

DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

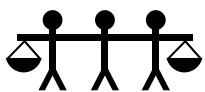


Volume 12 - Número 1 - jan./dez. 2017



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 12 – Número 1 – jan./dez. 2017

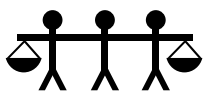


*Faculdades
Integradas
Padre Albino*



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 12 – Número 1 – jan./dez. 2017



*Faculdades
Integradas
Padre Albino*

Publicação do Curso de Direito com objetivo de divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

FUNDAÇÃO PADRE ALBINO

Conselho de Administração

Presidente: Antonio Hércules

Diretoria Administrativa

Presidente: José Carlos Rodrigues Amarante

Faculdades Integradas Padre Albino

Diretor Geral: Nelson Jimenes

Gestor Educacional Administrativo e Coordenador Pedagógico: Antonio Carlos de Araujo

Coordenador do Curso de Direito: Luis Antonio Rossi

DIREITO E SOCIEDADE.

Editor chefe: Ana Paula Polacchini de Oliveira

Conselho Editorial

Alfredo José dos Santos - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Ana Paula Polacchini de Oliveira - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Cristiane Miziara Mussi - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ)

Donizett Pereira - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Elisabette Maniglia - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Lucas de Abreu Barros - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

Marcelo Truzzi Otero - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Marcos Simão Figueiras - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Silvia Ibiraci de Souza Leite - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Revisora de texto: Luciana Bernardo Miotto

Desenho de logomarca (capa): Fábio Guilherme Marssari

Núcleo de Editoração de Revistas (NER)

Coordenador: Marino Cattalini

Membros: Marisa Centurion Stuchi (Analista Técnico)

Virtude Maria Soler

Os textos publicados neste periódico são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desde que citada a fonte.

Pede-se permuta.

D598 Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito. -. - Vol. 12, n. 1 (jan./dez. 2017) - -. Catanduva: Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito, 2006-

Anual.

ISSN 1980-0878

1. Direito - periódico. I. Faculdades Integradas Padre Albino. Curso de Direito.

CDD 340

Endereço para correspondência: Rua do Seminário, 281. CEP 15806-310 - Catanduva-SP, Brasil.

Tel.: (17) 3522-2405. E-mail: ana_polacchini@yahoo.com.br

Impressão deste periódico: Unigraf - União Gráfica

Data da impressão: dezembro/2017.



Sumário

Apresentação
Os Editores

Artigos

Direitos humanos e o movimento antimanicomial no Brasil: uma análise a partir da arte Ana Paula Polacchini de Oliveira, Leila Renata Ramires Masteguin, Brenda Credendio Silva, Drielly Rigoti Yamada, Isabela Zatti Perin, Maria Carolina Rascassi, Poliana Rosa Santos, Raissa Goulart	10
Por uma educação jurídica contextualizada e crítica João Roberto Gorini Gamba	27
As técnicas processuais conferidas ao Relator no Novo Código de Processo Civil Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguin, Alana Fávaro, Guilherme Luiz Ribeiro, Marcus Vinicius dos Santos Novaes	35
Abordagem da jurisprudência sob o viés humanístico Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguin, Camila Lemos Puydinger, Caroline da Silva Jacob	51
Políticas públicas para mitigação da cultura do litígio no Brasil Beatriz Trigo, Donizett Pereira, Bárbara Soares Gius, Daialy Bordini da Silva, Mirian dos Santos Gomes, Nathalia Louise Baraldi	70
Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tomada de decisão apoiada como novo procedimento de garantia da autonomia Donizett Pereira, Aline Talassi, Icaro Silva Marques, Maria Heloisa Martins	83
A desnecessária realização da cirurgia de transgenitalização para obtenção da retificação do registro civil do transexual: uma análise a partir da perspectiva civil-constitucional Márcia Maria Menin, Brenda Credendio Silva, Camila Valli, Daniel Penhalbel, Drielly Rigotti Yamada, Gabriela Gomes Braga, Leonardo Marson, Luisa Monteiro Ravazi, Rafaela Franco	97
<i>Summum ius summa iniuria</i> : o necessário reconhecimento das uniões simultâneas e poliafetivas Márcia Maria Menin, Álvaro José Haddad de Souza, Ana Caroline Colombo, Asheley Silva, Bárbara Maccario, Icaro Marques, Laisa Hernandes, Lara Souza Doti, Thayse Mastrocola, Yuri Martins	110
A educação como direito fundamental e o ensino jurídico Kleber Henrique Saconato Afonso	128
Princípio da cooperação: uma análise da previsão expressa, dos sujeitos envolvidos e de sua aplicação no processo do trabalho Leila Renata Ramires Masteguin, Elen Cristina Xavier, Ana Lídia Cunha Araújo, Gabriel Vitor Domingues, Luiza Martín Torres, Robson Valentim Caseiro, Wilson Araújo de Oliveira Junior	142
Eleições, financiamento de campanhas eleitorais no Brasil e sua influência na efetivação do processo democrático Jaqueline Favarão da Silva	162
Chamadas por trabalhos	176
Normas para publicação	176

Apresentação

O curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), o Núcleo de Editoração de Revistas da Instituição e o Conselho Editorial da revista “Direito e Sociedade - Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares” dão sequência, nesse ano, ao permanente compromisso da instituição de integrar e estimular o diálogo de demandas sociais com discussões científicas consistentes.

O décimo segundo volume da revista apresenta para a comunidade a produção científica de pesquisadores que afirmam uma perspectiva plural, reflexiva e humanista. Nessa oportunidade conta com onze artigos, elaborados por docentes, discentes e egressos do curso de Direito das FIPA, bem como por acadêmicos e pesquisadores de outras instituições.

A revista “Direito e Sociedade”, lançada em 2006, tem mantido, ao longo de seu ininterrupto percurso, a divulgação das pesquisas realizadas tanto pela comunidade acadêmica em geral, como por docentes e discentes do Curso de Direito. As pesquisas realizadas por discentes, sob a coordenação docente, entregues na revista, reafirmam um dos pilares do projeto pedagógico do curso, amparado em uma formação de superior de qualidade. Esse projeto contribui para a construção de um pensamento crítico, com rigor científico, difundido junto à comunidade acadêmica de modo a estimular o potencial para a compreensão e transformação da realidade local, regional e nacional. Os artigos apresentados sistematizam o pensamento jurídico sob um viés histórico e interdisciplinar e evidenciam análises reflexivas sobre novos diplomas legislativos, sobre seus impactos e sobre os moldes da cultura do direito.

O primeiro artigo desse volume é intitulado “Direitos humanos e o movimento antimanicomial no Brasil: uma análise a partir da arte”. O texto resulta de pesquisa coordenada pela professora Ana Paula Polacchini de Oliveira que juntamente com as coautoras Leila Renata Ramires Masteguim, Brenda Credendio Silva, Drielly Rigoti Yamada, Isabela Zatti Perin, Maria Carolina Rascassi, Poliana Rosa Santos, Raissa Goulart analisaram as interações entre direito e arte para abordar o processo de humanização da percepção do fenômeno da doença mental e de enfrentamento da institucionalização de doentes mentais no Brasil.

O segundo artigo foi escrito por João Roberto Gorini Gamba e intitulado “Por uma educação jurídica contextualizada e crítica” propõe, ao evidenciar o modo como a educação jurídica encontra-se amparada na estabilidade cultural, que seja repensado o modelo educacional tradicional deslocando-o para aquele que promova entendimento contextualizado e crítico.

Em seguida, o terceiro artigo, do professor Alexandre Fontana Berto em conjunto com os pesquisadores Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguim, Alana Fávoro, Guilherme Luiz Ribeiro, Marcus Vinícius dos Santos Novaes, intitulado “As técnicas processuais conferidas ao Relator no Novo Código de Processo Civil”. O trabalho, em consonância com um estudo analítico e sistematizado do novo Código de Processo Civil, delimita sua investigação para avaliar o papel do relator do processo na reparação dos atos

processuais defeituosos, bem como para estender a fase cognitiva do processo no campo da produção de provas.

O quarto artigo também resulta do trabalho de pesquisa desenvolvido no âmbito do novo Código de Processo Civil. Sob o título “Abordagem da jurisprudência sob o viés humanístico” os autores Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Leila Renata Ramires Masteguín, Camila Lemos Puydinger, Caroline da Silva Jacob consideram a jurisprudência sistematizada e a resolução de conflitos como ferramentas para a redução do volume processual para avaliar o caráter compositivo da decisão judicial.

Nesse mesmo sentido se situa o quinto artigo da revista que segue os moldes de uma análise do modo tradicional de atuação da sociedade majoritariamente voltada ao conflito. Intitulado “Políticas públicas para mitigação da cultura do litígio no Brasil”, o artigo desenvolvido sob a coordenação dos professores Beatriz Trigo e Donizett Pereira e pelos discentes Bárbara Soares Gius, Daialy Bordini da Silva, Mirian dos Santos Gomes, Nathalia Louise Baraldi, analisa as propostas de solução extrajudicial de conflitos nas relações intersubjetivas, sob a ótica do novo Código de Processo Civil e da atuação do Conselho Nacional de Justiça.

O sexto artigo, também decorrente de pesquisa institucional sob a coordenação do professor Donizett Pereira, desenvolvida pelos discentes Aline Talassi, Icaro Silva Marques, Maria Heloisa Martins, denomina-se “Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tomada de decisão apoiada como novo procedimento de garantia da autonomia”. O texto analisa uma dimensão da Lei 13.146/15, diploma que altera substancialmente o panorama legal dos direitos das pessoas com deficiência, estabelecendo novos paradigmas para sua autonomia e respeito e aborda o instituto da tomada de decisão apoiada e seus possíveis reflexos.

O sétimo artigo, intitulado “A desnecessária realização da cirurgia de transgenitalização para obtenção da retificação do registro civil do transexual: uma análise a partir da perspectiva civil-constitucional” resultado do trabalho de pesquisa coordenado pela professora Márcia Maria Menin, auxiliada pelas discentes Brenda Credendio Silva, Camila Valli, Daniel Penhalbel, Drielly Rigotti Yamada, Gabriela Gomes Braga, Leonardo Marson, Luisa Monteiro Ravazi, Rafaela Franco. Trata-se de um trabalho que propõe a análise do reconhecimento do direito de retificação do registro das pessoas transexuais, sob a luz do princípio da dignidade humana, os direitos da personalidade da pessoa transexual e de sua autonomia corporal.

“*Summum ius summa iniuria*: o necessário reconhecimento das uniões simultâneas e poliafetivas” é o título do oitavo artigo da revista e de autoria também da docente Márcia Maria Menin e dos pesquisadores Álvaro José Haddad de Souza, Ana Caroline Colombo, Asheley Silva, Bárbara Maccario, Icaro Marques, Laisa Hernandez, Lara Souza Doti, Thayse Mastrocola, Yuri Martins. A artigo aborda as uniões simultâneas, bem como das relações poliafetivas, e seu necessário reconhecimento pelo ordenamento jurídico como entidades familiares.

No nono artigo o professor Kleber Henrique Saconato Afonso propõe “A educação como direito fundamental e o ensino jurídico”. No texto o docente explora o direito à educação conforme expresso na Constituição Federal para propor reflexões sobre o ensino jurídico no Brasil e modos de superação de modelos que não mais correspondem às necessidades da sociedade.

O “Princípio da cooperação: uma análise da previsão expressa, dos sujeitos envolvidos e de sua aplicação no processo do trabalho” constitui o décimo artigo desta revista. Escrito pelos pesquisadores Leila Renata Ramires Masteguín, Elen Cristina Xavier, Ana Lúcia Cunha

Araújo, Gabriel Vitor Domingues, Luiza Martin Torres, Robson Valentim Caseiro, Wilson Araújo de Oliveira Junior, o texto analisa os impactos do novo Código de Processo Civil no Processo do Trabalho e, mais especificamente, analisa o princípio da cooperação, no âmbito do direito internacional e brasileiro, e a sua aplicação aos envolvidos em um processo judicial.

Encerrando esse volume, o artigo intitulado “Eleições, financiamento de campanhas eleitorais no Brasil e sua influência na efetivação do processo democrático” da egressa Jaqueline Favarão da Silva resulta da pesquisa desenvolvida ao longo do Trabalho de Conclusão de Curso e analisa o financiamento de campanhas eleitorais sob a ótica da desigualdade nos pleitos, da corrupção e da influência do poder econômico sobre as eleições, propondo como solução um financiamento público exclusivo de campanhas.

A produção aqui partilhada, uma vez lançada à comunidade, passa também interagir com leitores e pesquisadores de forma contínua, a colaborar com o pensamento jurídico e a reforçar a preocupação com uma formação acadêmica de qualidade.

Os Editores

Direitos humanos e o movimento antimanicomial no Brasil: uma análise a partir da arte¹

ANA PAULA POLACCHINI DE OLIVEIRA

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela USP-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UEL-PR. Advogada. Professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). E-mail: anapolacchini@uol.com.br

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).

BRENDA CREDENDIO SILVA

DRIELLY RIGOTI YAMADA

ISABELA ZATTI PERIN

MARIA CAROLINA RASCASSI

POLIANA ROSA SANTOS

RAISSA GOULART

Graduandas em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

Resumo: O presente artigo volta-se para uma análise do movimento antimanicomial no Brasil. Para tanto, considera a legislação aplicável, o cinema e a literatura para abordar a temática proposta. O Movimento Nacional da Luta Antimanicomial fundamenta-se, nas palavras de Paulo Gabriel Godinho Delgado, no “humanismo, ciência, técnica, comunidade, afeto e história”. Trata-se de um tema complexo que demanda uma abordagem para além das disciplinas. O presente artigo propõe um estudo interdisciplinar a partir da hermenêutica compreensiva de Hans-Georg Gadamer, uma reflexão da questão manicomial, tendo como material de análise o filme “Nise, o coração da Loucura”; do documentário “Imagens do Inconsciente” e do livro “O Holocausto Brasileiro”. Expõe, ainda, o caso Damião Ximenes e aborda a legislação aplicável ao tema.

Palavras-chave: Direitos humanos. Luta antimanicomial. Cinema. Hermenêutica compreensiva.

Human rights and the anti-manicomial movement in Brazil: an analysis starting from the art

Abstract: This article turns to an analysis of the anti-manicomial movement in Brazil. Thus, it considers the applicable legislation, the cinema and the literature to approach the proposed theme. The National Movement of the Antimanicomial Fight is based, in the words of Paulo Gabriel Godinho Delgado, on “humanism, science, technique, community, affection and history”. It is a complex topic that requires an approach beyond the disciplines. The present article proposes an interdisciplinary study based on the comprehensive hermeneutics of Hans-Georg Gadamer, a reflection about the manicomial question, having as material of analysis the movie “Nise, the heart of the Madness”; the documentary “Images of the Unconscious” and the book “The Brazilian Holocaust”. It also exposes the Damião Ximenes case and addresses the legislation applicable to the topic.

Keywords: Human rights. Anti-manicomial fight. Movie theater. Comprehensive hermeneutics.

¹ Este artigo é baseado na pesquisa “Direitos humanos e arte: interseções para a compreensão do fenômeno jurídico e para a ampliação das possibilidades do ensino do direito e da prática jurídica”, desenvolvida pelos discentes ao longo do ano de 2016, com o auxílio do Núcleo de Pesquisa das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP, (PESQDIR2016345).

Introdução

Uma questão que pauta a temática atual dos direitos humanos é aquela que indaga sobre sua efetivação. Bobbio, inclusive, propôs que, em relação aos direitos humanos, não mais prepondera a busca pela sua fundamentação, exige-se atualmente a garantia de sua proteção². Proteger e promover direitos humanos é um desafio que supera o universo eminentemente jurídico da positividade e deve ser pensado em outras dimensões, vale dizer, histórica, política, ética e filosófica.

Leis são criadas e aplicadas. No entanto, consideradas isoladamente não efetivam direitos. Decorrem de processos históricos que podem ser confeccionados por um trabalho exclusivamente de gabinete ou podem decorrer de processos históricos, de articulações de movimentos sociais que se manifestaram pela sua efetivação.

Problemas reais e violações de direitos alimentam a formação de sistemas de direitos humanos que procuram transformá-los e superá-los. Essa é a premissa que orienta a análise da Luta Antimanicomial no Brasil aqui proposta e que, diante dos moldes como se apresenta, exige uma perspectiva interdisciplinar que, no presente caso, se dá diante de uma relação possível entre direito e arte.

A condição da loucura e daqueles que eram denominados de loucos oscilou entre (e incluiu) a violência, a exclusão, a des-responsabilização e a experimentação médica. Essa condição foi tomada de questões de moralidade, julgamento, invalidez, incapacidade, desocupação, entre outros. Amarante apontou os loucos como os sujeitos de vivências que destoavam, seja por questões biológicas e/ou psicossociais, do modelo instituído como normal, em experiências de vida que destoavam daquilo que ideologicamente fora padronizado³. Perceber essa condição da loucura é algo mais amplo que patologizar a questão diante da afirmação de que os loucos são doentes. O Estado, diversos profissionais e a própria sociedade tinham por referência reduzir a complexidade do fenômeno loucura à uma doença cujo tratamento partia do isolamento social.

A luta antimanicomial se caracteriza tanto pela mobilização da sociedade em prol dos direitos das pessoas acometidas por sofrimentos mentais, transitórios como permanentes, quanto em defesa de formas humanizadas de cuidado, atenção e promoção de vítimas, famílias e trabalhadores⁴. Dentro deste contexto, há a batalha pela reforma de um modelo de assistência àquele que é acometido por referido sofrimento mental, eis que, desde o início desta luta, o isolamento do paciente é o mote da maioria das ações implementadas, dos tratamentos aplicados por manicômios, tudo isso fruto do preconceito que permeia a doença mental.

O papel exercido pelos movimentos foi indispensável para se construir um arcabouço jurídico e proteção e promoção de direitos. Mas tratar desse tema deve seguir para além do texto da lei e esse se torna um desafio que exige sensibilização. O direito é comumente relacionado ao concreto, ao racional, muitas vezes se afastando das emoções. Essas, a partir de um material artístico, promovem aberturas na compreensão das questões do mundo, tais quais a do sofrimento, dos direitos e das violações de doentes mentais.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 17. tiragem. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992. p. 25.

³ AMARANTE, *Loucos pela vida*: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995 apud LUCHMANN, Lígia Helena Hahn; RODRIGUES, Jefferson. O movimento antimanicomial no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 399-407, abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000200016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 abr. 2016.

⁴ LUCHMANN; RODRIGUES, op. cit., p. 402.

Segundo Júlio Cabrera⁵, não basta entender o problema objetivo (lógico), é também necessário assimilá-lo através de uma experiência sensitiva, dramática e emocional para que então seja compreendido e afetado.

Em geral, costumamos dizer a nossos alunos que, para se apropriar de um problema filosófico, não é suficiente entendê-lo: também é preciso vivê-lo, senti-lo na pele, dramatizá-lo, sofrê-lo, padecê-lo, sentir-se ameaçado por ele, sentir que nossas bases habituais de sustentação são afetadas radicalmente.⁶

Desta forma, para ampliar a compreensão dos direitos humanos e também onde sua aplicação é urgente, se faz necessário que o direito recorra a provocações existenciais para além da letra da lei. Na arte, seja o cinema e a história retratada pela literatura, há um material de análise e interpretação. Assim, por intermédio de formas artísticas, em especial a cinematográfica, busca-se de que maneira a questão mental e a luta antimanicomial se manifestaram e foram enfrentadas.

Os direitos humanos na luta antimanicomial, neste texto, indicam como material de análise o filme “Nise, o coração da Loucura” (2016), de Roberto Berliner, que retrata uma parte do percurso da Dra. Nise da Silveira, considerada a pioneira da Reforma Psiquiátrica no Brasil; o documentário “Imagens do Inconsciente” (1987), de Leo Hirszman, e o livro “O Holocausto Brasileiro” (2013), de Daniela Arbex, de trabalho humanizado, que “devolveu nome, história e identidade à todos aqueles que foram vítimas em um campo de concentração chamado Colônia, o maior hospício do Brasil, localizado em Barbacena/MG”. Correlacionando com a legislação aplicável propomos pensar sobre um tema histórico.

