parental (SAP), termo criado e estudado pelo psiquiatra estadunidense Richard Gardner na década de 1980, é a disfunção surgida, num primeiro contexto, nas disputas de guarda, fruto da “combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a vilificação do pai alvo” (GARDNER, 1998, p. 1985). Para ele, trata-se de um distúrbio da infância, as consequências da alienação como doença.

De fato, a SAP carece de reconhecimento perante à comunidade médica/científica. Entretanto, a LAP não regula ou sequer menciona a síndrome, não correspondendo à teoria de Gardner, mas aos atos que caracterizam a alienação parental. Em outros termos, “a lei não trata do processo de AP necessariamente como patologia, mas como conduta que merece intervenção judicial, sem cristalizar única solução para o controvertido debate acerca de sua natureza” (PEREZ, 2013, p. 43). Gardner, pois, foi quem nominou a alienação parental, que se popularizou, e concebeu a SAP. A síndrome não ser comprovada não significa que os atos de alienação não existam; estes são reconhecidos por serem factuais, independentemente do nome conferido.

Tanto é que o comitê científico internacional da OMS (2019) registrou no índice de termos do novo manual CID-11 (Classificação Internacional de Doenças), que entrará em vigor em 2022, a expressão “alienação parental” (Código QE52.0 - Problema de relacionamento entre cuidador-criança). Tamara Brockhausen, durante a audiência pública, explicou que a palavra “síndrome” está em desuso e é muito questionada, visto que associa a uma doença médica/psiquiátrica. Portanto, a alienação parental aparece no CID em uma subcategoria, “*Caregiver-child relationship*”, enquanto um evento de QE52.0, como um sinônimo ou descritivo.



A psicóloga complementou ser preciso que se compreenda que o CID é um manual de doenças e condições, inclusive sociais, as quais são influências reconhecidas no estado de saúde do ser humano (como a pobreza, listada como condição, pois interfere no desenvolvimento humano). Acentuou, também, que o fato de não se considerar a alienação uma doença não afasta o impacto do registro do termo, observando-se que ele significa o reconhecimento pela OMS da existência real desse fenômeno ou problema. Dessarte, a alienação parental é considerada pelo CID como um problema relacional do cuidador com a criança, levando a problemas do funcionamento e desenvolvimento, necessitando de atenção, pesquisa e de políticas públicas.

No que tange à alegação de utilização desvirtuada da lei, defendendo pedófilos e expondo filhos aos pais abusadores em razão da inversão da guarda, registre-se que, considerando a ausência de estatísticas precisas, não há como atestar a veracidade dessa grave justificativa. O próprio relatório da CPI expõe que não foram apuradas denúncias específicas, mas apenas depoimentos de mães (CPI, 2018, p. 41), os quais, embora não devam ser desqualificados, não necessariamente representam a realidade e nem têm crivo jurídico.

Ademais, aponte-se que a LAP não trata apenas de falsas denúncias de abuso sexual, elencando várias práticas; e nem a inversão da guarda é a única sanção prevista, ao revés, é exceção amparada diante de casos gravíssimos e nocivos. Isto porque, de modo inverso, a Lei entraria em contradição ao retirar a convivência de um em detrimento do outro. A ampliação do convívio com o genitor alienado através da guarda compartilhada é sempre priorizada. Segundo pesquisa realizada com magistrados em Minas Gerais, a inversão é decisão extrema, traumática e violenta, cogitada apenas diante do fracasso de soluções alternativas, já que ao invés de resolver o problema pode tão só mudá-lo de lugar ou piorá-lo (MONTEZUMA; PEREIRA; MELO, 2017, p. 1219).

Outrossim, em consonância com a advogada Melissa Barufi, da Comissão da Infância e Juventude do IBDFAM, havendo acusação de abuso sexual e AP, a fase instrutória é ampla e exauriente, de forma que o contato do acusado de abuso com a criança, até que se apure a verdade, será no máximo a visita assistida. Assegura que dificilmente se tomam atitudes processuais que afastem os filhos do alienador, mesmo evidentes os atos de alienação (IBDFAM, 2019).

A LAP impõe laudo pericial com ampla avaliação psicológica e biopsicossocial, e vários métodos realizados por profissionais especializados. Evidenciem-se, ainda, outros dispositivos legais auxiliares, quais sejam: depoimento especial da vítima em casos de abuso sexual ou alienação parental (Art. 699, Lei nº 13.105/2016); criação de matriz intersetorial de capacitação e atualização profissional continuada para profissionais que atuam no sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência (Art. 27, caput e parágrafo único, Decreto nº 9.603/2018); políticas públicas de justiça, segurança, assistência social e educação, para o atendimento integral da criança



e adolescente vítima ou testemunha de violência (Art. 14, §1º, II da Lei nº 13.431/2017); a Lei nº 12.431/2017; a descrição da alienação parental como uma das formas de violência (Lei nº 13.431, Art. 4º, §2º), etc.

Para mais, em outubro de 2019, foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça o PLS nº 144/2017 (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2019), do senador Dário Berger (MDB/SC), que insere na Lei previsão admitindo o uso da mediação em disputas entre os responsáveis pela guarda (vetado da redação original) antes ou no curso do processo judicial, por iniciativa das partes ou sugestão do juiz, MP ou Conselho Tutelar. O projeto dispõe que a mediação será precedida de acordo que indique a duração e regime provisório de exercício de responsabilidades enquanto as partes criam entendimento, e que os termos do acordo não vinculam decisões judiciais posteriores. As partes poderão escolher o mediador, mas compete ao MP e ao Conselho Tutelar a responsabilidade de formar cadastro de mediadores habilitados no exame da AP.

Na passagem do texto, a Comissão de Direitos Humanos o modificou para que haja o exame dos termos do acordo de mediação e seus desdobramentos pelo MP e a homologação pela Justiça, já que antes a proposta determinava a análise somente do acordo de mediação ou dos seus resultados. É uma decorrência dos direitos indisponíveis de menores, precisando-se do aval do Estado nas duas etapas. A proposta seguirá para a Câmara dos Deputados na ausência de recurso para o plenário.

A aprovação é um trunfo, visto ser a mediação em conflitos familiares, em observância à Lei 12.150/2015, um eficiente meio de se abrandar a beligerância entre os pais através do diálogo e empoderamento das partes, protagonizando os interesses do filho. Na mesma senda, tramita em caráter conclusivo o Projeto de Lei nº 6008/19 (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

Enfim, quanto ao argumento de que a LAP seria prescindível, pela suficiência das garantias legais já previstas, cabe o entendimento da juíza Andréa Pachá, quando na segunda Audiência Pública sustentou a existência de direitos que precisam ser simbolicamente normatizados, pois, do contrário, é como se não existissem; isso porque há vulnerabilidades em determinadas matérias em que é necessário a positivação de uma lei para dar visibilidade e luz ao problema de maneira própria, com todas suas particularidades.

A situação atual, malgrado seja delicada, projeta boas expectativas. Em fevereiro de 2020, a Comissão de Direitos Humanos aprovou um texto substitutivo (da senadora Leila Barros) ao projeto cuja proposta é a revogação da LAP, o qual altera o PLS 498/2018, ao invés de simplesmente revogar a Lei.

Para a senadora, a defesa deve ser no sentido de alterações na Lei com o fito de reparar o problema que a CPI dos Maus Tratos levantou, razão pela qual dispôs de três pilares no seu relatório: o bem estar das crianças, a segurança para que pais possam denunciar suspeitas de abuso sem punição e o envolvimento de juízes nas fases iniciais do processo, por meio de audiências com as partes antes, por exemplo, de uma decisão como

a reversão de guarda (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2020).

Alguns outros pontos do texto substitutivo são: a oitiva pelo magistrado de todas as partes antes da tomada de decisão, com exceção da existência de indício de violência, situação na qual o suposto agressor poderá perder o direito de visitação mínima assistida; até que seja proferida decisão de primeira instância no juízo criminal, havendo processo criminal contra pai ou mãe tendo o filho como vítima, o processo de alienação parental fica sobrestado; e, à exceção de receio justificado de risco à integridade física e psíquica da criança ou adolescente (quando a medida precisará ser imediata), o direito do alienador deverá ser retirado de forma gradativa pelo magistrado. Saliente-se, para mais, que o substitutivo prevê pena de reclusão de dois a seis anos e multa para falsa acusação de alienação parental cujo desígnio é facilitar crimes contra a criança (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2020).

Desta feita, a LAP especifica condutas (e confere sanções) que não podem ser empregadas, na maior das vezes de forma sutil, para findar o convívio do filho com um dos pais, o que a legislação até então não dispunha, apesar de prever a garantia de convivência. Enfatiza, então, a existência desse problema nas relações familiares, como instrumento de concretização da igualdade material, na medida propiciar à criança proteção própria de sua vulnerabilidade, para que bem cresça e se potencialize. O problema não é a Lei, visto não haver margem para favorecimento dos pais que a alegam de má fé para benefício da própria torpeza, mas sim, eventualmente, na sua utilização e aplicação. A projeção, de certo, deve estar em políticas profissionais de prevenção e controle.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a análise dos argumentos contrários e favoráveis à revogação da Lei da Alienação Parental, a posição assumida nesta oportunidade é desfavorável à revogação, haja vista as propostas não representarem proteção às crianças alienadas. A Alienação Parental é um atentado contra a dignidade da criança, a torna órfã e retira dela o direito de por si mesma formar suas convicções sobre os pais, de ter ambos guiando sua criação e proporcionando afeto; é objetificar o filho e tratá-lo como um desígnio de vingança e/ou premiação dentro de uma guerra da qual não alimenta, não faz e nem deseja ser parte.

Mudanças na LAP são bem-vindas desde que destinadas ao seu aperfeiçoamento, como emendas que reforcem expressamente a proteção à integridade do infante, o cuidado com os casos de falsas (ou não) denúncias de todas as formas de violência, a excepcionalidade da inversão da guarda, a utilização da mediação de conflitos, bem como as modificações do texto substitutivo anteriormente comentado. A guarda compartilhada é prevenção e antídoto contra a alienação parental.

No mais, a capacitação de profissionais para atenderem a justiça e a obediência aos tantos outros textos de lei protetivos são urgentes. A Constituição Federal veda o

retrocesso social e não há como pensar na revogação, mesmo que bem intencionada, senão como retrocesso.

ALAP preserva a criança da violência dentro de sua própria casa, portanto, considera-se as argumentações em prol da revogação, em regra, imaturas e insuficientes no âmbito dos direitos humanos, extraindo ser precisa a realização e divulgação de estatísticas no âmbito do Direito das Família para o auxílio no combate à insegurança jurídica e social. Finalmente, entende-se que também não se deve transformar a discussão em uma disputa entre pais e mães. Malgrado a pauta de gênero deva ser avaliada, o melhor interesse pretendido e prioritário sempre é o da criança.

## REFERÊNCIAS

ABPJ. **Posicionamento da Associação Brasileira de Psicologia Jurídica sobre o tema da Alienação Parental e o pedido de revogação da Lei 12.318 de 2010 contido no PL 498.** São Paulo, 2019. Disponível em: <http://www.abpj.org.br/downloads/2a49c2be7f19beb8c2d98fc6e1b374fb.pdf>. Acesso em: 18 de Outubro de 2020.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto Revoga a Lei de Alienação Parental.** Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/631131-projeto-revoga-a-lei-de-alienacao-parental/>. Acesso em: 10 de Outubro de 2020.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto autoriza mediação para solucionar questão ligada a alienação parental.** Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/630645-projeto-autoriza-mediacao-para-solucionar-questao-ligada-a-alienacao-parental/>. Acesso em: 28 de Novembro de 2020.

BRASIL. Senado Federal. **CDH - revogação da Lei de Alienação Parental (25/06/2019).** Audiência Pública – Senado Federal. 1 vídeo (183 min). Publicado pelo canal TV Senado. Brasília, 2019. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=bK9mLbvF\\_WA](https://www.youtube.com/watch?v=bK9mLbvF_WA). Acesso em: 15 de Novembro de 2019.

BRASIL. Senado Federal. **CDH – audiência pública sobre a Lei da Alienação Parental – TV Senado ao vivo – 15/07/2019.** 1 vídeo (186 min). Publicado pelo canal TV Senado. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6i4nVKbTb88>. Acesso em: 15 de Novembro de 2019.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **CCJ aprova mediação como instrumento para evitar alienação parental.** Brasília, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/09/ccj-aprova-mediacao-como-instrumento-para-evitar-alienacao-parental>. Acesso em: 15 de Outubro de 2020.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado 498 de 2018.** Brasília, 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134835>. Acesso em: 10 de Outubro de 2020.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança:** Construção Teórica e aplicação prática no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 261. 2014.

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito 2017-2018**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2018/12/06/relatorio-da-comissao-parlamentar-de-inquerito>. Acesso em: 15 de Novembro de 2020.

CONANDA. **Nota Pública do Conanda sobre a Lei da Alienação Parental. Lei nº 12.318 de 2010**. Brasília, 2018. Disponível em: [http://www.conselho.crianca.df.gov.br/wpcontent/uploads/2018/10/Nota\\_0548496\\_Nota\\_Publica\\_sobre\\_a\\_Lei\\_de\\_Alienacao\\_Parental\\_FINAL.pdf](http://www.conselho.crianca.df.gov.br/wpcontent/uploads/2018/10/Nota_0548496_Nota_Publica_sobre_a_Lei_de_Alienacao_Parental_FINAL.pdf). Acesso em: 20 de Outubro de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARDNER, Richard A. **The Parental Alienation Syndrome (A Síndrome de Alienação Parental)**. 2ª Ed. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, 1998.

IBDFAM. **Especialista critica projeto de lei que propõe revogar a Lei de Alienação Parental**. Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6716/Especialista+critica+projeto+de+lei+que+prop%C3%B5e+revogar+a+Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>. Acesso em: 23 de Outubro de 2019.

IBDFAM. **IBDFAM participa de audiência pública no Senado Federal e diz “não” à revogação da Lei de Alienação Parental**. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6986/IBDEFAM+participa+de+%20audi%C3%Aancia+p%C3%bablica+n+o+Senado+Federal+e+diz+%e2%80%9cn%C3%A3o%e2%80%9d+%c3%A0+revoga%C3%A7%C3%A3o+da+Lei+de+Aliena%C3%A7% c3%A3o+Parental>. Acesso em: 06 de Outubro de 2020.

IBDFAM. **OMS reconhece a existência do termo Alienação Parental e o registra no CID-11**. Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6717/OMS+reconhece+a+exist%C3%AAncia+do+termo+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+e+o+registra+no+CID-11>. Acesso em: 23 de Outubro de 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MONTEZUMA, M. A.; PEREIRA, R. C.; MELO, E. M. Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência? **Physes Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, Vol. 27 N. 4, p. 1205-1224, 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **ICD – 11 Coding Tool**. Parental Alienation. Disponível em: [https://icd.who.int/ct11/icd11\\_mms/en/release](https://icd.who.int/ct11/icd11_mms/en/release). Acesso em: 20 de Novembro de 2019.

PEREZ, E. L. **Breves comentários acerca da lei da alienação parental (Lei 12.318/2010)**. In: DIAS, M. B. (Coord.) Incesto e alienação parental de acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SIMÃO, José Fernando. **Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas>. Acesso em: 20 de Setembro de 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, volume único**. 7ª Ed. São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Família, Volume 5**. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

## O ESTADO BRASILEIRO E O CONCEITO DE FAMÍLIA NO BINÔMIO MORALIDADE X LEGALIDADE

*Data de aceite: 01/03/2021*

*Data de submissão: 10/12/2020*

**Luis Felipe Rocha Rodrigues da Silva**

Universidade Cidade de São Paulo  
São Paulo/SP

<http://lattes.cnpq.br/4681808471556876>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo argumentar sobre a instituição Família e como ela está inserida no Direito Brasileiro. De certo que a Família é um bem-jurídico tutelado e está definida na Constituição Federal, bem como em leis complementares. O tema também é pauta de inúmeros julgados e, embora seja fundamental para o Direito, a Família como instituição social pode diferir pelo estabelecido a partir do Direito. A pesquisa se divide em três fases principais: entender que o Direito não é uma ciência alheia a sociedade e, por isso, recebe influência de conceitos de outras áreas de conhecimento, bem como de processos históricos; identificar que a Família é instituída de maneiras diversas no contexto brasileiro atual e que seu sentimento metafísico dificilmente poderá ser descrito por alguma legislação; comentar sobre como o Estado Brasileiro através de sua lei classifica as famílias existentes em sua sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Família; Estado; Direito e Desenvolvimento; Moralidade; Legalidade;

### BRAZILIAN STATE AND THE FAMILY CONCEPT IN THE BINOMY MORALITY X LEGALITY

**ABSTRACT:** The present work aims to argue about the Family institution and how it is inserted in Brazilian Law. Certainly, the Family is a protected legal asset and is defined in the Brazilian Federal Constitution, as well as in complementary laws. The subject is also the subject of numerous judgments and, although it is fundamental to the Law, the Family as a social institution can differ from the one established from the Law. The research is divided into three main phases: understanding that Law is not a science alien to society and, therefore, it is influenced by concepts from other areas of knowledge, as well as historical processes; to identify that the Family is instituted in different ways in the current Brazilian context and that its metaphysical feeling can hardly be described by any legislation; comment on how the Brazilian State through its law classifies existing families in its society.

**KEYWORDS:** Family; State; Law and Development; Morality; Legality.

### 1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho de Conclusão de Curso visa falar a respeito das diversas famílias existentes na sociedade brasileira, trazendo a evolução de definição dessa instituição no decorrer da história brasileira, bem como a legislação brasileira a enxerga, e se a Família tutelada pelo Direito tem o elo moral da sociedade que está inscrita, pela perspectiva do

debate Hart-Dworkin e pela teoria do Direito e Desenvolvimento.

Abordaremos o bem jurídico Família no Direito Brasileiro, estudando a formação da Família de forma histórica, social e religiosa e como esses outros institutos podem ter, de alguma forma, influenciando a produção legal.

De certo que o Código Civil Brasileiro de 2002 traz uma visão que não consegue abranger todos os fenômenos sociais que estão acontecendo como também os que já estão consolidados. Através de pesquisas sociológicas e históricas da formação social brasileira e como isso reflete no ordenamento jurídico, será estudado sobre o quanto a falta de representatividade do real mundo no Código Civil pode atrapalhar na celeridade processual, na segurança que o Poder Judiciário deve oferecer para todos os cidadãos e a manutenção de direitos constitucionais como a Dignidade da Pessoa Humana e a família como base da sociedade brasileira.

O assunto em questão tem se tornado cada vez mais relevante para o Direito de Família, visto que há cada vez mais procura para o término de um conflito entre famílias que não são englobadas até mesmo nos elementos essenciais para haver a existência jurídica; segundo Gonçalves<sup>1</sup> que diz que “Para que o casamento tenha existência jurídica, é necessária à presença dos elementos denominados essenciais: diferença de sexo, consentimento e celebração na forma da lei”.

## **2 | TEORIA DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO E O DEBATE HART-DWORKIN**

Sabe-se que o positivismo jurídico não consegue atender todas as demandas de acontecimentos que podem ocorrer na sociedade. Por conta disso, muitas teorias jurídicas são produzidas. Entre todas elas, o pensamento de H.L. Hart e a crítica de Ronald Dworkin sobre as lacunas da lei positiva.

Ressalta-se aqui a ideia do que seria o debate Hart-Dworkin. Herbert Lionel Adolphus Hart foi um filósofo e jurista, professor na Universidade de Oxford. Magistrado britânico, tem em suas maiores obras o trabalho “The concept of law”, com o estudo consagrado sobre a Teoria do Direito, criticando a forma genérica. Hart não exclui a moralidade da sua concepção de formação positivista da lei, embora seja muito criticado por Dworkin, por não colocar a subjetividade da moral em seu conceito.

Já Ronald Dworkin era um norte-americano, formado em Direito pela Universidade de Harvard e sucessor de H. L. Hart como professor na Universidade de Oxford. O grande ponto do pensamento de Dworkin contrário a Hart, de forma breve, é o fato de Hart não reconhecer em sua concepção de Direito a interpretação legislativa das cortes norte-americanas os princípios morais que os juízes tem em si. A moralidade, segundo Dworkin, é parte principal na interpretação das leis.

1 GONÇALVES, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

H.L. Hart defendia que a lei vinha sobre uma produção hierárquica, de uma instituição competente, e esta é independente a outras instituições e pensamentos. Hart também defendia que as lacunas que ocasionalmente ocorre entre o fato e a lei (não havendo subsunção), o julgamento também se daria por essa instituição hierárquica competente.

Já Ronald Dworkin, na visão de Shapiro<sup>2</sup>, criticou todo esse pensamento de Hart, argumentando que o pensamento de Hart não explicava a existência dos princípios. De acordo com Shapiro, “Dworkin argumenta que o positivismo jurídico, assim caracterizado, não pode explicar a existência manifesta de princípios jurídicos. A teoria de Hart, ou qualquer outra argumentação positiva, é um “modelo de e para um sistema de regras” e, por isso deve ser rejeitado”<sup>3</sup>.

Para Dworkin,<sup>4</sup> a lei está ligada aos princípios jurídicos, e os princípios jurídicos são criados a partir da moralidade social. Dworkin afirma que seu trabalho<sup>5</sup> é

Primeiramente, demonstrar a existência de divergências teóricas sobre o direito, a partir da análise de decisões judiciais e sob o ponto de vista do juiz, para concluir, a partir disso, que as premissas do positivismo são equivocadas e, subsequentemente, propor uma teoria do direito mais adequada. (DWORKIN, 1999).

Pode parecer inoportuno toda a argumentação que fora desenvolvida no presente trabalho, por, em um primeiro momento parecer ser abrangente demais e até fugir do tema. Por isso, importante citar o pensamento de Carvalho quando ele argumenta que

a ordenação jurídica é una e indecomponível. Seus elementos – as unidades normativas – se acham irremediavelmente entrelaçados pelos vínculos de hierarquia e pelas relações de coordenação, de tal modo que tentar conhecer regras jurídicas isoladas, como se prescindissem da totalidade do conjunto, seria ignorá-lo, enquanto sistema de proposições prescritivas.<sup>6</sup>

### 3 | A ENTIDADE FAMILIAR NO DECORRER DA HISTÓRIA BRASILEIRA

O conceito de família e de como ela é constituída como conhecemos hoje, remonta a toda história da humanidade. Quando o homem começa a se desenvolver e criar relações com outros de sua espécie, as disputas por alimentos, terras e pares para sua satisfação natural deram início as grandes barbáries que culminaram na criação de algo que pudesse dar limites ao interesse de um indivíduo, protegendo assim, a vida dos mais frágeis.

A respeito da evolução do núcleo familiar, Engels<sup>7</sup> em seu livro “A origem da família,

2 SHAPIRO, Scott J., The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed (March 5, 2007). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>.

3 “Dworkin argues that legal positivism, so characterized, cannot account for the manifest existence of legal principles. Hart’s theory, or any such positivistic account, is a “model of and for a system of rules” and, as such, must be rejected.”

4 SHAPIRO, Scott J. Op cit.

5 DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

6 CARVALHO, Paulo de Barros. Op cit.

7 ENGELS, Friedrich. A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. 6ª edição, ed. Civilização Brasileira. 1980.

da propriedade privada e do Estado” faz um estudo social que nos remete ao início da instituição família e de suas primeiras evoluções.

Engels utiliza-se muito de núcleos familiares de povos primitivos de sua época, como os nativos americanos e povos asiáticos. Ele encontrou diversas semelhanças entre eles, e como a evolução da família chegou até a concepção ocidental.

Com a evolução social do ocidente, e as grandes navegações, a descoberta de uma terra nova, dá-se origem a novos fenômenos. Toda essa evolução chega ao Brasil, a partir de seu descobrimento em 1500. Essas concepções de famílias chocam-se com as dos nativos brasileiros, Após muitos anos e com a miscigenação apresentada em nosso país, podemos seguir a evolução familiar pelo prisma da família paulista.

SAMARA<sup>8</sup> traz algumas informações importantes a respeito disso. Primeiro, a família paulista tinha menos integrantes do que no resto do país. O celibato, por ser algo frequente, alterou sensivelmente a organização familiar, trazendo o solteiro para sua casa escravos e agregados, preterindo os parentes ou afilhados. Junto do celibato, houve também muitos casos de concubinato, trazendo para São Paulo, uma relação mais complexa de relações familiares, presente até nossos dias. Ressalta-se que o concubinato não era apenas presente em São Paulo como também em todo país, desde o início do período colonial.

Para trazer uma ligação com o estudo de Engels, pode-se citar que “a abundância de casamentos consanguíneos entre parentes até 4º grau tornou-se objeto de preocupação de clérigos e governantes.”, trazendo um ato normativo do Papa para que abreviassem os processos de permissão para os matrimônios, evitando as demoras e diminuindo os gastos. Nota-se que o Direito Civil Brasileiro também teve a mesma preocupação que Samara alegou, se não vejamos o artigo 1592 do Código Civil: São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Por fim, ressalta-se o quanto o mundo ocidental foi influenciado pelo machismo, e como a figura feminina do casamento tinha menos privilégios e muito mais obrigações sociais e morais que o homem, trazendo desequilíbrio no decorrer da história da humanidade, que se perpetua e influencia a nossa sociedade atual.

## **4 | RELAÇÃO ENTRE FAMÍLIA E ESTADO**

Sendo a função primordial do governo o bem-estar de uma comunidade, podemos especular não ser cabível que uma instituição como a Família tenha se originado do Estado.

Sendo assim, a Família se enquadra em dois caracteres que se encontram intrínsecos no Estado, abrangendo outras quatro formas de se formar.

A relação entre Família e Estado sempre foi objeto de estudo para filósofos, sociólogos, teólogos e juristas (nos fazendo refletir o quão complexo é o assunto discorrido).

8 SAMARA, Eni de Mesquita. A família brasileira. 4ª edição, ed. Brasiliense. 1993.



Rudolf von Ihering, em seu livro “O espírito do direito romano”<sup>9</sup> afirma que “com o decorrer do tempo a família, baseada no princípio do Estado, se transforma em um Estado, baseado no princípio da família, isto é, a hierarquia e o princípio de autoridade” (IHERING, 1943).

#### 4.1 Teoria autopoietica do direito e a relação com a sociedade e a família

A família é de fato um objeto jurídico, visto que é tutelado em diversas áreas do Direito. A família está totalmente estruturada no Código Civil Brasileiro de 2002. O Direito Tributário também se atenta totalmente a essa estrutura ao executar o contribuinte o pagamento sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), o Direito Empresarial limita em alguns casos a participação de conjugues em atividade empresarial, a depender do regime de casamento, o Direito Constitucional constitui em seu artigo 226<sup>10</sup> a família como base da sociedade e garante a proteção especial do Estado a esse núcleo social e até mesmo traz uma definição de família em seu parágrafo 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Vê-se que tudo o citado acima se trata de normas que tentam, a qualquer custo trazer, nas palavras de Hans Kelsen o “dever-ser” para o “ser”. Ou seja, fazer com que o fato real se adeque a norma, levando a subsunção. Isso se dá pelo aspecto de vigência.

Sendo assim, temos que o Direito só está de fato vigente, quando a norma faz efeito no mundo real.

Depois de todas essas considerações à luz de Kelsen, dá-se o encaixe ao que Niklas Luhmann propôs. Para Niklas Luhmann, de acordo com Kelsen<sup>11</sup> o direito é um organismo vivo e para não entrar em extinção, se auto modifica e se auto produz através das mutações sociais. Trazendo para um caso concreto, o artigo 226 da Constituição Brasileira, ora citado, traz uma definição sobre família que não enquadra todas as famílias socialmente e até mesmo juridicamente falando, visto que, os órgãos jurídicos brasileiros têm abrangido outras famílias, diferentemente de “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Temos então, uma teoria que consegue de forma jurídica e científica, explicar que para o Direito sobreviver como ordem de coerção e garantidor de Direitos e Garantias, bem como o mecanismo para manter o Estado Democrático de Direito, ele precisa se auto reproduzir e que esse fenômeno será direcionado por mudanças sociais. Fortalece toda argumentação do presente trabalho de que a Família, mesmo como bem jurídico tutelado, tem fortes influências de outras formas de concepções deste instituto.

9 IHERING. Rudolf von. O espírito do direito romano, trad. De Banaion, volume 1, Rio de Janeiro. 1943.

10 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

11 KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, trad. João Baptista Machado. 6º ed. São Paulo. Martins Fontes, 1998.

## 5 I A INFLUÊNCIA DA RELIGIOSIDADE NA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA

Embora hoje o conceito de democracia esteja consolidado nos Estados Modernos, dando ao povo o poder de legitimar seu próprio governo, nem sempre essa foi a realidade da história da humanidade em longos períodos históricos. Encontramos em muitas formas de governo a legitimidade de poder de Governo e Legislação em outorgas divinas afim da união de uma sociedade inteira.

A partir dessa perspectiva, o Direito de um país é o reflexo de sua sociedade, embora essa afirmação, em muitos momentos, não reflita a realidade vivenciada. Isso por que a sociedade se transforma em um ritmo muito mais elevado do que o Direito, e isso torna o emparelhamento anteriormente citado utópico.

Enquanto o legislador tenta por lei ou ato normativo para suprir uma nova necessidade social, a sociedade está construindo e desconstruindo outros tantos, fazendo com que o Direito sempre esteja atrás da evolução social.

Em “The Third Pillar of Jurisprudence”<sup>12</sup>, o autor explica que “A lei é ‘primeiramente desenvolvida pelos ‘costumes e fé popular’ do povo, então os juristas os trabalham na doutrina legal; a lei é produzida ‘em todos os lugares, portanto, por poderes internos que operam silenciosamente, e não pela vontade arbitrária de um legislador’”.<sup>13</sup>

De fato, a produção normativa, os princípios jurídicos, os entendimentos, jurisprudências, tudo ligado a produção e execução do Direito está intrinsecamente ligado a algum costume que a sociedade em questão tivera em algum momento.

Trazendo isso para o âmbito de concepção de Família, podemos tentar encontrar na própria sociedade brasileira de onde vem o conceito de núcleo familiar que encontramos na lei. Segundo o censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2010<sup>14</sup>, 64% da população brasileira é católica, seguido pelos evangélicos, com 22%. Ainda temos o espiritismo, com 2%. Ou seja, em 2010 tínhamos 88% de toda população brasileira incluída em uma religião de natureza cristã. Levando em conta a premissa inicial, se o Direito tenta suprir as necessidades da sua sociedade, podemos claramente afirmar que nosso ordenamento jurídico é influenciado pelo cristianismo (mesmo sem contar a construção histórica do país). Ocorre que, a sociedade está em constante movimento e novas formas de constituição de famílias são assimiladas por outros membros dessa sociedade, desejando que seus anseios e vontades sejam atendidas pelo Estado. Essas pessoas, pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, têm direitos que por muito tempo foram negligenciados e como o relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 do Distrito Federal, Ministro Ayres Britto menciona que a formação familiar.

12 TAMANAHA, Brian. “The Third Pillar of Jurisprudence”, 56 Wm. & Mary L. Rev. 2235 (2015). Disponível em: <https://wmlawreview.org/sites/default/files/11-Tamanaha.pdf>.

13 “Law is ‘first developed by [the] custom[s] and popular faith’ of the people, then jurists work these into legal doctrine; law is produced ‘everywhere, therefore, by internal, silently operating powers, not by the arbitrary will of a law-giver’.”

14 disponível em <https://censo2010.ibge.gov.br/>.

trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro.

O voto do Ministro Ayres Britto se referia ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, e a inconstitucionalidade do artigo 1723 do Código Civil. Para tentarmos enxergar como é importante da faculdade do indivíduo escolher com quem se relacionar, podemos estudar algo parecido com o tema do casamento homo afetivo, em um país influenciado pela visão religiosa de Família como o Brasil.

John Piper, em seu livro “O Racismo, a cruz e o cristão: a nova linhagem em Cristo”<sup>15</sup>, disserta sobre o casamento inter-racial, e como as leis dos Estados norte-americanos o tratavam no começo do século XX. Piper cita que

somente em 1998 o estado em que eu cresci, a Carolina do Sul, retirou da constituição estadual textos que proibiam ‘o casamento de uma pessoa branca com uma negra ou mulata ou com uma pessoa que tivesse um oitavo ou mais de sangue negro’.

Não bastando a Carolina do Sul, Piper apresenta outro Estado estadunidense, o Alabama, e como esse reflexo preconceituoso perdura até nosso século.

A assembleia legislativa do Alabama levou até o ano 2000 para retirar da constituição estadual o artigo IV, seção 102, que dizia: ‘A assembleia legislativa jamais aprovará uma lei que autorize ou legalize um casamento entre uma pessoa branca e uma negra ou um descendente de negro’. Essa lei tinha sido introduzida na constituição estadual do Alabama em 1901. ‘Segundo uma pesquisa realizada pelo jornal Mobile Register, em setembro de 2000, 19% dos eleitores disseram que não removeriam a seção 102. No entanto, 64% disseram que votariam pela remoção dessa seção’.

A partir desses dados, notamos o quanto uma visão que predominava em uma sociedade, e era incluída pelo ordenamento jurídico, pode nos parecer um absurdo, pela ótica da revolução social a qual todos nós estamos inseridos.

Certamente, pela visão de Dworkin<sup>16</sup>, e pelo pensamento de Shapiro<sup>17</sup> a respeito de sua obra, impensável definir um direito pessoal e social apenas pelo que o positivismo envolve. Nesse ponto, tentaremos elucidar quais caminhos cada unidade familiar engaja para ser reconhecida, desse modo, pelo Estado Brasileiro.

---

15 PIPER, John. O racismo, a cruz e o cristão: a nova linhagem em Cristo. São Paulo Vida Nova, 2012.

16 Ronald Myles Dworkin foi um filósofo e jurista, além de ter sido professor de Direito e Filosofia na Universidade de Nova York e de Direito na University College London. Sua teoria do direito como integridade apresentada em seu livro intitulado Império da Lei, na qual os juízes interpretam a lei em termos de princípios morais consistentes, está entre as teorias contemporâneas mais influentes sobre a natureza do direito. Dworkin defendeu uma "leitura moral" da Constituição dos Estados Unidos.

17 SHAPIRO, Scott J., The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed (March 5, 2007). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>.

## 6 I FAMÍLIA NA VISÃO LEGAL E MORAL

Ao tratar de Família, deve-se ter em mente que esse instituto não é exclusivo do mundo jurídico, mas sim tutelado por ele. Acima, vimos à visão histórica e religiosa do instituto Família. Pode parecer, a priori, que todo o exposto não tem correlação com o Direito. Porém, são em processos históricos e em concepções religiosas que a moral social é moldada. A ciência do Direito tenta de diversas formas e por meio de diverso juristas tenta explicar como são formadas as leis.

### 6.1 Concepção de Moral

Etimologicamente, a palavra Moral vem do latim *moris* e significa costume ou ainda a maneira de se comportar regulada pelo uso. Muitas vezes confundida com Ética, ou ainda utilizada como sinônimos, faz-se importante diferenciar os dois conceitos. Enquanto a ética é a reflexão sobre os princípios e as noções que fundamentam a própria moral. Então, o que seria moral? Moral é o conjunto de regras que determinam o comportamento dos indivíduos em um grupo social.<sup>18</sup>

Seria a moral, de acordo com Aranha<sup>19</sup>, o primeiro conjunto de normas de um povo, a fim de que seja possível uma ação coletiva em que pudesse haver sobrevivência. A partir disso, o ser humano age sobre a natureza e esse fenômeno constrói uma cultura. Nessa cultura, se estabelecem regras, normas de conduta.

O fato mais interessante para o presente trabalho é a citação de Aranha apud Lèvi-Strauss<sup>20</sup>, na qual a autora cita que segundo o renomado antropólogo em seu entendimento que a passagem do reino animal ao reino humano é produzida pela instauração da lei, por meio da proibição do incesto, estabelecendo as relações de parentesco e de aliança.

Parece-nos seguro afirmar então, que a família é o primeiro ato normativo de uma sociedade humana.

### 6.2 Definição de Legalidade

A legalidade é uma característica do Direito Positivo. No Brasil, utiliza-se o Direito Positivo, trazendo a letra da lei o que cada deve fazer ou o que pode se abster de fazer. Essa leitura de legalidade está consagrada na Carta Magna Brasileira, no artigo 5º, inciso II, no que tange: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Fato é que o Estado Brasileiro se utiliza do Positivismo jurídico, de forma a descrever em códigos, decretos, leis, e em sua própria Constituição o que pode ser feito e o que não pode ser feito, deixando lacunas de fatos que a lei se omite. Para se haver legalidade, na visão de H.L. Hart, tal norma deve ser instituída por quem tem legitimidade. Em nossa atual legislação fica fácil notar a formação de uma lei considerada válida.

18 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Filosofando: Introdução à Filosofia* – 4. Ed. – São Paulo: Moderna, 2009.

19 ARANHA, Op cit.

20 ARANHA, Op cit.

A seção VIII da Constituição Federal de 1988 é denominada “Do Processo Legislativo”. Nesta seção, o Constituinte descreve de forma clara e sem nenhuma oportunidade para revisão ou lacuna, como ocorrerão as possíveis mudanças e criações de leis. É nessa seção que a Constituição define quais atos normativos poderão ser elaboradas em seu artigo 59, bem como o processo de emenda à Constituição e demais normas.

Essa seção da Constituição Federal Brasileira é identificada nos estudos de Hart, de acordo com Shapiro<sup>21</sup> como o “Pedigree”. Ele classificava os atos normativos entre os que tinham “Pedigree” e os que não obtinham tal “marca”. Dworkin criticou de forma ampla a “Pedigree Thesis”, rechaçando totalmente o pensamento de a lei escrita ser o único modo do Direito decidir. Junto a “Pedigree Thesis”, do pensamento positivista de Hart emerge as chamadas “Discretion Thesis” e “Obligation Thesis”. Shapiro explica as duas teses dessa forma:

A segunda tese positivista sustenta que o direito consiste apenas em normas jurídicas. Assim, se um caso não está claramente coberto por uma norma jurídica existente, seja porque parece não ter regra geral que seja aplicável ou porque a regra contém lacunas ou termos ambíguos, o juiz de decisão não pode aplicar a lei, mas sim exercer a sua discricção para resolver o caso. Chama-se isso de Tese da Discricção. Finalmente, a terceira tese é a contrapartida da Tese da Discricção para “obrigação legal”: ela afirma que obrigações legais podem ser geradas apenas por regras legais. Isso é chamado de Tese de obrigação.<sup>22</sup>

Shapiro continua explicando o pensamento positivista de Hart, de forma a discordar da afirmação de Dworkin no que tange a suposta imposição de Hart para o requisito do “Pedigree” em toda a decisão jurídica. “Em nenhum momento Hart impõe um requisito de pedigree à regra de reconhecimento; na verdade, em certos lugares, ele especificamente permite que os critérios de legalidade possam referir-se explicitamente às considerações morais.”<sup>23</sup> Basicamente, Shapiro argumenta que até o positivismo entende ser impossível o legislador conseguir abranger todo comportamento humano que pode surgir em todo o seu banco de leis e atos normativos. De fato, se pegarmos o Brasil, país que se utiliza do sistema romano-germânico, ou civil law, ou direito positivista, temos previsão legal para essa especificidade de permissão para os critérios de legalidade. O artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (decreto-lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942) define que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

21 SHAPIRO, Scott J., The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed (March 5, 2007). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>.

22 The second positivistic thesis holds that the law consists solely in legal rules. Accordingly, if a case is not clearly covered by an existing legal rule, either because there seems to be no applicable legal rule or because the rule contains vague or ambiguous terms, the deciding judge cannot apply the law but must exercise his or her discretion to resolve the case. Call this the Discretion Thesis. Finally, the third thesis is the counterpart of the Discretion Thesis for ‘legal obligation’: it claims that legal obligations can be generated only by legal rules. Call this the Obligation Thesis.

23 “Hart nowhere imposes a pedigree requirement on the rule of recognition; indeed, in certain places, he specifically allows that the criteria of legality may explicitly refer to moral considerations”.

### 6.3 A moral como base para o desenvolvimento legal

A legalidade vista acima está dentro de uma tentativa de aplicação do Direito que é o Positivismo Jurídico. Foi explanado que o Estado brasileiro se apropriou dessa forma de aplicação para seu território. Fato que o Positivismo, junto ao Jus naturalismo são os dois modos de se enxergar o Direito mais utilizados por todos os juristas e estudantes do Direito enquanto ciência. Mas, Brian Tamanaha em seu artigo “The Third Pillar of Jurisprudence”<sup>24</sup>, discorre sobre um terceiro pilar do Direito, que é a Lei como uma Instituição Social. Para Tamanaha, a lei é para a sociedade e a molda, de forma que a sociedade também a molda. “Lei é um produto e o reflexo da política, religião, comércio, maneiras, visões morais, costumes, temperaturas, geografia e tudo que está inserido em uma sociedade, vista de forma holística.”<sup>25</sup>

Tamanaha cita o jus filósofo Montesquieu, se não vejamos:

A perspectiva de Montesquieu contrapõe não apenas o universalismo de teoria do jus naturalismo, mas também sutilmente ataca contra o positivismo. Ao localizar as causas eficientes da lei nas forças sociais, ele substitui a vontade do legislador como fonte primária de direito. (TAMANAHA, 2013<sup>26</sup>).

Não obstante a essa argumentação de Tamanaha dialogando com Montesquieu, temos ainda outras formas de entender o quanto uma sociedade pode influenciar na formação de suas próprias leis.

Parece oportuno dizer que a religião é um dos fenômenos que impactam a moral da sociedade, bem como a cultura e demais costumes. Ora, se a lei é criada para o povo e este determinado povo já tem em sua práxis, fatos e condutas que já lhe são lícitas ou ilícitas, bem como “boas ou ruins”, seria vil pensar que prescrição legal não estaria vinculada ao que já ocorre nesta sociedade.

Brian Tamanaha no artigo citado acima traz que os princípios do Direito Positivo é um resquício do jus naturalismo, norteando a legalidade, visto que é impossível todo e qualquer comportamento humano ser previsto pela legislação, mesmo juntando todos os atos normativos de uma sociedade. O Código Civil de 2002 nos leva ao casamento como o princípio da família. Esse pensamento abrange também a união estável, garantindo a legalidade de uniões que não passaram pela mesma solenidade que um casamento necessita perante a lei. O casamento, portanto, é um ato jurídico Sergio Pinto Martins preceitua que “ato jurídico é proveniente da ação humana, de forma voluntária e lícita, com o objetivo de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Ato jurídico é,

24 TAMANAHA, Brian. “The Third Pillar of Jurisprudence”, 56 Wm. & Mary L. Rev. 2235 (2015). Disponível em: <https://wmlawreview.org/sites/default/files/11-Tamanaha.pdf>.

25 “Law is the product of and reflects the polity, religion, trade, manners, moral views, customs, temperature, geography, and everything else about and within a society, seen holistically”.

26 “Montesquieu’s perspective counters not only the universalism of natural law theory, but also subtly pushes back against legal positivism. By locating the efficient causes of law in social forces, he displaces the will of the lawgiver as the primary source of law.”

portanto, espécie de fato jurídico”<sup>27</sup>.

Sendo o casamento um ato jurídico consagrado no Código Civil Brasileiro de 2002, é um instituto regido pelos princípios do Direito Brasileiro. Faz-se necessário explicar o conceito de “Princípio” no ramo do Direito. Martins<sup>28</sup> ensina que “Inicialmente, poder-se-ia dizer que princípio é onde começa algo. É o início, a origem, o começo, a causa. O princípio de uma estrada seria seu ponto de partida. É o momento que é preciso conhecer, mas seu significado perante o Direito”. Princípio seria então o alicerce de todo o Direito positivo.

O Princípio citado por Martins então, é o pilar da fomentação da produção legislativa. Dworkin ao confrontar Hart, rejeita totalmente o pensamento de princípios em um sistema jurídico positivo. Shapiro disserta que no livro “The model of rules I”, Dworkin argumenta que o positivismo jurídico não pode explicar a existência manifesta de princípios jurídicos. Shapiro diz que “Hart’s theory, or any such positivistic account, is a ‘model of rules’, and, as such, must be rejected.” Traduzido para “A teoria de Hart, ou qualquer outra explicação positivista, é um ‘modelo de e para um sistema de regras, e portanto, deve ser rejeitado”. (SHAPIRO 2007).

Ora, se Martins, enquanto escritor de um livro que fala sobre Direito Brasileiro (portanto, positivista) e escreve sobre “Princípios do Direito do Trabalho”, como então creditar o pensamento de Dworkin, no que tange a “o positivismo jurídico não pode explicar a existência manifesta de princípios jurídicos”? ou melhor: se todo o estudo jurídico Brasileiro reconhece os princípios, mesmo sendo um sistema positivista, como fica a ideia Dworkiana de que o positivismo jurídico não manifestar os princípios? Chega-se a conclusão, após todo o exposto, que o Direito Brasileiro tem por base o positivismo; este positivismo recebe ampla influência de sua sociedade, sua cultura, religião e pensamento moral, pois, no pensamento acima descrito de Tamanaha, a lei é uma instituição social; mas que, o Direito Brasileiro propõe ao seu sistema diversas formas para contornar lacunas que esse positivismo traz, garantindo outras formas de tomadas de decisões judiciais, como a Hierarquia dos Princípios e outros atos normativos, como as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal e demais súmulas dos Tribunais Superiores, que não fazem parte do Direito Positivo, mas gera a mesma “força” nas atribuições de tomadas de decisões.

Por todo exposto, resta claro que a Família no Direito Brasileiro não fica à quem de todo esse sistema, e que ela está subordinada a todos esses entendimentos, seja jurídicos, seja social filosóficos, e, portanto, relevante é abarcar toda essa argumentação para o entendimento da descrição dos entes familiares na ótica legal.

## **7 | A DINÂMICA DA MORAL SOCIAL E A RIGIDEZ DA LEGALIDADE ESTATAL: COMO PROTEGER TODAS AS FORMAS DE FAMÍLIAS**

A família é base da sociedade, de acordo pelo artigo 227 da Magna Carta do Brasil.

27 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho – 35 ° ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

28 MARTINS, Sergio Pinto. Op Cit.

No Direito Civil Brasileiro a entidade familiar deriva do casamento, tendo o parentesco até o quarto grau como baldrame para definir o que é família e quem faz parte de cada uma desses subsistemas sociais.

Por todo o exposto nesse trabalho, e sendo coerente com a linha de raciocínio afirma-se que a família não é apenas um fenômeno jurídico, mas sim cultural, histórico e religioso e que a concepção de família é construída em cada indivíduo de acordo com todas essas variáveis que forma a moral social.

A partir dessa moral, de acordo com Dworkin e a teoria do Direito e Desenvolvimento, que fora explicado pela visão de Brian Tamanaha nesse trabalho, que é fomentada a criação normativa, trazendo o fator legalidade para a concepção de família. Porém, a legalidade não é capaz de acompanhar a dinâmica da mudança moral da sociedade. Qual a consequência da legalidade não acompanhar as mudanças sociais? Não abranger formas de famílias que existem de forma infra legal: ou seja, pessoas que tem o sentimento claro de que pertencem a mesma família e vivem dessa forma, mas não são reconhecidas pelo Estado dessa forma.

Toda essa argumentação, elaborada através dos capítulos anteriores é ilustrada pelo voto do Ministro Relator Ayres Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 do Distrito Federal, também citado no presente trabalho, que deu legalidade ao casamento homo afetiva, mesmo não sendo reconhecido pela fria letra do Artigo 1723 do Código Civil.

Porém, quantas interpretações se darão aos outros sentimentos de família que poderão surgir e serão aceitos pela sociedade como um todo até que se pacifiquem todas as formas de famílias que poderão surgir? É correto continuar a definir a família como está atualmente no Código Civil, sendo que famílias infra legais já coexistem? Como adequar, por exemplo, o poliamor (relação amorosa entre três ou mais pessoas) a ter legalidade, sendo que esta forma de família encontra barreiras constitucionais, civis e até penais?

Os indivíduos ligados pelo laço familiar são sujeitos a direitos e deveres entre si que são judicialmente cobrados. Por exemplo: os ascendentes tem dever de alimentos aos descendentes, caso não haja mais vínculo de casamento entre os genitores, instituído pelo artigo 1696, se não vejamos: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”<sup>29</sup> O artigo 1694 trata a matéria de forma ainda mais geral, trazendo ainda os parentes e cônjuges ou companheiros, como podemos ver: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”

Todo o exposto, através dos presentes artigos, são direitos e deveres que estão embasadas no conceito de família que está sendo superado pela sociedade, o que poderá

---

<sup>29</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.



acarretar dificuldades e problemas de pacificação jurisprudenciais da presente matéria.

Fato é que se a subjetividade do *animus* de ser família ser o que juridicamente implicar no vínculo familiar, haverá grande insegurança nas decisões judiciais. Logo, um amigo poderá pedir alimentos a outro pelo *animus* de ser parente, sendo que talvez, o amigo cobrado não tenha esse mesmo sentimento.

De forma análoga, podemos utilizar a não utilização da Teoria Subjetiva de Posse do jurista Friedrich Carl von Savigny no Código Civil Brasileiro. De forma despojada, Savigny em sua teoria diz que a posse é a conjunção entre *corpus* e *animus*. Sendo assim, o possuidor precisaria ter o objeto à sua disposição, bem como ter a vontade de ser dono daquele bem. Porém, o Código Civil Brasileiro conceitua o indivíduo que esteja na situação de *corpus* e *animus* apenas como detentor, ou o flamulo da posse. Sendo assim, não parece seguro entender o *animus* como o elemento que define a Família.

Sendo assim, o presente trabalho entende que a evolução social fará com que o poder judiciário se submeterá ao entendimento de que seu início não se dará apenas no casamento, mas sim através de um contrato de responsabilidade familiar de duas ou mais pessoas que tem o sentimento de viver em família. Um contrato de responsabilidade familiar conseguirá abranger a todas as famílias que podem vir a surgir, como as infra legais que já existem. Esse pensamento tem em sua base na Teoria Contratualista do casamento, na qual Tartuce expõe como sendo “um contrato de natureza especial, e com regras próprias de formação<sup>30</sup>”.

## 8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família e sua construção são temas amplamente debatidos atualmente. A família foi uma das instituições mais citadas nas últimas eleições brasileiras, tem tomado todas as instâncias do sistema jurídico brasileiro, e por se tratar de uma instituição social, ou seja, que não há nenhuma definição absoluta para abrangê-la causa diferentes tipos de entendimentos, trazendo um grande desafio para o Direito Brasileiro.

A tentativa de sair do senso comum da definição dessa instituição social, causa desconforto em grande parte da camada social, pois se trata de algo, até então inquestionável e plenamente explicado e consolidado, visto que a definição tradicional que conhecemos tem suas raízes ligadas, sobretudo na religião predominante em nosso território, e seu questionamento traz diversos outros tipos de debates, que acabam ofuscando o real sentido da problemática central e os princípios constitucionais defendidos: todo ser humano tem de ter sua dignidade garantida e não há distinção de homem e mulher.

A partir de todas as exposições e argumentações, há de se considerar que o tema está passando por mudanças culturais e que estão impactando na vida dos indivíduos e a legislação vigente não está atendendo as demandas atuais. Um exemplo claro dessa disparidade entre sociedade e legislação, é a família que advém do poliamor. Como lidar

30 TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5: Direito de Família – 12. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

com uma demanda social que infringe a legislação vigente? Não parece seguro apenas pela demanda social preterir a lei por um novo costume, sem um devido procedimento legal de produção normativa. Fato que só não existe essa dificuldade na família homoafetiva por conta do entendimento do Superior Tribunal Federal, que a partir de seu poder de interpretação vinculante, pacificou entendimento contrário à norma ainda vigente, beneficiando todas as pessoas do mesmo sexo que lutaram por seu direito ao casamento.

Outros questionamentos podem vir a aparecer. Por exemplo: poderá uma pessoa em situação de pobreza e sem condições de se manter requerer alimentos a outra pessoa por suposto vínculo familiar afetivo?

Por se tratar de um componente social em que a lei não conseguirá definir sem subtrair aspectos de grupos sociais, resta claro a dificuldade que operadores do direito terão para resguardar todas as famílias que apareceram e aparecerão pelo decorrer histórico, cultural, religioso, bem como garantir segurança jurídica, aplicando o Direito de forma una e que atenda a todos com a mesma coerência.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofando: Introdução à Filosofia**. Maria Lúcia de Arruda Aranha, Maria Helena Pires Martins – 4. Ed. – São Paulo: Moderna, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**, Brasília, DF. Presidente da República. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

CALDAS, Carlos. Dietich Bonhoeffer e a telogia pública no Brasil. São Paulo, ed. Garimpo, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25º ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 29º ed. São Paulo, Saraiva. 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família** / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 6º edição, ed. Civilização Brasileira. 1980.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, **Censo demográfico**. Rio de Janeiro: IBGE. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010.