A história é, realmente, uma fonte de verdade muito distinta da razão teórica. Cícero já tinha em mente isso quando a chama de *vita memoriae*. Seu direito próprio repousa no fato de as paixões humanas não poderem ser regidas pelas prescrições genéricas da razão. Para tanto, são necessários exemplos convincentes, que somente a história pode fornecer. É por isso que Bacon denomina a história que apresenta tais exemplos como um outro caminho do filosofar (*alia ratio philosophandi*).⁷

Esse trabalho considera a hermenêutica compreensiva de Gadamer para abordar a legislação aplicável, a doutrina e os materiais indicados (filme, documentário e livro) para compreender, de forma interdisciplinar, como se deu a luta antimanicomial no Brasil e a forma que ela é retratada nas mais diversas formas de arte, aproximando, seja o expectador ou o leitor, de uma realidade que faz parte da história do país.

Concomitantemente a arte, visa-se analisar a atual legislação brasileira e os tratados aplicáveis ao tema como uma forma de proteção à dignidade humana, fielmente esquecida nos Manicômios. A título de exemplos, amarras eram postas nos pacientes considerados inquietos e violentos, a exploração dos internos em experimentos desnecessários à suas enfermidades e até mesmo as constantes agressões mentais e sexuais difundidas por aqueles que detinham o dever de zelo integravam o modelo instituído e aplicado àqueles que sofriam (ou eram considerados acometidos) de transtornos mentais.

⁵ CABRERA, Júlio. *O cinema pensa: uma introdução à filosofia através dos filmes*. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015. p. 60-61.

Verdadeira não é apenas a compreensão e busca pelo fim desse modelo manicomial lúgubre, principalmente no Brasil, mas torná-la a principal relação entre o preconceito abordado da visão humana e a interação com algo tão pouco compreendido como, por exemplo, as doenças mentais, acompanhado do direito legislativo em torno da dignidade humana.

Para Gadamer, entender e compreender é um modo de contribuir à cultura da humanidade e até mesmo à autocompreensão do próprio indivíduo. A hermenêutica, como ofício do interpretar e que compreende algo mais do que em sua mera aparência ou superficialidade, é a “capacidade de um contato compreensivo com os homens”⁸. Esse contato é promovido a partir da fusão de horizontes, em uma intenção interpretativa.

Assim considerando, é preciso acabar com o pré-conceito existente sobre o direito, deixar de associá-lo apenas a uma técnica, a interpretações literais, aos livros grandes e pesados e reduzi-lo tão somente a uma lei. No mundo jurídico, uma mesma questão pode ser analisada sob diversos aspectos e, comumente, existem várias opiniões sobre um mesmo caso.

É possível pensar o direito com vistas à interdisciplinaridade, como uma forma de mudar a sociedade em que vivemos e transformá-lo em uma arte capaz de fazer com que outras pessoas se encantem e comecem a vê-lo como algo próximo ao cotidiano, presente nas relações mais simples e corriqueiras.

Ao compreender algo, Gadamer ressalta a necessidade de se superar o texto como ponto de partida, e ressalta o papel da compreensão prévia. Como humanos somos integrados por uma compreensão pré-constituída. As posições dos seres em geral já estão inseridas em um contexto histórico e tradicional. É a partir dela que se dá uma possibilidade de verdadeira compreensão.

A luta antimanicomial

O movimento antimanicomial no Brasil, em largos traços, passou a se mostrar na década de 1970, no “contexto de abertura do regime militar”⁹, com o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental encorpado a partir da formação do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES) e do movimento de Renovação Médica (REME). A partir das ações desses movimentos, ocorreram diversas denúncias das condições precárias, irregulares e ilegais cotidianas em manicômios, salientando a já vista falência do modelo asilar-manicomial¹⁰.

Em 1978 se dá uma greve geral e ainda nesse ano o V Congresso Brasileiro de Psiquiatria que lançou discussões políticas no âmbito da saúde mental. No mês de janeiro de 1979 fora realizado o I Congresso Nacional de Trabalhadores em Saúde Mental e o III Congresso Mineiro de Psiquiatria, que reforçaram a consciência do papel político-colaborativo dos Trabalhadores em Saúde Mental, aumentando assim a possibilidade de denúncias sobre as pobres condições das instituições manicomialis¹¹.

Na década de 1980, a luta antimanicomial tomou força com a iminente redemocratização brasileira, culminando, em 1987, na I Conferência Nacional de Saúde Mental e no II

⁸GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica como filosofia prática*. In: GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57-87. p. 61.

⁹LUCHMANN; RODRIGUES, op. cit., p. 402.

¹⁰Id.

¹¹Id.

Congresso Nacional de Trabalhadores em Saúde Mental, esse último, lançado com o lema “Por uma Sociedade Sem Manicômios” e já contando com a presença de associações de familiares e usuários de saúde mental. Naquele momento ficou delineado um movimento que se afinava com as questões da sociedade e o Movimento da Luta Antimanicomial no Brasil, inclusive instituindo o dia 18 de maio como Dia Nacional da Luta Antimanicomial. Em 1993 o movimento constrói o I Encontro Nacional da Luta Antimanicomial¹².

Portanto, a partir da segunda metade década de 1970 as demandas conseguem estabelecer as bases do movimento social que se corporifica entre os anos de 1987 e 1993. A partir deste momento, a luta antimanicomial tomou novos rumos e teve grandes avanços que pleiteavam a extinção dos manicômios, mas também a instituição de novas práticas que superassem tanto o isolamento como a redução da questão às práticas assistenciais.

O “Manifesto de Bauru”, documento elaborado por ocasião do II Congresso Nacional de Trabalhadores em Saúde Mental, afina o teor do movimento político com usuários, familiares e profissionais e o modo de enfrentamento da questão, e a Carta de direitos de usuários, confeccionada no I Encontro Nacional da Luta Antimanicomial¹³ consolida o período de efetiva formação e fortalecimento do movimento de enfrentamento ao estado das coisas instituído pelo Estado brasileiro.

De lá para cá todos os envolvidos lançaram debates e práticas tanto complementares como antagônicas. Elementos se fortaleceram e outros se dispersaram e enfraqueceram. As perspectivas não têm sido homogêneas quanto aos conceitos, metodologias, práticas e responsabilidades.

Nesses caminhos, Delgado¹⁴ destaca a primeira lei brasileira de assistência aos loucos e a Portaria 189 de 1991¹⁵. Essa última inclui no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) cuidados com transtornos mentais.

Há que se destacar a aprovação e entrada em vigência da Lei 10.216/2001 (Lei da Reforma Psiquiátrica), a qual trata sobre “a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”. O texto da Lei, dentre outros itens, considera a internação hospitalar como última alternativa, e não como regra¹⁶.

Nesse processo de reforma também foram instituídos os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS)¹⁷ e as Unidades de Acolhimento¹⁸ e que integram uma rede de atenção, com diversas modalidades de atendimento, de caráter aberto e comunitário.

¹² LUCHMANN; RODRIGUES, op. cit.

¹³ Id., p. 403.

¹⁴ DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. Democracia e reforma psiquiátrica no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 12, p. 4701-4706, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011001300019&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 jul. 2016. p. 4703. Ainda, vide cronologia do tratamento da questão mental no Brasil. Disponível em: <<http://www.ccs.saude.gov.br/memoria%20da%20loucura/mostra/retratos06.html>> e <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/memoria_loucura1.pdf>.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 189, de 19 de novembro 1991*. Brasília, DF, 11 dez. 1991. Disponível em: <sna.saude.gov.br/legisla/legisla/psiq/SNAS_P189_91psiq.doc>. Acesso em: 2 jul. 2016.

¹⁶ BRASIL. *Lei n° 10.216, de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF, 6 abr. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

¹⁷ O primeiro CAPS foi criado em São Paulo, em 1987. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS n° 3.088, de 23 de dezembro de 2011*. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental, incluindo aquelas com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html>. Acesso em: 2 jul. 2016.

¹⁸ Criadas pela Portaria 121/2012. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS n° 121, de 25 de janeiro de 2012*. Republicada em 21 de maio de 2013. Institui a Unidade de Acolhimento para pessoas com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas (Unidade de Acolhimento), no componente de atenção residencial de caráter transitório da Rede de Atenção Psicossocial. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0121_25_01_2012_rep.html>. Acesso em: 6 maio 2015.

Esse processo histórico de sofrimento, invisibilidade, violência, luta e transformação se mostra presente a partir de obras, dentre outros, como o livro “Holocausto Brasileiro”, o documentário “Imagens do Inconsciente” e o filme “Nise – o coração da loucura”.

Estas denúncias, provocam elementos que por longo período foram isolados e ocultados das percepções da sociedade.

O “Holocausto Brasileiro”

O chamado holocausto brasileiro atravessou a maior parte do século XX trazendo sofrimento para os que foram denominados como “loucos”, a exemplo do entendimento de Amarante, citado acima. A jornalista Daniela Arbex, com seu trabalho humanizado, devolveu nome, história e identidade a todos aqueles que foram vítimas num campo de concentração chamado Colônia¹⁹.

Para escrever o livro, Daniela Arbex contou com o apoio de sobreviventes, médicos e funcionários do Colônia, que forneceram informações sobre a história que foi ocultada durante todos esses anos. Hoje restam 200 sobreviventes, dos quais mais de 100 foram entrevistados para tornar o livro fiel à realidade vivida pelas vítimas do holocausto.

O genocídio apresentado no livro é caracterizado pela convivência de médicos, de funcionários e até mesmo da sociedade, que se calavam diante do sistema implantado pelo Estado brasileiro. Dentre os relatos presentes, estão aqueles das pessoas que viveram o terror que era morar no Colônia, outros, das pessoas que viveram o horror que era trabalhar no Colônia, outros, de pessoas que passaram um dia pelo Colônia e nunca mais esqueceram, e outros, que tiveram parte de suas vidas tiradas pelo Colônia. Só quem passou pelo Colônia sabe como era difícil acordar em um novo dia. No hospital os diagnósticos eram padronizados, faltavam critérios para as internações. A maioria não era doentes mentais, apenas representavam uma ameaça a ordem pública

Por isso, o Colônia passou a ser um depósito de desafetos, homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoólatras, mendigos, pobres, negros, pessoas sem documentos e todos os tipos de indesejados, inclusive os chamados insanos. A teoria eugenista, que sustentava a ideia de limpeza social, fortalecia o hospital e justificava seus abusos.²⁰

A falta de humanidade não se resumiu a chegada ao Colônia, mas perdurou durante toda a estadia daqueles que foram considerados loucos. Quem chegava sem documento era considerado indigente e era batizado com um novo nome pelos funcionários. Mas, muito mais que a perda de sua própria identidade, eles perdiam todo um passado e a expectativa de um futuro. O que era para ser utilizado como terapia e tratamento, era tido como ferramentas de contenção e intimidação, como, por exemplo, o uso de medicamentos e eletrochoque.

A eletroconvulsoterapia existe, desde 1938, para tratamento de doenças mentais, mas seu uso, no século passado, foi muito controverso. A tecnologia do eletrochoque se modernizou há um par de décadas, sendo utilizada nos dias atuais com fins terapêuticos para alguns tipos de transtornos,

¹⁹ ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013. (Introdução).

²⁰ *Ibid.*, p. 25-27

como a depressão profunda, embora existam correntes contrárias ao seu uso. No Brasil, o método só passou a ter mais controle em 2002, quando o Conselho Federal de Medicina estabeleceu regras específicas para a adoção da técnica, como a necessidade de aplicar anestesia geral. Além da anestesia, a utilização de relaxantes musculares ameniza as convulsões, mas nem sempre foi assim. No Colônia, o choque era aplicado a seco e tinha características semelhantes à tortura.²¹

Mas, o sofrimento não acabava na tortura disfarçada de terapia, ele estava presente, claro e vívido no dia-a-dia daqueles que deveriam ser tratados como seres humanos. Lobotomia e banho de pressão também foram usados para conter aqueles que se revoltavam diante dos funcionários ou entravam em momentos de colapso. Difícil era não entrar em colapso quando sua humanidade era deixada de lado e passava-se a viver como um animal selvagem. Os pacientes levantavam às 5 horas e eram levados ao pátio até mesmo nos dias de chuva, e o café da manhã era servido apenas às 8 horas. Os doentes ficavam no pátio durante o dia inteiro, independente do frio ou da chuva, e só voltavam para os prédios para dormirem²².

E aqueles que não tiveram paz na vida, também não tiveram paz na morte. Mortes ocorriam diariamente no Colônia e muitos dos corpos eram vendidos para as faculdades de Medicina, e quando começaram a estranhar de onde tantos corpos vinham sem identificação, o resto daquilo que antes de entrar no Colônia era um ser humano, era decomposto no pátio, na frente de todos os outros pacientes, e seus restos mortais, vendidos. Quando o destino não era traçado por um negócio de compra e venda, aqueles que tiveram seu fim no Colônia eram carregado por seus companheiros até o Cemitério da Paz²³.

O cemitério foi criado praticamente junto com o hospital, por isso, a leitura que faço é que os doídos, assim como os negros, não eram enterrados junto com os normais – acredita Toledo, ao se referir à discriminação imposta àquela população.²⁴

Os relatos daqueles que viram a chegada dos lotes de cadáveres adquiridos pela Universidade de Juiz de Fora impressiona. O descaso não era apenas com os internos do Colônia, a situação degradante e a crueldade continuavam mesmo após a morte. Nenhum familiar autorizou a venda dos corpos dos moradores do Colônia, que eram tratados sem o mínimo de humanidade²⁵.

No pátio interno da faculdade havia dezenas de cadáveres espalhados pelo chão em grotescas posições. Parecia que um maníaco sexual havia passado por ali. Os corpos das mulheres, com as saias ou camisolas erguidas, pernas abertas, desnudando sua intimidade. Os homens, com as calças e cuecas – sujas umas, imundas outras – abaixadas. As fisionomias eram pálidas, esqueléticas. Barbas crescidas, cabelos desgrelhados, pareciam egressos de um manicômio. O cheiro não deixava dúvida de que estavam mortos havia dias.²⁶

Percebe-se um modo de agir e conceber que desconsiderava a condição humana dos envolvidos e deixava de considerar qualquer cultura de direitos para os envolvidos.

²¹ ARBEX, op. cit., p. 36.

²² Id.

²³ Id.

²⁴ Id., p. 68.

²⁵ Id.

²⁶ Id., p. 72.

Nise, o coração da loucura

O filme “Nise - o coração da loucura”²⁷ conta parte da trajetória de uma psiquiatra que busca alternativas e culmina propondo um novo método: usar a arte para o tratamento da esquizofrenia, dentre outros transtornos mentais. A história se passa em um hospital psiquiátrico no subúrbio do Rio de Janeiro. Nise da Silveira, após sair da prisão, retorna ao hospital onde os outros médicos implantam tratamentos como o eletrochoque e a lobotomia. Ao não aceitar esses métodos agressivos, Nise é isolada pelos colegas de trabalho que não concordam com a ideia da médica que sugere a terapia ocupacional²⁸.

A partir de então, começa uma luta incessante para a melhora dos pacientes, ou clientes, como a doutora os chamava. Com a ajuda dos enfermeiros do setor, a médica adota arte, como pintura, argila, fazendo com que os pacientes se sentissem à vontade e livres para pensar o que quisessem. Conforme o tempo foi passando, as obras de arte foram se aperfeiçoando, chegando a serem expostas em uma galeria de arte, e sendo elogiadas por um dos melhores críticos. A terapia ocupacional funcionou de tal forma, que alguns dos pacientes tiveram alta em pouco tempo, enquanto outros ficaram anos em eletrochoque sem ter nenhuma melhora. Nise é pioneira no uso da terapia ocupacional para o tratamento de doentes mentais.

Imagens do Inconsciente

“O Museu Imagens do Inconsciente tem uma história singular...”²⁹. Assim inicia-se a narrativa do documentário sobre o nascimento do museu dentro da ala terapêutica ocupacional organizada pela Dra. Nise da Silveira em 1946. Apresentando, também, sua contribuição para a ciência e principalmente para um determinado grupo de indivíduos que, até então, teve sua existência desprezada pela sociedade em geral.

A terapia ocupacional tinha como principal objetivo buscar atividades que serviriam de meios individualizados de expressão, ainda que a psiquiatria atual considere como mero auxílio em tratamentos e medicamentos tais como: convulsoterapia, psicocirurgia, entre outros. No entanto, foi por meio da pintura e modelagem que permitiu maior acesso ao mundo interno dos esquizofrênicos, atraindo, assim, o interesse científico.

Este método não buscava a produção de obras para o hospital, mesmo que tenha surgido a partir dos ateliês instalados dentro dele juntamente com vários outros setores ocupacionais como, por exemplo, a recreação, os trabalhos manuais, a música etc.

Daí nasceu-se a ideia de criar um museu que organizasse as obras criadas neste setor de atividade, a fim de oferecer o pesquisador condições de estudo de símbolos e para o acompanhamento da evolução de casos clínicos através dessa expressão espontânea. Em julho de 1986 reunia cerca de 200.000 documentos entre telas, pinturas sobre cartolina ou papel, desenhos e modelagem.³⁰

O local por inúmeras vezes foi tema para pinturas, demonstrando o quanto o ateliê era importante para cada um dos pacientes, pois, através de suas obras, foram capazes de dar formas às suas emoções e aflições. Desse modo, os resultados foram positivos, aqueles que

²⁷ NISE – o coração da loucura. Direção de Roberto Berliner. Roteiro de Patrícia Andrade; Leonardo Rocha; Roberto Berliner. Brasil, 2016. 1 CD. (35mm, 108”).

²⁸ Ibid.

²⁹ IMAGENS do Inconsciente. Direção de Leo Hirschman. Brasil, 1983/1987. 1 CD. (16mm, 284”).

³⁰ IMAGENS..., op. cit., 08’ 21”.

estavam internados passaram a frequentar o local e socializar-se com os demais, criando, a partir desse convívio, a afetividade e a criatividade, reconstruindo aos poucos o seu interior turvado.

O caso Damião Ximenes e o sistema interamericano de direitos humanos

Damião Ximenes Lopes foi uma vítima do holocausto manicomial que aconteceu na Casa de Repouso Guararapes, em Sobral, CE. Damião era portador de doença mental e foi internado na casa de repouso para receber tratamento psiquiátrico em 01 de outubro de 1999, e após dois dias de internação, quando sua mãe foi visitá-lo, encontrou-o com marcas evidentes de tortura, com a roupa suja e rasgada, mau cheiro, mãos amarradas para trás, o nariz sangrando, com hematomas pelo corpo, rosto inchado e pedindo que chamassem a polícia. Assustada, sua mãe procurou um médico para que socorresse seu filho que iria morrer. O médico disse que era para ela parar de chorar, pois ele detestava isso e respondeu “Deixa morrer, pois quem nasce é para morrer”, e então, sem examiná-lo, receitou um remédio ao Damião³¹.

Após esse episódio, sua mãe encontrou-o nu, deitado no chão de um quarto, com vida, e o enfermeiro disse a ela que ele estava calmo, que ela não precisava se preocupar. Então, quando ela foi embora e pouco depois de chegar em sua casa, recebeu a notícia do óbito de seu filho.

O médico que prescreveu medicamentos sem examiná-lo atestou que a causa da morte havia sido parada cardiorrespiratória. E todos os médicos silenciaram-se diante das torturas praticadas contra Damião. A família, sem acreditar nesse atestado, trasladou o corpo para necropsia na capital do Ceará, que, para surpresa de todos, resultou em “tratar-se de morte real de causa indeterminada”, o que colaborou com a omissão dos fatos que causaram a morte de mais uma vítima do manicômio de Sobral.

Além de toda essa omissão, quando Irene denunciou o caso e pediu a instauração de inquérito na Polícia Civil e Procedimento Administrativo no Ministério Público Federal, não houve a devida investigação, e os culpados continuavam impunes, praticando tortura, ainda, através da Casa de Repouso Guararapes, que estava funcionando como se nada havia acontecido.

Quando Irene percebeu que nada o Estado faria para recuperar os danos causados a sua família, tampouco neutralizar a situação e impedir que mais torturas oriundas de manicômios ligados ao Estado através do SUS causassem mais vítimas, ela foi até a Comissão de Direitos Humanos.