IHERING. Rudolg von. **O espírito do direito romano**, trad. De Banaion, volume 1, Rio de Janeiro. 1943.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, trad. João Baptista Machado. 6º ed. São Paulo. Martins Fontes, 1998.

KLEINMAN, Paul. **Tudo que você precisa saber sobre filosofia: de Platão e Sócrates até a ética e metafísica, o livro essencial sobre o pensamento humano**, trad. Cristina Sant'Anna. São Paulo, ed. Gente. 2014.

PIPER, John. **O racismo, a cruz e o cristão: a nova linhagem em Cristo**. São Paulo Vida Nova, 2012.

SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira**. 4º edição, ed. Brasiliense. 1993.

SHAPIRO, Scott J., **The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed** (March 5, 2007). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>.

SOARES, Fabiana de Menezes, et al. **O debate entre Hart e Dworkin: a controvérsia acerca da existência de divergências teóricas sobre o direito**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, 2017.

TAMANAHAN, Brian. **“The Third Pillar of Jurisprudence”**, 56 Wm. & Mary L. Rev. 2235 (2015). Disponível em: <https://wmlawreview.org/sites/default/files/11-Tamanaha.pdf>.

STF. ADI 4277 DF 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ: 13/10/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635](http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635). Acesso em 13 de maio de 2019.

[http://www.ip.usp.br/site/noticia/o-abandono-afetivo-paterno-alem-das-estatisticas/..](http://www.ip.usp.br/site/noticia/o-abandono-afetivo-paterno-alem-das-estatisticas/) Acesso em 15 de outubro de 2020.

# CAPÍTULO 20

## RELAÇÕES POLIAFETIVAS E SUA IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO NO CARTÓRIO PERANTE A DECISÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

*Data de aceite: 01/03/2021*

**Giovana de Paula Faria Correa Silva**

Graduada em direito no Centro Universitário  
Alves Faria

**Thiago Rodrigues Moreira**

Professor e pesquisador do Centro  
Universitário Alves Faria

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo compreender as relações poliafetivas e os princípios constitucionais diante da decisão do Conselho Nacional de Justiça e as consequências que podem surgir no âmbito jurídico ao adotar relações com mais de uma pessoa. A finalidade do presente trabalho é analisar a decisão do Conselho Nacional de Justiça comparando-a com a constante evolução do Direito de Família. Foi realizada uma pesquisa com método dedutivo de análise exploratória com base na jurisprudência, artigos científicos e na lei, com uma abordagem qualitativa. Por fim, analisa-se a liberdade individual e a vedação ao retrocesso social.

**PALAVRA-CHAVE:** Relações poliafetivas. Pessoa Humana. Cidadania.

**ABSTRACT:** This work mainly intends to comprehend the polyamorous relations and the constitutional principles towards the National Council of Justice decision and the consequences that may result in the legal scope when adopting a relation with more than one partner. The goal is to analyze the decision of the National Council of Justice comparing it to the constant development

of the Family Law. A research with a deductive method of exploratory analysis was done based on the jurisprudence, scientific articles and the law, with a qualitative character. Lastly, it analyzes the individual freedom and the sealing to social regression.

**KEYWORDS:** Multi-affective relationships. Human Person. Citizenship.

### 1 | INTRODUÇÃO

A união poliafetiva, segundo Dias (2016, p. 143), é aquela formada por uma única entidade familiar, cujos integrantes convivem em um mesmo ambiente. Trata-se de um casamento em que a diferença elementar diz respeito ao número de integrantes. Sendo assim, é indispensável que haja tratamento jurídico igual àquele dado para outras entidades familiares.

Esse mesmo modelo de entidade familiar ganhou mais visibilidade no ano de 2012, após ser constatado um caso na cidade de Tupã, no estado de São Paulo, em que um homem e duas mulheres foram até o cartório para que fosse lavrada uma escritura de união poliafetiva. Conforme decidiu o plenário do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2018), os cartórios brasileiros são proibidos de registrar união poliafetiva em escritura pública, decisão esta que atendeu ao pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões sob o argumento de que os cartórios precisam estar

em consonância com o sistema jurídico.

Este trabalho tem por objetivo estudar os princípios constitucionais, legislações pertinentes, procurando compreender a pluralidade de entidades familiares. Busca-se apresentar a decisão do Conselho Nacional de Justiça, comparando-a com a constante evolução das relações familiares, assim como analisar a cidadania e aspectos jurisprudenciais sobre as relações poliafetivas e os efeitos da proibição diante dos princípios constitucionais.

Além disso, a presente pesquisa adota o método dedutivo que, segundo Marconi e Lakatos (2003, p. 86), consiste no argumento formado por premissas e, caso tais premissas sejam verdadeiras, a conclusão também será verdadeira. Nesse mesmo sentido, este trabalho expõe dados, leis e doutrinas buscando as intenções da uma solução jurídica pautada na sistemática jurídica brasileira.

Portanto, para a elaboração da pesquisa, foram utilizados materiais pertinentes ao tema, baseados em princípios constitucionais que norteiam o direito de família.

## **2 I EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Inicia-se esta pesquisa sob a perspectiva da evolução legislativa histórica, em que “Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido” (GONÇALVES, 2017, p. 35). Os canonistas se opunham à dissolução do vínculo, pois o casamento era considerado algo sagrado e realizado por Deus. Nesse mesmo aspecto, Gonçalves (2017, p. 35) analisa a influência que a família brasileira sofreu da família romana, canônica e germânica, o que deu origem ao Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916).

Para Gonçalves (2017, p. 36), a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) realizou uma verdadeira revolução no Direito de Família a partir de três eixos, estando o primeiro presente no artigo 226, o qual informa que a entidade familiar não é mais singular, mas sim plural, tornando possível várias formas de constituição. O segundo eixo transformador, presente no §6º do artigo 227, expõe que tanto os filhos havidos dentro quanto aqueles havidos fora do casamento, e também os adotados, têm direitos e qualificações iguais. Por fim, o terceiro eixo presente nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º, consagra a igualdade entre homem e mulher fazendo-se, assim, derrogar vários artigos do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916).

A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, popularmente conhecida por Código Civil (BRASIL, 2002), permaneceu vinte e seis anos em atualização, entrando em vigor com algumas defasagens em razão de sua longa trajetória. Segundo Madaleno (2018, p. 40), durante esse período de tramitação da Lei n. 634/1975, que eventualmente se tornaria o atual Código Civil, a sociedade brasileira presenciou diversas mudanças no âmbito do Direito da Família, que passou de, originalmente, um modelo da Igreja Católica para

valores voltados para uma visão patrimonial de família, sendo estabelecido a igualdade entre filhos, alargamento das formas de constituição de família, aprovação do divórcio e o reconhecimento constitucional de união estável, tendo como marco inicial a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) que trouxe consigo valores maiores como a dignidade da pessoa humana.

Na visão de Barroso (2020, [s.p]), o constitucionalismo consiste na limitação do poder e na supremacia da Lei. O doutrinador retro mencionado explica que, para que haja um Estado constitucional, são necessárias três ordens de limitação de poder. Em primeiro lugar, está a limitação material que diz respeito aos valores básicos e aos direitos fundamentais, em que é possível verificar o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade, o direito à liberdade de associação, a liberdade religiosa e de expressão. Em segundo lugar, está a estrutura orgânica exigível que consiste na função do Estado de administrar, legislar e julgar. E, por fim, as limitações processuais, devendo os órgãos agir somente com o fundamento da lei e analisando o devido processo legal.

Sendo assim, os princípios constitucionais servem para proteger e defender os direitos fundamentais. Portanto, adiante, são discutidos os princípios constitucionais que norteiam o direito de família, assim como a importância de cada um para o âmbito abordado.

## **2.1 Princípios constitucionais**

Para Ávila (2015, p. 33), os princípios são normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, pois, por meio deles, ocorrem a interpretação e a aplicação do direito. Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios vão além da simples aplicação da regra, dando interpretação ao direito e analisando a norma chegando a diferentes modos de resultados.

A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental reconhecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A esse respeito, Guerra; Emerique (2006, p. 381) afirmam que “Os direitos humanos fundamentais não podem ser compreendidos como fruto das estruturas do Estado, mas da vontade de todos, ou seja, as liberdades não são criadas e não se manifestam, senão, em sua maior parte, quando o povo as quer.” Nesse mesmo sentido, os direitos humanos fundamentais existem não para que o Estado os utilize, mas para que as pessoas tenham resguardado o direito à liberdade, sendo considerado um direito mínimo vital.

Segundo Pereira (2016, [s.p.]), a dignidade da Pessoa humana é um macroprincípio que erradia os outros princípios, como a cidadania, a liberdade, a autonomia privada, a alteridade e a igualdade, sendo a mesma o pressuposto da ideia de justiça humana independentemente de merecimento pessoal ou social.

O conhecimento científico e os movimentos sociais trouxeram mudanças no âmbito da família, evocando novos ideais e afastando, cada vez mais, o patriarcalismo. Diante disso, o princípio da dignidade da pessoa humana é uma base para a comunidade familiar,

servindo para garantir pleno desenvolvimento de todos que fazem parte dessa esfera.

Por sua vez, Dias (2016, p. 36) estabelece que, conforme as mudanças foram ocorrendo dentro do âmbito familiar, foi necessário que houvesse também mudanças legislativas, dentre elas a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), caracterizada como o maior marco para o direito de família, pois foi ela que instaurou a igualdade entre homem e a mulher e passou a proteger, de forma igual, todas as pessoas pertencentes à família.

Com o advento do princípio do pluralismo de entidades familiares, o Estado reconheceu a possibilidade de outros arranjos familiares, mesmo não havendo indicação de forma expressa, um exemplo são as uniões homoafetivas que foram reconhecidas como família perante a justiça.

Para Pereira (2016, [s.p.]), o princípio da pluralidade das formas de família teve seu marco na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que trouxe inovações quando rompeu com o modelo de família constituído apenas pelo casamento, sem o qual haveria indignidade.

É, portanto, da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. (PEREIRA, 2016, [s.p.]).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) trouxe a proteção para os integrantes que compõem a família, garantindo, assim, a liberdade de escolha e a igualdade perante a sociedade, não sendo mais possível a distinção entre relações constituídas, ou não, pelo casamento.

Gagliano (2017, p. 55) faz uma observação importante quando menciona que o Estado e a igreja não são mais necessários para legitimar a família, dando, assim, mais liberdade afetiva para o casal formar seu próprio o núcleo familiar.

Nessa mesma linha de raciocínio, Dias (2016, p. 152) explica que o casamento é chamado também de estado matrimonial, adquirido quando os nubentes (noivos), por vontade própria, ingressam na chancela estatal. Em um sentido histórico, a família nasce quando há a celebração do casamento assegurando, assim, deveres patrimoniais e pessoais. Apesar de não estar definido seu conceito pela lei, a mesma estabelece sua finalidade através do artigo 1511, do Código Civil (BRASIL, 2002), que determina: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” Também dispõe no artigo 1565, do mesmo código, que: “A administração e disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial”.

Já a união estável, para Dias (2016, p. 240), consiste em uniões surgidas sem o selo

do casamento. Antigamente essas uniões tinham o nome de concubinato e não gozavam de nenhuma proteção. Com a chegada da Constituição Federal (BRASIL, 1988), essas uniões extramatrimoniais foram ganhando aceitação da sociedade obtendo, assim, a proteção estatal. A Constituição, ao criar essa categoria de entidade familiar, reconheceu as uniões constituídas pelo vínculo da afetividade, deixando claro que todas merecem proteção e que nenhuma se sobrepõe a outra.

O princípio da liberdade e o princípio da igualdade são indispensáveis não só para o direito de família como para todo o âmbito jurídico. Segundo Dias (2016, p. 49), os princípios da igualdade e da liberdade foram os primeiros a serem reconhecidos como direitos humanos fundamentais, garantindo a dignidade da pessoa humana. A função desses princípios é a de, juntamente com o direito, garantir a liberdade individual de forma que haja igual proporção e concomitância, sendo possível alcançar a igualdade.

De acordo com Dias (2016, p. 49), ao instaurar o regime democrático de direito, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) se preocupou em disseminar discriminações dando igualdade e liberdade ao âmbito familiar. Essa preocupação fez com que cada um passasse a escolher seu par ou pares, independente do sexo, para a constituição da família.

Para Filho (2015), a igualdade jurídica consiste em três aspectos inseparáveis, sendo eles: a igualdade de direito, em que é exposto que o direito é para todos; a uniformidade de tratamento, que dispõe de igual proteção das leis, significando a expressão igual tratamento aos mesmos direitos, e a expressão tratamento igual significando a não desvantagem em relação aos outros; e, por fim, a proibição da discriminação, sendo vedado o tratamento que resulte em situação jurídica pior.

O princípio da igualdade está previsto no artigo 226, §5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e consiste em postular que “os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” Para Lôbo (2017 p. 63), este foi o princípio que fez a maior transformação no direito de família, pois ele impede que o legislador edite normas contrárias à administração pública, evitando que este crie políticas públicas que envolvam desigualdades entre gêneros.

Para Pereira (2016, [s.p.]), a proteção do Estado em face da família é indispensável, mas é notável a necessidade de um limite entre o direito público (interesse do Estado em face da família) e o privado (não intervenção do Estado), sendo a aplicação do princípio da mínima intervenção vinculado com a autonomia privada.

Portanto, faz-se necessário a proteção do Estado no direito de família, devendo existir cautela e limite para que não haja grandes intervenções estatais dentro do âmbito familiar, deixando os sujeitos da relação aptos para tomarem suas próprias decisões com base na liberdade.



### 3 | DIFERENÇA ENTRE FAMÍLIA PARALELA E UNIÃO POLIAFETIVA

Quando se pensa em família, pensa-se no modelo convencional, um homem e uma mulher unidos pelo matrimônio com o dever de gerar filhos e educa-los até a convalescença. Dias (2016, p. 135) explica que essa realidade mudou, o conceito de família se pluralizou gerando, assim, novos arranjos familiares. A família, antes estreita, heterossexual e patriarcal, se tornou mais igualitária em relação a sexo e idade, além de mais flexível em seus componentes e temporalidades, sendo prioridade na relação os desejos e não as regras. Foi necessário que o Estado reformulasse o conceito de família, deixando de lado os paradigmas e dando prioridade ao solidarismo, igualdade, democracia, humanismo e liberdade. Diante disso, o atual capítulo trata da diferenciação de algumas das modalidades de família plural, sendo elas: a união a poliafetiva, a família paralela e as principais características de cada uma delas.

Para Madaleno (2018, p. 65), na Carta Política de 1988 (BRASIL, 1988), foi desconstituído o modelo patriarcal postulado na relação monogâmica, patrimonial, heterossexual e parental, em que as famílias eram ligadas aos interesses econômicos, pouco importando o afeto. Nesse caso, é evidente que o matrimônio era apenas uma das formas de constituição de família, sendo admitidos outros modelos além dos trazidos pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), ficando clara a existência de diversidade familiar. Em vista disso, é evidente que, com o passar do tempo, a sociedade evolui e que novos modelos de família vão surgindo.

Quando Gagliano (2020, [s.p.]) questiona sobre a possibilidade de amar duas pessoas ao mesmo tempo, a resposta é sim, mas quando a mesma indagação é feita referente ao amor entre casais há certa repulsa devido a concepção moral que permeia o tema. Contudo, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, a jurisprudência e a doutrina resolveram enfrentar a matéria não podendo caracterizar esse fato com um relaxamento dos valores morais, uma vez que essa crise ética e valorativa deriva de outros fatores como, por exemplo, a desigualdade social, insegurança pública, falta de visão espiritual e filosófica da vida e não da infidelidade em si.

Segundo Dias (2016, p. 142), as famílias simultâneas, também chamadas de famílias paralelas, são aquelas em que a pessoa, possuindo um casamento ou tendo um(a) companheiro(a), parte para novas emoções sem abrir mão do vínculo familiar já existente. Nessa situação, existem duas casas, ou seja, duas famílias e o indivíduo mantém as duas, em alguns casos existem filhos em ambas as relações. Trata-se de dois ou mais núcleos familiares que não se comunicam. A expressão “paralela” é utilizada devido ao fato de que as linhas paralelas não se encontram, sendo essa expressão preferível em face da expressão “famílias simultâneas”, uma vez que a simultaneidade é conhecida e, eventualmente, até aceita. Mesmo que tal atitude seja configurada como descumprimento do dever de fidelidade, as pessoas agem assim.

Nessa mesma perspectiva, Gagliano (2020, [s.p.]) explica que quando a pessoa é casada ou está em união estável, mesmo conhecendo do impedimento existente, opta pelo relacionamento e a situação fica ainda mais delicada. Uma união paralela, a princípio, não poderia conduzir nenhuma tutela jurídica, no entanto, uma vez que essa relação se alonga no tempo, criando raízes de convivência, não há como negar a realidade. O vínculo e a constância existem, colocando em prática também a colaboração do parceiro na aquisição do patrimônio. Do ponto de vista jurídico, negar direito ao patrimônio conquistado por ambos não faria sentido uma vez que é vedado o enriquecimento ilícito.

Portanto, famílias paralelas, também chamadas de famílias plurais são aquelas que, possuindo núcleos familiares diferentes, são mantidas simultaneamente, podendo os sujeitos conhecerem ou não sobre o impedimento, estando resguardados os direitos dos filhos advindos dessa relação independente dos fatos. Essa mesma relação não possui segurança jurídica, mas devido o princípio da dignidade da pessoa humana tais acontecimentos estão tendo apreciação perante o judiciário, são relações que apesar de classificadas adulterinas, geram consequências patrimoniais e jurídicas que necessitam de proteção e amparo estatal.

#### **4 | UNIÃO POLIAFETIVA**

A relação poliafetiva consiste em uma relação amorosa consentida e que admite três ou mais integrantes, em que todos eles convivem em um mesmo núcleo familiar. Esse tipo de relação ganhou mais visibilidade a partir de uma escritura lavrada em agosto de 2012, em um cartório localizado na cidade de Tupã, no interior de São Paulo.

Um homem e duas mulheres que viviam juntos há três anos decidiram regularizar a relação como união estável no Cartório de Registro Civil da respectiva cidade. A tabeliã responsável pelo ato informou que naquele caso não havia proibição legal, sendo possível a aplicação dos princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana e da igualdade. O conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2018), por sua vez, em junho de 2018, proibiu que os cartórios registrassem esse tipo de relação, sob a afirmação de que o referido ato é constituído de fé pública, devendo o mesmo estar em consonância com a Lei.

O poliamor, ou poliamorismo, na perspectiva de Gagliano (2020, [s.p.]), é uma teoria psicológica que começa a mostrar-se para o direito, é a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas em que seus integrantes se conhecem e se aceitam, uma relação por assim dizer, múltipla e aberta. Apesar de ser algo que a sociedade não aceita, há estudos biológicos e genéticos que comprovam que a monogamia não é predominante entre os animais e humanos, mostrando, assim, que as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo. Não é o padrão comportamental da vida afetiva, mas não se pode negar tal realidade, podendo concluir que a fidelidade é um valor jurídico tutelado. Não é absoluta e nem inalterável pelas partes, sendo possível falar em fidelidade mesmo

que haja vários integrantes na relação como acontece no poliamor.

Por se tratar de uma relação construída no mesmo núcleo familiar, é essencial, para a qualificação do poliamor, que todos ali envolvidos estejam cientes e concordem com o relacionamento. Como o pesquisador explica, mesmo que a fidelidade seja alterada ela permanece entre os sujeitos da relação.

Nesse mesmo sentido, Azevedo (2019) explica que tudo encontra justificativa na dignidade da pessoa humana, no amor e na relatividade de sua existência. Nesse mesmo aspecto, podem ocorrer dois tipos de união estável: as autônomas e as concomitantes. A primeira tem a ver com as individuais que produzem efeito em suas respectivas épocas; já as concomitantes, por seu turno, são configuradas pelo somatório de várias uniões autônomas ao mesmo tempo, não sendo admitidas no ordenamento pátrio, já que a segunda, constituída a margem da primeira, é tida como “concubinato ou união estável adúltero”.

A discriminação existe de maneira que todos tentam impor perfis que não condizem com a realidade. Cardoso (2009) menciona que, para que haja a possibilidade de a pluralidade ser aceita, faz-se necessário que haja também uma luta política por trás disso. Portanto, compreende-se que a família poliafetiva se diferencia da família paralela, pois a primeira é constituída no mesmo núcleo familiar, a convivência dos indivíduos é construída pelo mesmo conhecimento e advém de consentimento entre eles, formando, assim, quase um casamento com um único diferencial, que é a quantidade de pessoas. Já a segunda ocorre quando o homem possui mais de uma família, não havendo consentimento e não estando no mesmo núcleo familiar, vivendo, assim, cada qual em sua residência.

Para Engels (1984, p.4), a família nunca fica estacionada no tempo, ela passa por estágios de modificação à medida que a sociedade vai evoluindo. Em outro aspecto, esses progressos realizados pelas famílias só são analisados após um longo tempo e, quando mudam, não sofrem transformações radicais.

A história primitiva, ao ser estudada, revela que homens optavam por ter várias mulheres, as mulheres por vários homens, o sexo nas tribos ocorria de forma que cada mulher e cada homem pertenciam igualmente a todos e os filhos gerados nas relações deviam ser considerados comuns. Essa característica, com o passar do tempo, foi sujeita a várias transformações até chegar na monogamia hoje adotada. Assim, a união conjugal foi se estreitando pouco a pouco e, por fim, chegou-se no modelo hoje adotado.

Com o tempo, a proibição do matrimônio entre parentes consanguíneos deixou as uniões por grupos cada vez mais difíceis e, com isso, surgiu a família sindiásmica, na qual uma mulher vivia com um homem e a poligamia ainda existia, mas era direito apenas do homem, exigindo, assim, uma rigorosa fidelidade da mulher, ao passo que o adultério era castigado.

Portanto, a origem da monogamia não tem a ver com amor sexual e individual, já que é a conveniência que liga os casamentos. A monogamia foi imposta para que as

mulheres fossem controladas pelos homens, servindo as mesmas para procriação enquanto o homem cuidava da direção da casa.

Para Tweedy (2011, p. 1505), o casamento tem como base central a monogamia, de modo que todas as leis destinadas a encorajar e proteger, ou até mesmo punir quem não age conforme a mesma, funcionam como mecanismos para cumprimento da monogamia. Diante disso, o artigo 235, do Código Penal (BRASIL, 1940), que dispõe sobre bigamia e o antigo artigo revogado que tratava sobre adultério, são projetados com o intuito de impor a monogamia como requisito cultural.

Nota-se que a poligamia era a regra anos atrás, o Estado, por sua vez, fazendo uso de seu poder, decidiu criar medidas que tornavam os relacionamentos cada vez mais difíceis, até chegar no regime hoje adotado. Assim, a monogamia se deu depois de muito estreitamento nas relações, o que ensejou a discussão na justiça, que será abaixo analisada.

## **5 | A DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO POLIAFETIVA**

Uma escritura lavrada no interior de São Paulo, na cidade de Tupã, em 2012, levantou a discussão jurisprudencial sobre a constitucionalidade da união poliafetiva. O caso concreto ocorreu em agosto de 2012, época em que um homem e duas mulheres, que estavam juntos há três anos, decidiram regularizar a relação como união estável por meio de uma escritura pública no Cartório de Registro Civil.

A Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) impetrou o pedido para que fosse proibida a lavratura de escrituras públicas referentes à uniões poliafetivas no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), levantando, dessa forma, a discussão jurisprudencial sobre a inconstitucionalidade da escritura pública declaratória de união poliafetiva.

Desse modo, o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2018), pela maioria dos votos, julgou pela procedência do pedido realizado pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), tornando-se pacificado que a lavratura de uniões poliafetivas não possui consonância com a lei vigente, sendo proibida a lavratura de escrituras realizadas por cartórios que abordem a união estável poliafetiva como união estável.

### **5.1 Não previsão legal: a impossibilidade de reconhecimento de união estável em relações poliafetivas por ampliação do conceito de família**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 (BRASIL, 2011), o Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou, com efeito erga omnes e vinculante, a legalidade da união estável para uniões homoafetivas, reconhecendo a possibilidade de estender a proteção estabelecida no §3º do artigo 266 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Desse modo, a ADPF nº 132 foi apresentada para o Supremo Tribunal Federal no dia 25 de fevereiro de 2008, tendo o Governador de Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, como autor. A ação requeria uma interpretação conforme a constituição para aplicação, por analogia do artigo 1723 do Código Civil (BRASIL, 2002), a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis, declarando que as decisões judiciais denegatórias a essa demanda teriam caráter inconstitucional, violando os direitos fundamentais como o direito a isonomia, direito à liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Por ter caráter subsidiário, a ADPF foi recebida como ADI, sendo julgada juntamente com a ADI 4.277 (BRASIL, 2011).

A ADI 4277 (BRASIL, 2011), juntamente com a ADPF 132 (BRASIL, 2011), foi julgada, pela unanimidade de votos da corte, como procedente, sendo afirmado que a constitucionalidade da união homoafetiva, enquanto entidade familiar, possuía previsão nos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988), como a igualdade de direitos.

As ações constitucionais destacam que a monogamia é uma instituição cultural basilar da sociedade brasileira, sendo a monogamia uma instituição massivamente adotada nas relações conjugais em todo o mundo, ao passo que a poligamia é um fenômeno adotado apenas em algumas sociedades, fazendo parte de um grupo minoritário. Além disso, a monogamia é um requisito estabelecido no Código Civil para a constituição da união estável. Dessa forma, a impossibilidade de reconhecimento de união estável em relações poliafetivas pela ampliação do conceito de família foi reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça no Pedido De Providências nº0001459-08.2016.2.00.0000 (BRASIL, 2018), por não ser um fenômeno social comum no Brasil e por não haver previsão legal.

## **5.2 A utilização da hermenêutica jurídica e a impossibilidade de reconhecimento de união estável em relações poliafetivas por ampliação do conceito de família**

A hermenêutica jurídica pode ser definida como o estudo científico que tem como objetivo explorar o sentido da norma, evidenciando os princípios aplicados e tendo em vista alcançar o sentido da norma jurídica dentro de seu contexto social. Carlos Maximiliano (1988) diferenciou a interpretação da hermenêutica, já que a interpretação é a ferramenta pela qual a hermenêutica é aplicada. A hermenêutica aponta os princípios que regem a interpretação.

Ao abordar as relações poliafetivas, o CNJ levantou alguns pontos para consolidar a impossibilidade de reconhecimento de união estável em relações poliafetivas por ampliação do conceito de família por meio da hermenêutica, sendo eles: a falta de discussão na jurisprudência e as relações poliafetivas como um fenômeno raro; a monogamia como preceito basilar.

O CNJ, ao analisar a matéria, destacou que não havia uma comoção social para promover juridicamente a pacificação e o reconhecimento das relações de “poliafetos” na

legislação. Além de não ser algo comum socialmente, a definição de família é limitada pela Constituição Federal artigo 226 §3º e §4º (BRASIL, 1988) e pelo Código Civil artigos 1.514 e 1.723 (BRASIL, 2002), ou seja, à união de duas pessoas, podendo ser fruto de uma relação heterossexual ou homoafetiva (recentemente pacificado pelo STF), porém limitada a uma união monogâmica. Ademais, a bigamia é tipificada no Código Civil no artigo 1.521, inciso VI e no artigo 1.548, inciso II (BRASIL, 2002).

As relações homoafetivas são consolidadas entre duas pessoas, portanto, a analogia e a interpretação são possíveis. Entretanto, ao realizar a analogia pela interpretação normativa, que possui a monogamia como fundamento para relações poliafetivas, a pacificação é impossibilitada, as implicações jurídicas de uma relação conjugal plural são mais complexas, assim como a vida amorosa plural e as consequências da pacificação repercutiriam.

O princípio do pluralismo de entidades familiares, como já mencionado, possibilitou o reconhecimento de outras organizações familiares como, por exemplo, a união estável. Dessa forma, a constituição garante aos integrantes que compõem o núcleo familiar liberdade de escolha, assim como a igualdade perante a sociedade, extinguindo a hierarquização entre as entidades familiares.

O princípio da liberdade e princípio da igualdade nas relações familiares, como já trabalhado anteriormente, é indispensável para o âmbito jurídico. Desse modo, o princípio da liberdade, além de garantir a criação da entidade familiar, garante sua constituição e reinvenção, acompanhando as mudanças socioculturais.

Dessa forma, entende-se que o princípio da liberdade e princípio da igualdade nas relações familiares consistem na liberdade, autonomia e igualdade na constituição e permanência das entidades familiares. Partindo dessa concepção, entende-se que a entidade familiar poliafetiva, mesmo que não tenha previsão legal, deve ser respeitada, pois a liberdade e autonomia dos indivíduos na constituição de entidade familiar devem ser resguardadas e, para além disso, devem ser priorizadas. A construção de uma sociedade cidadã se baseia na garantia e defesa da diversidade.

Ademais, o princípio da menor intervenção estatal consiste no estabelecimento de um limite entre o direito público e privado. Desse modo, sem subestimar a importância da proteção estatal, a intervenção do Estado no âmbito familiar deve ser limitada. Nesse sentido, no artigo 1513 do Código Civil (BRASIL, 2002) é estabelecido que “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Em conjunto com o princípio da liberdade, entende-se que é indispensável que a autonomia dos indivíduos seja respeitada.

## **6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este trabalho teve por objetivo estudar os princípios constitucionais e a legislação

acerca do tema escolhido, visando mostrar que a decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) feriu não apenas o princípio basilar do direito de família, que abarca a dignidade da pessoa humana, como também não respeitou o pluralismo de entidades familiares, ambos trazidos pela Constituição Federal de 1988. É papel do Estado proteger as famílias, mas, como regra, prevalece o princípio da menor intervenção estatal também trazido no trabalho, devendo o mesmo não padronizar a monogamia como único instituto de relação entre os indivíduos, podendo sair de sua inércia apenas para fins de proteção.

É sabido que o direito precisa acompanhar os passos que a sociedade percorre, buscando sempre protegê-la e ignorar esse tema seria um retrocesso. A família foi criada com base nas ideologias e crenças com uma finalidade patrimonial, mas, com o passar dos anos, essa realidade mudou, as pessoas mudaram e o modo de constituição da família conseqüentemente também mudou. Na contemporaneidade, prioriza-se o bem estar, a honestidade e, principalmente, o amor entre os indivíduos que dela fazem parte, e devido a identidade e liberdade de cada pessoa, é indispensável que o princípio do pluralismo de entidades familiares não seja descumprido, devendo o Estado resguardar os direitos de todos aqueles que constituem a família, sem que haja qualquer tipo de discriminação.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios da definição dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

AZEVEDO, A. V. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, L. R. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**: RBDC. São Paulo, n. 17. jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/242>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 175 de 14/5/2013**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2008.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 5 de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em 15 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4 Turma). **Recurso Especial 303604/SP**. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, novembro de 2004. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista\\_eletronica/stj-revista-eletronica-2004\\_183\\_capQuartaTurma.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-eletronica-2004_183_capQuartaTurma.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277** – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 11 set. 2020.

CARDOSO, D. S. **Amando vári@s – individualização, redes, ética e poliamor**. 2010. Dissertação. (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Portugal, 2010.

CNJ - **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pedido De Providências nº0001459-08.2016.2.00.0000**. Relator: Ministro João Otávio De Noronha – Publicação: 29 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2020.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 1984. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_engels\\_origem\\_propriedade\\_privada\\_estado.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_estado.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2020.

FARIA, C. J. **Comissões parlamentares de inquérito**. São Paulo: Paloma, 2000.

FARIA, H. F.; SOUZA, R. S. **Admissibilidade e tutela jurídica da união poliafetiva**. JUDICARE, Faculdade de Direito de Alta Floresta, Mato Grosso, v. 9, n. 1, p. 103-147, 2016.

FILHO, M. G. F. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES. C. R. **Direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA, S.; EMERIQUE, L. M. B. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**: Rio de Janeiro, n. 9. Dez. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2020.



LÔBO, P. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, R. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, R. C. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

SILVA, R. B. T. “União poliafetiva” é um estelionato jurídico. **Migalhas**, 2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/165014/uniao-poliafetiva-e-um-estelionato-juridico>>. Acesso em: 11 set. 2020.

TWEEDY, Ann. E. **Polyamory as a sexual orientation**. University of Cincinnati Law Review. v.79, 5. ed. p. 109, out. 2011. Disponível em: <<https://www.psychologytoday.com/sites/default/files/attachments/129592/polyamorous-families-same-sex-marriage-and-the-slippery-slope-2011.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2020.

# CAPÍTULO 21

## PRECEDENTES: INSTRUMENTOS FUNDAMENTADOS NA COERÊNCIA IMPERATIVA DA CONCRETIZAÇÃO JUSFUNDAMENTAL DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE

*Data de aceite: 01/03/2021*

*Data de submissão: 05/12/2020*

**Lucas Moreschi Paulo**

Fundação Escola Superior do Ministério Público, Faculdade de Direito  
Porto Alegre – Rio Grande do Sul  
<http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>  
<https://orcid.org/0000-0003-4583-4853>

**RESUMO:** Por meio da revisão da legislação e doutrina, utilizando o método dedutivo, o presente estudo busca analisar precisamente a relação existente entre a efetivação dos direitos fundamentais à segurança jurídica e igualdade e a preocupação atinente aos precedentes e a fundamental crença no requisito da coerência. Nesse sentido, houve a identificação precípua da necessidade conceitual de existência de instrumentos para a harmonização da jurisprudência, aos moldes do que definiu o artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, mantendo-a estável, íntegra e coerente dentro de um sistema jurídico. Por derradeiro, analisar-se-á de que formas os precedentes, sejam obrigatórios ou persuasivos, concretizam os objetivos traçados pelo legislador e garantem, ao menos conceitualmente, as necessárias e imperativas segurança jurídica, integridade, coerência e igualdade que fundamentam os sistemas judiciais dos Estados Democráticos de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Coerência. Direitos fundamentais. Igualdade. Precedentes. Segurança jurídica.

### PRECEDENTS: INSTRUMENTS GROUNDED ON THE IMPERATIVE COHERENCE OF THE JUSFUNDAMENTAL SATISFACTION OF LEGAL CERTAINTY AND EQUALITY

**ABSTRACT:** Through the revision of legislation as well as the doctrine, using the deductive method, the present study seeks to analyze precisely the relationship between the realization of fundamental rights to legal certainty and equality and the preoccupation with precedents, and his grounding belief in the requirement of coherence. In this sense, the primary identification of the conceptual need for the existence of instruments for the harmonization of jurisprudence, as defined in Article 926 of the 2015 Code of Civil Procedure, keeping it stable, integrate and coherent within a legal system. At last, it will examine in what ways the precedents, in both their forms, whether mandatory or persuasive, achieve the objectives set by the legislator and guarantee, at least conceptually, the necessary and imperative legal certainty, integrity, coherence and equality, which underlie the judicial systems of the democratic rule of law.

**KEYWORDS:** Coherence. Fundamental rights. Equality. Precedents. Legal certainty.

### 1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Objetiva-se analisar o instrumento dos precedentes enquanto protagonista para a concretização dos direitos fundamentais em um sistema jurídico coerente, seguro e igualitário, conceitualmente necessário à juridicidade.

Tal preocupação se fundamenta pela experiência brasileira de insegurança jurídica, imprevisibilidade das decisões judiciais e a falta de respeito, por juízos hierarquicamente vinculados, aos pronunciamentos vinculantes das cortes superiores.

Neste contexto, mostra-se necessária a análise dos fundamentos do direito e da ordem jurídica, de modo a perceber que em ambos está imanente a necessária e conceitual operacionalidade justificada pelo tratamento (democrático) igualitário – perante a lei, o direito e o poder judiciário –, e a segurança jurídica. Esta possibilita que o cidadão anteveja as consequências dos seus atos, adequando e coordenando suas ações humano-sociais também pelos entendimentos oficiais. Dessa maneira, o direito necessariamente exige uma manifestação harmônica e coerente, sobretudo na sua manifestação jurisprudencial.

Torna-se necessário o exame dos conteúdos dos direitos fundamentais na perspectiva de um sistema jurídico prestacional, segundo o qual o jurisdicionado é credor de uma correta, razoável e justa prestação, não apenas no processamento das demandas, mas na entrega de respostas minimamente respaldadas pela jurisprudência interna e hierarquicamente superior existentes. Por fim, caberá a análise do sistema de precedentes, em um esboço sobre a origem e a importação ao Brasil, assim como sobre como vincula dentro do sistema de precedentes brasileiros obrigatórios, cujo objetivo é zelar pela manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, como preceitua o artigo 926 do Código de Processo Civil (CPC).

## **21 DA NECESSIDADE CONCEITUAL DE INSTRUMENTOS DE HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COERENTE**

O fenômeno jurídico se traduz em uma manifestação sociocultural regulada conceitualmente a partir de valores comunitários estruturantes. Dentre tais valores essenciais à percepção do sentido axiológico do direito, isto é, o núcleo de formação e os objetivos deste, estão, em todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, as preocupações quanto à funcionalidade igualitária, bem como a necessidade, emanada da própria comunidade, de segurança na aplicação do direito. Assim, deverá haver manifestações seguras do judiciário que possibilitem a previsibilidade das decisões judiciais e a confiabilidade legítima dos jurisdicionados. De maneira circular, tal segurança jurídica, somada ao dever de coerência, fundamenta e é fundamentada pela necessária observância à igualdade (ÁVILA, 2011, p. 152).

O dever de coerência, enquanto qualidade incorporada por uma ordem jurídica, deve garantir um tratamento igualitário aos indivíduos que pugnam ao Estado em situações relevantemente semelhantes, de modo que as respostas destes sejam orientadas pelas mesmas razões, quando cabíveis, e por fundamentadas razões quando incabíveis (ALEXY, 2011, p. 274-275). Igualmente, a coerência deve garantir que o sistema jurídico se manifeste de maneira segura, ou seja, que os resultados dados pelo Poder Judiciário

às controvérsias sejam conhecidos pela história institucional da corte, sendo previsíveis e calculáveis, garantindo a confiabilidade dos cidadãos e prevenindo a inovação irracional na ordem jurídica.

Daí que o direito conceitualmente, sendo assim, necessita de mecanismos aptos a garantir (e indicar) aos aplicadores do direito quais são as respostas aceitáveis a serem replicadas aos casos relevantemente semelhantes e aos quais tal resposta se mostre razoável e adequada. Assim, surge na discussão a instrumentária dos precedentes vinculantes e obrigatórios enquanto ferramentas apropriadas à promoção da harmonização da jurisprudência e da concretização adequada da segurança jurídica e da igualdade.

Destarte, o direito-produto da confluência das tradições romano-germânicas e anglo-saxãs enquanto fruto da prática social-comunitária fundada na observância de princípios universais, dentre os quais estão sensivelmente presentes os princípios da igualdade e da segurança jurídica, não é satisfeito apenas pela interpretação e aplicação racional das normas jurídicas, porquanto necessariamente deve ter sua prática coordenada sob uma perspectiva histórico-institucional de salvaguarda das justas expectativas dos jurisdicionados, bem como de serem tratados, sob circunstâncias relevantemente semelhantes, igualmente (e com respostas aceitáveis). Desse modo, para uma melhor interpretação teleológico-sistemática da ordem jurídica como um todo, é imprescindível que se manifeste por uma prática racionalizada, que resolva os problemas prático-reais sem a supressão de garantias e direitos fundamentais; devendo-se, necessariamente, postular por uma jurisprudência harmoniosa – produto lógico de uma prática coerente, segura e igualitária do direito.

### **31 DO DIREITO FUNDAMENTAL A UM SISTEMA JURÍDICO SEGURO E IGUALITÁRIO**

Assim, apropriados dos valores a serem concretizados na sistemática jurídica para vislumbrar um direito mais coerente, seguro, igualitário e coordenado sob uma prática racional, se faz necessária a abordagem conceitual de tais axiomas. Nesse sentido, há também de se pontuar como aqueles são efetivados e respeitados na prática judicante e, posteriormente, quais instrumentos pode buscar incorporar para tanto. Tais requisitos devem garantir que o sistema jurídico se manifeste, primordialmente, de maneira segura, isto é, que os resultados dados pelo poder público às controvérsias jurídicas sejam, se não já conhecidos, porque historicamente aplicados, calculáveis, ou, então, previsíveis, à maneira de não inovar irracionalmente, incorretamente e injustamente a ordem jurídica.

Nesta linha, emerge uma realidade que apõe o jurisdicionado como credor (na perspectiva dos direitos fundamentais prestacionais) de um sistema jurídico-decisional orientado pelo dever de coerência, isto é, a manutenção de uma segurança jurídica sistemática e o tratamento igualitários àqueles jurisdicionados que pugnam por iguais

condições e alegações, fatos e pedidos relevantemente semelhantes. Para tanto, se faz necessária a (rápida) análise dos conteúdos axiológico-normativos destes valores estruturantes.

Em termos de segurança jurídica, tradicionalmente pensada a partir da função legislativa – exigindo-se normas jurídicas estáveis, previsíveis, acessíveis e aplicadas com coerência, consistência e integridade –, tem-se a não restrição da segurança jurídica à dimensão normativo-constitutivista. A partir do momento em que se abandonou a ideia exegética do juiz *bouche de la loi*, não mais se admite análises do aludido princípio estritamente relacionado à normatividade, pois, muito mais concreta, está a noção de segurança jurídica nas (e entre as) decisões proferidas pelos tribunais.

Marca do nosso tempo, a era líquida das informações instantâneas, acarreta grande quantidade, e paradoxalmente, no aumento do risco e das incertezas (ÁVILA, 2011, p. 40). Movimentos que provocam o Poder Judiciário a se manifestar cada vez mais a respeito de problemas jurídicos com respostas adequadas advindas do judiciário e, “como não se admite o *non liquet* justificado pelas incertezas e confusões normativas, o juiz fica obrigado a encontrar uma *regula juris* para cada caso a decidir” (ROSITO, 2012, p. 56), resulta, inevitavelmente, no incremento da morosidade institucional do judiciário a ponto de aumentar a complexidade das demandas sem, contudo, extinguir-se a exigência (inviável, neste estado de coisas) por celeridade processual.

Sendo assim, pretendendo obter clareza e certeza, ao eliminar o perigo de conflitos, o excesso de regras resultou no desaparecimento da autonomia do direito, de ser *ars inveniendi*, e soluções tornam-se problemas, residindo o paradoxo no fato de que o combate à insegurança contribui para o incremento da insegurança (ÁVILA, 2011, p. 44). Considerando que a expressão “segurança jurídica”, consagrada já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, é associada aos ideais de determinação, estabilidade e previsibilidade do direito, foi mediante estes que o constituinte guarneceu a missão de assegurar um direito mais harmônico (ÁVILA, 2011, p. 34). Atentando, de igual maneira, ao fenômeno jurídico (válido dever ser que é) que uma vez autônomo não se confunde com o fenômeno político, compreende-se, então, que a efetiva operacionalidade de uma segurança jurídica deva ocorrer onde o direito deve ser realizado, isto é, na atividade jurisdicional.

É permitida uma rápida explicação dos conceitos utilizados. A expressão “válido dever ser que é” identifica uma dupla faceta do direito. O direito que é, compreendido como a realização do direito mediante sua aplicação concreta de constituição da realização do direito, em sua faceta praxiológica. E o direito que deve ser compreendido enquanto o núcleo normativo-formal do direito, em sua faceta positivista, garantidora da coercibilidade necessária para a implementação da medida (CASTANHEIRA NEVES, 1985, p. 86). Já a questão a autonomia, importa destacar que, “na linha do funcionalismo (aqui entendido como o normativismo e o seu lógico-sistematismo) o direito deixa de ser um auto-subsistente de

sentido e de normatividade para passar a ser um instrumento – um finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionadamente o submetem” (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 30).

Ainda assim, não há segurança jurídica no Brasil, segundo Ávila (2011, p. 108), porque os órgãos aplicadores não confirmam as previsões feitas para a maior parte das suas decisões. Logo, a segurança jurídica deve servir como referencial teórico básico para a aspiração a um Estado desejável, funcionando como juízo axiológico concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores. Entretanto, a segurança jurídica, para Ávila (2011, p. 108), é norma-princípio de um sistema jurídico pós-positivista, pois argumentativo, porque, se “de um lado, defende a segurança jurídica como dever decorrente do direito posto”, de outro, “sustenta que a sua realização depende da reconstrução de sentidos normativos por meio de estruturas argumentativas e hermenêuticas”, não sendo um mero posto. Desta maneira, sendo princípio e direito fundamental, se mostra trunfo apto a realizar uma prática efetiva de seu conteúdo, qual seja, a noção de que o direito exige um mínimo de certeza, eficácia, ausência de arbitrariedades e determinabilidade (*Bestimmbarkeit*) para que se possa adimplir a racionalidade democraticamente necessária, inclusive para a concretização de outros direitos, em especial, o direito à igualdade (ÁVILA, 2011, p. 108-131).

Nesse sentido, sobre o conteúdo jurídico da igualdade, tem-se que a aplicação da igualdade depende de que fins diversos conduzam a medidas diferentes de controle (ÁVILA, 2016, p. 193-194), fazendo com que a violação de alguma norma jurídica ou de critérios que conservem o “ordenamento jurídico como um todo” signifiquem a violação de princípios fundamentais do próprio sistema jurídico. E, “embora não pareça, a proteção da igualdade é uma forma indireta de se proteger a segurança jurídica” (ÁVILA, 2011, p. 223). Assim, o dever de manter igualdade normativa, em perspectiva geral e abstrata, exige a aplicação uniforme e impessoal, salvo em casos de aplicação diversa fundamentada pelo *discrímen*.

Contudo, a dimensão problemático-prescritiva do direito fundamental à igualdade advém das prestações do Poder Judiciário. Assim, quando esse é acionado para resolver conflitos deverá empreender idêntica solução jurídica proferida em ocasião de resolução de conflito anterior relevantemente semelhante, exceto se demonstrado como incabível, pela não mais correção da tese cuja aplicação se pretende, caso em que haverá ônus argumentativo maior. Dessa exigência de uniformidade aplicativa decorrente da igualdade são deduzidos os elementos de confiabilidade e calculabilidade que compõem a segurança jurídica. De confiabilidade, porque o dever de aplicação uniforme gera o dever de manutenção da mesma decisão para casos iguais, favorecendo a estabilidade e a vinculatividade do direito; de calculabilidade, visto que o cidadão pode prever a mesma solução para casos iguais, planejando suas atividades ao saber que, praticando o mesmo ato, a ele deverá ser atribuída idêntica consequência (ÁVILA, 2011, p. 224).

Rosito (2012, p. 130) observa que o princípio da igualdade visa duplo objeto, a um, propicia a garantia individual contra perseguições, e a dois, tolhe favoritismos, constituindo, desta maneira, por excelência, o fundamento natural e dogmático de toda e qualquer ordem que busque o tratamento igualitário e a aproximação do discurso racional à juridicidade, sobretudo na prática dos precedentes judiciais com vinculatividade obrigatória. Desse modo, mostra-se necessário que os juízes se importem com a igualdade, não enquanto um mero princípio de paridade de armas dentro do processo, mas busquem concretizá-la mediante corretas e sistematicamente coerentes tutelas jurisdicionais, resolvendo litígios sobre os quais já foi proferida tese satisfatoriamente e racionalmente justificada (ROSITO, 2012, p. 134). Portanto, mostra-se evidente que a defesa e a garantia da segurança jurídica e da igualdade são deveres do Estado, sob pena de constituir-se um não-direito.

Em outro sentido, não se admitiria, sobretudo na formulação de teorias que busquem a racionalização do discurso jurídico e a concretização dos direitos fundamentais em comento, que tais noções conduzissem a um produto jurídico que o padronizasse em uma imutável ordem de cogência ahistórica, as respostas juridicamente aceitáveis. Nesse sentido, refere-se que os instrumentos jurídicos que servem de referencial interpretativo para solucionar casos análogos e futuros servem para promover de maneira mais fácil a estabilidade e a harmonização da jurisprudência, quando cabível, a ponto de afastar ultrajantes arbitrariedades, promovendo o tratamento igualitário em um cenário de incremento da coerência no sistema jurídico. Coerência, entretanto, não é um simples reaplicar de teses conforme anteriormente decidido, seu núcleo essencial se traduz, na perspectiva jurisdicional, em uma orientação do sentido normativo do direito, assim como de suas fontes. Deste modo, os precedentes admitem, e conceitualmente necessitam, que suas teses estejam sujeitas, quando necessário, a revisitações, reformulações, atualizações, não aplicações e superações (MACCORMICK, 2008, p. 264).

#### **4 I DO SISTEMA DE PRECEDENTES E DA(S) SUA(S) VINCULATIVIDADE(S)**

O Código de Processo Civil (lei nº. 13.105/2015) propôs a implementação de uma sistemática de precedentes, que para Bustamante (2012, p. 479-484), geram regras jurisprudenciais com obrigações *prima facie*, garantindo assim uma nova preocupação legislativa a respeito do papel da segurança jurídica, mantendo-se uma jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926, do CPC). Nesse sentido, o caminho adotado pelo legislador, ao contemplar hipóteses de julgamentos cuja tese vincula de pronto, explicita a mudança de paradigma de abandono do caráter meramente persuasivo da jurisprudência para assumir o papel normativo dos precedentes atuais (vinculantes). A finalidade desta mudança está em assegurar a racionalidade ao direito e ao mesmo tempo reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo judicial. Os princípios da igualdade e segurança jurídica, normalmente elencados para justificar a teoria dos precedentes, são

consequências colaterais do atendimento da racionalidade e universalidade das decisões (ZANETI JÚNIOR, 2015, p. 1701).

Contudo, o precedente é originalmente derivado da cultura do *common law*, em especial do *stare decisis (et non quieta movere)*, segundo o qual as decisões judiciais são fontes primárias do direito (ROSITO, 2012, p. 74). Duxbury (2008, p. 32) ressalta que o significado dos precedentes nem sempre foi o mesmo, tendo sofrido alterações em seu sentido desde os tempos do período medieval até a época contemporânea, passando da mera interpretação *case to case* para o modelo da persuasão, inaugurando a *common law* e, ao final, concretizando o período da vinculação destes pronunciamentos. Nesta tradição, o direito foi construído como uma prática deliberativa, cooperativa e continuada cuja intenção imediata não é a aplicação ou criação de normas de condutas aprioristicamente, como tradicionalmente o é nos ordenamentos jurídicos de cultura romano-germânica, mas a de solução judicativa de problemas práticos, preferencialmente pela identificação de resposta contida em certo costume comunitário. Schauer (1991, p. 182), todavia, reconhece a possibilidade de existirem sistemas jurídicos baseados em regras que valorizam fortemente o uso dos precedentes, *in verbis*:

In dealing both with authoritative interpretations of statutes and with common-law decisions, legal systems characteristically purport to rely on precedent, and frequently justify that reliance by reference to many of the same virtues that are used to justify rule-based decision-making, such as predictability, stability, and decision-maker disability. This suggests that there may be an affinity between rule-based and precedent-based decision-making, an affinity that itself may explain why decision-making systems valuing these traits finds a place both for rules and for a strong system of precedents.

Neste modelo, as decisões não são declaradas, *ab initio*, como precedente e, no mesmo sentido, se encontra a concepção defendida por MacCormick (2008, p. 203-2011), segundo o qual o precedente tem em si uma *ratio decidendi* formal somada a uma teoria dos precedentes persuasiva. Somente historicamente é que uma decisão começará a ganhar o status de precedente. A partir das razões de decidir orientar casos relevantemente semelhantes, que serão utilizadas em um constructo histórico de modo que, posteriormente, as decisões nas quais foram insculpidas sejam reconhecidas como precedentes. A razão para tanto é que os sucessivos julgamentos sobre uma temática darão coerência ao sistema em um processo de reconstrução racional da *ratio decidendi*.

Para MacCormick (2008, p. 203), “uma *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão do caso”. Além disso, a *ratio decidendi* é a regra ou princípio de decisão para a qual um dado precedente é fonte autorizada, quer essa regra ou princípio de decisão seja então tratado como vinculante ou somente como persuasivo em algum grau para os posteriores juízos em questões similares. Contudo, “uma



decisão desse tipo precisa ser logicamente universal ou ao menos ser posta em termos razoavelmente universalizáveis, e precisa também ser aberta à justificação posterior em termos de argumentos sobre consequências, consistência e coerência” (MACCORMICK, 2008, p. 202, 211).