O Grupo de Acompanhamento e Avaliação da Assistência Psiquiátrica Hospital – GAPH-CE visitou a casa de repouso logo após a denúncia na Comissão, e concluiu que o local deveria ser denunciado ao Ministério Público e nos conselhos de categorias ligadas à assistência psiquiátrica para as devidas providências.

Até mesmo o relatório do grupo de especialistas em psiquiatria assinado pelo médico coordenador de Saúde Mental do Ceará concluiu que “A clínica não apresenta condições de funcionamento”³².

³¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 38/02*: Admissibilidade petição 12.237. Damião Ximenes Lopes. Brasil, 9 out. 2002. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2002port/brasil12237.htm#_ftn5>. Acesso em: 22 ago. 2016.

³² Id.

Após 49 dias de sua morte violenta, sua irmã, Irene Ximenes Lopes Miranda, denunciou o Brasil para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por violar os artigos 4, 5, 11 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigos que versam sobre o direito à vida, à integridade pessoal, proteção da honra e dignidade à recurso judicial³³.

Diante dos fatos relatados à Comissão e, que o procedimento administrativo e inquérito estavam parados internamente no país, o Estado brasileiro foi notificado pela Comissão por três vezes, que restaram infrutíferas, pois, até mesmo diante da Comissão Internacional de Direitos Humanos, o Estado se omitiu, não prestou nenhum esclarecimento, nenhuma informação, nenhuma resposta aos fatos alegados e nem questionou a admissibilidade dessa denúncia, quem dera manifestar-se-ia tão logo na esfera interna do país, para que esse caso não passasse impune aos olhos da Justiça.

Destarte, a Comissão decidiu pela admissibilidade da denúncia, e reconheceu a violação aos direitos previstos nos artigos 4 (direito à vida); 5 (direito à integridade física); 11 (proteção da honra e da dignidade); 25 (direito à recurso judicial) em conjunto com o artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos contidos na Convenção), da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁴.

Antes de encaminhar o caso em tela à Corte, a Comissão se dispôs a tentar um procedimento de solução amistosa entre as partes, e fez três recomendações para o Estado cumprir. Porém, o Estado, ainda assim, se esquivou dos problemas causados por si, e não cumpriu totalmente as recomendações, o que resultou no envio do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em 01 de outubro de 2004, a demanda foi instruída perante a Corte. No âmbito superior, o Estado, que se omitira diante da Comissão, interpôs uma exceção preliminar de não-esgotamento de recursos internos, junto com sua contestação e observações sobre as solicitações. Porém, a Corte desestimou a exceção do Estado na audiência pública que designou o que não surpreende, pois o Estado negou à família de Damião o direito de uma celeridade processual, de gozar de todos os recursos internos, por, unicamente, se omitir, tapar os olhos e os ouvidos e acreditar que a ordem está plena.

Quando as partes foram notificadas dessa decisão sobre a exceção do Estado, este reconheceu sua responsabilidade internacional pela violação dos artigos 4 (direito à vida) e 5 (direito à integridade pessoal) da Convenção Americana, reconheceu os fatos que se relacionam com a morte de Damião, e a falta de prevenção para que não ocorresse o incidente. A Corte prosseguiu com a referida audiência para continuar sua segunda parte, ouvir os depoimentos e laudos periciais dos convocados e as alegações finais relacionadas com o mérito e as eventuais reparações e custas, levando em conta a declaração de reconhecimento de responsabilidade pelo Estado face a violação dos artigos 4 e 5 exclusivamente.

Com isso, o Brasil ficou, aos olhos da Corte, bem visto, pois reconheceu as violações à vida e à integridade pessoal, admitiu suas falhas, expondo “evidente demonstração de seu efetivo compromisso com a tutela dos direitos humanos”. Essa atitude foi considerada ética

³³ BRASIL. *Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

³⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit.

e pode ter sido o primeiro passo para resolver o problema efetivamente, o que poderia ter ocorrido na esfera interna do país.

Quanto aos artigos 8 e 25, o Estado informou que respeitou o processo legal, garantindo o contraditório e a ampla defesa, que buscava a justiça e pretendia sancionar os responsáveis pelos maus-tratos e morte de Damião.

Evidentemente, a Comissão reiterou o pedido da condenação do Estado quanto aos artigos 8 e 25, pois foi mostrado que o Estado não cumpriu seus deveres. A família de Damião ressaltou que, após seis anos do ocorrido, os responsáveis ainda não receberam uma sanção do Estado e pede que seja reconhecida a violação do artigo 5º em detrimento dos familiares. Após essa desgastável discussão, a Corte admitiu o reconhecimento parcial da responsabilidade internacional do Estado pela violação aos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção; declarou a violação pelo Estado em detrimento de Damião, a violação do artigo 5 da convenção em detrimento dos familiares de Damião e a violação dos artigos 8.1 e 25.1 em detrimento de Irene (irmã) e Albertina (mãe).

A Corte dispôs que o Estado deverá investigar e sancionar os responsáveis por este caso em um tempo razoável; deverá publicar no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional os fatos provados na sentença e sua parte resolutiva; deverá desenvolver programa de capacitação para pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, e todos os outros profissionais ligados à área da saúde, especialmente sobre os tratos de pessoas com deficiência mental; deverá pagar, em dinheiro, à Irene e Albertina, a título de indenização por dano material, a quantia fixada em US\$ 1.500,00 (mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América); deverá pagar aos familiares, em dinheiro, a título de indenização imaterial, a quantia fixada em US\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) divididos em proporções diferentes para cada um deles; deverá pagar em dinheiro, a título de custas e gastos, à Albertina, o valor fixado em US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América), deverá apresentar, no prazo de um ano, relatório à Corte sobre as medidas adotadas para o cumprimento dos dispostos na Sentença³⁵.

O contexto legal da mudança e a Lei nº. 10.216/2001 (Lei da Reforma Psiquiátrica)

Em seu artigo 1º, a Lei 10.216/2001 estabelece que os direitos e a proteção das pessoas com transtorno mental devem ser assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno.

O artigo 2º apresenta um rol de direitos assegurados às pessoas com transtornos mentais, os quais são apresentados de maneira sintetizada:

- I – ter acesso a um tratamento de saúde adequado às suas necessidades;
- II – tratamento com humanidade e respeito;
- III – proteção contra qualquer forma de abuso ou violação;
- IV – sigilo de suas informações;
- V – esclarecimentos, por médico, quanto à necessidade ou não de internação involuntária;
- VI – livre acesso aos meios de comunicação;

³⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit.

- VII – receber esclarecimentos sobre a sua doença e sobre o tratamento adequado;
- VIII – tratamento em ambiente terapêutico com uso de meios menos invasivos;
- IX – tratamento em serviços comunitários de saúde mental.

Esse novo diploma legal também estabelece que nos casos de atendimento em saúde mental, a pessoa e seus familiares serão cientificados, formalmente, sobre todos esses direitos. A Lei ainda ressalta que compete ao Estado a promoção da política de desenvolvimento da saúde mental, bem como à assistência e a promoção das ações de saúde aos portadores de transtornos mentais. Entretanto, essa responsabilidade também pertence à sociedade e à família.

Como um dos principais objetivos, referida Lei impõe que o tratamento tenha a finalidade de reinserir o paciente em seu meio social, devendo, inclusive, oferecer apoio por meio de uma equipe multidisciplinar. E em razão dessa preocupação, a Lei dispõe que a internação, seja ela voluntária (com o consentimento do usuário), involuntária (sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro) ou compulsória (determinada pela justiça), só será admitida quando os recursos extra-hospitalares forem insuficientes.

A Lei ainda prevê que não poderá ser admitida a internação em instituições com características asilares, ou seja, aquelas que não ofereçam assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviço médico, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, lazer, dentre outros que visem a melhoria da condição de vida do usuário.

O que se percebe, é que essa lei, diferentemente das anteriores, estabelece como prioridade o respeito à dignidade humana das pessoas portadores de transtornos mentais e, ao invés de tentar excluir essas pessoas do convívio com a sociedade, ela traz mecanismos para promover essa reaproximação.

Esse foi um passo muito importante da nossa legislação brasileira, tendo em vista que a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 a dignidade da pessoa humana passou a ser prioridade, nos termos do artigo 1º, III, e como sabido, os tratamentos oferecidos a essas pessoas eram cruéis, de modo que não haveria como continuar se admitindo tamanha maldade para com essas pessoas.

Inclusive, o texto constitucional estabeleceu como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária sem discriminações de qualquer natureza, nos termos do artigo 3º, III, tendo como direito e garantia fundamental a igualdade, conforme disposto no artigo 5º.

A Portaria 336, de 19 de fevereiro de 2002

Referida norma tem por objetivo a criação dos Centros de Atenção Psicossocial, nas modalidades: CAPS I, CAPS II e CAPS III³⁶. Os centros de atenção psicossocial, além de promover o atendimento aos pacientes com transtornos mentais, realizam o atendimento aos usuários de crack, álcool e outras drogas. O tratamento oferecido busca evitar que o paciente tenha que ser internado, proporcionando o efetivo exercício de sua cidadania, bem como sua inclusão social e assim também pode oferecer auxílio às famílias.

³⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 336, de 19 de fevereiro de 2002*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0336_19_02_2002.html>. Acesso em: 1 set. 2016.

O Ministério da Saúde assim o considera:

[...] um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) ou Núcleo de Atenção Psicossocial é um serviço de saúde aberto e comunitário do Sistema Único de Saúde (SUS). Ele é um lugar de referência e tratamento de pessoas que sofrem com transtornos mentais, psicoses, neuroses graves e demais quadros, cuja severidade e/ou persistência justifiquem sua permanência num dispositivo de cuidado intensivo, comunitário, personalizado e promotor de vida.

O objetivo do CAPS é oferecer atendimento à população de sua área de abrangência, realizando o acompanhamento clínico e a reinserção social dos usuários pelo acesso ao trabalho, lazer, exercício dos direitos civis e fortalecimento dos laços familiares e comunitários. É um serviço de atendimento de saúde mental criado para ser substitutivo às internações em hospitais psiquiátricos³⁷.

Segundo as modalidades de CAPS estabelecidas pelo artigo 4º da Portaria nº 336/2002, assim é a divisão dos atendimentos:

- CAPS I: Serviços de Atenção Psicossocial dos municípios com população acima de 15.000 entre 20.000 e 70.000 habitantes, oferece atendimento diário para adultos com transtornos mentais severos e persistentes.
- CAPS II: Serviços de Atenção Psicossocial dos municípios com população acima de 70.000, oferece atendimento diário para adultos com transtornos mentais severos e persistentes.
- CAPS III: Serviços de Atenção Psicossocial dos municípios com população acima de 150.000 habitantes, oferece atendimento diário e noturno para adultos com transtornos mentais severos e persistentes.
- CAPSi: Serviços de Atenção Psicossocial dos municípios com população de cerca de 70.000 habitantes, oferece atendimento diário para crianças e adolescentes com transtornos mentais.
- CAPSad: Serviços de Atenção Psicossocial dos municípios com população superior a 70.000 habitantes, oferece atendimento diário para usuários de álcool e drogas. Esse tipo de CAPS possui leitos para o tratamento de desintoxicação, sendo que nos municípios com mais de 150.000 habitantes a unidade funciona por 24.³⁸

A equipe técnica varia conforme a modalidade de CAPS criada e se verifica que as estratégias associadas aos CAPS têm por referência a socialização dos sujeitos e integra o processo de enfrentamento ao isolamento.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146/2015)

Em seu artigo 2º o Estatuto apresenta um conceito sobre pessoa com deficiência, assim dispondo:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.³⁹

³⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde Mental no SUS: os Centros de Atenção Psicossocial*. Disponível em: <http://www.ccs.saude.gov.br/saude_mental/pdf/sm_sus.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2016.

³⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Centros de atenção psicossocial e unidades de acolhimento como lugares da atenção psicossocial nos territórios: orientações para elaboração de projetos de construção, reforma e ampliação de CAPS e de UA*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/centros_atencao_psicossocial_unidades_acolhimento.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2016.

³⁹ BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

Esse conceito constante no Estatuto foi trazido pelo Decreto 3.298/1999, que regulamentou a Lei 7.853/1989, que foi recepcionada e alterada pelo Estatuto. No inciso IV do art. 4º do Decreto, há o conceito da categoria do deficiente mental:

deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho.⁴⁰

O Estatuto tem base na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴¹, que foi ratificada pelo Brasil em 01º de agosto de 2008, e entrou em vigor em 25 de agosto de 2009. Essa Convenção tem o propósito de garantir a todas as pessoas com deficiência o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, promovendo o respeito pela sua dignidade inerente⁴².

Este novo diploma normativo visa à promoção, em igualdade de condições, do exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, aqui incluídos os portadores de transtornos mentais, de modo a proporcionar sua inclusão social, garantindo sua dignidade.

De acordo com o artigo 6º, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Todavia, para a prática de certos atos da vida civil poderá haver limitação dessa capacidade e, neste caso, a pessoa com deficiência poderá se utilizar do instituto da curatela.

Outra modificação importante foi o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, pelo qual a pessoa com deficiência elege, pelo menos, duas pessoas idôneas de sua confiança para prestar-lhe apoio na tomada de decisões sobre os atos da vida civil. Cumpre esclarecer que, neste caso, os “apoiadores” apenas fornecerão as informações necessárias para que a pessoa com deficiência exerça sua capacidade, ou seja, apenas lhe fornecerão auxílio.

Além disso, o Estatuto ainda traz como direitos da pessoa com deficiência: direito à vida; à saúde; à sexualidade; à paternidade e à maternidade; à alimentação; à habitação; à educação; à profissionalização; ao trabalho; à previdência social; à habilitação e à reabilitação; ao transporte; à acessibilidade; à cultura; ao esporte; ao turismo; ao lazer; à informação; à dignidade; ao respeito; à liberdade; à convivência familiar; dentre outros, os quais devem ser assegurados com prioridade, sendo que sua efetivação compete ao Estado, à sociedade e à família.

Historicamente, no direito pátrio, o portador de transtorno mental era tratado como incapaz. Assim foi nas Ordenações Filipinas, no Código Civil de 1916 e no de 2002, sofrendo, ao longo dos anos, pequenas alterações quanto aos termos e grau de incapacidade.

⁴⁰ BRASIL. *Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de novembro de 1999*. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Brasília, DF, 21 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

⁴¹ BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

⁴² Ibid.

O CC/1916 o qualificava como “loucos de todo o gênero” e o impedia de praticar qualquer ato da vida civil. Já o CC/2002 atenuou essa discriminação, mas manteve como absolutamente incapaz as pessoas com “enfermidade ou deficiência mental”.

Por muito tempo o portador de transtorno mental foi encarcerado sem julgamento adequado, além de ser submetido a tratamentos sub-humanos.

O Estatuto retirou o portador de transtorno mental da condição de incapaz, atribuindo-lhe capacidade para a prática de determinados atos da vida civil, como, por exemplo, casamento, constituição de união estável, exercício do direito à guarda, à tutela, à curatela e adoção, dentre outros, e visou a inclusão social e cidadania.

Considerações finais

Apesar de as instituições do modelo asilar-manicomial terem diminuído em números, até hoje, ainda existem hospitais e asilos funcionando no mesmo modelo de outrora, o que nos mostra que a luta antimanicomial está longe de seu final. A atualidade constitui um contexto transicional da reforma psiquiátrica, caminhando no enfrentamento para práticas diferenciadas⁴³, para a expansão de programas emancipadores que garantam convivência, inserção social e respeito aos espaços ocupados.

Com os materiais utilizados, através da arte foi possível descobrir e sentir como as pessoas que viviam em instituições asilar-manicomial viveram. Esse retrato, apesar de distante, é um forte momento da sociedade brasileira. Desprezado por tanto tempo, hoje, não pode ser esquecido.

Nas obras acessadas as pessoas que foram submetidas a tratamentos desumanizados, que tiveram suas histórias e personalidade arrancados deles, merecem que todos saibam o que aconteceu. Mas, merecem muito mais, que em nome deles e por seus iguais, que essa história não se repita nunca mais.

O direito e a arte caminham juntos. A arte através de sua manifestação procura alertar de modo sensível e imagético a sociedade quanto à determinado assunto. Na presente, busca alertar sobre a importância do movimento da luta antimanicomial, em complemento à filosofia e sua característica conceitual e situada no lógos.

Enquanto o Direito e sua objetividade cuidam dos direitos dessa população e sua concretização. O direito é o responsável por doutrinar e proteger o que chamamos de direitos humanos, um assunto subjetivo, que vem da alma, precisa ser sentido. Nesse caso, a arte se encarrega de demonstrar esses direitos sendo violados, através de suas mais variadas manifestações sensoriais. A arte reproduz a vida e o direito encarrega-se de alertar e mostrar modos de protegê-la.

As dificuldades na perspectiva de tratamento e cura são sintomas dos limites de um sistema que não pode confirmar a lacuna e fortalecê-la, mas enfrentá-la.

⁴³ DELGADO, op. cit., p. 4703.

Referências

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 17. tiragem. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992.

BRASIL. *Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de novembro de 1999*. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Brasília, DF, 21 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

_____. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

_____. *Lei nº 10.216, de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF, 6 abr. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

_____. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011*. Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental, incluindo aquelas com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html>. Acesso em: 2 jul. 2016.

_____. *Portaria GM/MS nº 121, de 25 de janeiro de 2012*. Republicada em 21 de maio de 2013. Institui a Unidade de Acolhimento para pessoas com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas (Unidade de Acolhimento), no componente de atenção residencial de caráter transitório da Rede de Atenção Psicossocial. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/2013/prt0121_25_01_2012_rep.html>. Acesso em: 6 maio 2015.

_____. *Portaria 189, de 19 de novembro 1991*. Brasília, DF, 11 dez. 1991. Disponível em: <sna.saude.gov.br/legisla/legisla/psiq/SNAS_P189_91psiq.doc>. Acesso em: 2 jul. 2016.

_____. *Portaria nº 336, de 19 de fevereiro de 2002*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/2002/prt0336_19_02_2002.html>. Acesso em: 1 set. 2016.

_____. *Saúde Mental no SUS: os Centros de Atenção Psicossocial*. Disponível em: <http://www.ccs.saude.gov.br/saude_mental/pdf/sm_sus.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Centros de atenção psicossocial e unidades de acolhimento como lugares da atenção psicossocial nos territórios: orientações para elaboração de projetos de construção, reforma e ampliação de CAPS e de UA*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/centros_atencao_psicossocial_unidades_acolhimento.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2016.

CABRERA, Júlio. *O cinema pensa: uma introdução à filosofia através dos filmes*. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 38/02: admissibilidade petição 12.237*. Damião Ximenes Lopes. Brasil, 9 out. 2002. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2002port/brazil12237.htm#_ftn5>. Acesso em: 22 ago. 2016.

DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. Democracia e reforma psiquiátrica no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 12, p. 4701-4706, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011001300019&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 jul. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. Hermenêutica como filosofia prática. In: GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57-87.

_____. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

IMAGENS do Inconsciente. Direção de Leo Hirszman. Brasil, 1983/1987. 1 CD. (16mm, 284’).

LUCHMANN, Lígia Helena Hahn; RODRIGUES, Jefferson. O movimento antimanicomial no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 399-407, abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000200016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 abr. 2016.

NISE – o coração da loucura. Direção de Roberto Berliner. Roteiro de Patrícia Andrade; Leonardo Rocha; Roberto Berliner. Brasil, 2016. 1 CD. (35mm, 108’).

Obras consultadas

ASSOCIAÇÃO DE VOLTA PARA CASA. Associação José Martins de Araújo Jr. *Movimento da luta antimanicomial*. Disponível em: <<http://www.assdevoltaparacasa.org.br/page9.htm>>. Acesso em: 1 set. 2016.

_____. *Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989*. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência. Brasília, DF, 25 out. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm> Acesso em: 1 set. 2016.