No Brasil, a inovação do CPC estabeleceu a observância obrigatória a certos julgamentos alçados à posição de precedentes obrigatórios, reconhecendo status jurídico diferenciado, tão logo prolatada a *ratio juris*. Aquele dá maior protagonismo a instrumentos processuais de eficácia vinculante – destacando-se, além do controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes e enunciados de súmulas do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) –, ao incidente de assunção de competência, ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), ao Recurso Extraordinário (RE) e ao Recursos Extraordinário e Especial Repetitivo, inteligência do rol de precedentes de vinculatividade obrigatória não taxativo do artigo 927 do CPC. Quais sejam: a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Não é taxativo porquanto alguns problemas evidentes surgem da compreensão que quis dar o código a esta sistematicidade, uma vez que haveria a criação de um sistema completamente contraditório, eis que seria possível, a título exemplificativo, admitir-se que “um precedente advindo de um IRDR de um tribunal de justiça seria vinculante, enquanto um precedente advindo do tribunal pleno do STF sobre matéria constitucional seria meramente persuasivo” (PEIXOTO, 2018, p. 176). Assim, o rol de precedentes obrigatórios não deve ser visto como exaustivo, mas como exemplificativo, uma vez que o próprio sistema jurídico exige que as interpretações atendam à estabilidade, segurança jurídica, igualdade, integridade e coerência, devendo ser preservados pelo judiciário.

Também, nas hipóteses de cabimento dos dois institutos pensados para compelir a vinculatividade obrigatória de alguns julgamentos, quais sejam, a Reclamação, prevista nos artigos 988 e ss., do CPC, e o regime de julgamento de recursos repetitivos, cuja observância é requisitada por interpretação teleológico-sistemático do artigo 927, III, do diploma processual civil.

Para Peczenik (1997, *passim*), existem quatro tipos diferentes de força vinculante dos precedentes: a) *formal bindingness*; b) *not formally binding but having force*; c) *not formally binding and not having force but providing further support*; e d) *mere illustrativeness or other value*. O que deve ser observado é a força que decorre de cada pronunciamento que vincula, a depender de sua força argumentativo-persuasiva, da via processual em que foi tomado, e por quem foi exarado. A vinculatividade dos precedentes, portanto,

tem direção vertical ou horizontal. Comenta Gavião Filho (2016) que esta “diz respeito à direção da relação entre o órgão jurisdicional do caso precedente e o órgão jurisdicional do caso presente, objeto de interpretação e aplicação do direito em uma situação concreta determinada”. Assim, o juiz *a quo* deve obedecer ao entendimento proferido por órgão hierarquicamente superior na estrutura do sistema de justiça. Aplica-se esse modelo de vinculatividade a juízes e tribunais que devem aplicar entendimentos fixados em casos relevantemente semelhantes pelas instâncias *ad quem* (hierárquicos).

Já na perspectiva horizontal, o tribunal deve ser coerente com a jurisprudência interna. Aqui, a vinculatividade se dá em razão do princípio da universalidade e na regra formal de justiça de tratar igualmente os iguais. Casos relevantemente semelhantes, em seus aspectos essenciais, devem receber parecidas interpretações e qualificações jurídicas. Ainda, sobre o efeito vinculativo destes precedentes para os juízos inferiores, tem-se que não será total e obrigatória, mas persuasiva. Assim, “não se pode falar em vinculatividade jurídica aos precedentes dos tribunais, tampouco se pode entender que os juízes de tribunais estão livres para se desviar, sem mais, dos precedentes dos tribunais aos quais pertencem” (GAVIÃO FILHO, 2016, p. 35).

Portanto, no Brasil está presente um sistema de precedentes cuja vinculatividade de sua *ratio decidendi* é imperativo-categórica aos casos relevantemente semelhantes. Ante a isto, nota-se que em nome da coerência, segurança jurídica e da integridade das decisões judiciais, devem ser seguidas as orientações e entendimentos fixados pelos órgãos jurisdicionais de maior hierarquia, no que concerne à capacidade de julgamento com efeito vinculante.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, demonstrou-se que os valores fundamentantes da operabilidade adequada de qualquer ordem jurídica democrática devem ser os princípios da segurança jurídica e da igualdade. Deste modo, ao respeitar tais axiomas jurídicos, bem como os direitos fundamentais do ordenamento jurídico, se realizará um direito a partir de uma prática mais coerente e razoável, refletindo, assim, a experiência judicante em uma jurisprudência harmônica, como conceitualmente exige o direito.

No âmbito dos direitos fundamentais, nota-se que a preocupação de se ter uma prática jurisdicional mais célere, processualmente econômica, efetiva, justa, confiável e igualitária necessita com que sejam respeitados valores conceitualmente imbricados na atuação jurídica do Estado Democrático de Direito; *in casu*, dos direitos fundamentais à igualdade e à segurança jurídica. Se concretizados, esses terão o condão de promover a jurisprudência a verdadeiro marco prático-referencial de coordenação das condutas sociais, à medida que os cidadãos poderão antever as consequências aplicáveis aos seus atos.

Neste sentido, viu-se que a teoria dos precedentes pode ser alçada ao patamar de

protagonista da concretização de ambos os direitos fundamentais tratados, inclusive com a autêntica preocupação judiciária de promoção da harmonização, estabilidade e maior coerência da jurisprudência, concretizando os direitos fundamentais à segurança jurídica e à igualdade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Fontes do Direito**: Contributo para a revisão do seu problema. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GAVIÃO FILHO, Anizio. Precedentes e argumentação jurídica. *In*: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. (ed.). **Interpreting precedents**: a comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 461-479.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Oxford University Press, 1991.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Comentários aos artigos 926 a 946 do CPC/15. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# CAPÍTULO 22

## OS DIFERENTES PARADIGMAS QUE FUNDAMENTAM O DIREITO BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DEFESA COLETIVA DE CONSUMIDORES

*Data de aceite: 01/03/2021*

*Data de submissão: 26/11/2020*

### Rodrigo Aquino Bucussi

Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI  
Procurador Municipal - Procuradoria Geral do  
Município de Itajaí  
Itajaí – Santa Catarina  
<http://lattes.cnpq.br/8333516036237613>

**RESUMO:** Trabalha-se com a hipótese de que parte das dificuldades que as instituições executoras de políticas públicas de defesa coletiva enfrentam em implementar instrumentos de defesa coletiva de consumidores decorra da incompatibilidade existente entre os paradigmas diversos que fundamentam as políticas públicas de defesa coletiva de consumidores e o Direito brasileiro. Demonstra-se que a formação destes diferentes paradigmas ocorre em momentos distintos da História, em que existe desenvolvimento, condicionamentos e limitações do pensamento nacional e internacional na área científica, econômica, social, filosófica e política.

**PALAVRAS-CHAVE:** Política Pública, Consumidor, Coletivo, Paradigma, Modernidade.

### THE DIFFERENT PARADIGMS THAT FOUND BRAZILIAN LAW AND PUBLIC POLICIES FOR COLLECTIVE CONSUMER DEFENSE

**ABSTRACT:** We work with the hypothesis that part of the difficulties that the institutions

that implement public policies of collective defense face in implementing instruments of collective consumer protection stems from the incompatibility that exists between the different paradigms that underlie public policies of collective consumer protection and the Brazilian law. It is demonstrated that the formation of these different paradigms occurs at different moments in history, when there is development, conditioning and limitations of national and international thought in the scientific, economic, social, philosophical and political areas.

**KEYWORDS:** Public Policy, Consumer, Collective, Paradigm, Modernity.

## 1 | INTRODUÇÃO

Estuda-se a hipótese de que parte das dificuldades que os órgãos e instituições de proteção de consumidores enfrentam em implementar instrumentos de defesa coletiva decorra da incompatibilidade existente entre os paradigmas diversos que fundamentam as políticas públicas de defesa do consumidor e o Direito brasileiro. Pois em sua formação, na Modernidade, o paradigma liberal-individualista do Direito brasileiro sofreu grande influência do capitalismo liberal-concorrencial e financeiro monopolista na Economia; do Estado Moderno na estrutura estatal; do liberalismo na Política; do paradigma newtoniano na Ciência e da filosofia da consciência na Filosofia. Como impactos dos paradigma liberal-individualista sobre o Direito podemos destacar o individualismo,

o cientificismo, tecnicismo, patrimonialismo, formalismo, legalismo, determinismo, universalismo, a busca pela verdade, o juiz sendo considerado como cientista imparcial e mero aplicador da norma. Contudo, no período conhecido como crise da Modernidade, forma-se o paradigma social-democrático-coletivo que fundamenta as políticas públicas de defesa do consumidor no Brasil. Esse sofreu influências do capitalismo financeiro-monopolista e neoliberal na Economia; do Estado do Bem-Estar Social, do Estado Social e Democrático de Direito e do Estado Neoliberal na estrutura estatal; da fragmentação das concepções políticas em grupos de interesse e do neoliberalismo na Política; da crise do paradigma newtoniano e da mecânica quântica na Ciência; e da filosofia da linguagem na Filosofia. Este paradigma deveria ter trazido ao Direito inúmeras repercussões, tais como: viés coletivo, crítica ao cientificismo, menor formalismo, perfil solidário, principiológico, probabilístico, busca da verossimilhança, juiz ativo e produtor de norma justa, topo hermenêutico na constituição, linguagem como não retransmissora da verdade, relação sujeito-sujeito. Todavia, o Direito brasileiro continua apegado ao paradigma liberal-individualista, o que, por sua vez, traz dificuldades à implementação de instrumentos de defesa coletiva de consumidores.

## 2 I POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONTEXTO HISTÓRICO

Pode-se compreender que a estruturação de políticas públicas de defesa do consumidor decorra, em grande medida, do ambiente e do momento histórico em que surge. Isto é, desenvolve-se em decorrência da forma pela qual passa a ser vivenciado o mundo com o advento da sociedade de consumo (VILLEY, 2009). As políticas públicas são fenômenos socioculturais que interagem com o ambiente social, econômico, cultural, político, científico onde se inserem. Neste sentido, não se pode vislumbrar e entender Políticas Públicas sem contextualizá-las historicamente. O ambiente temporal e espacial sobre o qual surgem decorre de uma percepção do ser humano em determinado momento histórico específico. É com base nesta percepção que serão estruturados os institutos e organizações políticas e jurídicas.

Há que se ressaltar ainda que esta influência é mútua, pois ao mesmo tempo em que as políticas públicas são produzidas em determinado ambiente, também ajudam a criar e desenvolver este (BOBBIO, 2004; HESSE, 1991). Compreende-se ainda que as políticas públicas possuem uma relação estreita com as atividades do Estado. Em outras palavras, entende-se que só existe política pública quando emanada de um ator estatal, em que pese existirem relevantes opiniões em contrário (SECCHI, 2015). Conceitua-se Políticas Públicas como um conjunto de atividades do Estado tendentes a fins públicos, de acordo com metas a serem atingidas, tratando-se de um conjunto de normas (poder legislativo), atos (poder executivo) e decisões (poder judiciário) (GRINOVER, 2008). Não se pode olvidar, a partir desta concepção, que o que se considera como política pública e a sua

produção, irá depender também diretamente do que se entende por Estado. Numa linha liberal, Santi Romano considera o Estado como uma instituição jurídica, muito próxima ao Direito. Por sua vez, Norberto Bobbio identifica uma dualidade e diferencia claramente os conceitos de Direito e de Estado. Todavia, numa visão tipicamente liberal social, com a qual se alinha esta pesquisa, Hans Kelsen considera o Estado uma ordem de conduta humana, na qual não existe basicamente dualismo entre Estado e Direito (BERGEL, 2001; GOYARD-FABRE, 1999a). Uma vez reconhecido que o Estado, como ordem de conduta humana, é uma ordem de coação relativamente centralizada, e que o Estado como pessoa jurídica é a personificação desta ordem coerciva, desaparece o dualismo de Estado e Direito. O dualismo de pessoa do Estado e ordem jurídica surge, de um ponto de vista teórico-gnoseológico, em paralelo com o dualismo, igualmente contraditório, de Deus e mundo (KELSEN, 1998, p. 352).

Mas a produção das políticas públicas não depende somente do que se entende por Estado, mas também da espécie de Estado ao qual estão vinculadas. Para Zagrebelski, no século XVII tivemos o Estado sobre regime de força ou Estado Absoluto. Já no século XVIII ocorreu o Estado sob o regime de polícia ou o Despotismo Ilustrado. E no século XIX o Estado de Direito (ZAGREBELSKI, 2005). Por sua vez, Lênio Streck considera que o Estado de Direito passou por três fases distintas: Estado Liberal, Estado Social e Estado Social e Democrático de Direito. Sob este embasamento, considera-se que as políticas públicas de defesa do consumidor no Brasil são produzidas sob o Estado Social e Democrático de Direito. Contudo, para que as políticas públicas sejam implementadas, muitas vezes o Estado necessita de arranjos que permitam fazer com os outros tudo aquilo que esses outros são corretamente proibidos de fazer. A ideologia torna-se fundamental para a manutenção estatal. Seu objetivo principal é a coesão social, capaz de superar os fatores conflituosos e desagregadores decorrentes das contradições provocadas por um sistema de dominação. O Direito pode também ser considerado como parte da estrutura de dominação do grupo que controla o Estado. Entretanto, visando propor uma definição instrumental do Direito, não podemos fugir da concepção clássica de Miguel Reale, baseada em sua Teoria Tridimensional, que o considera:

(...) como realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva, ou se quisermos discriminar no conceito a natureza dos três elementos ou fatores examinados, "realidade histórico-cultural ordenada de forma bilateral atributiva segundo valores de convivência", o que significa que a Jurisprudência tem por objeto fatos ordenados valorativamente em um processo normativo de atributividade. Trata-se, como se vê, de uma realidade espiritual (não natural, nem puramente psíquica, ou técnico-normativa etc.), na qual e pela qual se concretizam historicamente valores, ordenando-se as relações intersubjetivas consoante exigências complementares dos indivíduos e do todo social. (REALE, 2002, p. 699).

Mas o Direito também é a linguagem pela qual o Estado interage com a sociedade

(KELSEN, 1998). Entende-se que as políticas públicas além de serem fenômenos políticos e estatais, devem ser necessariamente percebidas e reconhecidas como fenômenos jurídicos. Pois, tanto a decisão, quanto a realização das políticas e dos programas de ação do Estado também ocorrem na esfera jurídica e, principalmente, através da esfera jurídica, que condiciona e regula a atuação do Estado (SMANIO, 2013). As decisões em Políticas Públicas são exercidas e realizadas através do Direito, que, por sua vez, as legitima e delimita (SMANIO, 2013). Não se pode entender Políticas Públicas sem analisar o arcabouço jurídico sobre a qual foram constituídas. A conceituação jurídica permite ainda que as políticas públicas possam ser efetivadas, controladas e fiscalizadas pelos poderes do Estado. Considera-se ainda fundamental a relação existente entre Políticas Públicas e o Direito, por tratarem-se de dois sistemas interdependentes entre si e que possuem a mesma fonte, o Estado. Sendo assim, tanto as Políticas Públicas, como o Direito, são fenômenos socioculturais estreitamente dependentes do Estado ao qual estão vinculados. Estes dois fenômenos são interdependentes entre si. Parece lógico que tanto para uma política pública, bem como para o Direito, terem efetividade deveriam seguir e respeitar os fundamentos teóricos e ideológicos sob o qual foi estruturado o Estado ao qual se vinculam. Entretanto, como demonstrar-se-á mais adiante, existe uma divergência entre o paradigma que fundamenta o Direito brasileiro com o paradigma que fundamenta o Estado brasileiro e as políticas consumeristas no Brasil.

### **3 | O PARADIGMA LIBERAL-INDIVIDUALISTA DO DIREITO BRASILEIRO**

O Direito brasileiro foi construído e permanece sob a influência do paradigma liberal-individualista. Seguindo a concepção metodológica que pretende demonstrar que o Direito, como fenômeno cultural, é influenciado pelo ambiente onde se desenvolve, bem como pelo esforço de se tentar complexificar a questão fazendo-se estudo interdisciplinar, faz-se necessária rápida incursão histórica para vislumbrar a forma como este paradigma foi construído e passou a influenciar de forma tão decisiva o nosso ordenamento jurídico. Verifica-se que a perspectiva medieval do mundo mudou radicalmente nos séculos XVI e XVII. A noção de um universo orgânico, vivo e espiritual foi substituída pela noção do mundo como se ele fosse uma máquina, e a máquina do mundo converteu-se na metáfora dominante da era moderna. Esta nova concepção passou a ser formada a partir do Renascimento Cultural dos séculos XIV-XVI. O Direito como fenômeno cultural complexo, desenvolve-se em um ambiente de onde recebe e oferece influências múltiplas. A formação do Direito brasileiro ocorre em um momento específico da História, em que existe desenvolvimento, condicionamentos e limitações do pensamento nacional e internacional na área científica, econômica, social, filosófica e política. Resta claro que em sua formação, na Modernidade, o Direito brasileiro sofreu grande influência do capitalismo liberal-concorrencial e financeiro-monopolista, na Economia; do Estado moderno, na estrutura estatal; do liberalismo, na



política; do paradigma newtoniano, na ciência; e da filosofia da consciência, na Filosofia. O Direito brasileiro possui um tradicional foco na proteção de interesses exclusivamente individuais, em decorrência da concepção de mundo e da ideologia que prevalecia na classe dirigente do país no momento da construção de seus principais diplomas legislativos.

Levado pelos filosofemas que, ao longo de três séculos, caracterizaram o pensamento moderno – o humanismo, o individualismo, o igualitarismo, o racionalismo -, o direito político, desde Maquiavel, edificou-se e organizou-se a partir dos três grandes princípios da ordem pública, da autoridade centralizadora do Poder e da constitucionalidade da ordem jurídica. (GOYARD-FABRE, 1999a, p. 114).

O paradigma liberal-individualista serviu como fundamento e fonte do Direito brasileiro (GOYARD-FABRE, 1999a). Tal situação gerou características peculiares ao ordenamento jurídico nacional. Em decorrência da persistente influência da filosofia da consciência, o sentido comum teórico do Direito brasileiro continua sendo focado em sua função normativa, (dar significação aos textos legais), função ideológica (tarefa de socialização), função retórica e função política (assegurar as relações de poder) (STRECK, 2001). Neste aspecto, o sentido comum teórico do Direito sufoca as possibilidades interpretativas. Procura-se ainda interpretar a lei como se sua interpretação estivesse colocada desde a sua promulgação. Defende-se a ideia de que a interpretação deva estabelecer a “vontade pura da lei”, com um sentido dado, um sentido em si, imanente à norma. Busca-se utopicamente o espírito da lei, a vontade do legislador, e mais recentemente, a interpretação rígida dada pelos tribunais superiores. Ideologicamente, o Direito reduz os conflitos e tensões sociais a termos abstratos. Obscurece através do excessivo formalismo os interesses econômicos e políticos escamoteados nas entrelinhas das normas. Passa-se do discurso “de” ao discurso “sobre tal coisa”. Bem como defende o *status quo* e privilégios aos grupos que têm acesso a esta complexa linguagem. Os fenômenos sociais que chegam ao judiciário tornam-se meras abstrações jurídicas. As pessoas são transformadas apenas em autor e réu. Ocorre a coisificação e padronização das relações sociais. Os verdadeiros conflitos não entram no fórum devido às barreiras linguísticas. Desloca-se o discurso da vida para as abstrações das ideias (STRECK, 2001).

Outra característica importante trazida pelo paradigma liberal-individualista ao Direito brasileiro, é a legalidade. Esta provoca uma determinação das regras que governariam as relações sociais de produção na jurisdição do Estado. O apego a um formalismo e legalismo desvairado e narcisista afasta o Direito de sua função precípua de oferecer a tutela jurídica aos jurisdicionados. Principalmente o formalismo transforma-se em uma verdadeira obsessão. Provoca situações desastrosas aos mais humildes e necessitados de proteção a seus interesses fundamentais. Oculta-se a realidade através do discurso. Ocorre a fetichização da lei e da forma. Da mesma maneira, em face do liberalismo, o Direito brasileiro ainda se apresenta num viés eminentemente patrimonialista (FOUCAULT,



1999). Valoriza-se direitos patrimoniais em detrimento de direitos humanos fundamentais. A metodologia do Direito também é influenciada pela doutrina liberal-individualista. É semelhante à utilizada nas ciências exatas, como a Física e Matemática, numa herança do paradigma newtoniano. O Direito moderno e liberal se assenta numa abstração que oculta e alimenta perversamente as condições sociais concretas geradas pelo capitalismo. Tem a pretensão de ser um Direito igual, científico, imparcial, supondo a igualdade dos homens, sem, todavia, tomar em conta os condicionamentos sociais concretos em uma sociedade extremamente desigual como a brasileira. Apaga-se ainda qualquer tentativa de se identificar os verdadeiros interesses por trás da legislação e sua aplicação. O operador jurídico brasileiro não se dá conta das contradições sociais e dos interesses por trás da construção do Direito. Pois há um fenômeno de justificação interna a este processo (ALEXY, 2001). Com a pretensão de cientificidade, tecnicidade e imparcialidade do Direito, não se consegue verificar e identificar o fundo ideológico por trás de uma operacionalização maquinal da lei. O paradigma liberal aplicado ao Direito procura ainda demonstrar que a ordem jurídica é instrumentalizada como estatuto de uma sociedade que proclama a vontade individual em detrimento do interesse coletivo. Priorizando formalmente a liberdade, a igualdade e a concorrência entre seus atores sociais. O Direito é aplicado de forma universal, devendo servir da mesma forma a todos, independentemente de sua condição social, econômica, cultural, existencial. Advém, em grande parte desta concepção de mundo, o apego do Direito liberal ao individualismo exacerbado. Os instrumentos processuais da ordem jurídica brasileira também estão vinculados a uma postura ainda predominantemente individualista. Atua-se maciçamente através de ações individuais nos tribunais brasileiros.

A doutrina processual brasileira, face às influências sofridas nos distintos períodos históricos que precederam os códigos processuais de 1939 e de 1973, demorou a aperceber-se da necessidade de aprimoramento dos instrumentos processuais para acompanhar a evolução do direito material, principalmente na defesa transindividual (TORRES, 2011). Não há como negar a existência de uma postura ainda conservadora do Direito brasileiro, que foi e continua sendo fortemente influenciado pelo paradigma liberal-individualista. O que se denomina de paradigma liberal-individualista do Direito, Warat chama de teorias dogmáticas ou formalistas de Direito, sendo formas de pensamento jurídico nascidas a partir da necessidade de produzir-se legitimação teórica para o modelo jurídico napoleônico (WARAT, 1994). Todavia, o paradigma que ainda informa o Direito brasileiro entra em choque com o que propõe o novo paradigma que informa o Estado brasileiro e as políticas públicas de defesa do consumidor. A implementação de instrumentos de defesa coletiva pelos órgãos e instituições de defesa dos consumidores apresenta-se como um grande desafio frente a esta complexa realidade. As Políticas Públicas de Defesa do Consumidor surgem em um outro período histórico. Entende-se que a defesa dos consumidores emerge em ambiente histórico diverso do que formou o Direito brasileiro. Neste novo ambiente, há

também, em face da gradual evolução do conhecimento humano, uma nova forma de pensar e entender a realidade, que foi determinante na estruturação das políticas consumeristas.

#### **4 | A AUSÊNCIA DE RESPOSTA EFICIENTE DO DIREITO BRASILEIRO ÀS DEMANDAS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS**

O conflito entre os paradigmas que informam o Direito brasileiro e as Políticas Públicas consumeristas traz como uma de suas principais consequências o fato de o judiciário brasileiro enfrentar demandas transindividuais com métodos anacrônicos específicos para disputas interindividuais. Há de se reconhecer que o paradigma liberal-individualista, sob o qual foi construído o Direito brasileiro, não encontra mais amparo atualmente, tanto em suas referências teóricas, metodológicas, quanto no aspecto prático. No que tange ao paradigma newtoniano, que foi um dos principais referenciais teórico-metodológicos sobre o qual foi construído o Direito liberal-individualista, verifica-se que no decorrer do século XX passou a ser questionado. A Física Clássica, que originalmente aplicava os métodos de análise de Isaac Newton, passou a sofrer críticas em face dos avanços da Física Quântica. Constata-se ainda que a visão de mundo na Modernidade, iniciada com o Iluminismo, encontrava-se impregnada e seduzida pela influência que as descobertas e avanços da Física Clássica tinham alcançado, em decorrência da utilização do paradigma newtoniano. Considerava-se que Isaac Newton havia atingido, através de seu método de pesquisa, a chave para interpretar a forma como funcionava o universo. Neste entendimento, considerava-se que sendo replicado o paradigma para as demais ciências, estas passariam a ter uma evolução semelhante a alcançada pela Física. Acreditava-se que a trilha para se alcançar o conhecimento estava dada, só bastando segui-la. A partir disto, o paradigma newtoniano passou a influenciar decididamente a forma de pensar e entender a realidade durante toda a Modernidade.

O Direito como um produto cultural, também neste período passou a sofrer enorme influência deste ambiente científico onde se desenvolvia. Ocorreu, a partir do século XIX, uma busca incessante dos juristas por alternativas metodológicas que possibilitassem analisar o Direito garantindo ao mesmo o *status* de ciência, nos moldes propostos pelo paradigma newtoniano (LARENZ, 1997; EHRLICH, 1986). O desenvolvimento da ciência jurídica foi impregnado pelas ideias iluministas, que por sua vez eram fortemente influenciadas pelo paradigma newtoniano. Por seu turno, os grandes diplomas normativos do Direito brasileiro, no século XX, foram também fortemente influenciados por estas concepções. Todavia, a partir do século XX, começam a ocorrer, no âmbito da Física, questionamentos a respeito da aplicação do paradigma newtoniano em face do surgimento de um novo paradigma científico, a Física Quântica. Com o desenvolvimento da Mecânica ou Física Quântica as concepções determinísticas da realidade passaram a ser questionadas. Em face disto, os paradigmas científicos, filosóficos e metodológicos sobre a qual se basearam

as instituições e a ciência moderna sofrem enorme abalo. Os mais diversos ramos do conhecimento foram aos poucos e gradativamente absorvendo o impacto que as alterações decorrentes da crise do paradigma newtoniano haviam provocado as suas respectivas metodologias. Não se trata, contudo, de contestar os formidáveis progressos técnicos que o método das ciências modernas possibilitou realizar. Pois alcançou o sucesso conhecido por todos nas ciências da quantidade. Contudo, a grande divergência decorre da aplicação do paradigma newtoniano sobre todo o campo do saber humano, inclusive as ciências sociais. No que se refere especificamente ao Direito brasileiro, há de se reconhecer que este paradigma trouxe ou reforçou, direta ou indiretamente, características tais como: o liberalismo, o individualismo, o cientificismo, o determinismo, o imobilismo, o formalismo, o tecnicismo, entre outras.