BRASIL. Secretaria-Executiva. Subsecretaria de Assuntos Administrativos. Coordenação-Geral de Documentação e Informação. Centro Cultural da Saúde. *Memória da loucura*. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/memorialoucura1.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Centro Cultural de Saúde. *A reforma psiquiátrica brasileira e a política de saúde mental*. Disponível em <<http://www.ccs.saude.gov.br/vpc/reforma.html>>. Acesso em: 1 set. 2016.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA – 17ª REGIÃO. *18 de maio: Dia Nacional da Luta Antimanicomial*. Disponível em <<http://www.crpm.org.br/18-de-maio-dia-nacional-da-luta-antimanicomial/>>. Acesso em: 1 set. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. Saúde mental e direitos humanos: 10 anos da Lei 10.216/2001. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 63, n. 2, p. 114-121, 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672011000200012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 ago. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador, BA: Juspodivm, 2016.

Por uma educação jurídica contextualizada e crítica

JOÃO ROBERTO GORINI GAMBA

*Mestre e Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Professor na Universidade de Mogi das Cruzes (UMC). Advogado.*

Resumo: O presente trabalho busca analisar, de maneira crítica, os objetivos precípuos visados pelo atual modelo educacional, demonstrando assim sua função de promover a estabilidade cultural. Adicionalmente, pretende apresentar uma possível superação deste modelo por meio de uma educação que forneça ao educando um entendimento contextualizado e crítico.

Palavras-chave: Educação. Educação contextualizada. Educação crítica.

For a contextualized and critical legal education

Abstract: This paper aims to critically analyze the main objectives of the current educational model, thus demonstrating its function of promoting cultural stability. In addition, it intends to present a possible overcoming of this model through an education that provides the student with a contextualized and critical understanding.

Keywords: Education. Contextualized education. Critical education.

Introdução

As diversas transformações socioeconômicas verificadas ao longo dos últimos séculos geraram, como não poderia ser diferente, uma necessidade de adequação a todos os ramos da vida social. A educação, em especial, teve também de se adequar às necessidades impostas pelas estruturas sociais e pelo modo de vida alterado, até chegar ao atual modelo que, dentre outros efeitos, tratou de torná-la um veículo necessário para aquisição de uma técnica – quando não de apenas um mero requisito formal (diploma) – para o preenchimento de cargos necessários ao correto funcionamento das estruturas postas. Desvinculou-se, portanto, daquela ótica – atualmente utópica – que a via como meio de transmissão – ou melhor, construção – de conhecimento.

Neste contexto, a falta de uma abordagem crítica e de grades curriculares compostas por matérias voltadas a questionamentos e reflexão são evidências desta roupagem dada à educação que, como será exposto adiante, remonta a um longo processo histórico de filiação a determinados interesses.

Conforme buscaremos demonstrar, o modelo que aqui se propõe para educação – em especial aquela fornecida no ensino superior em cursos de Direito – é aquele pelo qual esta não só transmite um conhecimento técnico específico, conforme cada ramo do saber – embora seja evidente a importância desta abordagem –, mas também prepara o educando para uma atuação consciente a partir da abordagem contextualizada dos temas estudados, bem como das estruturas postas e da realidade social e econômica do mundo que o circunscreve.

Contexto: em que mundo se ensina e se age

Buscaremos neste tópico remontar, em apertada síntese, a formação histórica do atual cenário sociopolítico sob o prisma da educação e das estruturas econômicas que a influenciam, entendendo que as escolas e universidades existem conforme uma relação dialética exercida

em face da sociedade: a educação influencia a criação da cultura de uma dada sociedade, mas também é fruto dela, reflexo de certas condições culturais que permitem o seu surgimento¹.

Posto isto, acreditamos ser necessário expor brevemente a formação e as principais características socioeconômicas do ambiente em que hoje se ensina e que será palco de atuação dos educandos, tomando como referência, por evidente, a situação da educação neste contexto. Ressaltamos, de início, que a tentativa de remontar a formação do atual cenário socioeconômico sob o prisma da educação é tarefa que para ser devidamente realizada deve ser alvo de um estudo próprio – e longo –, não nos sendo possível, assim, esgotar o tema dentro dos limites estabelecidos para este trabalho. Entretanto, entendemos que para abordar o tema da educação, sobretudo buscando uma educação que seja contextualizada, não podemos prescindir destas informações, mesmo que mínimas, a respeito do mundo em que se atua, seja como educador, seja como educando, visto ser a educação – e as instituições que a circundam – parte significativa deste.

Neste sentido, destacamos que, no medievo, o clero absorveu a função pedagógica, sobretudo em virtude do longo período do monopólio da leitura e da escrita. Posteriormente, o surgimento do Estado laico, cercado pelo desenvolvimento das estruturas econômicas características da organização burguesa que lhe deu origem, ocasionou a participação ativa dos governos no processo pedagógico, com intento último da manutenção do sistema por meio da formação de mão-de-obra idônea à reposição dos quadros necessários para tanto, seja na esfera privada ou pública. A educação assumiria, portanto, seu papel no processo de estabilização cultural.

Antes deste período, entre os séculos XII e XVIII ocorre a criação das universidades, e a burguesia, nesse contexto, fazia seus filhos irem às escolas de Direito, visando, sobretudo, a continuidade dos negócios da família e os cargos nos Tribunais². Gradativamente, foi ocorrendo a laicização do ensino e o preenchimento dos quadros públicos por aqueles que prezavam pelos interesses predominantes, ocorrendo, por consequência, o enfraquecimento do clero. Com efeito, o fortalecimento da burguesia³ no período altera as estruturas sociais, vez que o desenvolvimento das relações comerciais entroniza na sociedade novas formas de organização social, entrando em conflito com as estruturas feudais e reais consolidadas. Conforme Franco Cambi⁴, “todo o universo da educação sofre uma transformação no sentido burguês: especializa-se, articula-se, socializa-se e, gradativamente, também se laiciza, se separa do predomínio eclesiástico, pondo em ação os primeiros germes da Idade Moderna”.

Não obstante o notável desenvolvimento dessa classe, não é possível ainda falar de uma sociedade capitalista onde o poder político se encontra nas mãos de uma aristocracia feudal. Tal quadro, desfavorável aos interesses burgueses, se inverterá com as revoluções dos séculos XVII e XVIII, em especial com a Revolução Francesa. As diferenças sociais, que na sociedade feudal se davam pela hierarquia e funções, nesta nova ordem – a burguesa – se darão pela riqueza⁵.

¹ GADOTTI, Moacir. *Educação e poder: introdução à pedagogia do conflito*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 1998. p. 121.

² PUGLIESI, Márcio. *O ensino do direito como prática transformadora*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 65.

³ Para uma compreensão adequada do processo histórico da ascensão dos interesses burgueses, veja, por exemplo, TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

⁴ CAMBI, Franco. *História da pedagogia*. Trad. Álvaro Lorenzini. São Paulo: UNESP, 1999. p. 152.

⁵ PUGLIESI, op. cit., p. 65.

Posteriormente, com a evolução das técnicas a serviço de uma maior eficiência em processos produtivos, consolidou-se um novo mundo ditado conforme os interesses dominantes, agora institucionalizados, sendo notável que “a revolução industrial muda também as condições e exigências da formação humana”⁶. A partir do esvaziamento do valor econômico do ofício desempenhado pelo mero artesão, exige-se uma instrução técnico-científica como novo paradigma para a educação, visando, sobretudo, o preenchimento dos novos postos de trabalho e também o desenvolvimento de novas técnicas para o aperfeiçoamento dos processos produtivos.

Subsequentemente, no século XVIII, a educação tem de se adaptar ao novo mundo que está em construção, “de laicização dos intelectuais e de seus modelos culturais; de potencialização dos processos e das finalidades educativas; de reformismo político e intelectual etc. –, a educação também se foi transformando no sentido laico”⁷.

Em síntese, conforme tal desenvolvimento histórico, temos que:

O Estado moderno, instrumento de poder da classe dominante, a fim de manter e reproduzir as condições de sua dominação através de seu aparelho jurídico impõe não apenas dominação política aos trabalhadores de todos os níveis, mas desenvolve permanente hegemonia ideológica via a educação formal e todos os meios de comunicação de massa que ditam o estilo, a vontade e o gosto.⁸

Referido trecho esclarece o que se pretendeu demonstrar por este breve excurso histórico sobre as bases que geraram as condições socioeconômicas do mundo atual, tendo como plano de fundo a educação. Um ambiente que apresenta uma pseudoneutralidade, mas é, de fato, poluído ideologicamente. É sobre tal poluição que devemos nos precaver mediante uma educação que aqui se pretende contextualizada, de modo que o educando saiba dessas condições que permeiam o mundo – e, em especial, seu processo educacional – e leve-as em conta em sua atuação mundana.

Os objetivos do atual modelo educacional

Conforme abordado no breve excurso histórico feito acima, a formação do atual cenário socioeconômico é, grosso modo, fruto de uma evolução histórica que consagrou o domínio da sociedade por uma classe mediante diversos meios, dentre eles a imposição ideológica operada por meio da educação⁹. Neste sentido, István Mészáros nos alerta que:

A educação, que poderia ser uma alavanca essencial para a mudança, tornou-se instrumento daqueles estigmas da sociedade capitalista: fornecer os conhecimentos e o pessoal necessário à maquinaria produtiva em expansão do sistema capitalista, mas também gerar e transmitir um quadro de valores que legitima os interesses dominantes.¹⁰

⁶ MANACORDA, Mario Alighiero. *História da Educação: da antiguidade aos nossos dias*. Trad. Gaetano Lo Monaco. São Paulo: Cortez, 1989. p. 271.

⁷ CAMBI, op. cit., p. 236.

⁸ PUGLIESI, op. cit., p. 106.

⁹ Neste mesmo sentido: “Assim, a educação tem papel importante na configuração, na disseminação e na reprodução da ideologia e, conseqüentemente, na consolidação do consenso social, na preservação do bloco histórico dominante e na reprodução da própria estrutura de produção da formação econômica do referido grupo.” (SEVERINO, Antônio Joaquim. *Educação, ideologia e contra-ideologia*. São Paulo: EPU, 2005. p. 44).

¹⁰ MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. Trad. Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 15.

O trecho pontua, sob a visão do referido autor, os objetivos da educação dentro do sistema produtivo capitalista, em que a educação se torna mercadoria, tal como qualquer outra, lembrando que, para Mészáros “é necessário romper com a lógica do capital se quisermos contemplar a criação de uma alternativa educacional significativamente diferente”¹¹.

Na mesma linha, sobre o papel do atual modelo educacional, nos ensina Márcio Pugliesi que:

a educação representa uma tentativa de o sistema manter sua homeostase, tanto à custa de formar quase exclusivamente mão-de-obra de reposição de quadros, tanto de serviço público em todas as formas de produção (mesmo as arcaicas), quanto, dada a imperiosa necessidade de prover sustento e abrigo, aquela destinada aos quadros da iniciativa privada nos diferentes modos de produção.¹²

Em suma, o atual modelo educacional se baseia em garantir o reposicionamento nos quadros do Estado e em atender aos moldes pretendidos pela iniciativa privada, ocasionando um ensino apenas técnico, voltado exclusivamente ao exercício de atividades laborais, sem qualquer pretensão de disseminar ou construir conhecimento crítico ou de utilizar a educação como prática de transformação, emancipação ou liberdade.

A falta de um ensino crítico produz uma massa de educados com um conhecimento – no máximo – apenas técnico, direcionado para a realização de um determinado trabalho, para o qual “se educou”. Com pouca ou nenhuma capacidade criativa e inovadora, tais trabalhadores garantem a reposição de funções que deles necessitam para sua perpetuidade, seja no âmbito do serviço público, preenchendo as instituições como a situação necessita, seja nos moldes pretendidos pela iniciativa privada, que financia – ou melhor, investe – em tais modelos.

Como exemplo deste quadro, podemos apontar o ensino jurídico, onde é clara a tentativa de direcionamento dos cursos de Direito para modelos que produzam uma massa de trabalhadores especializados em determinadas áreas, normalmente carentes de profissionais por conta de fatores mercadológicos, gerando, no fim, o que se costuma chamar “operadores do direito”, vistos, neste contexto, mais como meras “peças” de um processo produtivo qualquer e não como efetivos operadores, posto que com pouco ou nenhum conhecimento crítico que os possibilite inovar. Ademais, acaba por mitigar expressivamente as possibilidades de transformação social que os indivíduos inseridos neste ramo de atividade possuem.

Posto isto, é fácil reconhecer que o conteúdo educacional das instituições que buscam fornecer um mero conhecimento técnico – embora não pareça ele mesmo ideológico – bem como os usos aos quais ele é destinado nas economias de mercado e a forma pela qual ele opera nas – e através das – escolas são “determinados” pelos padrões estruturais existentes¹³.

Em suma, temos que o papel da educação conforme estabelecida consiste em uma simples preparação para a reposição de campos de trabalho disponíveis, em todos os níveis (público ou privado) da sociedade, conforme as necessidades de reposição de quadros existentes.

¹¹ Ibid., p. 27.

¹² PUGLIESI, op. cit., p. 55.

¹³ APPLE, Michel W. *Educação e poder*. Trad. Maria Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1989. p. 67.

A importância e as possibilidades da educação

É sabido que, dentre outras, a substancial diferença que o ser humano apresenta com relação aos demais seres vivos conhecidos consiste na capacidade de produzir cultura¹⁴. De fato, sabe-se que o homem necessita produzir sua própria existência mediante a apropriação do que lhe for necessário. Para tanto, ao invés de se adaptar a natureza, o homem a transforma mediante seu trabalho sobre ela.

Aleixei Leontiev nos ajuda a entender com clareza a distinção entre humanos e outros animais quanto à transmissão do conhecimento:

Os chamados “instrumentos” animais realizam também determinadas operações: por exemplo, os macacos, aprendem, como se sabe, a utilizar o pau para alcançar os frutos. Mas nos “instrumentos” animais, estas operações não se fixam, e eles, os instrumentos, não se convertem em meios executores estáveis dessa operação. Quando o pau nas mãos do macaco cumpre a sua função converte-se de novo num objecto que lhe é indiferente. É por isso que os animais não guardam os seus “instrumentos” e estes não se transmitem de geração em geração.¹⁵

Diante desta constatação, temos que os animais não possuem a capacidade de compartilhar conhecimentos adquiridos com as gerações seguintes; não produzindo, portanto, cultura, tal como os homens, já o sabemos, fazem. Ora, tal compartilhamento de conhecimentos adquiridos nada mais é do que o processo pelo qual o ser humano que o possui transmite ao que ainda não possui. Está caracterizado, aí, o processo de ensinamento/aprendizagem, exclusivo – até onde se sabe – dos seres humanos.

Assim, concluímos, por ora, que a possibilidade de aprendizagem consiste num dos fatores determinantes para a caracterização do próprio ser humano enquanto tal. Afinal, sem essa capacidade de transmissão de conhecimento, não teríamos de qualquer forma nos diferenciado dos demais grupos de animais e estaríamos sujeitos às vontades da natureza, pois não teríamos dominado suas leis¹⁶.

No mesmo rumo, Moacir Gadotti nos fala sobre a atuação humana na natureza e na sociedade:

O homem pode intervir em dois níveis: sobre a natureza e sobre a sociedade. O homem intervém sobre a natureza para dominá-la, isto é, para torná-la útil. Dessa forma ele transforma o meio natural em meio cultural (científico e técnico). Da mesma forma ele intervém sobre a sociedade de homens, na direção de um horizonte mais humano. O ato pedagógico insere-se nessa segunda tipologia. É uma ação do homem sobre o homem.¹⁷

¹⁴ “Durante cerca da última metade do século XIX, a solução que prevalecia quanto ao problema da origem da cultura foi o que se poderia chamar a teoria do ‘ponto crítico’. Este termo, que foi adoptado pelo decano da antropologia norte-americana, Alfred Kroeber, recentemente falecido, postula que o desenvolvimento da capacidade de adquirir cultura foi uma conquista repentina, de um momento para o outro, tipo um salto quântico, na filogenia dos primatas: num dado momento da história da hominização – isto é, da ‘humanização’ de um ramo da linha dos primatas – se produziu uma alteração orgânica prodigiosa ainda que provavelmente pequena em termos genéticos ou anatómicos. Esta modificação, que se poderia supor ter tido lugar na estrutura cortical, tornou possível que um animal cujos progenitores não tinham conseguido um desenvolvimento superior, se tornasse apto, segundo as palavras de Kroeber, ‘a comunicar, aprender, ensinar, generalizar a partir de uma infima cadeia de sentimentos e atitudes diferentes’. Com ele começaria a cultura e, uma vez iniciada, estabelecer-se-ia sobre o seu próprio curso de tal modo que o seu desenvolvimento seria completamente independente da ulterior evolução orgânica do homem. Todo o processo de criação da capacidade do homem moderno de produzir e de utilizar a cultura foi definido como uma transformação quantitativa marginal que deu lugar a uma diferença qualitativa radical.” (GEERTZ, Glifford. Transição para a humanidade. In: ENGELS, Friedrich et al. *O homem e a cultura*. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1976. p. 23.

¹⁵ LEONTIEV, Aleixei Nikolaevich. O homem e a cultura. In: ENGELS et al., op. cit., p. 49.

¹⁶ “Diferentemente do instinto, a tecnologia implica uma apreensão intelectual dessas leis, um processo de abstração que será em seguida desdobrado num processo de concretização: quando o homem pré-histórico aprendeu a fazer fogo através do uso de instrumentos, essa habilidade continha embrionariamente a compreensão das leis da natureza como leis. Nesse caso, em vez de manifestar-se diretamente, a lei da natureza se manifesta como lei através da tecnologia do homem, isto é, como atividade refratada pelo conhecimento.” (SANTOS, Laymert Garcia dos. *Polítizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética*. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 233).

¹⁷ GADOTTI, op. cit., p. 67-68.

Exaltado, portanto, o papel da educação como diferencial dos seres humanos, é essencial que façamos o uso desta poderosa capacidade para aprimorar nossa condição de vida por meio desta fantástica forma de ação do homem sobre o homem.

Por uma educação contextualizada e crítica

Conforme nos ensina Durkheim¹⁸, a educação não visa desenvolver potencialidades ocultas que apenas aguardam para serem reveladas, mas em verdade ela cria um novo ser no homem. Se assim a entendermos, temos que por meio da educação é possível a criação de um novo ser em substituição ao que já não existe mais – apagado pela luz do conhecimento transmitido. Tal sujeito não surgirá a partir de um mero receptáculo de informações acríicas¹⁹, mas mediante um processo dialético em que é construído e se constrói ao mesmo tempo.

Com essa perspectiva, temos de revolucionar a educação atual, alterando-a de uma educação de simples transmissão de conhecimento, para uma inovadora, de criação. Conforme Gadotti:

Há uma luta no interior da educação e do sistema escolar entre a necessidade de *transmissão de uma cultura existente* (ciência, valores, ideologia), que é a tarefa conservadora da educação, e a necessidade de criação de uma nova cultura que é a tarefa revolucionária da educação.²⁰

Percebemos, ainda, na linha desenvolvida por Antônio Joaquim Severino, que a educação pode desenvolver um discurso *contra-ideológico*, de forma a “desnudar, explicitando-o, o vínculo que relaciona as várias formas de discurso às condições sociais que o engendram e tornando manifestas as causas reais, denunciando as explicações que apelam para causas que o são apenas na aparência”²¹.

No mesmo sentido vai Gadotti²², para o qual é necessário *lutar contra a educação*, colocando em evidência a função ideológica desempenhada por esta em relação ao contexto político, social e econômico e, deste modo, permitir que sejam revelados os sentidos ocultos daquilo que está no mundo que nos circunscreve e no conteúdo do que nos é ensinado. É isso que se pretende ao dizer que a educação deve se dar de maneira contextualizada, demonstrando o que há por trás das aparências que nos cercam.

Nos dizeres de Adorno, “a educação seria impotente e ideológica se ignorasse o objetivo de adaptação e não preparasse os homens para se orientarem no mundo”²³. E é mediante uma educação contextualizada e crítica de tal contexto que poderemos disseminar o conhecimento oculto das relações causais que recaem sobre as mazelas da sociedade brasileira e fazer gerar uma verdadeira consciência – longe do automatismo e mera reprodução do atual modelo – para criar cidadãos cuja consciência social, política e econômica esteja presente em suas ações.