Torna-se questionável se todas as consequências foram favoráveis à ciência jurídica (VILLEY, 2009; BOBBIO, 2006). Não obstante, mesmo com as profundas mudanças metodológicas sofridas pelas demais ciências em face das inovações trazidas pela Mecânica Quântica, teoricamente o Direito brasileiro persiste fixando-se sob o antigo modelo teórico e metodológico liberal-individualista. Esta concepção do Direito engessa a ciência jurídica, escamoteando sob o discurso formalista e sob um status de ciência imparcial e determinista, os imensos conflitos e disparidades sociais ainda existentes em nossa sociedade. Bem como, serve para estabelecer e manter um sistema econômico capitalista desigual em benefício do interesse de grupos políticos e econômicos dominantes. Há de se reconhecer que o Direito brasileiro também no campo prático encontra dificuldades de ajuste, uma vez que não consegue responder instrumentalmente as novas demandas sociais. Pois, com o amadurecimento da sociedade de consumo, o aumento populacional, a urbanização crescente e os novos processos sociais, surgem conflitos coletivos, próprios do contexto da globalização e da complexificação da vida contemporânea, gerando fenômenos que exigem a massificação da oferta da tutela jurídica. O crescimento das demandas transindividuais e a crescente complexidade social reclamam novos instrumentos processuais e novas posturas da ciência e operadores jurídicos. Por seu turno, a Constituição Federal de 1988, adotando o Estado Social e Democrático de Direito, assimilou a importância destas demandas, de perfil coletivista, preocupando-se com a questão processual de defesa de interesses transindividuais. Junto com alguns sistemas infraconstitucionais, criou uma série de novos instrumentos processuais para a garantia dos direitos individuais e transindividuais. Neste novo setor destacam-se as políticas públicas consumeristas, previstas no Código de Defesa do Consumidor, criadas também para a defesa de direitos coletivos, nos moldes do que prevê um Estado Social e Democrático de Direito (FABRÍCIO, 1993). As ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, além de objetivarem a tutela dos direitos fundamentais que demandam prestações sociais coletivas, compõem canais ou vias para a participação do cidadão, mesmo que seja por entes legitimados (ABREU, 2008). Mas, as políticas e os instrumentos de defesa coletiva do consumidor, apesar de extremamente

avançadas, não conseguem ser devidamente implementadas em vista do ambiente jurídico retrógrado e ainda instrumentalmente individualista, prevalente no ordenamento jurídico brasileiro (ZAVASCKI, 2008).

À evidência, o Judiciário e as demais instâncias de administração da justiça, são atingidos diretamente por essa crise. Com efeito, o sistema de administração da justiça (Magistratura, Ministério Público, Advocacia de Estado, Defensoria Pública e Polícia) consegue enfrentar, de forma mais ou menos eficiente, os problemas que se apresentam rotinizados, sob a forma de problemas estandardizados. Quando, porém, surgem questões macrossociais, transindividuais, e que envolvem, por exemplo, a interpretação das ditas “normas programáticas” constitucionais, tais instâncias, mormente o Judiciário, procuram, nas brumas do sentido comum teórico dos juristas, interpretações despistadoras, tornando inócua/ineficaz o texto constitucional. (STRECK, 2001, p. 87).

O Direito Processual Civil brasileiro ainda é profundamente individualista e conservador. Prevalece majoritariamente a tutela judicial voltada para litigantes individuais. A dogmática jurídica, que é instrumentalizada através do Código de Processo Civil, não consegue atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa, que exige instrumentos coletivos de defesa processual. O processo civil tradicional ainda se encontra envolvido num cientificismo arcaico, vinculado a uma visão racionalista e a conceitos inteiramente anacrônicos, com excesso de individualismo, que dificultam, por sua vez, a utilização de instrumentos de defesa coletiva.

Leis processuais restritivas ao direito de defesa, ao contraditório, a garantias ou a tutelas de urgência, a par de poderem sempre passar pelo crivo do controle de constitucionalidade no âmbito concentrado ou difuso, certamente tendem a cercear a atividade do magistrado ou dos tribunais, em prejuízo da cidadania, não refletindo os valores que devem ser preservados pelo direito processual (ABREU, 2008, p. 495).

Tal situação gera um território infenso à interlocução com outros ramos epistemológicos e do próprio Direito. E mais do que isso, impossibilitando a evolução do pensamento político-jurídico (ABREU, 2008). Os conflitos transindividuais são menosprezados, desconhecidos ou ignorados. Tal situação é anacrônica já que em uma sociedade miserável e repleta de conflitos transindividuais, trabalha-se com a perspectiva dominante de um direito cunhado para enfrentar conflitos individuais, que só beneficiam aos grandes interesses econômicos. Cria-se um fosso entre a realidade constitucional e a realidade jurisdicional, além de dissintonia entre o processo civil e a complexidade da vida social. Há de se reconhecer que o Direito brasileiro se assenta ainda sobre o ultrapassado paradigma liberal-individualista, que tem como fonte o Estado liberal e o paradigma newtoniano (GOYARD-FABRE, 1999a). A filosofia do Direito sempre se apoiou na história do pensamento ocidental para sustentar a existência de algumas ideias invariáveis. Através do historicismo, os filósofos do direito construíram um conjunto de ideias e as apresentaram como padrões normalizadores da

conduta social. Essas ideias justificaram, ao longo dos tempos, o funcionamento ilusório do Direito na sociedade, impondo interesses dominantes sob a aparência de uma natureza universal da forma do Direito.

Contudo, verifica-se a existência de um novo modo de produção jurídico, o Estado Social e Democrático de Direito, que prevê a defesa de interesses coletivos como uma de suas prioridades essenciais. Cientificamente, o método proposto pelo paradigma newtoniano encontra-se ultrapassado. Constata-se que a metodologia, a filosofia e os instrumentos práticos sobre os quais foi concebido o Direito brasileiro estão obsoletos. A crise do paradigma ou do modelo liberal-individualista retrata a incapacidade histórica da dogmática jurídica em lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade díspar como a nossa (STRECK, 2001). Esta crise do Direito brasileiro poderá levar a uma falta de legitimação do judiciário. Dentre as inúmeras consequências advindas do choque entre o paradigma liberal-individualista do Direito com o paradigma social-democrático-coletivo que informa as políticas de defesa do consumidor pode-se destacar o fato que de forma predominante enfrenta-se demandas transindividuais com métodos anacrônicos específicos para disputas interindividuais. Tal situação, por sua vez, gera dificuldades na gestão, implementação e execução de instrumentos de defesa coletiva de consumidores.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foram apresentadas algumas das consequências advindas das incompatibilidades existentes entre o sistema coletivo de proteção ao consumidor e o ordenamento jurídico brasileiro. Verificou-se que boa parte das dificuldades enfrentadas na implementação de instrumentos de defesa coletiva de consumidores decorrem de divergências existentes entre os diferentes paradigmas que informam as políticas de defesa do consumidor, de caráter coletivo, e o Direito brasileiro, predominantemente individualista. Escolheu-se analisar a divergência paradigmática a partir do estudo da influência que a crise da Modernidade, ou mais especificamente, a crise do paradigma newtoniano trouxe ao Direito e às Políticas Públicas de Defesa do Consumidor. Verificou-se também a interdependência existente entre o ordenamento jurídico e as Políticas Públicas. Políticas Públicas e o Direito são dois sistemas interdependentes entre si e que possuem a mesma fonte, o Estado. Para uma política pública, bem como para o Direito, terem a devida efetividade deveriam seguir e respeitar os fundamentos teóricos e ideológicos sob o qual foi estruturado o Estado ao qual se vinculam. Porém o Direito foi construído durante a Modernidade, e continua sendo influenciado pelo paradigma liberal-individualista. Por fim, vislumbrou-se uma realidade paradigmática altamente complexa e anacrônica no Brasil, durante a crise da Modernidade. O ordenamento jurídico brasileiro, que é um importante instrumento ideológico de manutenção de poder e do *status quo*, permanece anacronicamente sendo influenciado pelo paradigma liberal-individualista. Por sua vez, as políticas consumeristas

e a Constituição Federal estão alinhadas com o Estado Social e Democrático de Direito, adotando o paradigma social-democrático-coletivo, absorvendo as mudanças paradigmáticas que ocorrem na filosofia, na ciência e na sociedade neste período. Este novo paradigma do Estado brasileiro deveria ter produzido uma verdadeira revolução no Direito brasileiro. Porém, o ordenamento jurídico não acompanhou as inovações propostas, porquanto continua atrelado, como vimos, ao paradigma liberal-individualista.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um *locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva***. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina: Florianópolis. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FABRÍCIO, A. F. "As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz". **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº. 07, p. 30-36, jul./set 1993.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "O controle de políticas públicas pelo poder judiciário". **Revista de Processo**, n. 164, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. “Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania”. In: SMANIO, G. e BERTOLIN, P. **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Artur. “Do Individualismo ao coletivismo no processo civil brasileiro”. **Revista Eletrônica Processos Coletivos**, PUC, Porto Alegre, v. 2, p. 3, 2011. Disponível em: < <http://www.reajdd.com.br/html/ed3-3.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia**. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

## A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO FRENTE AO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

*Data de aceite: 01/03/2021*

*Data de submissão: 20/12/2020*

### **Fábio Oliveira Costa**

Universidade Estadual do Tocantins - Unitins  
Dianópolis - TO  
<http://lattes.cnpq.br/5891454727482769>

### **Leda Santana de Oliveira Noieto**

Universidade Estadual do Tocantins – Unitins  
Palmas -TO  
<http://lattes.cnpq.br/1731234346141510>

### **Zilmária Aires dos Santos**

Universidade Estadual do Tocantins – Unitins  
Dianópolis - TO  
<http://lattes.cnpq.br/8735061440018043>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar a hipervulnerabilidade do consumidor idoso frente ao empréstimo consignado à luz do princípio da igualdade. Para alcançar os objetivos propostos foi utilizado o método indutivo, e utilizada a interpretação da legislação específica (Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor), estudo doutrinário (constitucional, civil e consumerista, além de levantamento e análise qualitativa de dados. Os resultados mostram que os fornecedores de crédito utilizam-se da publicidade intensiva dos meios de comunicação, para induzir o idoso a consumir descontroladamente o empréstimo consignado, o que representa uma violação à sua dignidade como pessoa humana. Os dados referente às reclamações registradas

por consumidores idosos evidenciam a conexão entre a hipervulnerabilidade desses consumidores e os abusos frente ao empréstimo consignado. Conclui-se que é necessário realizar a atualização das normas de proteção ao consumidor, considerando a condição de hipervulnerabilidade do consumidor idoso frente ao mercado de empréstimo consignado, para garantir, de fato igualdade material a esses sujeitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consumidor idoso. Empréstimo consignado. Hipervulnerabilidade. Igualdade.

### THE HYPERVULNERABILITY OF THE ELDERLY CONSUMER IN THE FACE OF CONSIGNED LOAN IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the hypervulnerability of the elderly consumer in the face of consigned loan in the light of the principle of equality. To achieve the proposed objectives, the inductive method was used, and the interpretation of specific legislation (Statute of the Elderly, Consumer Defense Code), doctrinaire study (constitutional, civil and consumerist, in addition to survey and qualitative analysis of data. The results show that credit providers use intensive media advertising to induce the elderly to consume the consigned loan uncontrolled, which represents a violation of their dignity as human beings. The data regarding the complaints registered by elderly consumers show the connection between the hypervulnerability of these consumers and the abuses in the face of consigned loans. It is concluded that it is



necessary to carry out the updating of consumer protection rules, considering the condition of hypervulnerability of elderly consumers in front of the consigned loan market, to guarantee, in fact, material equality to these subjects.

**KEYWORDS:** Elderly consumer. Consigned loan. Hirpervulnerability. Equality.

## 1 | INTRODUÇÃO

O consumo é considerado, hodiernamente, comportamento para a satisfação de desejos sem obrigatoriamente serem voltados às necessidades. O consumismo desenfreado leva a uma conduta na qual consumir deixa de ser um meio e passa a ser uma finalidade, desvirtuando-se diametralmente da inicial noção de consumo da modernidade no Estado Liberal, em que a igualdade formal como paradigma escondia a flagrante desigualdade material entre burguesia e proletariado e forçava este último a somente adquirir produtos de primeira necessidade, dada a extrema pobreza em que viviam.

O advento do Estado do bem estar social consecutivo na necessidade de efetivação de igualdade substancial entre os indivíduos em contraponto ao paradigma jurídico da igualdade formal; e por isso reconhecendo a heterogeneidade de grupos sociais alocados em posições jurídicas inferiores e seus respectivos fundamentos para o reconhecimento do indivíduo em condições de exposição e risco jurídico, especialmente com o advento da categoria do consumidor.

Entretanto, o *welfare state* trouxe um efeito colateral: a relativização do consumo. Antes, o consumidor escolhia a forma e o meio pelos quais o produto era confeccionado e oferecido, sendo, portanto personalizado na medida em que fabricado exclusivamente em função de seu gosto e instruções, dado que adquiria em regra somente o que lhe fosse necessário à sobrevivência.

Contudo, a Revolução Industrial e a massificação da produção obrigaram o consumidor a se adequar às inúmeras formas e aos modelos ofertados, passando a adquirir não mais apenas em razão da necessidade, mas também por mero deleite ou lazer, dada a excessiva doutrinação por meio das propagandas e marketing intensivos.

Denota-se então uma vulnerabilização do consumidor, na medida em que ele é submetido a uma incessante enxurrada de propagandas e estratégias de marketing que o induzem a acreditar na perfeição e na necessidade de produtos e serviços oferecidos, em contraste com a realidade contextual e fática.

O presente artigo tem como objetivo analisar a hipervulnerabilidade do consumidor idoso frente ao empréstimo consignado à luz do princípio da igualdade, cujo foco principal é a hipervulnerabilidade e o endividamento desenfreado, sem um controle por parte das instituições financeiras quanto a analisar a condições do idoso no instante da contratação de crédito consignado.

No procedimento metodológico foi aplicado o método indutivo, pois parte da

investigação de fenômenos sociais particulares com a finalidade de delinear conclusões a partir da generalização da observação (Mezzaroba, 2009). Foi realizado estudo e interpretação da legislação específica (Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor), estudo doutrinário (constitucional, civil e consumerista). Além de estudo e análise qualitativa de dados.

Para embasar a pesquisa científica, foram consultados, além do material impresso, sítios eletrônicos diversos e especializados de órgãos voltados para a proteção e defesa do consumidor, como também periódicos digitais notoriamente conhecidos. Ao final, pode-se concluir que o trabalho é mais um adicional para os interessados no tema e para os aplicadores do Direito.

## **2 | A DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

As relações de consumo sempre estiveram presentes na vida em sociedade e foram evoluindo com o passar do tempo. A Revolução Industrial é apontada como o principal acontecimento histórico que modificou a forma de produção e circulação de riquezas, alterando a comercialização de produtos e serviços, transformando-os em meios massificados. Como consequência, a relação entre fornecedores e consumidores também sofreram mudanças significativas que culminaram no reconhecimento da necessidade de assegurar a defesa e proteção do consumidor enquanto sujeito da relação de consumo.

Numa análise da história recente do Brasil, na década de 1970 o processo inflacionário resultou no aumento do custo de vida e desencadeou várias mobilizações sociais. Desta forma nasceram vários órgãos com a finalidade de defender o consumidor. Na década seguinte, marcada pela recessão econômica e pelo processo de redemocratização do país, houve a maximização dos movimentos consumeristas que pretendiam incluir o conteúdo da defesa do consumidor na Assembleia Nacional Constituinte (Bessa; Moura, 2014).

Em decorrência das lutas empreendidas por organizações do movimento consumerista e de vários setores da sociedade, foi criado, por meio do Decreto nº 91.469 de 24 de julho de 1985, o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, que tinha por objetivo assessorar o Presidente da República na elaboração e desenvolvimento de políticas nacionais voltadas à defesa e proteção do consumidor.

O Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDCC) participou efetivamente na criação de propostas para a Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Como consequência dos movimentos consumeristas, houve a inserção da defesa do consumidor na Constituição Federal de 1988.

A defesa do consumidor estabelecida na Constituição brasileira representa um marco normativo que recebeu especial relevância e atenção do legislador constituinte, sendo integrada ao Magno Texto Federal entre o rol de direitos e garantias fundamentais. Dentre as consequências dessa previsão, está a impossibilidade de supressão pelo poder

constituente derivado e o posicionamento superior em relação a outros preceitos (Miragem, 2016).

Interessante destacar que a Constituição Federal de 1988 também trouxe a previsão expressa da defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica, conforme disposto no artigo 170, inciso V:

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

**V - a defesa do consumidor** (BRASIL, 2017, 10) [grifos nossos]

Significa dizer que será plenamente livre a exploração de qualquer atividade econômica no país, desde que seja realizada de acordo com as normas específicas e com observância aos princípios elencados no artigo supramencionado, dentre eles, o princípio de defesa do consumidor.

Como princípio da ordem econômica é direito fundamental de todo cidadão, a defesa do consumidor incorpora-se ao valor constitucional essencial da dignidade da pessoa humana, conforme pontua Dobarro e Araújo:

A partir deste ponto, foca-se numa dimensão da dignidade da pessoa humana consistente na procura de garantia de igualdade material nas relações jurídico-sociais, de maneira especial as de consumo, para ao final apurar na prática o respeito à dignidade da pessoa humana nestas, tomado o viés da vulnerabilidade (DOBARRO; ARAUJO, 2016, p. 39).

Desta forma, observa-se que partir da ordem constitucional estabelecida na Constituição Federal de 1988, houve o reconhecimento normativo da necessidade de se garantir igualdade material aos consumidores, em relação aos fornecedores. Esse reconhecimento, na lição de Souza e Coelho traduz-se na concretização real do princípio da igualdade entre fornecedor e consumidor, ao afirmar que:

Constitui uma concretização real do princípio da igualdade, com vistas a alçar o consumidor ao mesmo nível do fornecedor, a equilibrar as relações de consumo, possibilitando à parte mais fraca os mecanismos necessários para essa igualdade (SOUZA; COELHO, 2020, p. 315).

Nota-se desta forma que a proteção do consumidor possui alicerce no princípio fundamental da igualdade, consagrado na Constituição Federal, que quando considerado no seu aspecto material, tem o objetivo de garantir que determinados sujeitos, em razão de determinadas condições fáticas, sejam, imprescindivelmente, tratados de maneira desigual, para que possuam condições iguais a outros sujeitos.

Nesse sentido Pinheiro e Detroz (2012, p. 144) sustentam que a intenção do legislador constituinte ao inserir a norma de defesa do consumidor dentre os direitos fundamentais:

É fazê-la um instrumento jurídico para amenizar e atuar as desigualdades, promovendo a igualdade. O direito fundamental de defesa do consumidor pode ser anunciado como um modo de mitigar a desigualdade existente entre as partes da relação de consumo (PINHEIRO; DETROZ, 2012, p. 144).

Assim, a inclusão da tutela de proteção e defesa do consumidor no texto constitucional consagra a necessidade de garantir aos consumidores a igualdade na relação de consumo, considerando que a mudança na realidade social, industrializada e massificada em suas relações exige do Estado, normas com tutelas específicas para defender o consumidor (Pinheiro; Detroz, 2012).

Sob esse contexto, a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), é a norma “infraconstitucional especial às necessidades e particularidades do consumidor, sendo a maior delas a sua condição de vulnerabilidade face aos fornecedores, posto que se trata de uma relação entre desiguais” (SOUZA; COELHO, 2020, p. 314).

Dessa maneira, o Código de Defesa do Consumidor, seguindo o fundamento da dignidade humana, reconhece o consumidor como a parte frágil da relação. A proteção desses sujeitos, nessa dimensão, possui fundamento “na busca de garantia de igualdade material nas relações jurídico-sociais, notadamente as de consumo, para ao final apurar na prática o respeito à dignidade da pessoa humana nestas, tomado o viés da vulnerabilidade” (VILLAVERDE; DOBARRO, 2016, p. 1376).

O CDC parte do pressuposto de que o consumidor encontra-se em situação de desigualdade na relação de consumo, traduzindo-o como sujeito vulnerável da relação. Quanto à vulnerabilidade, Bessa e Moura (2014, p. 77), asseveram que:

A vulnerabilidade é o ponto fundamental do CDC e, na prática, traduz-se na insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter imune a práticas lesivas sem a intervenção auxiliadora de órgãos ou instrumentos para sua proteção. Por se tratar de conceito tão relevante, a vulnerabilidade permeia, direta ou indiretamente, todos os aspectos da proteção do consumidor (BESSA; MOURA, 2014, p. 77).

O CDC estabelece no artigo 4º, I sobre a Política Nacional de Relações de Consumo e o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Para Garcia (2017, p. 57) a vulnerabilidade presente nos consumidores é que fundamenta a existência do próprio CDC.

A vulnerabilidade presume-se a todos os consumidores enquanto sujeitos da relação de consumo. Miragem (2016, p. 128) com propriedade, define que “a noção de vulnerabilidade do direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes”.

Nesse sentido, Moraes (2009) ensina que sob o enfoque jurídico, vulnerabilidade é o princípio em que o sistema jurídico brasileiro reconhece a condição de sujeitos mais frágeis

na relação de consumo, podendo ser atingidos em sua incolumidade física ou psíquica, bem como nos aspectos econômicos, por parte dos sujeitos.

Resumidamente, em conceitos clássicos, é possível dividir a vulnerabilidade em três âmbitos: a técnica, a jurídica e fática. A primeira é aquela em que o consumidor não possui conhecimento específico sobre o produto ou serviço. A vulnerabilidade jurídica, como ensina Bessa e Moura (2014, p. 80), “é aquela em que o consumidor não entende quais as consequências de firmar um contrato o estabelecer uma relação de consumo”.

Por fim, a vulnerabilidade fática é reconhecida de acordo com o caso concreto, é nesse âmbito que se estabelecem casos em o consumidor possui a vulnerabilidade agravada. Nesse contexto encontra-se o consumidor idoso, tido como mais vulnerável que outros consumidores, em razão de determinadas condições inerentes do processo natural do envelhecimento humano.

### **31 A HIPERVULNERABILIDADE DO IDOSO FRENTE AO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO**

Beninca, Hermínio, Camilo (2019, p. 164) ensinam, com propriedade, que “a partir da Constituição Federal de 1988 o Brasil avançou significativamente na criação de mecanismos de proteção das minorias para a promoção dos direitos do indivíduo”, isso só foi possível a partir do reconhecimento de que determinados grupos da sociedade merecem atenção especial e tratamento diferenciado para que fosse assegurada a igualdade material e respeitada a dignidade humana de cada indivíduo.

É desta forma que se sustenta o reconhecimento da vulnerabilidade presumida do consumidor e justifica-se a necessidade da intervenção do Estado, por meio da adoção de ferramentas especiais de defesa desses sujeitos. Miragem (2016, p. 127) destaca a importância do princípio da vulnerabilidade como “princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor”.

Dentre os três âmbitos de vulnerabilidade, a fática possui maior abrangência, sendo reconhecida de acordo com o caso concreto. Significa dizer que, além do conceito genérico, algumas condições potencializam a vulnerabilidade comum a todos os consumidores de acordo com a realidade fática, sendo que desta forma “estabelecem casos de dupla vulnerabilidade” (BESSA; MOURA, 2014, p. 81).

Nesta perspectiva, é de se observar que embora se reconheça que o princípio da vulnerabilidade se presume a todos os sujeitos que se encontram na condição de consumidor, não se pode olvidar que determinados grupos, em razão de algumas condições, possuem a vulnerabilidade potencializada, agravada, o que se reconhece como hipervulnerabilidade.

Nessa linha de proteção, o próprio CDC presume uma maior fraqueza do consumidor idoso, ao estabelecer no artigo 39, caput, inciso IV, entre as práticas abusivas vedadas aos fornecedores de produtos ou serviços, “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para

impingir-lhes seus produtos e serviços”.

Rosa, Bernardes, Félix (2017, p. 547) sustentam que o conceito de vulnerabilidade pode ter seu alcance expandido dentro da própria categoria de consumidor em virtude de “se revelar insuficiente para a defesa adequada de algumas parcelas de consumidor”. É o caso, por exemplo, da categoria jurídica dos idosos, as quais possuem características que lhes tornam sujeitos hipervulneráveis, merecendo, portanto, uma tutela diferenciada daquela dedicada aos consumidores em geral.

A hipervulnerabilidade, conforme ensina Coelho e Souza (2020, p. 139) é “uma situação de agravamento da vulnerabilidade comum aos consumidores em geral, em razão de condições pessoais e únicas destes sujeitos”. Foi no Superior Tribunal de Justiça que o termo “hipervulnerabilidade” foi consolidado de forma expressa pela primeira vez no Poder Judiciário brasileiro, no julgamento do Recurso Especial 586.316-MG, onde ficou reconhecida a necessidade do Estado de proteger não só os vulneráveis:

Mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a “pasteurização” das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna (REsp.. nº 586.316 - MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19/03/2009).

Não se pode olvidar que a proteção especial ao idoso já era assegurada no texto constitucional de 1988, sendo reconhecida a necessidade de se proteger especialmente esses sujeitos. Nesse sentido a Constituição Federal estabelece no artigo 230 que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. Nota-se, por expressa previsão constitucional, a preocupação em garantir dignidade à pessoa idosa.

No mesmo sentido, o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, norma infraconstitucional especial destinada a tutelar direitos específicos do idoso. De acordo com a lei supramencionada, idoso é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Insere-se na categoria de hipervulnerável o consumidor idoso, que possui a vulnerabilidade agravada em decorrência de aspectos resultantes do processo natural do envelhecimento. “Denota-se, portanto, que o estado de vulnerabilidade agravada [...] dos consumidores idosos, decorrem de características, físicas e biológicas, inerentes a essas pessoas” (SOUZA; COELHO, 2020, p. 319).

Sobre a caracterização da vulnerabilidade do idoso, Miragem (2016, p. 134) descreve que:

A vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial

dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores (MIRAGEM, 2016, p. 134).