¹⁸ DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. 3. ed. Trad. Stephania Matousek. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. p. 55.

¹⁹ “A narração, de que o educador é o sujeito, conduz os educandos à memorização mecânica do conteúdo narrado. Mais ainda, a narração os transforma em ‘vasilhas’, em recipientes a serem ‘enchidos’ pelo educador. Quanto mais vá ‘enchendo’ os recipientes com seus ‘depósitos’, tanto melhor educador será. Quanto mais se deixem docilmente ‘encher’, tanto melhores educandos serão.” (FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 44. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 66).

²⁰ Op. cit., p. 61. (grifo do autor)

²¹ Op. cit., p. 97.

²² Op. cit., p. 40-41.

²³ ADORNO, Theodor. *Educação e emancipação*. Trad. Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra, 1995. p. 143.

Conjectura

Frente à (des)construção feita acima, acreditamos que uma alternativa que viabilizaria a formação de indivíduos críticos, com consciência lúcida para além das aparências que os cercam, seria a implementação, em todos os níveis de ensino – fundamental, médio e superior – de disciplinas que se preocupam em estimular as habilidades de análise, síntese, sistematização, compreensão e crítica, ou seja, aquelas zetéticas, que fomentam o pensamento questionador e que buscam instigar os alunos ao desenvolvimento de sua capacidade de racionalizar acerca dos assuntos propostos.

Para precisar em moldes objetivos o que aqui se defende, é necessário, portanto, a inclusão de matérias tais como Filosofia, Sociologia, Antropologia, Psicologia, Economia, Ciência Política dentre outras que não partem de premissas dadas e, portanto, levantam questões sem pretensão de apresentar respostas certas e inquestionáveis, tal como fazem matérias dogmáticas, necessárias, mas que no âmbito educacional se transformam em conteúdos impositivos.

Com a maior presença e importância de tais disciplinas, evidentemente adequadas aos diferentes níveis, fornecemos ao educando uma visão sistêmica acerca do mundo que o circunscreve, para que este possa avaliar suas perspectivas dentro de um projeto ético individual, com consciência da coletividade, de forma que exerça um pensamento crítico a respeito do que ele representa dentro deste corpo social, buscando não uma mera reprodução do que há, mas uma reformulação conforme sua possibilidade e entendimento.

Conclusão

Com o avanço das técnicas e sua conseqüente repercussão nos modos de produção, a educação – tal como tudo mais – teve de se adaptar a tal modelo, sobretudo para continuar exercendo o papel que lhe é destinado neste sistema, qual seja, o de formação de mão-de-obra minimamente qualificada para as demandas do Estado e da indústria e, também, a de produção de novas técnicas, visando, sobretudo, uma maior eficiência nos processos produtivos.

Assim, temos que o papel exercido pela educação conforme o atual modelo não fornece aos educandos a possibilidade de um conhecimento verdadeiramente emancipatório, que lhes apresente elementos para uma análise crítica do ambiente socioeconômico em que estão situados para, assim, guiar suas ações no mundo ciente daquilo que os circunscreve.

Sobretudo neste cenário descrito, a formação de indivíduos críticos, com conhecimento e possibilidade de superar o atual modelo é essencial para um futuro incerto, de mercado e cada vez mais automatizado, em que os profissionais de diversos níveis e áreas – incluindo o setor jurídico – se encontram em fase de extinção.

Em todo este intrincado contexto, a inserção em todos os níveis de disciplinas que promovem um exaustivo questionamento acerca da realidade, e que fomentam a capacidade crítica dos alunos, sem pretensão de apresentar respostas corretas, é essencial para a formação deste que será um novo sujeito, não mais conduzido, mas condutor.

Referências

- ADORNO, Theodor. *Educação e emancipação*. Trad. Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- APPLE, Michel W. *Educação e poder*. Trad. Maria Cristina Monteiro. Porto Alegre, RS: Artes Médicas Sul, 1989.
- CAMBI, Franco. *História da pedagogia*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1999.
- DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. 3. ed. Trad. Stephania Matousek. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- ENGELS, Friedrich et al. *O homem e a cultura*. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1976.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 44. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- GADOTTI, Moacir. *Educação e poder: introdução à pedagogia do conflito*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 1998.
- GEERTZ, Glifford. Transição para a humanidade. In: ENGELS, Friedrich et al. *O homem e a cultura*. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1976.
- LEONTIEV, Aleixei Nikolaevich. O homem e a cultura. In: ENGELS, Friedrich et al. *O homem e a cultura*. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1976.
- MANACORDA, Mario Alighiero. *História da Educação: da antiguidade aos nossos dias*. Trad. Gaetano Lo Monaco. São Paulo: Cortez, 1989.
- MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. Trad. Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2005.
- PUGLIESI, Márcio. *O ensino do direito como prática transformadora*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.
- SANTOS, Laymert Garcia dos. *Politizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico da informação digital e genética*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Educação, ideologia e contra-ideologia*. São Paulo: EPU, 2005.
- TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

As técnicas processuais conferidas ao Relator no Novo Código de Processo Civil

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Professor dos cursos de graduação das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA) de Catanduva-SP e do Instituto Municipal de Ensino Superior.

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).

ALANA FÁVARO

GUILHERME LUIZ RIBEIRO

MARCUS VINÍCIUS DOS SANTOS NOVAES

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

Resumo: O presente artigo científico tem como objeto a análise das técnicas processuais conferidas ao Relator pelo Novo Código de Processo Civil, com escopo no princípio da primazia da decisão de mérito. A nova legislação processual adotou sistemática procedimental mais flexível, contando com um sistema de nulidades menos rígido, oportunizando, em sede recursal, ao relator, a reparação dos atos processuais defeituosos, bem como conferindo oportunidade ao mesmo quanto à possibilidade de extensão da fase cognitiva, como a produção de provas.

Palavras-chave: Princípio da primazia de decisão de mérito. Relator. Técnicas processuais.

The procedural techniques conferred on the Rapporteur in the New Code of Civil Procedure

Abstract: The purpose of this scientific article is to analyze the procedural techniques conferred on the Rapporteur by the New Code of Civil Procedure, with scope in the primacy principle of merit decision. The new process legislation adopted a more flexible procedural system, relying on a less rigid system of nullities, providing to the rapporteur, in recusal phase, the reparation of defective procedural acts, as well as giving him an opportunity for the possibility of extending the cognitive phase, such as the production of evidences.

Keywords: Primacy principle of merit decision. Rapporteur. Procedural techniques.

Introdução

Após o advento da Constituição Federal de 1988, o direito fundamental de ação (artigo 5º, XXXV) foi substancialmente modificado, ampliando-se as possibilidades de ingresso ao Poder Judiciário. Isso se deu através de novos mecanismos, tais como: (i) a criação de Juizados Especiais com isenções de custas em determinados casos; (ii) melhor abordagem na concessão dos benefícios da Justiça Gratuita; (iii) a enorme gama de direitos fundamentais inseridos no rol do citado artigo 5º, tais como o direito do consumidor e a elaboração de seu posterior Estatuto, cujo efeito fora de levar ao Judiciário incontáveis pedidos de reparação, muitas vezes por conta da péssima postura dos fornecedores de serviço ou produto; (iv) interesse das partes em buscar seus direitos os quais deveriam ser efetivados pelas políticas públicas, por exemplo, na chamada “judicialização da saúde”; (v) diferente tratamento dado ao dano moral e a maneira pela qual fora tratado pelos Tribunais nos últimos anos, até a criação da famigerada “indústria do dano moral”, dentre outros.

Além disso, vale ressaltar que o maior “freguês” do Poder Judiciário é o próprio Estado, notadamente quanto ao processo de execução fiscal. Segundo aponta o relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹, o número de execuções fiscais representa quase 40% do congestionamento do Poder Judiciário:

Os processos de execução fiscal são os grandes responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, tendo em vista que representam aproximadamente 39% do total de casos pendentes e apresentaram congestionamento de 91,9%, o maior dentre os tipos de processos analisados neste relatório. Devido ao seu grande impacto nos indicadores globais, esta classe será tratada detalhadamente a seguir.

A consequência dessa ampliação se dá nos milhões de processos que abarrotam o Poder Judiciário, que não estava estruturado e aparelhado para receber tamanho número de demandas, bem como não haver incentivo de políticas públicas para resolução de conflitos por outros métodos. Por conta disso, a resposta dos Tribunais se deu através da criação da chamada “jurisprudência defensiva”, extinguido os processos sem a resolução do mérito, apegando-se em formalismos exacerbados.

Com efeito, a relação jurídico-processual na vigência do Código Buzaid era palco de inúmeras questões técnicas, formais, enquanto o direito material ficava em segundo plano, típico do positivismo que construiu o citado Código. Contudo, com o advento da nova legislação processual civil, esse paradigma é quebrado. Fruto do fenômeno da “constitucionalização”, bem como dos movimentos como neoconstitucionalismo e pós-positivismo, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) é construído por dispositivos que visam a máxima eficácia das normas constitucionais atinentes ao processo.

Neste ponto, no que interessa ao presente trabalho, a primazia pela técnica processual é substituída pela primazia da resolução do mérito. Ou seja, o comando normativo é que o Poder Judiciário dê preferência para resolver o mérito, através de diversos meios e técnicas, em qualquer grau de Jurisdição, para sanar vícios processuais, produzir provas que entender necessárias, oportunizar às partes que se manifestem de questões supervenientes às decisões etc.

Dentro dessa perspectiva, o presente trabalho se volta para a eficácia do referido princípio nos processos que tramitam pelos Tribunais, e como o atual CPC ampliou as possibilidades do relator para atingir tal objetivo.

Princípio da primazia do mérito

De todos os atos processuais da atividade jurisdicional realizados pelo Estado (representado pelos julgadores, auxiliares da justiça, Ministério Público etc.), o de maior importância é o julgamento de mérito. Este pronunciamento é a resposta do Estado à pessoa acerca da pretensão de seu direito.

As hipóteses de resolução meritória estão inseridas no artigo 487 do CPC, quais sejam: a) acolhimento ou rejeição do pedido formulado na inicial ou reconvenção; b) declaração

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

de prescrição ou decadência do direito; c) homologação (*c.i*) do reconhecimento (confissão) da procedência do pedido contido na ação ou reconvenção, (*c.ii*) da transação e (*c.iii*) da renúncia à pretensão formulada na ação ou reconvenção.

Como nos ensina Jônatas Luiz Moreira de Paula:

A extinção do processo com o julgamento do mérito é sabidamente o ato mais importante que se pode deferir à atividade jurisdicional. Nesse aspecto, o Estado, através do Poder Judiciário, interfere na lide e pronuncia quem está com a razão, com a incidência dos efeitos derivados desse reconhecimento. Toda a ideia de que se acerca da jurisdição gira em torno de uma sentença de mérito, por ser este o ato mais importante do mérito.²

Para que se tenha o julgamento do mérito, é necessário preencher certos pressupostos processuais contidos no artigo 485³, CPC/2015, bem como os atos processuais realizados estarem de acordo com as formalidades que lhes são atribuídas.

No Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), era visível a tendência ao apego dos requisitos meramente formais do processo, com os quais arduamente prejudicavam a apreciação do mérito da lide. Inclusive, acabou gerando aos Tribunais, o que ficou conhecido, tardiamente, como “jurisprudência defensiva” (o que será tratado noutro tópico).

Já o CPC vigente tem a expectativa de que os julgadores – sejam eles juízes singulares, desembargadores ou ministros – se atentem ao direito material, ou seja, busquem julgar o mérito da causa. Como ensina o processualista Fredie Didier Júnior, “há um conjunto de normas processuais que formam o que se pode chamar de Direito Processual Fundamental ou Direito Processual Geral”⁴.

O princípio da primazia da decisão de mérito é um deles, nos termos do artigo 4º, do CPC/2015, que prescreve: “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Nota-se que já em seu conteúdo principiológico, o diploma processual teve o cuidado de estabelecer a solução que prioriza o mérito, reafirmando o princípio constitucional da efetiva prestação jurisdicional. Evidente, portanto, que a nova legislação procura demonstrar que “atrás do processo” existem pessoas em busca desse tão aguardado julgamento.

A intenção de moldar uma atividade jurisdicional pautada pela resolução do mérito foi sacramentada na exposição de motivos da nova legislação instrumental, de modo a harmonizar a elaboração de um procedimento justo, com a máxima observância à satisfação do direito material em discussão:

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.

² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Barueri-SP: Manole, 2003. v. 2. p. 105.

³ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I - indeferir a petição inicial; II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - por não promover os atos e diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI - verificar a ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; VIII - homologar a desistência da ação; IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal, e X - nos demais casos previstos neste Código.

⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 63.

A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.⁵

Sobre a redação do artigo 4º acima mencionado, Teresa Arruda Alvim Wambier et al. ensinam que:

Durante muito tempo, se entendeu que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional dizia respeito ao direito que tinha o autor à obtenção de sentença de mérito. Hoje, se concebe o princípio da inafastabilidade como sendo o direito só à sentença de mérito, mas à providência prática que corresponde à efetiva satisfação do autor.⁶

Calha dizer que o Código Buzaid, sendo anterior a Constituição Federal de 1988, precisou de alterações para que atendessem às premissas estipuladas na Carta Magna. Segundo a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Nessa linha, o CPC brasileiro, até a reforma de 1994, desconsiderava totalmente os valores Constituição Federal. Uma Constituição que se baseia na “dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, III) e garante a inviolabilidade dos direitos da personalidade (art. 5.º, X) e o direito de acesso à justiça diante de “ameaça a direito” (art. 5.º, XXXV), exige a estruturação de uma ação processual capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos não patrimoniais.⁷

Contudo, mesmo sofrendo alterações, foi necessária a elaboração de uma nova legislação, abordando os comandos constitucionais, notadamente quanto à necessidade em se ter um processo célere e justo e outros elementos abordados pelo CPC/2015, visando o pronunciamento da decisão que enfrente o mérito da demanda.

Nesta perspectiva, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), no Enunciado n. 278 elucida que “o CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos”⁸, o que permite atribuir maior efetividade ao direito material e a busca do judiciário para a satisfação do mérito. E, neste contexto, a fim de minimizar a “jurisprudência defensiva”, o Enunciado n. 372, do FPPC⁹, conclui que o artigo 4º, do CPC/2015, tem sua aplicação em todas as fases do processo, inclusive na recursal (artigo 932, parágrafo único, CPC/2015¹⁰), devendo os órgãos buscar o saneamento dos vícios e julgar o mérito.

Não se deve olvidar, conforme bem esclarece o citado jurista Fredie Didier Júnior, que “há outros dispositivos do CPC que reforçam e concretizam esse princípio”¹¹, a exemplo do artigo 6º, o qual dispõe que todos os sujeitos do processo deverão *cooperar* entre si para que se obtenha uma resolução de mérito justa.

⁵ BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília-DF: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. p. 25. Acesso em: 17 jan. 2017.

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 61.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual tutela direitos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 63.

⁸ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vi%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

⁹ Enunciado n. 372. O art. 4º tem aplicação em todas as fases e em todos os tipos de procedimento, inclusive em incidentes processuais e na instância recursal, impondo ao órgão jurisdicional viabilizar o saneamento de vícios para examinar o mérito, sempre que seja possível a sua correção. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vi%C3%B3ria.pdf>>. p. 54. Acesso em: 24 mar. 2017.

¹⁰ Art. 932. Incumbe ao relator: [...] Parágrafo Único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

¹¹ Op. cit., p. 63.

Isso porque, se, por um lado, o julgador deva buscar a satisfação do mérito, como já dito acima, por outro, incumbe às partes o dever de cooperação para que se tenha a possibilidade de buscar a efetivação do direito pleiteado, observando os artigos 5^o¹² e 6^o¹³, do CPC/2015, e o Enunciado n. 373, da FPPC¹⁴, com ênfase ao artigo 6^o, do diploma citado. Em outros termos, as partes devem colaborar para que os julgadores consigam extrair do processo o julgamento do mérito e concretizar a solução da lide.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier et al. asseveram que para atingir resultado expressivo, precisa-se dessa colaboração:

Para que os efeitos do NCPC sejam visíveis, no que diz respeito a minimizar a duração dos processos, além de alterações da lei, é imprescindível a boa vontade e o espírito cooperativo de todos os “personagens” que lidam no foro: juízes, advogados, promotores e as próprias partes.¹⁵

Vale ressaltar que, conforme preconiza o artigo 488, do CPC/2015, o juiz, desde que possível, deverá priorizar a resolução de mérito em detrimento da decisão que não o examina.

Desta forma, pode-se observar que o legislador teve o cuidado de elaborar regras com a finalidade de sacramentar a efetiva prestação jurisdicional julgando o mérito e eliminar de todas as formas os métodos interpretativos utilizados pelos julgadores para que não abordem o mérito.

Primazia do mérito nos Tribunais e o papel do relator

O princípio da primazia do mérito, conforme outrora exposto, não está adstrito apenas ao julgador de primeiro grau, cabendo a qualquer órgão jurisdicional, na instância recursal, por exemplo, aplicá-lo em seus respectivos planos de existência.

Na nova sistemática do CPC/2015 se adotam as medidas aos processos nas instâncias superiores, tanto que, segundo expressa disposição do artigo 932, parágrafo único, do CPC/2015, não poderá o relator considerar o recurso inadmissível sem que as partes se manifestem ou sanem os vícios.

Teresa Arruda Alvim Wambier et al. tecem o seguinte comentário ao artigo supracitado:

O parágrafo único contém regra que permeia todo o NCPC, no sentido de que deve haver amplo aproveitamento da atividade processual, com ampla sanabilidade de vícios. Segundo essa regra, ao considerar a hipótese de inadmitir o recurso (inciso III), deve o relator conceder ao recorrente prazo de cinco dias para que complemente documentação faltante ou promova a sanação do vício.¹⁶

Sobre o prazo do dispositivo supramencionado, o Supremo Tribunal Federal decidiu que só terá aplicação para a sanabilidade de vícios formais¹⁷.

¹² Art. 5^o. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

¹³ Art. 6^o. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹⁴ Enunciado n. 373. As partes devem cooperar entre si; devem atuar com ética e lealdade, agindo de modo a evitar a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução do mérito e cumprindo com deveres mútuos de esclarecimento e transparência. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. p. 54. Acesso em: 24 mar. 2017.

¹⁵ Op. cit., p. 61.

¹⁶ Op. cit., p. 1.328.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravos em Recursos Extraordinários n° 953.221 e 956.666*. Brasília-DF, 2016.

Por fim, vale expor que a jurisprudência tem aplicado o princípio da primazia da resolução do mérito, conforme se pode verificar pela ementa do julgado abaixo, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO. Deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tendo-a como objetivo, fazendo o possível para que ela ocorra. Não há de se falar em preclusão lógica dos atos do 2º apelante, pois, apesar do magistrado a quo ter deferido a expedição do mandado de busca e apreensão, este não chegou a ser expedido.¹⁸

Dentro dessa perspectiva, o relator será fundamental para a efetivação do princípio da primazia do mérito. O CPC/2015 expandiu seu poder de atuação em relação ao Código anterior, permitindo-lhe medidas para salvaguardar o julgamento do mérito, extirpando lacunas para a aplicação da jurisprudência defensiva. Referidas técnicas serão abordadas nos itens posteriores.

Das técnicas do relator no Código de Processo Civil

Como explanado, uma das preocupações da nova legislação instrumental foi construir uma sistemática processual que permita a possibilidade da análise do mérito, em quaisquer instâncias. Assim, concentrou-se em remodelar o instituto das nulidades, ampliar a fase cognitiva em instâncias superiores e permitiu novas técnicas para julgamentos, os quais demandam a superação de determinada regra que, no caso concreto, não comporta utilidade.

Neste ponto, o Código estabeleceu novas premissas para o relator, de modo a assegurar as perspectivas acima traçadas.

Ao comentar tal modificação, notadamente no artigo 932 do CPC/2015, vale trazer novamente os ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier et al.:

Este dispositivo diz respeito aos poderes do relator, tanto nos recursos quanto nas ações de competência originária dos Tribunais, com destaque especial para as hipóteses em que poderá exercer a atividade jurisdicional singularmente, isto é, sem que haja, de início, pronunciamento colegiado relegado à fase posterior da atividade do relator, por meio de agravo interno. Trata-se de novidade que vemos como extremamente positiva.¹⁹

Ademais, vale lembrar que o relator também deverá “dirigir o processo observando no que couber igualmente o art. 139, CPC”²⁰ (dispositivo cujo destinatário é o Juiz). Referido artigo elenca os poderes e deveres do Juiz, bem como a maneira pela qual deverá conduzir a relação jurídico-processual, servindo, também, para o relator, portanto.

Assim, o objeto do presente trabalho será a abordagem da nova configuração instrumental acerca dos poderes do Relator e as técnicas que poderão ser utilizadas para condução do processo, conforme se verá nos próximos tópicos.

¹⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. 13ª Câmara Cível. *Apelação nº 1.0210.15.007680-5/001*. Apelante: Top Móveis Indústria de Móveis Ltda. Apelado: Banco Bradesco S/A. Relator: Rogério Medeiros. Julgamento em 02 fev. 2017. Publicado em 10 fev. 2017.

¹⁹ Op. cit., p. 1.326.

²⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 997.

Da flexibilização procedimental quanto à sanabilidade dos vícios

O sistema processual repudia os atos jurídicos inválidos, ou eivados de vícios, como há de ser. A lei processual, notadamente no “instituto das nulidades”, desenvolveu-se para garantir que o direito seja analisado dentro de um procedimento hígido, desprovido de irregularidades, para resguardar o devido processo legal. E assim deve ser, pois, o processo, como o instrumento da atividade jurisdicional – um dos pilares de um Estado de Direito – não pode estar sujeito a deformidades, desordem. O direito não pode ser analisado de qualquer maneira.

Nulidade, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier et al. “consiste num defeito do ato, que pode ser intrínseco (do próprio ato) ou extrínseco (neste caso, trata-se de vício que terá ocorrido antes de o ato ser praticado, mas que contaminou todos os atos subsequentes)”²¹.

O sistema de “invalidades”, como denomina Araken de Assis²², no CPC/2015 assim foi desenvolvido:

A classificação prevalecente dos vícios essenciais, aplicável ao NCP, emprega dois critérios concorrentes: (a) natureza da norma; (b) interesse tutelado. O ato encontra-se acometido de nulidade absoluta, ocorrendo violação da norma cogente, cujos fins abrigam interesse público; nulidade relativa, transgredida norma cogente, tutelando interesse particular; e, por fim, se a norma violada for dispositiva, há anulabilidade.

Ademais, vale dizer que as nulidades podem comportar diferentes graus. Nulidade absoluta possui maior grau de gravidade, enquanto a nulidade relativa possui grau menor.

Desde o liberalismo até a inserção dos efeitos do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico, o regime das nulidades manteve-se rígido, inflexível, pois o objetivo era assegurar o instituto processo. Muitas vezes acarretava na resolução do conflito por conta de erros mezinhos, passível de ser corrigido facilmente. E isso ocorria sem que fosse dada oportunidade da correção. Simplesmente pronunciavam suas decisões não conhecendo ou negando provimento ao recurso.

Tal comportamento foi um dos responsáveis pela construção da chamada “jurisprudência defensiva”, através da qual os julgadores não conheciam o recurso ou o indeferiam dada a existência de uma irregularidade que, repita-se, muitas vezes possível de ser sanada.

A construção de tal jurisprudência pode ser encontrada na Súmula 115 do Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado: “na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”. Evidentemente que a falta de representação processual acarreta nulidade do ato, entretanto, não era dada oportunidade para regulamentação de tal defeito, sendo indeferido de plano.

Neste cenário, a intenção do novo CPC foi eliminar o abuso de tal entendimento, impondo-se em todo momento que seja dada a oportunidade de corrigir os defeitos existentes no processo. A ideia é preservar o máximo possível o processo para que o mérito possa ser analisado, consagrando-se o princípio da primazia da resolução do mérito, encartado em seu artigo 5º, comentado nos tópicos anteriores.

²¹ Op. cit., p. 459.

²² ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. tomo 1. p. 1647.

Outros dois princípios que constroem a nova sistemática processual são: a) instrumentalidade das formas e b) princípio da sanabilidade. Tais princípios podem ser extraídos do artigo 277 do CPC/2015, cuja redação segue: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Neste ponto, importante ressaltar novamente as lições de Teresa Arruda Alvim Wambier et al.²³, acerca do princípio supracitado da sanabilidade dos vícios em contraponto a jurisprudência defensiva construída:

É plenamente aplicável ao processo no 1º e 2º grau de jurisdição, o princípio da sanabilidade dos vícios de forma e de fundo. No entanto, têm os Tribunais Superiores equivocadamente entendido que este princípio não incidiria, quando em fase de recurso especial e extraordinário. Portanto, novidade que deve ser aplaudida é a que traz as regras do art. 76, *caput*, §2º, I e II: havendo defeito de representação da parte, o órgão jurisdicional designará prazo razoável para sanar o vício.

[...]

A jurisprudência “defensiva” é, em parte, fruto da equivocada orientação no sentido de que estes princípios não se aplicam aos Tribunais Superiores. Este Código contém uma série de dispositivos específicos, estabelecendo regras minuciosas, cujo objetivo escancarado é evitar ocorrência de casos comuns da jurisprudência “defensiva”, encampando casuisticamente o princípio consagrado neste art. 277.

Assim o Código foi construído, de forma a eliminar as equivocadas orientações acerca da “jurisprudência defensiva”, em prestígio ao mérito.

Não se busca aqui jogar o sistema das nulidades ao limbo, de forma que o direito seja analisado sob um procedimento desapegado à formalidade. As formas dos atos processuais são importantes, uma vez que “a experiência milenária ensina que a redução das formas aumenta à medida que crescem os poderes do juiz, o que quer dizer que é uma consequência da restrição da liberdade das partes”²⁴.

O que se quer evitar é que as decisões não se apeguem às “irregularidades” parcas, que podem ser sanadas para que o mérito seja analisado. Desta forma, há de se ter um sistema de nulidades coerente, sem extremismos. Neste ponto, nos ensina o processualista Moacyr Amaral Santos²⁵:

Faz-se preciso, portanto, que a lei regule convenientemente um sistema de nulidades, pelo qual estas sejam declaradas segundo princípios que, reconhecendo a necessidade das formas, as aplique com unidade, sem extremos de rigor, mas sem liberdade absoluta, impondo a sanção de nulidade com prudência aconselhada pelo princípio da economia dos juízos.

Desta forma, em última análise, consagramos o jurisdicionado, deixando em segundo plano – mas, sem desmerecê-lo –, o instituto do processo. O processo civil constitucional foi construído para atender as pessoas e não para somente se autoatender.

²³ Op. cit., p. 461.

²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2. p. 61.

²⁵ *Ibid.*, p. 62.

Traçadas as premissas acima, passamos a análise das regras da nulidade em sede recursal. Prescreve o parágrafo único, do artigo 932, do CPC/2015, que, antes de ser declarado inadmissível o recurso, o relator concederá prazo de cinco dias ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação pertinente ao recurso (por exemplo, juntar uma das peças obrigatórias para formação do instrumento, ao interpor o agravo).

O dispositivo em comento amplia para todos os recursos, dando vida ao princípio da primazia de resolução do mérito, bem como da economia processual. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier et al.,²⁶ tal regra “permeia todo o NCPC, no sentido de que deve haver o amplo aproveitamento da atividade processual, com ampla sanabilidade de vícios”.

Tal dispositivo trata, também, de um “dever de prevenção” do relator. Nesse sentido ensinam Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁷:

Tendo em conta a estrutura cooperativa do processo civil brasileiro (art. 6º, do CPC), o relator tem o dever de viabilizar à parte a sanção de eventual vício existente no recurso, inclusive a complementação da documentação, no prazo de 5 (cinco) dias (art. 932, parágrafo único, do CPC). Trata-se de dever de prevenção. Ao fazê-lo, deve o relator indicar precisamente o que deve ser sanado ou complementado (dever de esclarecimento).

Há de se destacar, neste ponto, os Enunciados 81, 82 e 83 do FPPC²⁸, que assim dispõem, respectivamente:

81. (art. 932, V) Por não haver prejuízo ao contraditório, é dispensável a oitiva do recorrido antes do provimento monocrático do recurso, quando a decisão recorrida: (a) indeferir a inicial; (b) indeferir liminarmente a justiça gratuita; ou (c) alterar liminarmente o valor da causa.

82. (art. 932, parágrafo único; art. 938, §1º) É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais.

83. (art. 932, parágrafo único; art. 76, §2º; art. 104, §2º; art. 1.029, §3º) Fica superado o enunciado 115 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC (“Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”).

Vale lembrar a regra de que as questões preliminares - relativas às matérias processuais - suscitadas em julgamento serão analisadas antes de ser julgado o mérito. O artigo 938 do CPC/2015, traz em seu parágrafo §1º que “constatada ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes”. Nota-se a preocupação do Código pela resolução do mérito.

Ademais, conjugando o artigo 932, parágrafo único, com o artigo 1.007²⁹, ambos do CPC/2015, percebe-se que o legislador impõe algumas medidas ao órgão julgador antes de ser declarada a deserção do recurso. Dessa forma, o relator deverá intimar a parte, na pessoa de seu advogado, para: a) caso comprovado, mas recolhido a menor, a parte deverá complementar o valor (§3º); b) realizar o recolhimento em dobro do preparo, caso não

²⁶ Op. cit., p. 1328.

²⁷ Op. cit., p. 999.

²⁸ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, op. cit.

²⁹ Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

comprovado, vedada complementação (§4º); e, c) caso a guia do preparo for preenchida equivocadamente, a parte será intimada para sanar o vício (§7º).

Já o parágrafo único do artigo 995³⁰ traz disposição correlata, porém, mais ampla ao do artigo 558 e seu parágrafo único, do CPC/1973, que assim previa:

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remissão de bens ou de levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520.³¹

O único recurso com efeito suspensivo, salvo exceções, é a apelação, destinado a impugnar sentença, entretanto, referido artigo autoriza o relator atribuir tal efeito caso o efeito da decisão houver risco de grave dano, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso.

No que concerne à interposição de agravo de instrumento - recurso cabível para impugnar as decisões interlocutórias elencadas no artigo 1.015 do CPC/2015 -, que, por natureza, é instruído com peças obrigatórias dos autos, caso o recorrente não as inclua, ou constatado qualquer outro vício, o relator deverá, conforme preconiza o §4º³², do artigo 1.017, do mesmo Código, aplicar o parágrafo único do artigo 932, ou seja, intimar a parte recorrente para sanar o vício.

No que tange às regras da interposição de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, o CPC/2015 manteve substancialmente a sistemática anterior, com algumas modificações. Para o presente trabalho, chama a atenção os dispositivos 1.032, seu parágrafo único e 1.033.

Isso porque, conforme se depreende do artigo 1.032, caso a parte interponha Recurso Especial e o relator entender que a matéria impugnada é constitucional, concederá prazo de 15 dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral, bem como se manifeste acerca de tal matéria constitucional. Após realizar esse procedimento, o relator encaminhará os autos para o Supremo Tribunal Federal para exame de admissibilidade que, por sua vez, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Já o artigo 1.033 propõe que, se o Supremo Tribunal Federal “considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

Mais uma vez, o novo sistema processual acaba encontrando uma maneira de minimizar a jurisprudência defensiva construída sobre tais recursos, insere nos enunciados das Súmulas 283³³, do Supremo Tribunal Federal e 126³⁴, do Superior Tribunal de Justiça.

³⁰ Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se de imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

³¹ Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I - homologar a divisão ou a demarcação; II - condenar à prestação de alimentos; III - julgar a liquidação de sentença; IV - decidir o processo cautelar; V - julgar improcedentes os embargos opostos à execução; VI - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VII - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; VIII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

³² §4º Se o recurso for interposto por sistema de transmissão de dados tipo fac-símile ou similar, as peças devem ser juntadas no momento de protocolo da petição original.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado da Súmula 283*: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado da Súmula 126*: É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucionais e infraconstitucionais, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencedora não manifesta recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

Por fim, vale lembrar neste ponto, acerca da “repercussão geral”, vez que o ordenamento jurídico não a prevê em caso de interposição de Recurso Especial. Há, entretanto, um Projeto de Emenda Constitucional (PEC 219/12)³⁵ em trâmite pelo Congresso, elaborado pelos Deputados Rose de Freitas e Luiz Pitiman, que visa trazer tal incumbência na interposição do referido recurso:

Inserir o §1º ao art. 105, da Constituição Federal, e renumera o parágrafo único. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Inserir o §1º ao art. 105, da Constituição Federal, renumerando o parágrafo único, da mesma norma constitucional, que passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.105.....

§1º No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento”.

A justificativa do projeto supracitado reside no fato da superlotação de processos no Superior Tribunal de Justiça. A sistemática utilizada para admissibilidade do Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal afigura-se como necessária para conter o volumoso número de feitos que percorrem pela Corte Superior.

Da ocorrência de fato superveniente à interposição do recurso e a possibilidade de produção de provas

O CPC/2015 também modificou substancialmente os julgamentos em sede recursal ou, ainda, quando as Cortes Estaduais ou Superiores sejam a primeira Instância, por questões de competência, acerca dos fatos supervenientes à decisão recorrida, ou, ainda, acerca da possibilidade de produção de provas.

No que tange a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida, se depreende do artigo 933 que, caso o relator o constatar, ou, ainda, verificar existência de questão apreciável de ofício, mesmo não examinada, os quais deverão ser considerados no julgamento do recurso, deverá intimar as partes para que manifestem, em cinco dias. Conforme ensina Cássio Scarpinella Bueno, “o art. 933 evita o proferimento das chamadas ‘decisões-supresa’ no âmbito recursal e nos casos em que o Tribunal atua como primeiro grau de jurisdição”³⁶.

A nova regra apresenta a necessidade do relator em atender ao dever do diálogo. Sobre a nova previsão, ensinam Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³⁷:

O fato e o direito supervenientes são atendíveis no julgamento das Cortes de Justiça (arts. 342, I, 493 e 933, CPC) e, quando determinantes da perda do objeto recursal, também pelas cortes Supremas. Conjuntamente com as questões apreciáveis de ofício ainda não debatidas, agregam-se ao objeto do recurso. Todavia, como não é possível que exista julgamento definitivo válido

³⁵ BRASIL. Congresso Nacional. *Proposta de Emenda à Constituição n. 219, de 2012*. Inserir o § 1º ao art. 105, da Constituição Federal, e renumera o parágrafo único. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1020915&filename=PEC+209/201>. Acesso em: 25 dez. 2016.

³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 582.

³⁷ Op. cit., p. 999.

sem que as partes tenham tido a oportunidade de exercer o direito ao contraditório, aí entendido como direito de influência (arts. 9º e 10º, CPC), que implica dever de diálogo (art. 489, §1º, IV, CPC), a validade da utilização de material novo e ainda não debatido na decisão está condicionada justamente ao prévio debate com as partes. Vale dizer: o relator tem o dever de abrir a oportunidade para as partes falarem a respeito do fato e do direito supervenientes e das questões apreciáveis de ofício ainda que não debatidas (art. 933, CPC).

Complementando tal regra, o parágrafo 1º do artigo 933 prescreve que, “se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente”. Ademais, preconiza o parágrafo 2º, que, “se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores”.

Assim, para evitar a chamada “decisão-surpresa”, bem como atender a fatos supervenientes os quais são necessários para proferir o julgamento, o relator deverá se atentar para tais regras para, em última análise, atender o mérito da demanda da maneira mais próxima da verdade real. Não se trata de correções de vícios sanáveis, mas, sim, de melhor resolução meritória.

Demais a mais, no Código Buzaid havia previsão semelhante no artigo 515, §4º, correspondente ao recurso de apelação, que, ao constatar a ocorrência de nulidade sanável, “o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimando as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”.

Ressalta-se que tal dispositivo foi introduzido pela Lei n. 11.276/2006, cujo objetivo foi o de alterar relativamente a forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, recebimento da apelação, dentre outras questões. Demonstra-se, neste ponto, a preocupação do legislador quanto ao aproveitamento do processo e possibilidade de julgamento do mérito, diferentemente da versão original do código.

Podemos encontrar na doutrina estrangeira a mesma sistemática, entretanto, em sede de recurso de apelação (recurso que, assim como no CPC/2015, é reservado para impugnar sentença de mérito ou que extingue o feito sem a resolução do mesmo).

Em 2011, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil suíço e, segundo ensina José Rubens de Moraes³⁸:

Incorporando modernas concepções processuais no que concerne ao princípio dispositivo, o Código disciplinou a introdução de novos fatos (neue Tatsachen) e novos meios de prova (neue Beweismittel) em sede recursal (art. 317).

Portanto, de acordo com a nova disciplina legal, resultará possível, em sede de apelação, a introdução de novos elementos fáticos e de novos meios probatórios, desde que possam ser caracterizados como “verdadeiramente novos”. A única exigência é que sejam imediatamente aduzidos ou produzidos sem qualquer retardo.

Serão também admitidos, porém, em caráter excepcional, os fatos (e meios de prova) caracterizados como “novos – antigos – escusáveis”, ou seja, aqueles que, com base em diligência razoavelmente adequada às circunstâncias da causa, embora já existentes, não eram passíveis de ser aduzidos ou produzidos em momento anterior.

³⁸ MORAES, José Rubens de. Direito processual civil suíço. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 333-380. p. 373.

Todos os demais fatos ou meios de prova que, em primeiro grau, não foram invocados ou produzidos, não poderão ser mais introduzidos mediante inovação em sede de apelação.

Verifica-se, portanto, que o legislador, deliberadamente, optou por não permitir que as omissões das partes na esfera fático-probatória, sejam elas intencionais ou decorrentes de sua negligência, restassem sanadas mediante a sua introdução na via recursal.

Já no direito processual civil francês, segundo Ricardo de Barros Leonel³⁹:

São admissíveis novos meios de prova em sede de apelo, mas não novas pretensões. Estas serão admitidas, todavia, nos casos em que se pretende a compensação, ou quando se trate de questão nova, decorrente da intervenção de um terceiro, ou mesmo em razão da superveniência de fatos antes desconhecidos.

O direito processual civil espanhol mostra interessante sistemática. Embora não permita, em sede de apelação, “dedução de novas pretensões, defesas ou provas”, ensina Heitor Vitor Mendonça Sica⁴⁰ que:

Estão a salvo dessa regra preclusiva os documentos que se encaixem na já referida regra do art. 270, ou seja, os documentos surgidos em momento posterior à propositura da demanda ou da contestação, ou aqueles que, mesmo surgidos antes, só puderam justificadamente ser exibidos depois (art. 460.1), as provas indevidamente indeferidas ou não produzidas em primeiro grau, as quais haverão de ser produzidas perante o órgão de segundo grau (art. 456.1, *in fine*) e as provas requeridas pelo réu *rebelde* que apela e prova que a *rebeldia* decorreu de circunstância que não lhe era imputável (art. 460.2).

No que se refere ao direito processual civil alemão, este possui maior rigidez. Segundo José Rogério Cruz e Tucci⁴¹, depois da reforma que sofreu em 2001, não permite tal amplitude sem justificação e “aquilo que não foi apresentado em primeiro grau por esquecimento ou desídia na condução do processo não é passível de ser deduzido em segundo grau”.

Aponta Renato Beneduzi que o escopo da “*berufung*” (apelação), depois da reforma de 2001, “não é de rejugar *ex novo* a demanda, mas sim de servir como instrumento de controle de erros (Fehlerkontrolle), de fato ou de direito cometidos pela sentença”⁴², razão pela qual, o tribunal se vincula, “em princípio, àquilo que decidiu o juízo a *quo* (Amststgerichte ou Landesgerichte) em relação aos fatos”⁴³. Ademais:

Diz-se em princípio porque a solução dada em 1ª Instância às questões de fato serve apenas como uma espécie de ponto de partida, da qual o tribunal pode afastar-se, revalorando as provas, para decidir de modo contrário (§ 529 ZPO), ainda que disso decorra a necessidade de se realizar, especificamente em relação ao ponto duvidoso, nova instrução probatória. [...] Possibilidade esta, todavia, que desde a reforma de 2001 vem sendo encarada com mais reservas.⁴⁴

³⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. Direito processual civil francês. In: CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 135.⁴⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010. Capítulo III, p. 71/112, p. 94.