Frente ao atual mercado de relações capitalistas e massificadas, o idoso torna-se cada dia mais vítima de abusos de direitos, notadamente na contratação de empréstimo consignado. Esses contratos, firmados entre instituições financeiras e consumidores, são denominados como contratos de adesão, sendo que as cláusulas e condições já são pré-estabelecidas, cabendo ao consumidor somente concordar com cláusulas, as quais muitas vezes são onerosas e abusivas.

Alves *et. al.* (2020, p. 10) define o contrato de crédito consignado como:

Aquele pelo qual as instituições bancárias emprestam determinada quantia em dinheiro, para serem pagas através de parcelas mensais com a incidência de juros, já estabelecidos pelas financeiras, descontados diretamente do seu salário ou benefício (ALVES; *et. al.*, 2020, p. 10).

Esse tipo de contrato é regulamentado pela Lei nº 10.820/2003. Alves *et. al.* (2020) destaca que a facilidade na concessão do empréstimo é o fator que mais atrai os idosos, já que os descontos ocorrem diretamente no valor do benefício. Por outro lado, como afirma Pinheiro e Detroz (2012) é notório que as instituições bancárias descobriram nos idosos uma fonte de ganhos, em virtude dos rendimentos de aposentadoria, o que resta evidente em propagandas televisivas, de rádio e internet.

O idoso é visto como uma fonte de lucro pelas instituições financeiras, pois na modalidade de crédito consignado a renda futura transforma-se na garantia do contrato (Holanda, 2019). Assim, a contratação de empréstimos financeiros pode se tornar lesivas ao consumidor idoso a partir do momento em que as contrações não levam em conta a vulnerabilidade agravada do consumidor idoso.

Essa condição reforça a necessidade da observância dos princípios contratuais, notadamente a função social dos contratos e a boa-fé objetiva e seus deveres anexos, consubstanciados no dever de informação, lealdade, respeito, confiança e colaboração entre o idoso e os fornecedores de crédito.

O próprio contrato de empréstimo consignado evidencia e demonstra a vulnerabilidade do idoso em razão de sua reduzida capacidade de discernimento e a preponderância de redação técnica e cláusulas que muitas vezes são incompreensíveis (Pinheiro; Detroz, 2012).

Segundo dados divulgados em julho de 2019 pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), de 2017 até os primeiros meses do ano de 2019, foram registradas cerca de 150 mil reclamações sobre possíveis procedimentos abusivos de instituições financeiras que realizam os empréstimos.

Conforme relatório da plataforma “Consumidor.gov.br” da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), o “assunto crédito consignado” foi o tema mais reclamado na faixa

etária a partir de 61 anos. Segundo informações do próprio site: “é um serviço público e gratuito que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução alternativa de conflitos de consumo pela internet” e recebe reclamações de todo o país (Brasil, 2019).

Percebe-se que diversas reclamações relacionadas a possíveis abusos na contratação de empréstimo consignado, por consumidores idosos, têm sido registradas. Esses dados refletem a condição de vulnerabilidade agravada dos idosos e demonstram a conexão entre as violações de direitos cometidos frente a contratação de empréstimo consignado e a hipervulnerabilidade do consumidor idoso.

## 4 | CONCLUSÃO

O idoso é considerado, nas relações de consumo, como sujeito hipervulnerável, sendo necessárias medidas de proteção para garantir a inviolabilidade de seus direitos. Diante dessa necessidade, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso agem em conjunto para que o idoso não seja lesado ao contratar serviços ou adquirir produtos.

Percebe-se que, com o passar dos anos, a população idosa está com maior acesso à saúde, lazer e estão mais ativos economicamente. Uma grande parcela dessa população é beneficiária da Previdência e o estio de sua família. Muitas das vezes, por deterem benefícios previdenciários, são assediados por instituições financeiras, que enxergam nos consumidores idosos uma fonte de renda.

Neste cenário, é crescente a exposição do idoso às práticas abusivas dos fornecedores, sobretudo das instituições financeiras, consideradas um dos vilões que assombram os vencimentos desse consumidor. Nota-se que, para barrar esse abuso constante sofrido pelo idoso, há um amparo de caráter constitucional e a abertura de novos paradigmas a fim de repensar a proteção do consumidor, através da educação para o consumo e outras medidas de prevenção e tratamento da saúde financeira desses sujeitos.

É perceptível que as práticas das instituições financeiras representam uma agressão ao direito constitucional à dignidade da pessoa humana dos consumidores idosos, pois exploram a hipervulnerabilidade desses sujeitos com a finalidade de obtenção de vantagens decorrentes das condições desses indivíduos.

Consabido, as legislações vigentes, em especial o Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso, são nortes para assegurar a dignidade humana do consumidor idoso, garantindo seus direitos, com base no princípio da boa-fé objetiva e seus desdobramentos.

Contudo, as grandes proporções que a concessão de crédito ao idoso alcançou o Brasil, demonstram a fundamental necessidade de atualização do Código de Defesa do Consumidor, para garantir a igualdade material do consumidor idoso frente ao mercado de empréstimo consigo, tendo em vista sua condição hipervulnerável.



Nessa senda, o ordenamento jurídico brasileiro precisa acompanhar a evolução das necessidades do consumidor. A aprovação do Projeto de Lei 3515/2015, que tramita na Câmara dos Deputados atualmente, certamente trará progresso na esfera de proteção do consumidor idoso, no sentido de regulamentar a concessão de crédito, prevenir e enfrentar o superendividamento, além de conferir maior segurança na contratação dessa modalidade.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Cleiciane Oliveira et al. **O contrato de concessão de crédito consignado e o superendividamento do consumidor idoso**. 2020. Disponível em: <http://ri.ucs.br:8080/jspui/handle/prefix/1960>. Acesso em: 28 nov. 2020.
- BENINCA, Lizandrea Aparecida; HERMÍNIO, Sheila Maria; DE HOLANDA CAMILO, Christiane. Os Direitos Humanos Como Elementos de Cidadania e de Enfrentamento da Vulnerabilidade Social. **Humanidades & Inovação**, v. 6, n. 7, p. 162-171, 2019. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/1355>. Acesso em: 03 dez. 2020.
- BESSA, L. R.; MOURA, W. J. F. de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.
- BRASIL. **Boletim Consumidor.gov.br - 2019**. Disponível em: <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/2020/Boletim-Consumidor.gov.br2019.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 51. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.
- BRASIL. [Código de proteção e defesa do consumidor (1990)]. **Legislação brasileira de proteção e defesa do consumidor**. 8. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.
- BRASIL. IBGE. **Idosos indicam caminhos para uma melhor idade**. 2019. Disponível em: <https://censo2020.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicamcaminhos-para-uma-melhor-idade.html>. Acesso em: 05 dez. 2020.
- BRASIL. **Senacon e INSS assinam acordo para ampliar a fiscalização da prática abusiva na concessão de empréstimo consignado a idosos**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1563994715.9>. Acesso em 03 dez. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 586.316**. Recorrente: Ministério Público Do Estado De Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - Abia. Relator: Ministro Herman Benjamin. 17 de abril de 2007. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num\\_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=683195&num_registro=200301612085&data=20090319&formato=PDF). Acesso em: 29 nov. 2020.
- COELHO, M. C. V.; SOUZA, C. E. S. e. A relação entre a sociedade do hiperconsumo e a hipervulnerabilidade do consumidor idoso: uma análise a partir do caso das “almofadas milagrosas”. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba, v. 01, n. 58, p. 305-324, Jan-Mar. Curitiba: 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3834>. Acesso em: 05 dez. 2020.

DETOZ, D. PINHEIRO, R. F. A hipervulnerabilidade e dos direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. Volume II, nº 4. Curitiba: Editora Bonijuris Ltda e J.M. Editora e Livraria Ltda, 2012.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo; DE ARAUJO, Andre Villaverde. Relações de Consumo: Reflexões Sobre a Efetiva Proteção da Dignidade da Pessoa Humana Quanto aos Consumidores Vulneráveis. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, v. 2, n. 1, p. 36-56, 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/677>. Acesso em: 30 nov. 2020.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo; VILLAVERDE, André. A Vulnerabilidade agravada do consumidor idoso à luz do Princípio da Dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano, v. 2, p. 1371-1391, 2016.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODVM, 2016.

HOLANDA, F. C. C. de. O consumidor idoso e a questão do superendividamento frente ao crédito consignado. **Revista da AGU**. Brasília-DF, v. 18, n. 04, p. 141-162, out/dez 2019.

MEZZAROBA, O. MONTEIRO C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais: interpretações sistemática do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18, n. 116, p. 533-558, 2017. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1281>. Acesso em: 05 dez. 2020.

## A IMPORTÂNCIA DA DECISÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ NOS CONTRATOS CONSUMERISTAS BANCÁRIOS: UMA CRÍTICA À SÚMULA 381 DO STJ

*Data de aceite: 01/03/2021*

### **Maria Lúcia Falcão Nascimento**

Juíza de Direito titular do 14 Juizado Especial da Comarca de Fortaleza-Ce  
Professora da graduação em Direito do Centro Universitário da Grande Fortaleza  
<http://lattes.cnpq.br/3594626248300099>

**RESUMO:** O estudo visa uma análise entre a doutrina e a jurisprudência quanto a atuação de ofício pelo juiz no julgamento de processos entre consumidores hipervulneráveis e fornecedores bancários, tendo como objeto da ação, cláusulas abusivas dos contratos. A Lei 8078/90, trouxe inovações e muitas polêmicas quanto a sua aplicação aos contratos bancários, eis que trazia princípios diversos do costumeiramente utilizado no mundo jurídico; ela quebrava paradigmas pois iguala os desiguais; dando suporte ao consumidor, considerado a parte mais frágil da relação. Considerada norma de ordem pública e de interesse social, logo no seu primeiro dispositivo, o que delega ao julgador o dever de agir de ofício em favor do bom direito. Nesse sentido, toda ela considerada de ordem pública deve ser aplicada quando necessária em favor do bom direito, que invariavelmente é do vulnerável. A doutrina pacífica quanto a atuação de ofício do juiz; porém a jurisprudência, que vinha seguindo esse mesmo pensar, mudou de ideia quando o STJ no REsp 541.153/RS, 2ª seção entendeu pela impossibilidade da decretação de ofício da nulidade das contratuais abusivas pelos tribunais e, ao exame do REsp

1061530/RS, editou a Súmula n.º 381. O trabalho será subdividido em quatro partes. A primeira informa ao leitor sobre a importância da proteção consumerista e como tem sido realizada pelo Estado. A segunda, informa sobre o crédito no Brasil e a terceira apresenta as decisões mais importantes realizadas no STJ as quais resultaram nos entendimentos jurisprudenciais atuais, mormente no que se refere à Súmula 381. A quarta é dedicada a fazer uma análise dos pontos controvertidos examinando a evolução dessa matéria e laborar, pelo método dedutivo, um comparativo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, oferecendo uma conclusão sobre os impactos causados à sociedade e com sugestões para a comunidade acadêmica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cláusula bancária abusiva; Súmula 381 do STJ; Decisão de Ofício.

### **THE IMPORTANCE OF THE DECISION EX OFFICIO BY THE JUDGE IN BANKING: A CRITIQUE OF CONSUMERIST DOCKET 381 OF THE STJ**

**ABSTRACT:** The study aims at an analysis between the doctrine and the jurisprudence regarding the performance of the judge's role in the judgment of cases between hyper vulnerable consumers and bank suppliers, having as object of the action, unfair contract clauses. Law 8078/90, brought innovations and many controversies regarding its application to bank contracts since it brought principles different from those usually used in the legal world; it broke paradigms because it equals unequal ones; giving support to the consumer, considered the

most fragile part of the relationship. Considered a norm of public order and social interest, right in its first provision, which delegates to the judge the duty to act ex officio in favor of good law. In this sense, everything considered to be public order must be applied when necessary in favor of good law, which invariably belongs to the vulnerable. Peaceful doctrine as to the judge's office performance; however, the jurisprudence, which had been following this same thinking, changed its mind when the STJ in REsp 541.153 / RS, 2nd section understood the impossibility of the decree of the nullity of the abusive contractual by the courts and, upon examination of the REsp 1061530 / RS, edited Summary No. 381. The work will be divided into four parts. The first informs the reader about the importance of consumer protection and how it has been carried out by the State. The second, inform about credit in Brazil and the third presents the most important decisions made in the STJ which resulted in the current jurisprudential understandings, especially concerning Precedent 381. The fourth is dedicated to making an analysis of the controversial points examining the evolution of this matter and work, through the deductive method, a doctrinal and jurisprudential comparison on the theme, offering a conclusion on the impacts caused to society and with suggestions for the academic community.

**KEYWORDS:** Abusive banking clause; Precedent 381 of the STJ; Official Decision.

## 1 | INTRODUÇÃO

Imagine alguém chegando para você, operador do Direito, pedindo ajuda porque fez um empréstimo bancário, consignado ou não em folha de pagamento, e na data de receber seus vencimentos o que lhe restou foi insuficiente para sobrevivência própria e de sua família. Imagine ainda, se essa pessoa é idosa, é analfabeta, ou de pouca instrução, além de extremamente pobre. Imagine ainda, que essa pessoa está passando fome por causa de uma cláusula abusiva no contrato de empréstimo que fez junto ao agente financeiro, sem entender nada do contrato de adesão nem condições informacionais suficientes para questioná-lo. É para coibir eventuais abusos do poder econômico que existe o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC.

O Juiz, quando provocado, pode e deve interromper o sofrimento e aliviar a angústia do consumidor desesperado que busca o socorro judicial; ainda que a parte autora de eventual ação não saiba como pedir.

É o fato reclamado que será analisado à luz do direito posto e não o contrário. Assim, o réu se defende dos fatos e não da argumentação jurídica. É para isso que serve o Estado-Juiz; distribuir a justiça com equidade.

Contudo, o juiz encontra dificuldade de analisar, de ofício, quando a matéria objeto da lide cuida-se de contrato bancário e o reclamante, por alguma razão, não se atentou ao correto pedido de análise de cláusula abusiva, e o faz em respeito à Súmula 381 do STJ que tirou do julgador o direito de analisar matéria de ordem pública e de interesse social, quando se tratar unicamente de contrato bancário.

O presente estudo tem por objetivo geral analisar as diferenças entre duas fontes do

direito, a doutrina e a jurisprudência quanto a atuação de ofício pelo juiz quanto a cláusulas abusivas em contratos bancários e, como objetivo específico, examinar os impactos econômicos gerados na sociedade.

## 2 I DA PROTEÇÃO CONSUMERISTA

### 2.1 A importância do Código de defesa do consumidor.

O direito do consumidor é um direito pleno e, apontar abusividade nas cláusulas pactuadas; requerer sua revisão ou até mesmo nulidade, conforme seja o caso, bem como a restituição de qualquer valor pago a maior é mais do que justo, eis que o consumidor é a parte vulnerável da relação havida entre consumidor e fornecedor de serviços bancários.

A plenitude desse direito encontra amparo na Constituição Federal (art. 5º, XXXII) e no Código de Defesa do Consumidor Lei 8.078/1990, o qual estabelece a defesa e a proteção do consumidor nas relações de consumo. Portanto, o Estado, através do Poder Judiciário deve garantir os direitos do consumidor, amparando-o e protegendo-o frente às instituições financeiras, de forma que os contratos sejam revisados e, até mesmo, que valores eventualmente cobrados de forma indevida sejam restituídos.

Á luz do Código de defesa do consumidor no art. 6º, III, todas as prestações de serviços e despesas cobradas ao consumidor devem ser claras e específicas; assim como também estabelecem os art. 39, V (exigir do consumidor vantagem excessiva), e 51 caput e § 1º, III do CDC (que se mostre excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso).

É importante frisar, que o contrato bancário é previsto como de relação de consumo no próprio CDC, no seu art.3º § 2º, “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, *inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhistas”; art. 52, “No fornecimento de produtos ou serviços que envolva *outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor*, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre”: (omissis) e como tal, é reconhecido pela Súmula 297/STJ.

Entende-se que a Súmula 381, nega vigência aos artigos 6.º,V e 51, inciso IV do CDC; pois, se a Lei 8078/90 regula as relações de natureza bancária, sendo o Banco considerado um fornecedor, eventual abusividade, deve ser sanada de ofício pelo Juiz, independentemente do grau em que se encontre o feito judicial, observadas as normas estatuídas pelo Conselho Monetário Nacional, Resoluções do Banco Central do Brasil e demais fontes aplicáveis, no que se refere às taxas e demais encargos contratuais, fazendo o necessário diálogo entre as fontes.

## 2.2 Concretização da tutela do Estado

Por meio dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criados logo em seguida à edição do Código de Defesa do consumidor através da Lei 9099/95, com competência para processar e julgar causas de menor complexidade e de pequeno valor econômico, abriu-se a possibilidade de dar concretude à defesa do consumidor, através das reclamações verbais feitas pelos próprios consumidores, reduzida a termo perante o Poder Judiciário.

Sem a burocracia própria da justiça comum, a justiça especializada tem prestado um relevante serviço à sociedade, garantindo um direito fundamental previsto no art. 5.º XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”, considerando-se que cerca de 80% das causas ajuizadas perante esta justiça especializada são consumeristas, conforme dados coletados pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça publicado no relatório anual Justiça em Números 2017.

Após a criação dos vários mecanismos administrativos de defesa do consumidor, tanto os postos pela União pelos Estado e pelos municípios a exemplo dos PROCONS e DECONS visando a proteção e defesa do consumidor, também surgiram as associações de direito privado BRASILCON e IDEC com finalidade pública de defesa do consumidor. Com todo esse mecanismo, o volume de reclamações em face de fornecedores de produtos e serviços cresceu assustadoramente, e ainda hoje, figura nos dados estatísticos do CNJ, como o segundo maior motivo de reclamação no País.

Todavia, apesar de todos os mecanismos administrativos e judiciais postos à disposição dos consumidores para a resolução dos conflitos havidos no cotidiano, a falta, muitas vezes, de assistência jurídica acaba prejudicando o bom direito do consumidor que não soube expressar seu pedido de forma adequada no momento da reclamação.

O consumidor é considerado a parte mais fraca da relação processual, sendo considerado legalmente como vulnerável e o resgate de seus direitos violados, dependem muitas das vezes da Defensoria Pública do Estado, dos escritórios de prática jurídica, assistidos por acadêmicos de direitos, ou até por advogados iniciantes; enquanto que as instituições financeiras possuem bancas advocatícias para lutar pela preservação de seus alegados direitos.

Então, o operador do Direito, diante da situação fática e econômica de quem busca o bom e evidente direito, deve tê-lo por sucumbido por falta de prévia formalidade (pedido e causa de pedir processual?)

É importante frisar que o direito do consumidor é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 e a Lei consumerista é de ordem pública e de defesa social e por essa razão, o Estado-juiz pode e deve agir de ofício, para repor a ordem e o direito, independentemente de pedido do vulnerável. No entanto, a Súmula 381/2009 do STJ, veio para impedir atos de ofício do juiz nos contratos. Ou seja, objetiva impedir que um juiz possa anular cláusula abusiva, mas somente nos contratos bancários quando a parte não

houver solicitado.

Aliás é bom lembrar, que tudo o que move a economia depende de crédito bancário. Não somente o consumidor pessoa física, mas também as micro, pequenas e médias empresas dependem dele para o capital de giro. O consumidor final, depende do crédito para sobreviver porque o salário mínimo imposto pelo governo federal é desumano e o trabalhador não consegue manter suas necessidades mínimas vitais com esse dinheiro e se socorre do crédito para efetuar seus pagamentos. Se a economia do país gira em torno do crédito, maior motivo há para a proteção do Estado, afinal o Código de Defesa do Consumidor é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988 e como tal deve ser respeitado, pois suas normas são principiológicas, são também de ordem pública e de interesse social, consoante estatuído pelo legislador brasileiro no artigo 1.º da Lei 8078/90.

O direito do consumidor é um direito pleno e, apontar abusividade nas cláusulas pactuadas; requerer sua revisão ou até mesmo nulidade, conforme seja o caso, bem como a restituição de qualquer valor pago a maior é mais do que justo, eis que o consumidor é a parte vulnerável da relação havida entre consumidor e fornecedor de serviços bancários.

A plenitude desse direito encontra amparo na Constituição Federal (art. 5º, XXXII) e no Código de Defesa do Consumidor Lei 8.078/1990, o qual estabelece a defesa e a proteção do consumidor nas relações de consumo. Portanto, o Estado, através do Poder Judiciário deve garantir os direitos do consumidor, amparando-o e protegendo-o frente às instituições financeiras, de forma que os contratos sejam revisados e, até mesmo, que valores eventualmente cobrados de forma indevida sejam restituídos.

É importante frisar, que a atividade bancária é prevista como serviço de consumo no próprio CDC, no seu art.3º § 2º, “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhistas”; Obviamente que o legislador aqui está se referindo aos serviços prestados pelos bancos aos vulneráveis e não aos contratos de grande porte, que são resolvidos de acordo com as normas civis. É reconhecido também no art. 52, “No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre”: (omissis) e como tal, é reconhecido pela Súmula 297/STJ.

### **2.3 quebrando paradigmas**

Conforme já antes dito, o legislador brasileiro definiu o Código de Defesa do Consumidor como norma de ordem pública e de interesse social, no primeiro dispositivo. Foi a nossa primeira lei principiológica e de conteúdo micro sistêmico, ou seja, nele há matéria civil, processual civil, penal, administrativa e constitucional. Portanto, foi a primeira lei que quebrou paradigmas do antigo código civil e processual civil sob a influência do

liberalismo europeu.

O objetivo de uma lei principiológica é dar suporte ao julgador de interpretar a norma à luz da constituição e dos direitos fundamentais nela instituídos para o fim de alcançar o único objeto pelo qual existe o direito, garantir a dignidade da pessoa humana.

Héctor Valverde, trata do tema dos princípios da dignidade da pessoa humana como a essência do sistema jurídico brasileiro, que confere sustentação e legitimidade aos demais princípios e regras jurídicas e que os direitos da personalidade constituem uma categoria que desafia o jurista moderno, reportando-se aos interesses e valores imateriais do ser humano que são tutelados pelo sistema jurídico.

Diz o autor ao comentar sobre o trabalho de Dworkin que:

“ Considera que o positivismo se relaciona simplesmente a um sistema de regras jurídicas, que por sua vez ignora o relevante papel desempenhado pelo princípio.” [...] o princípio jurídico é um padrão a ser observado como exigência de justiça, de equidade ou de moralidade. A distinção básica entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica, vinculada aos modos de aplicação. Porém, o princípio e a regra jurídica são normas destinadas às decisões de casos concretos ou situações particulares. Entende que a regra jurídica admite o juízo sobre a sua validade ou não, vale dizer que se duas regras entram em conflito, somente uma poderá ser válida”. (p.29-31).

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil em 2015, igualmente novos paradigmas foram quebrados no direito brasileiro de forma a ver o processo apenas como um meio para se chegar a um fim de justiça e não como um fim em si mesmo como era tratado o processo no antigo código adjetivo. A nova ordem processual visa a primazia do dever de colaboração das partes para com o processo, de forma que seja dirigido para o fim de extrair o melhor direito, ou seja a justiça. O princípio da cooperação previsto no art. 6.º do CPC estabelece: “ *todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”. Cabe ainda ao juiz, segundo o art. 8.º do mesmo diploma legal, ao aplicar o ordenamento jurídico, deverá atender aos fins sociais, e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

A atividade jurisdicional muito melhorou, à medida em que vários dispositivos da Lei 13.105/2015, atualizada pela Lei. 13.256/2016, autoriza a atuação de ofício pelo juiz em busca do esclarecimento da realidade dos fatos e do melhor direito, através dos artigos, 63,§ 3.º; 64,§1.º, 81,138,292,§ 3.º, 370, 385, 421, 461, 464, § 2.º, 480, 481, 536, 537, § 1.º, 622, 730 e 986., desde que respeitada a ampla defesa e o contraditório, razão pela qual a norma do art. 10 é cogente nesse sentido, in litteris: Art. 10 “*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*”. Quando vier a afetar o direito de forma tão visível que o julgador deve



agir, mesmo que a parte não tenha solicitado, ao juiz cabe restabelecer a ordem jurídica e esta mesma ordem jurídica que tem por missão a defesa da dignidade da pessoa humana.

Por trazer o CDC, matéria de ordem pública e de interesse social ao julgador cabe agir de ofício em favor do bom direito, seja qual for a parte que se encontre lesada. Nesse sentido, sendo a lei consumerista toda ela considerada de ordem pública deve ser aplicada quando necessária em favor do bom direito em diálogo com o artigo 10 do novo CPC. No entanto, no que se refere a contratos bancários, o juiz se vê diante de um problema, a Súmula 381 do STJ.

## **3 | O CONSUMO DE CRÉDITO**

### **3.1 O consumo na modernidade líquida**

A partir da segunda metade do século XX, o consumo passou a fazer parte da vida das pessoas de uma forma muito intensa, de forma que atualmente o consumo é indissociável da vida urbana. Isso vindo pelo aspecto material de subsistência propriamente dito. No entanto, o consumo passou a fazer parte também dos objetivos dos indivíduos e se apresenta inclusive como condição de vida, de status.

Como se não bastasse o consumo em razão das necessidades básicas para a sobrevivência em sociedade, é ainda um verdadeiro massacre e escravidão a sociedade de consumo em que vivemos em que somos forçados ao consumismo. Temos que comprar e comprar e comprar. Da hora de acordar ao dormir, da hora de nascer ao morrer e tudo o que conseguimos fazer é trabalhar cada vez mais para adquirir bens e serviços. É uma bola de neve sem tamanho ou dimensão. Nesse panorama do hiperconsumo imediatista e emocional é importante a intervenção das normas jurídicas.

Bauman (2001,p.32) se reporta ao impacto do consumo nas esferas da vida humana que antes era tratada apenas como satisfação das necessidades vitais, mas que nos dias atuais tomou proporções interiorizadas, que afetam a construção da subjetividade e a autodeterminação dos indivíduos, tanto que denominou sua obra de “modernidade líquida”, em que tudo é fluido, veloz, instantâneo, efêmero e nada é concreto.

Porém para comprar é preciso ter condição econômica, ou seja, dinheiro para bancar a aquisição dos bens e serviços desejados. É aí onde entra o crédito.