⁴¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Horizontes do novo processo civil alemão. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 2, n. 7, p. 12-22, 2005. p. 19.

⁴² BENEDEUZI, Renato. *Introdução ao direito processual civil alemão*. Salvador, BA: Juspodivm, 2015. p. 123.

⁴³ Loc. cit.

⁴⁴ Loc. cit.

O CPC/2015, diferentemente do CPC/1973, ampliou a regra. A regra anterior permitia tal produção em sede de apelação, como mencionado. Já a nova regra, prevista no artigo 938, dispõe que “aplica-se a todas as espécies sujeitas ao reconhecimento dos tribunais: recursos, sucedâneos recursais, incidentes e ações originárias”⁴⁵.

Referido dispositivo legal traz em seus parágrafos 3º e 4º que o relator, constatando a necessidade de produção de provas, converterá o julgamento em diligência, realizando-se no próprio Tribunal ou em primeiro grau, decidindo-se o recurso após conclusão do ato. Caso o relator não o fizer, o órgão competente para o julgamento poderá determinar tal providência.

A crucial mudança poderá – e deverá – colidir com o famoso Enunciado da Súmula n.7, do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela grande motivação da não admissão do Recurso Especial, o qual prescreve que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Evidentemente que o Superior Tribunal de Justiça, enquanto guardião da Lei Federal, conforme determina a Constituição Federal, deve salvaguardar sua aplicabilidade de forma correta e não lhe cabe matéria de fato para apreciar. O que se pretende aqui é a reflexão de que, o Ministro-Relator, ao se deparar com o caso concreto em que o campo probatório está parco ou mal construído, de modo a prejudicar o “mundo-fático-processual” (construído durante a cognição de primeira instância e segundo grau), poderá – deverá – realizar o “conserto”, para que os fatos estejam insertos no processo da maneira em que ocorreram no mundo real.

Deverá, portanto, conceder às partes oportunidade para se manifestarem acerca de circunstâncias não esclarecidas, bem como a produzir eventual prova que repute importante para que o julgamento possa ser de mérito. Desta forma, atingirá a desejada prestação jurisdicional que o Novo Código de Processo Civil almeja.

O que se espera, com tal mudança, é que o mérito da demanda seja analisado na melhor forma possível, buscando-o através da investigação real dos fatos, e não jogando ao limbo da verdade real, regra do CPC/1973.

Nesse sentido: “O art. 938, §3º, NCPC configura, assim, notória mudança de paradigma que permitirá a busca da verdade real ou material, ainda que o processo esteja nas instâncias recursais”⁴⁶.

Conclusão

O direito processual civil brasileiro, desde o advento da Constituição Federal de 1988, sofreu diversas alterações, tendo sua nova roupagem consubstanciada com a nova legislação instrumental. Dentre suas perspectivas, diferentemente do Código anterior, buscou-se a elaboração de diversos mecanismos e técnicas processuais com o objetivo de fomentar e possibilitar o julgador a buscar a satisfação do mérito da causa.

Isso porque, o processo, enquanto instrumento do Estado contemporâneo inserto num cenário neoconstitucionalista, cuja finalidade é servir à sociedade para atingir a paz social, não pode se apegar a fundamentos comezinhos, de formalidades exacerbadas, para desviar do mérito da causa.

⁴⁵ ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 1002.

⁴⁶ FÁRIA, Márcio Carvalho, O novo código de processo civil vs. a jurisprudência defensiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC – doutrina selecionada: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador, BA: Juspodvum, 2015. v. 6. p. 438.

Nesta nova roupagem da legislação processual, bem como de tudo que foi exposto, pode-se concluir que:

A) o princípio da primazia da decisão de mérito foi positivado na nova legislação processual, irradiando em todos os procedimentos e em todas as fases do processo;

B) a nova sistemática processual moldou seus institutos através de normas mais flexíveis para criação de um procedimento menos rígido, inclusive em sede recursal, que vise a possibilitar a decisão de mérito;

C) o legislador conferiu ao relator técnicas que o permitem e fomentam o julgamento de mérito, dentre elas: C.1) a nova roupagem do sistema de nulidades, concedendo ferramentas ao relator, bem como impondo o dever de oportunizar prazo para as partes sanarem vícios dos atos processuais praticados; C.2) diligenciar a produção de provas em qualquer apreciação, seja recurso, incidentes e ações de competência originária;

D) com o advento da nova legislação instrumental, a chamada “jurisprudência defensiva” tende a cada vez mais ocupar o banco das enciclopédias jurídicas.

Por fim, cabe esclarecer que o presente trabalho foi confeccionado como forma de contribuição à comunidade jurídica, para trazer a reflexão sobre a nova sistemática processual civil, com a perspectiva de que os pronunciamentos judiciais se voltem a resolução do mérito da causa que, em última análise, atende ao direito fundamental de todas as pessoas acerca da apreciação jurisdicional.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. tomo 1.

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao direito processual civil alemão*. Salvador, BA: Juspodivm, 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. *Proposta de Emenda à Constituição n. 219, de 2012*. Insere o § 1º ao art. 105, da Constituição Federal, e remunera o parágrafo único. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1020915&filename=PEC+209/201>. Acesso em: 25 dez. 2016.

_____. Senado Federal. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília-DF: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. p. 25. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado da Súmula 126: É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravos em Recursos Extraordinários n° 953.221 e 956.666*. Brasília-DF, 2016.

_____. *Enunciado da Súmula 283: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Horizontes do novo processo civil alemão. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 12-22, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2016. v. 1.

FARIA, Márcio Carvalho. O novo código de processo civil vs. a jurisprudência defensiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Novo CPC – doutrina selecionada: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador, BA: Juspodivm, 2015. v. 6.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

LEONEL, Ricardo de Barros. Direito processual civil francês. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010. Cap. 4, p. 113-140.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual tutela direitos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. 13ª Câmara Cível. *Apelação nº 1.0210.15.007680-5/001*. Apelante: Top Móveis Indústria de Móveis Ltda. Apelado: Banco Bradesco S/A. Relator: Rogério Medeiros. Julgamento em 02 fev. 2017. Publicado em 10 fev. 2017.

MORAES, José Rubens de. Direito processual civil suíço. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010. Cap. 10, p. 333-380.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Barueri-SP: Manole, 2003. v. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010. Cap. 3, p. 71-112.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Obras consultadas

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2016*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 16 jan. 2017.

Abordagem da jurisprudência sob o viés humanístico

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Professor dos cursos de graduação das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA) de Catanduva-SP e do Instituto Municipal de Ensino Superior de Catanduva-SP.

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).

CAMILA LEMOS PUYDINGER

CAROLINE DA SILVA JACOB

Graduandas em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

Resumo: O presente estudo visa analisar a nova sistemática processual implementada pelo Código de Processo Civil de 2015, com maior ênfase aos precedentes judiciais, inclusive vinculando as decisões proferidas em todas as instâncias do Poder Judiciário. Além disso, busca descobrir até que ponto as inovações em relação à atuação sistematizada da jurisprudência não está relacionada a uma vertente preocupada exclusivamente com a resolução robotizada de conflitos, com intuito apenas de reduzir o número extraordinário de demandas no Poder Judiciário, não se preocupando com a pessoa humana da parte envolvida no processo.

Palavras-chave: Constitucionalização do processo. Precedentes judiciais. Humanização da jurisdição.

Approach of jurisprudence under the humanistic bias

Abstract: The present study aims to analyze the new procedural system implemented by the Civil Procedure Code of 2015, with greater emphasis on judicial precedents, including binding decisions handed down in all instances of the Judiciary. Furthermore, it seeks to discover to what extent the innovations related to the systematized performance of jurisprudence are not related to a strand exclusively concerned with the robotized resolution of conflicts, with the aim of only reducing the extraordinary number of demands in the Judiciary, not caring about the human person of the part involved in the process.

Keywords: Constitutionalization of the process. Judicial precedents. Humanization of jurisdiction.

Introdução

O cenário jurídico contemporâneo é permeado por diferentes eixos que influenciam diretamente a atividade jurisdicional. O eixo normativo traduz a existência de uma ordem constitucional generosa em instituir direitos fundamentais distribuídos ao longo da Constituição Federal. No âmbito processual, pode-se sentir os maiores avanços com o novo regramento processual civil, que contempla em várias passagens a preocupação com os direitos fundamentais.

Apesar de abundante previsão normativa – abstrata – a eficácia desses direitos é mitigada por aspectos sociais, políticos e econômicos, que se alteraram profundamente na última década, movimento que fez crescer a confiança do jurisdicionado na utilização da prestação jurisdicional como instrumento de eficácia dos direitos fundamentais. A resposta foi satisfatória por parte dos órgãos jurisdicionais que, em sua maioria, materializou os direitos fundamentais a quem bateu às portas do Poder Judiciário. Tomem-se os exemplos

das decisões judiciais que conferiram direitos a obtenção de medicamentos de alto custo, tratamentos médicos, acesso a matrículas em creches, etc.

Não obstante, se, de um lado, o viés protetivo da tutela jurisdicional faz-se presente, por outro, o congestionamento do Poder Judiciário fez com que os alicerces do novo Código de Processo Civil (CPC) contemplassem institutos, disposições e uma inegável vontade de “desafogar” o Poder Judiciário do extraordinário número de demandas.

Visando garantir a celeridade processual, esse novo diploma trouxe mecanismos para a rápida solução do litígio, possibilitando que o julgador, quando diante de casos idênticos, aplique o entendimento já firmado pelos Tribunais através dos precedentes judiciais.

Neste ponto, apesar de festejada a preocupação com a solução das demandas, há que se tomar muito cuidado, pois correremos o risco de os processos não passarem de meras “etiquetas”, de acordo com a matéria ali discutida. Essa situação pode, inclusive, derivar da constante cobrança feita pelo Conselho Nacional de Justiça aos juízes, estabelecendo metas cada vez mais exorbitantes.

Isto posto, torna-se imprescindível o estudo sobre o novo viés do processo, para o fim de demonstrar que o julgador deve sempre buscar aplicar ao caso concreto a norma que mais se adequa à discussão ali posta, e não apenas ficar buscando casos parecidos para fundamentar sua decisão, pois, antes de cumprir metas de julgamento, o juiz deve se lembrar de que ele lida com vidas, e que essas pessoas depositaram sua confiança no resultado final do processo.

Assim, a análise aprofundada sobre a nova sistemática processual, tendo como objetivo demonstrar que ao mesmo tempo em que se deve garantir a razoável duração do processo também deve haver a preocupação com a materialização do direito material, de forma a dar plena eficácia aos direitos fundamentais do jurisdicionado, justifica a presente pesquisa, que será feita através do método dedutivo, com análise da melhor doutrina.

A constitucionalização do processo

O Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, é formado por um conjunto complexo de normas, instituições, órgãos, dentre outras “bases” que o sustentam e, dentro dessa estrutura, a todos aqueles que vierem a sofrer uma lesão (ou em sua iminência) a determinado direito é garantida a provocação do Poder Judiciário para que este se pronuncie acerca do ocorrido, garantindo-se ao autor da lesão o direito de se defender sobre as acusações que lhe são impostas.

Esse complexo de “ação-defesa-atuação estatal” consubstancia o direito processual. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra chamam de direito processual um complexo de normas e princípios que regem “o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e a defesa pelo demandado”¹. Esta é, portanto, a essência do direito processual, cujas características possuem variações dependendo do momento histórico analisado.

No atual estágio do direito, com o experimento do “neoconstitucionalismo” e “pós-positivismo”, o direito processual deve ser conjugado ao direito constitucional, sem que haja contradições entre ambos os sistemas.

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 42.

Sobre esse ponto, Luiz Guilherme Marinoni afirma que as normas constitucionais traçam as linhas mestras da teoria do processo, sendo elas uma espécie de “tutela constitucional do processo”, como forma de garantir a “conformação e funcionamento dos institutos processuais aos princípios que são insculpidos de acordo com os valores constitucionais”².

Ademais, o instrumento que viabiliza este conjunto “ação-defesa-atuação estatal” é o processo. Noutras palavras, o processo serve de instrumento de tutela tendo em vista a sua situação jurídica material, visto que, todo processo traz a afirmação de uma situação jurídica carecedora de tutela jurisdicional. Daí a razão de se falar em instrumentalidade do processo, a junção do direito processual e do direito material, dando a ele o seu papel, de produzir o direito, ou seja, forçar o operador jurídico a compreender que as regras processuais devem ser aplicadas e interpretadas de modo a dar efetividade às normas materiais, caracterizando-se pelo fato do direito material colocar-se como valor que preside as regras processuais.

Nas lições de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra, além dessa concepção, deve se considerar a instrumentalidade do processo como um serviço para a promoção da paz social, assim como toda atividade jurídica praticada pelo Estado, sendo, antes de tudo, o instrumento para “evitar ou eliminar conflitos entre as pessoas fazendo justiça, que o Estado legisla, julga e executa”³.

Os autores supracitados também dividem a história do direito processual em três fases metodológicas. Na primeira o processo era considerado como simples meio de exercício dos direitos, sendo um longo período de sincretismo. A segunda foi autonomista, ou conceitual, na qual tiveram lugar as grandes teorias processuais e as estruturas do sistema foram traçadas, tendo seus conceitos discutidos e amadurecidos. A terceira e última fase foi a instrumentalista, que teve grande influência das matrizes constitucionais, vindo a florescer o direito processual constitucional, melhor descrito no parágrafo seguinte.

Entre as características que influíram na aplicação do direito processual está o reconhecimento da força normativa da Constituição, encarada, agora, como principal veículo normativo no sistema jurídico. Outra característica foi o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios, que deixam de ser mera técnica de integração do direito, passando a ser considerados como uma espécie de norma jurídica. Por último, mas não menos importante, a expansão e consagração dos direitos fundamentais, que mudaram a forma do direito positivo, imprimindo ao seu conteúdo o mínimo de ética e respeito à dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que a constitucionalização do processo é uma característica muito presente na metodologia jurídica contemporânea, devendo ser estudada por dois aspectos. Por um lado, há a incorporação de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais, aos textos constitucionais, seguindo a tendência da maioria das constituições posteriores a Segunda Grande Guerra e tendo como um dos principais exemplos o direito fundamental ao devido processo legal. De outro lado, passa-se ao exame das normas infraconstitucionais como meios concretizadores das disposições constitucionais, tendo em vista que com a inclusão de direitos processuais na Constituição as normas processuais infraconstitucionais não podem ser compreendidas sem que sejam analisadas sob a ótica do texto constitucional.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 21.

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 41.

Passou-se a falar, então, de “princípios processuais”, tais como o “devido processo legal” e a “razoável duração do processo”, sendo considerados como normas cuja função é estabelecer uma finalidade a ser atingida pelo processo. Nesse sentido, segundo Humberto Ávila, “os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”⁴.

Há um conjunto de normas processuais denominado de “direito processual fundamental ou direito processual geral”, considerado como norma fundamental, na medida em que estrutura o sistema processual civil brasileiro, além de dar cerne à compreensão das demais normas jurídicas processuais civis.

Para encerrar o presente tópico, importante ressaltar que a interpretação do CPC deve ser feita em consonância com a ordem constitucional, pois, ao se estudar a interpretação constitucional, se desenvolve o *postulado da unidade da Constituição*, através do qual a Constituição deve sempre ser interpretada como um todo normativo, evitando, assim, o aparecimento de antinomias entre as normas extraídas de seu texto. O mesmo raciocínio deve ser aplicado quando da interpretação do CPC, surgindo, então, o *postulado interpretativo de unidade do Código*, através do qual suas normas devem ser interpretadas como um conjunto orgânico e coerente.

Princípios processuais fundamentais

A condensação metodológica e sistemática dos princípios considerados fundamentais ao processo, que decorrem da Constituição, recebe o nome de “direito processual constitucional”. Alguns dos princípios e direitos fundamentais do processo que devem ter estrita observância e devida relevância são: o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana, legalidade, direito ao contraditório e a ampla defesa, princípio da publicidade, da duração razoável do processo, da igualdade processual, da eficiência, da boa-fé processual, da efetividade, da adequação, da cooperação, do respeito ao autorregramento da vontade no processo, da primazia da decisão de mérito, da proteção e da confiança.

O princípio do devido processo legal (artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal) confere a todo cidadão brasileiro o direito a um processo justo, equitativo, adequado, efetivo, em conformidade com o Direito, incidente em qualquer espécie de procedimento, tanto no processo judicial como no administrativo e legislativo. Seu principal objetivo é a garantia contra o exercício abusivo de qualquer tipo de poder.

Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal), na perspectiva processual, estabelece o dever que tem o julgador de promover e resguardar todos os direitos e garantias fundamentais preconizados pela Constituição Federal ao jurisdicionado. A argumentação em torno deste princípio pode ajudar na construção da humanização do processo civil, de modo que o julgador esteja mais atento a problemas que estão por trás da disputa judicial e que, em sua maioria, afetam a dignidade do jurisdicionado.

⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 80.

A observância do princípio da legalidade é imposta ao juiz pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso II) e também pelo CPC/2015, em seu artigo 8º, podendo funcionar como norma processual ou norma de decisão. Como norma processual, nada mais é do que a aplicação do princípio do devido processo legal e, como norma de decisão, também considerada como norma de direito material, impõe ao juiz o dever de decidir os casos levados à apreciação do Poder Judiciário em conformidade com o Direito.

O princípio do contraditório deriva do princípio do devido processo legal, inserto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV. Tal princípio deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder. É a garantia que a parte tem de ser ouvida, participar e falar no processo, receber comunicação sobre os atos processuais (dimensão formal) e de influenciar na decisão do julgador (dimensão substancial), sendo que o órgão julgador deve sempre buscar meios para efetivação desse direito, nos termos do artigo 7º do CPC/2015, ratificado pelo artigo 139, inciso I, do mesmo diploma legal.

O princípio da ampla defesa também está previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, e consiste em um conjunto de meios adequados para o exercício do contraditório, correspondendo ao seu aspecto substancial, ou seja, a garantia de influenciar na decisão do julgador. Como elucida Delosmar Mendonça Jr.: “são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório”⁵.

Pelo direito fundamental à publicidade dos atos processuais, garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LX, e reafirmado pelos artigos 8º e 11 do CPC/2015, os atos processuais hão de ser públicos, para proteger as partes contra juízos arbitrários e também permitir o controle do exercício da atividade jurisdicional. Vale lembrar que referido princípio comporta limites quando o caso necessitar de segredo de justiça.

A duração razoável do processo impõe ao judiciário o dever de pronunciamento célere. Possui origem na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, do qual o Brasil é signatário, o que fez com que a Emenda Constitucional n. 45/2004 incluísse o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, ratificado no CPC/2015 em seu artigo 4º.

O princípio da igualdade processual possui previsão normativa na Constituição Federal (artigo 5º, *caput*) e na legislação infraconstitucional (artigo 7º do CPC/2015), cuja intenção é bastante clara: as partes devem ser tratadas com igualdade, mesmo que para se igualar, seja preciso conceder a elas tratamento diferenciado. Para sua concretização alguns aspectos devem ser observados, como a imparcialidade do juiz, igualdade no acesso à justiça, a redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça e a igualdade de acesso nas informações que facilitem o exercício do contraditório.

O princípio da eficiência, oriundo do direito administrativo, é um dos fatores decisivos do devido processo legal. A Constituição Federal o prevê em seu artigo 37, *caput*, e como norma processual, encontra-se expresso no artigo 8º do CPC/2015, constituindo-se no dever estatal em proporcionar uma prestação jurisdicional eficiente, através da melhor utilização do ordenamento jurídico para melhor condução da relação jurídico-processual.

⁵ MENDONÇA JR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 55.

O princípio da boa-fé processual deve ser entendido como uma forma de conduta que os sujeitos processuais devem seguir. Referido princípio é extraído do artigo 5º do CPC/2015, o qual contempla a boa-fé objetiva, ou seja, aquela que impõe o modo de agir das partes.