A concessão de crédito através de empréstimos, apesar de já existir, se expandiu após a segunda grande guerra mundial, uma vez que as cidades estavam acabadas e as pessoas descapitalizadas, precisando de dinheiro para se reerguer. Foi nessa época também, que surgiu a indústria de eletrodomésticos e a publicidade que deixou de ser um mero reclame para ascender a uma verdadeira conquista do consumidor. Hoje a sociedade é de produção de massa, transformadora de pessoas em hiperconsumidoras.

No Brasil não é diferente, aos poucos foi crescendo a sociedade de consumo, como um mal necessário à sua atualização perante outras nações e, à evidencia, o povo

não dispõe de educação financeira, nem crédito. Ademais, grande parte da sociedade não possui renda suficiente para sua sobrevivência (56% ganha salário mínimo e 24,5% da população brasileira auferem entre meio e um salário mínimo mensal) e é igualmente impactada todos os dias pela publicidade quanto a necessidade da aquisição de bens de consumo. (PNAD/2012 – PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS).

A sociedade do hiperconsumo, passou a ser também a sociedade dos superendividados e a maior parte dos credores são os Bancos, administradoras de cartões de crédito e financeiras. Diz Cláudia Lima Marques (2010,p.12), “Consumo e crédito são duas faces da mesma moeda”. A autora se refere a que se de um lado o crédito permite a inclusão de pessoas de baixa renda na sociedade de consumo, de outro contempla um risco inerente de conduzir o consumidor o superendividamento, que exclui o indivíduo do mercado de consumo.

### **3.2 A importância do crédito e o perigo do superendividamento**

Como antes posto, o crédito tem sua importância na economia brasileira e integra via de regra o orçamento familiar, na aquisição da casa própria, na aquisição de veículos, na formação escolar através de programas governamentais para a formação do ensino superior ou técnico etc., tudo com muita responsabilidade, tanto das instituições financeiras como dos consumidores, deve ser incentivada.

Contudo, na prática não é o que acontece. Segunda Andressa Jarletti de Oliveira (2014,p 45). citando notícias do caderno de economia do Jornal do Brasil de 26.01.2006, p.A-17 diz:

“ A expansão voraz do crédito para pessoa física no Brasil, essa “bancarização” banalizada e a custos elevados para os consumidores, não ocorreu como um fenômeno natural do mercado (a partir da procura espontânea dos consumidores), mas pelo aumento do anúncio publicitário em outdoors, programas de televisão, panfletagem e internet”. A massificação do acesso ao crédito, somada a outros fatores como a privatização dos serviços essenciais e públicos – acessíveis a todos conforme regras de mercado, a nova publicidade agressiva sobre o crédito popular e a própria tendência de abuso impensado do crédito fácil, pode levar os consumidores a um estado de superendividamento . Ainda mais no Brasil, onde as taxas de juros e spread bancários são praticados pelos patamares mais altos do mundo, que podem multiplicar as dívidas em curto intervalo de tempo.

O consumidor de crédito no Brasil, portanto, passa por dificuldades para se afirmar socialmente, pois não tem dinheiro para a aquisição de bens de consumo e quando adquire crédito para sua obtenção, algumas situações militam em seu desfavor, como a falta de informação adequada, clara e precisa a que se refere o CDC, pois, embora todas as informações quanto ao crédito possam estar descritas nos contratos, estes não são redigidos, via de regra, para que o homem médio o entenda, havendo portanto, uma vulnerabilidade informacional e dependendo de quem seja a pessoa do consumidor, se de

pouca ou quase nenhuma instrução escolar, sua vulnerabilidade daí progride para a classe dos hipervulneráveis e maior tutela deverá obter do Estado em sua proteção.

## **4 I DECISÕES IMPORTANTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ EM RECURSOS REPETITIVOS**

### **4.1 Julgamentos que definiram as atuais súmulas consumeristas em matéria bancária**

Como vimos anteriormente, vivemos atualmente em uma sociedade de consumo. Nada fazemos sem que tenhamos que recorrer a nossos recursos financeiros para sobreviver, tanto que precisamos de moradia, de roupas, calçados, alimentos, sem contar com as necessidades que antes eram acessórias e que agora são básicas como a energia elétrica, a água encanada, a internet e outras necessidades próprias da vida urbana. Se não temos dinheiro, não temos como adquirir todos os bens de consumo. Portanto, o consumo é considerado um direito básico ou fundamental.

Para a aquisição dos bens de consumo, precisamos de dinheiro ou pelo menos de crédito para sua obtenção. Quando não temos e dele precisamos, recorremos a quem possa nos emprestar. É aí que os Bancos, financeiras e administradoras de cartões de crédito atuam no mercado; oferecem os meios para o ser humano possa obter os bens de consumo necessários à sua sobrevivência.

No mundo moderno, além dos bens de consumo já atrelados à nossa vida cotidiana, ainda somos bombardeados diariamente pelas publicidades de oferta de produtos e de serviços que irão proporcionar a realização dos sonhos de todo consumidor. O homem médio é induzido a consumir cada vez mais, tomar empréstimos cada vez mais e a se endividar também, embora não tenha em mente, na ocasião da contratação, de que é isso o que lhe ocorrerá. Por isso, se faz necessária a atuação do Estado para coibir eventuais abusos do poder econômico e trazer a paz social, através do equilíbrio e harmonia entre as partes, consumidor e fornecedor de produtos e serviços.

Logo que entrou em vigor o CDC, muitas polêmicas se formaram quanto a sua aplicação aos contratos bancários, sobretudo porque a nova lei trazia alguns aspectos diversos do costumeiramente utilizados; ela quebrava paradigmas. Tinha por escopo igualar os desiguais, dando suporte ao consumidor que era a parte mais frágil da relação de consumo e pudesse ter igualdade frente ao fornecedor. Portanto, é norma de ordem pública e de interesse social, conforme contido no ar. 1.º e assim sendo, o Juiz deveria agir de ofício em favor do vulnerável.

Á luz do Código de defesa do consumidor no art. 6º, III, todas as prestações de serviços e despesas cobradas ao consumidor devem ser claras e específicas; assim como também estabelecem os art. 39, V (exigir do consumidor vantagem excessiva), e 51 caput e § 1º, III do CDC (que se mostre excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-

se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso).

Nesse sentido, a doutrina é pacífica em aceitar a atuação de ofício do juiz, por ser o CDC, norma de ordem pública; porém a jurisprudência vinha seguindo esse mesmo entendimento até que o STJ no REsp 541.153/RS, através da Segunda Seção, pacificou o entendimento no sentido de que é impossível a decretação de ofício da nulidade das cláusulas abusivas dos contratos bancários pelos tribunais estaduais. (O caso julgado tratava-se de *reformatio in pejus*). Com isso restringiu a atuação de ofício apenas em relação aos tribunais estaduais e, assim sendo, permanecia o entendimento de que aos juízes monocráticos era possível a atuação de ofício.

Todavia, o STJ vedou a atuação de ofício do Juiz de primeiro grau ao exame do REsp 1.061.530/RS, julgado por via do incidente de recurso repetitivo. O STJ pacificou a questão e editou a Orientação n.º 5, nos seguintes termos “é vedado aos juízes de primeiro grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários”. Referida orientação n.º 5, tornou-se a tão comentada Súmula n.º 381 que tem o seguinte teor: “*Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas*”.

Tal posicionamento do STJ causou espécie no meio doutrinário, eis que divergente de posições anteriormente tomadas pelo mesmo tribunal, de forma que os julgamentos dos casos concretos seguiram essa orientação, quando diz respeito aos contratos bancários.

A Súmula 381, nega vigência aos artigos 6.º,V e 51, inciso IV do CDC, é o que nos parece, pois, se a Lei 8078/90 regula as relações de natureza bancária, sendo o Banco considerado um fornecedor, eventual abusividade, deve ser sanada de ofício pelo Juiz, independentemente do grau em que se encontre o feito judicial, observadas as normas estatuídas pelo Conselho Monetário Nacional, Resoluções do Banco Central do Brasil e demais fontes aplicáveis, no que se refere às taxas e demais encargos contratuais, fazendo o necessário diálogo entre as fontes.

Foram sendo construídos pela doutrina e pela jurisprudência, alguns critérios acerca das condições abusivas e readequação nos encargos bancários.

A Súmula 381/STJ, apesar de não ser vinculante, conseguiu se firmar na prática forense, eis que aplicada pelos julgadores aos casos concretos. No entanto, recentemente a referida Súmula foi objeto de reexame no mesmo tribunal que a estatuiu, através do recurso repetitivo.

## **4.2 Temas que firmaram tese nos julgamentos do STJ**

Os pontos em comum de argumentação das instituições financeiras em defesa de seus interesses na justiça, a fim de evitar a revisão de contratos bancários e principalmente as decisões de ofício pelos magistrados tem sido as seguintes: inexistência de causa superveniente que justifique a onerosidade excessiva; dever de respeitado o princípio

do “*pacta sunt servanda*”; legalidade da cobrança de juros capitalizados contratualmente previstos; o contrato de adesão tem o mesmo valor do consentimento expressado em qualquer outro negócio jurídico; todos os encargos cobrados estão de acordo com o ordenamento jurídico vigente e descabida a inversão do ônus da prova.

Foram temas de discussão entre outros, desde os idos de 2009 acerca dos juros remuneratórios em ações que dizem respeito a contratos bancários:

**JUROS REMUNERATÓRIOS:** objeto do REsp 1.061.530/RS; TEMA 24/STJ (2009). A Tese Firmada foi que “As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF. (BRASIL,2011)

Consta como informações complementares que: Os contratos bancários se submetem à legislação consumerista com exceção das cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.

O TEMA 25/STJ (2009). A Questão submetida a julgamento a discussão também diz respeito a aplicação de juros remuneratórios em ações que digam respeito a contratos bancários. A Tese Firmada: “A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”. TEMA 26/STJ “São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/com o art. 406 do CC/02”.

**JUROS MORATÓRIOS:** firmou-se o entendimento de que: “A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor’ Súmula 380; “Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convenionados até o limite de 1% ao mês”.

**REGISTRO EM BANCO DE DADOS E CADASTRO DE INADIMPLENTES:** Dos TEMAS 30 a 34/STJ firma entendimento quanto a registro nos bancos de dados e cadastros de inadimplentes em contratos bancários, nesse sentido: “A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz. A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção”.

**CLÁUSULA ABUSIVA:** O Tema/Repetitivo 36/STJ (2009)<sup>1</sup> as questões submetidas

<sup>1</sup> Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas. (Súmula n. 381/STJ) (Tese Julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - Tema 36) Acórdãos: AgRg no REsp 1419539/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, Julgado em 28/04/2015, DJE 07/05/2015; AgRg no AREsp 067272/BA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, Julgado em 28/04/2015, DJE 05/05/2015; AgRg no AREsp 130256/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, Julgado em 19/03/2015, DJE 17/04/2015; AgRg no REsp 1198163/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, Julgado em 23/09/2014, DJE

a julgamento as seguintes matérias: quando ativadas em ações que digam respeito a contratos bancários: a) juros remuneratórios; b) capitalização de juros; c) mora; d) comissão de permanência; e) inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito; f) disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal, e teve como tese firmada o seguinte: “*Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas*”. VER TEMA 940/STJ<sup>2</sup>

O Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup> quando provocado pela via recursal própria, sempre entendeu se tratar de matéria infraconstitucional e nega provimento. Embora seja claro que a matéria é constitucional, considerando que a nossa Carta Magna de 1988, prevê o direito do consumidor como direito fundamental listado dentre os princípios do art. 5.º.

Enquanto isso se passava nas cortes de justiça, a doutrina sempre foi pacífica, no sentido contrário. A tendência é de entender ser possível ao julgador conhecer de ofício cláusula contratual abusiva inclusive a bancária, considerando, entre outros aspectos, que o Código de defesa do consumidor não estabelece nenhuma diferença em relação a esses contratos.

Andressa Jarletti (2014. Pág. 397/399) entende que a Súmula 381/2009 do STJ é inconstitucional pois os contratos bancários são de consumo e como tal devem se submeter às normas do CDC, inclusive, com entendimento sedimentado no mesmo STJ com a edição da Súmula 297/2004, mesmo antes do julgamento da ADIn 2591/DF pelo Supremo Tribunal Federal. Para a autora, a Súmula 381/2009, estabelece preceito proibitivo e discriminatório, pois apenas aos contratos bancários proíbe o juiz de conhecer de ofício. No entanto, informa

---

30/09/2014; AgRg no AREsp 475164/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, Julgado em 18/09/2014, DJE 26/09/2014; AgRg no REsp 1352847/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, Julgado em 21/08/2014, DJE 04/09/2014; AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1194631/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Julgado em 06/05/2014, DJE 19/05/2014; AgRg no REsp 1128640/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, Julgado em 17/12/2013, DJE 03/02/2014; AgRg no AREsp 096903/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, Julgado em 27/03/2012, DJE 12/04/2012; EREsp 720439/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, SEGUNDA SEÇÃO, Julgado em 14/03/2011, DJE 29/03/2011.

2 Tema/Repetitivo 940 Situação do Tema: Cancelado: Questão submetida a julgamento: Discute-se a possibilidade de o juiz ou o Tribunal reconhecer de ofício a abusividade de cláusulas contratuais. Anotações Nugep. O julgamento do presente tema poderá alterar o entendimento adotado pela Segunda Seção no TEMA 36/STJ (REsp 1.061.530), portanto os recursos especiais que versem sobre a questão devem ficar sobrestados pelo TEMA 940/STJ. Na decisão de afetação, o relator menciona que, em face do novo Código de Processo Civil, poderá ser sugerida a alteração do enunciado 381 da Súmula do STJ nos seguintes termos “Na declaração de nulidade de cláusula abusiva, prevista no art. 51 do CDC, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, não podendo ser reconhecida de ofício em segundo grau de jurisdição” Informações Complementares. RESP 1465832/RS estava afetado à 2ª SEÇÃO. Referência Sumular. Súmula 381/STJ Processo Tribunal de Origem. RFC. Órgão Julgador Relator Data de Afetação Julgado em. Acórdão. Publicado em- Embargos de Declaração. Trânsito em Julgado. REsp 1465832/RS Pushinstâncias ordinárias. 3 ARE 953845 AgR / MS - MATO GROSSO DO SUL .AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 25/08/2017. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação. PROCESSO ELETRÔNICO. DJe- 200 DIVULG 04-09-2017 PUBLIC 05-09-2017. Parte(s) AGTE. (S) : CARMELITA MIGUEL DE CARVALHO AGDO. (A/S) : BANCO BRADESCO AS. Ementa: Agravo regimental e recurso extraordinário com agravo. 2. Direito do Consumidor. Revisão de contratos bancários. 3. Impossibilidade de análise de legislação infraconstitucional e de reexame do conjunto fático-probatório e de cláusulas contratuais. Súmulas 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Impedido o Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, Sessão Virtual de 18 a 24.8.2017.

a autora que a Súmula 381/2009 do STJ nasceu em uma época em que se deflagrava um grande volume de pedidos de revisionais de contrato bancários e serviu como critério

Mais ainda diz Fábio Schwartz, que há um fosso entre todo o arcabouço doutrinário e as equivocadas premissas que levaram à edição da Súmula 381 do STJ, que tanto tem despertado risos irônicos no ceio acadêmico, por ser visível que dificulta a defesa dos interesses do consumidor, bem como que “redunda na inobservância das 100 regras de Brasília<sup>4</sup>; documento firmado pela cúpula do Sistema de Justiça Iberoamericano, com finalidade de melhor e mais qualificada proteção dos sujeitos dotados de vulnerabilidade.

A matéria, até bem pouco tempo esteve prestes a ser solucionada por meio de recurso afetado REsp 1.465.832/RS – perante a Terceira Turma do STJ, tendo como relator o Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Contudo, impugnada a afetação, foi retirada do julgamento a questão de reforma da Súmula 381/2009. No entanto, o brilhante relator nos brindou com sua excelente exposição sugerindo a modificação da Súmula, porquanto nada impede o julgamento de ofício pelo juiz nas matérias de ordem pública desde observados os princípios da ampla defesa e do contraditório previstos mormente nos arts. 9.º e 10 do novel CPC/2015, para evitar decisões surpresa.

## 5 | ANÁLISE E DISCUSSÃO DO TEMA.

Temos então de um lado a doutrina dominante que nos apresentam várias sustentações a respeito do tema estudo, os quais são as seguintes: O CDC é toda matéria de ordem pública e de interesse social; visa proteger o consumidor; a nossa realidade demonstra que a sociedade depende do crédito para sobreviver; é inexistente a educação financeira para a maioria da população; consumidor carente depende da justiça para rever seus contratos e eventuais cláusulas abusivas; os juzados especiais cíveis têm sido os mais procurados para atendimento de matéria consumerista, cerca de 80% dos casos acionados, pois independe de advogado em causas até 20 salários, bastando seja reduzido a termo; o consumidor não tem conhecimento exato da finalidade de cada cláusula contratual, em contratos bancários; o Juiz tem o dever de agir de ofício em busca da equidade.

Em contra partida, tem sido utilizados os argumentos em contrário alegando; inexistência de causa superveniente que justifique a onerosidade excessiva; dever de respeitado o princípio do “pacta sunt servanda”; legalidade da cobrança de juros capitalizados contratualmente previstos; que contrato de adesão tem o mesmo valor do consentimento expressado em qualquer outro negócio jurídico; todos os encargos cobrados estão de acordo

4 Conjunto de 100 Reglas reconocidas por las más importantes Redes del sistema judicial iberoamericano como estándares básicos para garantizar el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 a 34). Contienen, por un lado, unos principios de actuación o ideas básicas que deben inspirar la materia, aportando elementos de reflexión sobre los problemas de acceso a la justicia de los sectores más desfavorecidos de la población; y, por otro lado, establecen una serie recomendaciones que pueden ser de utilidad en la actuación de los responsables de las políticas públicas judiciales y de los servidores y operadores del sistema judicial.



com o ordenamento jurídico vigente e escabida a inversão do ônus da prova.

Não me parece que correta a aplicação do direito visando a estrita legalidade apenas em nome da segurança jurídica de um contrato de adesão em que o consumidor ignorante na matéria e impelido pela necessidade se submete a condições muitas vezes desumanas, não podendo prevalecer uma cláusula somente admissível entre iguais, como é o caso de relação civil e jamais em relação de consumo em detrimento dos princípios da dignidade humana.

## 6 | CONCLUSÃO

Ao exame de alguns julgados do STJ, verifica-se que foram se descortinando vários entendimentos sobre matérias que precisavam de interpretação unificada no mundo jurídico, e firmando-se outros quanto a sua aplicação de forma adequada, geralmente matérias que se referem a aplicação de juros remuneratórios, juros de mora, taxas bancárias, comissão de permanência, multas e outras.

Conclui-se haver grande divergência entre as duas fontes do direito, doutrina e jurisprudência sobre o mesmo tema, porquanto a doutrina é pacífica no sentido da possibilidade de atuação de ofício do juiz para anular cláusula bancária abusiva, por incidência do art. 51 do CDC; enquanto que a jurisprudência é discordante.

Na prática é utilizada a Súmula 381, ainda que não seja vinculante em detrimento dos direitos do consumidor. As cláusulas abusivas inclusas nos contratos bancários influem no superendividamento econômico prejudicando assim a economia nacional.

Entende-se ainda ser possível a revisão de cláusulas abusivas, inclusive de ofício pelo juiz em qualquer grau de jurisdição, por se tratar o código de defesa do consumidor, de matéria de ordem pública e de interesse social, desde que o julgador oportunize às partes, manifestação sobre a matéria que cogite suscitar de ofício no seu julgamento para o fim de que não desrespeite os princípios da ampla defesa e do contraditório e nem negue vigência ao art. 10 do Código de Processo Civil/2015.

Por fim, conclui-se ser um tema relevante e necessário que se faça com brevidade a revisão da Súmula 381 do STJ, para o fim de retirar a palavra bancária, sugerindo-se que passe a vigorar da seguinte forma: Nos contratos consumeristas, é lícito ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas observada a ampla defesa e o contraditório.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmund. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien-Rio de Janeiro: Zahar,2001.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População trabalho e rendimento. Pesquisa Nacional por amostra de domicílio - PANAD 2012**. [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2012/default\\_sintese.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2012/default_sintese.shtm). Acesso em: 20 dez 2020;



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 27. Discussão acerca dos juros remuneratórios em ações que digam respeito a contratos bancários.** Tese Firmada. É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. REsp 1061530/RS: TJRS.NANCY ANDRIGHI 19/08/2008 22/10/2008 10/03/2009 01/12/2009 13/05/2010. <http://www.stj.jus.br/SCON/recrep/toc.jsp?materia=%27DO%20CONSUMIDOR%27.mat>. Acesso: 20 dez.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3T. RECURSO ESPECIAL Nº 1.465.832 – RS. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. NEGÓCIO JURÍDICO BANCÁRIO. RECURSO DESAFETADO DA SEGUNDA SEÇÃO.1. Ação revisional de negócio jurídico bancário (contrato de financiamento de veículo automotor), postulando a nulidade de cláusulas abusivas relativas a encargos financeiros.2. **Parcial provimento do recurso especial para permitir a cobrança da comissão de permanência e das tarifas administrativas (TAC e TEC), bem como para decotar da condenação a determinação de restituição imediata do valor residual garantido (VRG) ao arrendatário (Súmula n.º 381/STJ).**3. Ponderação do relator no sentido da revisão por esta Corte da orientação jurisprudencial firmada em sede de recurso repetitivo (REsp 1.031.530/RS, DJe 10/03/2009) e transformada na Súmula n.º 381/STJ (“Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”), em face do disposto no art. 10 do CPC/2015.4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 06 de junho de 2017. [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1606254&num\\_registro=201401635625&data=20170627&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1606254&num_registro=201401635625&data=20170627&formato=PDF). Acesso em 15 dez 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RECURSO. Agravo de instrumento convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. **Contratos bancários. Art. 1º da Lei de Usura. Aplicação. Taxa de juros. Limite de 12% ao ano.** Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a aplicação, aos contratos bancários, do art. 1º da Lei de Usura, que limita a taxa de juros a 12% ao ano, versa sobre tema infraconstitucional. Relator. Min. Presidente. Julgamento 09.06.2011. [www.jurisprudencia.stf.jus.br](http://www.jurisprudencia.stf.jus.br). Acesso em 01 dez 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas.** Revista de Direito do Consumidor. N.75, jul-set/ 2010

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. **Defesa judicial do consumidor bancário.** Ed. Rede do Consumidor, Curitiba:2014.

SCHWARTZ, Fábio. Revista de Direito do Consumidor- RDC (**A súmula 381 do STJ e o riso da mulher trácia**) ano 25.108. novembro-dezembro.2016. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo:2016. ISSN 1415-7705. p.17/35.

## **SOBRE O ORGANIZADOR**

**ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS** - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: [orcid.org/0000-0002-5472-8879](https://orcid.org/0000-0002-5472-8879). E-mail: <[awsvasconcelos@gmail.com](mailto:awsvasconcelos@gmail.com)>.

## ÍNDICE REMISSIVO

### A

Adolescente 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 114, 125, 126, 127, 128, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 225, 226, 227

Alienação parental 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229

### C

Comunidade internacional 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 60, 62, 64, 66, 72, 75

Constitucionalismo 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 106, 247

Consumidor 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 106, 192, 269, 270, 271, 274, 276, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 298, 299, 300, 303, 304, 305, 306

Contratos consumeristas 292, 305

Criança 63, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 114, 123, 125, 126, 127, 128, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 227, 228

### D

Dados pessoais 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 194

Decisão de ofício 292

Direito 1, 4, 5, 7, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 49, 52, 55, 56, 57, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 78, 80, 81, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 134, 139, 143, 146, 148, 150, 151, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 192, 196, 201, 205, 206, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 283, 284, 285, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 300, 302, 303, 305, 306, 307

Direito à moradia 171, 174, 176, 184

Direito autoral 158, 159, 160, 161, 162, 164, 166, 167, 168

Direito civil 62, 156, 157, 186, 214, 229, 231, 233, 241, 242, 243, 256, 257, 258, 307

Direitos humanos 1, 2, 4, 5, 11, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 55, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 70, 72, 74, 75, 76, 78, 79, 92, 101, 106, 114, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 135, 136,

140, 141, 142, 187, 209, 211, 215, 216, 223, 226, 228, 247, 249, 274, 290, 307

## **E**

Educação 1, 77, 87, 89, 106, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 139, 140, 141, 142, 163, 164, 189, 206, 207, 211, 217, 218, 225, 240, 241, 289, 299, 304, 307

## **F**

Família 64, 83, 84, 87, 88, 113, 114, 118, 125, 126, 127, 150, 151, 214, 215, 216, 217, 220, 221, 222, 223, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 287, 289, 293

## **H**

Hipervulnerabilidade 281, 282, 286, 287, 289, 290, 291

## **I**

Idoso 281, 282, 283, 286, 287, 288, 289, 290, 291

Interpretações 13, 17, 19, 118, 167, 241, 266, 267, 277, 291

## **M**

Mediação 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 209, 210, 211, 212, 221, 222, 226, 227, 228

Medidas de proteção 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 289

## **P**

Políticas públicas 1, 106, 109, 114, 121, 127, 187, 217, 222, 225, 249, 269, 270, 271, 272, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 304, 307

Princípios 4, 5, 7, 10, 13, 17, 18, 25, 26, 27, 41, 42, 49, 55, 81, 83, 84, 85, 87, 88, 92, 95, 104, 109, 110, 111, 113, 116, 117, 123, 124, 126, 127, 128, 135, 139, 140, 154, 163, 164, 171, 176, 178, 179, 199, 201, 202, 203, 210, 217, 231, 232, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 242, 245, 246, 247, 249, 251, 254, 255, 256, 257, 258, 261, 263, 264, 267, 268, 273, 284, 288, 292, 297, 303, 304, 305

Privacidade 90, 94, 99, 100, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 111, 192, 200

## **R**

Relações poliafetivas 245, 246, 253, 254, 255, 257

Responsabilidade 18, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 63, 75, 77, 83, 84, 109, 110, 111, 118, 119, 122, 123, 125, 127, 139, 152, 160, 173, 197, 199, 209, 213, 214, 226, 242, 291, 299





Responsabilidade civil 24, 75, 213, 214

## S

Segurança jurídica 104, 168, 172, 180, 192, 193, 214, 243, 251, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 267, 268, 305

# Direito:

Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

-  [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)
-  [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)



# Direito:

Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

- 🌐 [www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)
- ✉ [contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br)
- 📷 @atenaeditora
- 📘 [www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br)