Da cláusula geral do devido processo legal, se extrai o princípio da efetividade, que tem o objetivo de efetivar os direitos reconhecidos no processo, sendo reforçado pelo artigo 4º do CPC/2015, reconhecendo-o como norma fundamental do processo civil brasileiro.

Por sua vez, o princípio da adequação pode ser observado em três dimensões: legislativa, jurisdicional e negocial. Resume-se ao fato de o legislador promover adequações do processo ao direito material, para que não haja a negação da tutela jurisdicional e procedimento atenda às peculiaridades do caso concreto. Deve adequar-se às peculiaridades dos sujeitos processuais e aos objetivos que se visa alcançar, bem como às situações de emergência.

São outros princípios, como o da boa-fé processual e o do contraditório, que dão base para a criação do princípio da cooperação, cuja finalidade é definir o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. Tal princípio está expresso no artigo 6º do CPC/2015 e visa uma condução cooperativa do processo, ou seja, sem destaque para qualquer sujeito processual, na tentativa de construção de um processo civil democrático.

O princípio do autorregramento da vontade processual é conteúdo do direito fundamental a liberdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal) que, segundo Fredie Didier Jr., nada mais é do que: “o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência. O direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas”⁶.

O CPC/2015 consagra o princípio da primazia da decisão de mérito (artigo 4º), de acordo com o qual, deve o órgão julgador priorizar a decisão que enfrente o mérito da questão, ou seja, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra, dando oportunidades para que as partes corrijam vícios sanáveis e que, possivelmente, levariam ao julgamento do processo sem resolução do mérito. O princípio em tela assume grande importância na nova sistemática processual, visto que, até mesmo em grau de recurso, percebendo o relator a existência de vício sanável deve dar às partes oportunidade para corrigi-lo e, assim, ver o mérito do processo julgado.

O princípio da confiança é subprincípio e dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica, sendo complementares e fundamentados no Estado de Direito, impondo que se tutele a confiança de um determinado sujeito, concretizando-se, assim, o princípio da segurança jurídica.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, elencam, ainda, outros princípios gerais do direito processual, dos quais alguns merecem ser citados como, por exemplo, o princípio da imparcialidade do juiz, que estabelece que o julgador deve estar entre as partes e acima delas, sendo esta a primeira premissa para a efetividade do processo e a equidade em seu julgamento; o princípio da disponibilidade processual, que se trata da possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como renunciá-la, desistir da ação, ou a certas situações processuais; princípio da

⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: Juspodivm, 2015. p. 132.

persuasão racional do juiz, que “regula a apreciação e avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção, analisando os elementos presentes no processo através de uma visão crítica e racional”⁷.

Como forma de continuar a desenvolver a premissa de constitucionalização, o CPC/2015 alça regras tradicionais processuais ao status de normas fundamentais do processo civil brasileiro. O que se percebe, portanto, é que a constitucionalização do processo tem como ponto central a garantia do pleno exercício dos direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988, atribuindo, dessa forma, maior valor à Carta Magna. Além disso, há também a preocupação da legislação infraconstitucional, no caso o CPC, em não causar prejuízo a tais direitos.

A constitucionalização do processo muito tem a ver com a constante busca pela efetividade da prestação jurisdicional, que deve ser alcançada sem que haja prejuízo aos princípios e direitos fundamentais consagrados pela Constituição, bem como aos princípios processuais, visão que torna clara a preocupação com a figura do jurisdicionado, do ser humano que está por trás do processo.

O novo CPC fez questão de trazer expressamente diversas regras e princípios que já se encontravam elencadas no plano constitucional, o que pode ser encarado como uma tentativa de proporcionar maior efetividade aos preceitos constitucionais que regulam o processo, entretanto, algumas normas, quando não usadas com cautela, podem provocar um efeito reverso.

Tal efeito – objeto deste trabalho – é a sistemática da uniformização da jurisprudência, que visa a maior celeridade no trâmite processual e resolução das demandas de massa. A utilização dessa sistemática de maneira desenfreada pode prejudicar o jurisdicionado, na medida em que há o enorme risco de se buscar apenas o atingimento de metas de julgamento, levando-se em conta apenas a celeridade processual e, na tentativa de desafogar o Poder Judiciário da morosidade a que se encontra fadado, os julgadores acabam “mecanizando o direito”, afastando, inclusive, a condição de “julgador” do magistrado, tornando-o um mero gestor do processo.

O maior desafio será o de analisar a real intenção do legislador na construção de um sistema unificado de jurisprudência: se é para resolução massificada de conflitos ou se desse novo mecanismo surgirá a construção de um método eficiente na resolução dos casos, ou seja, que possam ser resolvidos de forma célere, porém, respeitando sempre o direito material e os direitos fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana.

Portanto, dada a constitucionalização do processo civil, a sistemática de jurisprudência adotada pelo CPC/2015 deve ser trabalhada e construída sobre a forma almejada no atual contexto: uma jurisdição que aproxima o eixo que protege os direitos humanos e possibilita sua eficácia, é o que ousamos chamar de “jurisdição humanizada”. Só dessa forma se alcançará o principal objetivo da constitucionalização do processo: a efetividade do processo e a justiça social.

⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, op. cit., p. 60-67.

A busca pela celeridade processual através da uniformização da jurisprudência

Como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito tem-se a garantia de acesso a um procedimento jurisdicional, cuja regulamentação é feita pela máquina estatal, aos cidadãos que tiverem seus direitos lesados.

José Joaquim Gomes Canotilho nos ensina que:

[...] do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a *exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito*. Para garantir o processo judicial, se faz necessária a observância ao “princípio da conformação do processo segundo os direitos fundamentais”.⁸

Com as consequentes evoluções no perfil do Estado Brasileiro, e a própria função do direito, o ordenamento jurídico passou a dar maior atenção para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, adequando seus institutos para tanto. No caso do processo civil, busca-se uma jurisdição mais condizente com o estágio de “constitucionalização” do processo, de modo a promover a pessoa humana, colocando-a como primeiro plano, e não o processo em si. Quebra-se, desta maneira, o paradigma construído nas legislações anteriores, cuja rigidez formal e procedimental era extrema.

Evidentemente que o processo, enquanto “instrumento” do Estado Democrático de Direito, deve ser resguardado, mantendo-se suas estruturas e formalidades, para seu regular andamento, todavia, tais premissas não podem sobrepor-se ao seu maior fim: atender ao jurisdicionado. O processo não é um fim em si mesmo, mas um meio para efetivação dos direitos quando lesados ou em perigo de lesão.

Segundo o “Relatório Justiça em Números”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2016, o Poder Judiciário conta com cerca de 102 milhões de processos⁹. Sem estruturas adequadas, sem investimentos suficientes e com o CNJ “batendo na porta” para que os processos sejam julgados de forma célere, a solução encontrada pelo Poder Judiciário foi a de se apegar a formalismos exacerbados para eliminar a maior quantidade de feitos.

O congestionamento de processos não é uma situação recente. Os dados acima indicam o reflexo de várias décadas e para tentar sanar tal obstáculo de efetividade da Justiça, o Poder Legislativo elaborou diversas normas para tentar sanar e superar regras que, no momento, “tumultuavam” a prestação jurisdicional.

A resposta mais marcante fora a inserção do direito a uma jurisdição célere no rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). Neste ponto, vale lembrar que na atual sociedade, construída sobre os efeitos da globalização, tem-se uma dinâmica completamente diferente, onde todas as relações de causa e efeito devem se dar em questão de segundos, tendo como alicerce o avanço da tecnologia, notadamente a digital.

Quer-se transportar essa dinâmica à atividade jurisdicional que, repita-se, não tinha e não tem estrutura para atender tais anseios.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 274. (grifo nosso)

⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2016 – ano base 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

Acerca dessa característica da atual sociedade e seu reflexo para a atividade jurisdicional, Nelson Nery Júnior nos ensina que:

O tempo no processo assume importância vital nos dias de hoje, porquanto a aceleração das comunicações via web (internet, e-mail), fax, celulares, em conjunto com a globalização social, cultural e econômica, tem feito com que haja maior cobrança dos jurisdicionados.¹⁰

Evidentemente, não se busca criticar a inserção da razoável duração do processo, nem a tentativa de buscar soluções legislativas para tanto. Não é esse o ponto. A celeridade processual deve sim ser um dos nortes da atividade jurisdicional, entretanto, tal busca não poderá ser realizada de qualquer maneira, comprometendo toda a estrutura constitucional reservada ao processo, notadamente no que diz respeito ao princípio do devido processo legal.

Mais uma vez, vale citar as lições de Nelson Nery Júnior:

*A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito. O mito da rapidez acima de tudo e o submissão do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão são alguns dos aspectos apontados pela doutrina como contraponto à celeridade e à razoável duração do processo que, por isso, devem ser analisados e ponderados juntamente com outros valores e direitos constitucionais fundamentais, notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa. O que se deve buscar não é uma “justiça fulminante”, mas apenas uma “duração razoável do processo”, respeitados os demais valores constitucionais.*¹¹

Voltando ao plano legislativo, outro exemplo pelo qual o legislador buscou solucionar esse “impasse” foi pela Lei n. 11.187/2005 que trouxe uma reforma no regime dos agravos, transformando o antigo agravo retido como regra, para que as decisões interlocutórias sejam julgadas em sede de recurso de apelação, de forma que o processo possa prosseguir até sentença sem interrupções. Houve também a mudança do procedimento de execução de sentença através da Lei n. 11.232/2005, estabelecendo a fase de cumprimento de sentença no próprio processo de conhecimento, revogando dispositivos acerca da execução fundada em título judicial.

Tais medidas, porém, não foram suficientes para atingir o objetivo almejado. Embora existentes inserções pontuais que trouxeram maior praticidade – inclusive algumas delas mantidas no código vigente –, a maior resposta do Poder Legislativo foi a elaboração de um novo Código de Processo Civil, instituindo uma nova perspectiva para trazer maior efetividade à celeridade processual, além de mudanças substanciais em outros institutos.

Dentre os diversos mecanismos que visam a construção de um procedimento célere, o legislador optou em criar uma sistemática de uniformização da jurisprudência e técnica de julgamento pautada pelo uso dos precedentes, aproximando-se da denominada família *common law*.

¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 361.

¹¹ *Ibid.*, p. 365. (grifo nosso)

A influência do sistema *common law* no CPC/2015 e a tentativa de se buscar a celeridade processual

No século passado, René David¹² buscou estudar os diferentes sistemas jurídicos do mundo, apresentando-nos a clássica divisão das “famílias” *romano-germânica (civil law)*, *common law*, e a dos direitos socialistas (*soviet law*, e *chinese law*; dentre outras). Para o objeto do presente trabalho, é necessário traçar algumas considerações acerca dos sistemas jurídicos advindos das famílias *romano-germânica* e da *common law*.

A família romano-germânica, desenvolvida na Europa Continental, caracteriza-se por um ordenamento formado exclusivamente por codificações, leis escritas, no qual o julgador analisa o caso concreto de acordo com tais diplomas. Já a família da *common law*, desenvolvida em países como a Inglaterra e os Estados Unidos, é constituída por um pequeno arcabouço legislativo, notadamente as normas-princípios, utilizando como forma de julgamento a aplicação dos precedentes, quando, obviamente, verificadas situações idênticas.

Como ensinam Humberto Theodoro Júnior et al:

[...] em países de *common law*, para que um precedente seja aplicado há que se fazer exaustiva análise comparativa entre os casos (presente e passado, isto é, o precedente), para se saber se, em havendo similitude, em que medida a solução do anterior poderá servir ao atual.¹³

Sobre o mesmo assunto, Gustavo Santana Nogueira traz importante lição acerca da *common law* e sua essência:

Geralmente confundido com o sistema anglo-saxão, a *common law* pode ser definida como a família jurídica baseada nos precedentes judiciais, mais do que nas leis escritas (*statutory laws*). Originária das leis não escritas da Inglaterra, a *common law* é derivada mais de princípios do que de regras (*rules*), e não consiste em regras absolutas, rígidas e inflexíveis, mas sim em amplos e abrangentes princípios baseados na justiça, na razão e no senso comum, que foram determinados pelas necessidades sociais da comunidade e que mudaram com a modificação dessas necessidades.¹⁴

Na família *common law*, há o que se denominou de *judge made law*, ou seja, o juiz “faz” a lei no caso concreto, baseando-se nos precedentes. Vale dizer que o direito inglês, por exemplo, foi construído pelos juízes e não por uma atuação constante do Poder Legislativo, o que não significa dizer que não há normas. Pelo contrário, elas existem, porém, em número não expressivo, diferente do que ocorre no sistema romano-germânico, cuja atuação do julgador se dá de outra forma: há a subsunção do fato à norma codificada, expressa, advinda do Poder Legislativo.

Ademais, vale ressaltar que o sistema da *common law* naturalmente sofreu transformações ao longo dos séculos. Marcante transformação se deu através da *stare decisis*, o apogeu da força vinculante dos precedentes.

¹² DAVID, René apud NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2013. p. 29.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 248.

¹⁴ NOGUEIRA, op. cit., p. 35.

Conforme se extrai das lições de Hélio Ricardo Diniz Krebs¹⁵, a versão mais forte da referida doutrina revelou-se com a “vinculação também no sentido horizontal, de modo que a *House of Lords* e as *Courts of Appeal* estariam vinculadas pelas suas próprias decisões anteriores”.

Sobre a consolidação da *stare decisis*, bem como a inserção da eficácia e a ideia de vinculação dos precedentes (*rule of precedent* e *binding effect*), Luiz Guilherme Marinoni ensina que:

O *stare decisis* somente se solidificou na Inglaterra ao final do século XIX, muito tempo depois do aparecimento das doutrinas de Bentham e de Austin. *London Tramway x London County Council*, decidido em 1898, constitui o cume de uma evolução em direção à vinculação da *House of Lords* às suas próprias decisões, pois o conceito de *rules of precedent* e a ideia de vinculação (*binding effect*) foram consolidados no período entre 1862 e 1900. De fato, quando neste caso foi clara e objetivamente colocada a questão relativa à possibilidade de a *House* considerar argumentos para contrariar suas decisões, não houve hesitação em se decidir que isto não poderia ocorrer. Isto é, a vinculação horizontal, na *House of Lords*, é devedora de um precedente com feição de *rule of precedent* (de regra concernente à eficácia dos precedentes) e não de direito substancial.¹⁶

Por séculos, as duas famílias caminharam com tais características. Contudo, há de se reconhecer que ambas estão se aproximando cada vez mais, muito por conta do processo de globalização. A *civil law* encontrou problemas na medida em que as decisões judiciais, construídas pela subsunção do fato à norma de acordo com o entendimento do magistrado, eram distintas entre si comparadas a casos idênticos.

Com efeito, o sistema jurídico brasileiro (romano-germânico) sofreu significativas mudanças dentro do cenário jurídico processual brasileiro, para “encurtar” o distanciamento de entendimentos acerca de determinados fatos com alto grau de similitude.

A jurisprudência recebeu tratamento diferente no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), o qual continha um capítulo específico tratando sobre a uniformização. A justificativa para tornar a jurisprudência uniforme, segundo Pontes de Miranda:

Se alguma sentença ou outra decisão, que se não haja de considerar sentença, diverge de outra, em qualquer elemento contencioso relativo à incidência ou à aplicação de regra jurídica, uma delas é injusta, porque se disse a no tocante a uma das demandas e b, talvez mesmo não-a, a propósito da *quaestio iuris*, ou das *quaestiones iuris*, que em ambas aparecem. Tem-se de evitar isso, e aí está a razão de algumas medidas constitucionais ou de direito processual que têm por fito corrigir ou evitar a contradição na jurisprudência.¹⁷

Desta forma, o CPC/1973, confeccionado nos moldes positivistas, trouxe um sistema ainda tímido na missão de uniformizar a jurisprudência, através de um procedimento incidental do recurso ou em causas cuja competência originária se destinava aos tribunais.

Nesse ponto, importante lição de Araken de Assis:

¹⁵ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. Sistema de precedentes e direitos fundamentais. In: TALAMANI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 96.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. p. 30-31.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 3.

Objetivava o incidente obter pronunciamento “prévio” de órgão superior, fixando a tese jurídica aplicável, posteriormente, ao julgamento da causa ou do recurso. [...] Emitido o pronunciamento prévio, e justamente por tal característica, retornará o feito ao órgão de origem para aplicá-la no caso concreto, sirva ou não de precedente para casos futuros. [...] Obtido o quórum necessário, ou seja, a convergência da maioria absoluta dos membros do tribunal, a tese jurídica adotada no incidente de uniformização inscrevia-se na súmula, passando a construir precedente na informação da jurisprudência. Ora, os enunciados jurisprudenciais insertos na súmula não exibiam força de lei; na verdade, eram singelos precedentes, sem nenhuma eficácia especial, inclusive para os membros do próprio tribunal, apesar das disposições regimentais em contrário. Não passavam de exortação para os juízes em casos similares. Assim, os corpos julgadores do tribunal empreendiam esforço descomunal, dilatando o processo, recolhiam numerosos sufrágios em favor de uma das teses, e, ao fim e ao cabo, produziam efeitos frágeis e parcos.

*A isso se resumia a antiga súmula: simples enunciado visando encerrar as vacilações da jurisprudência e sob determinadas circunstâncias, prestimoso auxílio no julgamento de recursos e causa, porque a respectiva invocação isentava o relator do dever de maiores fundamentações. Explicava-se, assim, a relutância em usar mecanismo tão dispendioso, quanto frágil nos seus efeitos. Firmava-se precedente, mas a ser observado pela lei do menor esforço.*¹⁸

Outro mecanismo marcante, inserido pela Lei n. 11.678/2008, refere-se ao sistema de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. Grosso modo, consiste na análise dos recursos cujas matérias fáticas e de direito são idênticas, selecionando-se os recursos mais abrangentes na temática e suspendendo os julgamentos dos demais até a apreciação. Esta técnica de julgamento foi mantida, e ampliada, no CPC/2015.

A busca pela uniformidade dos julgamentos, notadamente a partir da ascensão das cláusulas gerais, gradativamente tomou espaço no direito processual civil. Ao passo que o direito experimentou os efeitos decorrentes do neoconstitucionalismo, pós-positivismo e o apogeu de um sistema de direitos e garantias fundamentais, fez-se mais ainda necessário o desenvolvimento de um sistema uniforme de julgamentos.

Em sua obra “A ética dos precedentes”, Luiz Guilherme Marinoni faz interessante análise acerca da visão de Max Weber sobre o *stare decisis*. Segundo o autor, Max Weber “viu no *stare decisis* um mecanismo capaz de proporcionar a previsibilidade num direito formalmente irracional”¹⁹. Para Max Weber, o sistema jurídico deveria ser coeso e previsível para o desenvolvimento da sociedade e do capitalismo, pois a segurança jurídica fica garantida, o que seria um contraponto ao sistema da *civil law*, onde as decisões judiciais tendiam a serem desiguais, pois referido sistema permite ao julgador liberdade para externar seu convencimento, evocando a norma ao caso concreto de acordo com seu entendimento.

Nesse sentido:

[...] oportunidade que Weber oferece para o alcance da previsibilidade que o *stare decisis* é um instrumento para o alcance da previsibilidade num direito percebido como de menor racionalidade do que o do direito da época do positivismo científico tem grande relevância para se apontar para a imprescindibilidade de um sistema de precedentes obrigatórios num direito como o brasileiro

¹⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 333. (grifo nosso).

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa no novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b. p. 43.

contemporâneo, em que se tornou absolutamente comum decidir casos iguais de modo diferente, sem se dar qualquer importância para a previsibilidade, valor moral indispensável para o homem se desenvolver e requisito necessário a racionalidade econômica.²⁰

O CPC/2015 trouxe nova roupagem ao sistema de uniformização da jurisprudência, muito mais amplo e rigoroso, numa clara tentativa de aproximação ao sistema *common law*, estabelecendo um sistema de precedentes e uma cadeia de vinculação. Isso porque a estrutura que sustenta a uniformização almejada pelo CPC/2015 é formada por dispositivos que incidem desde o primeiro contato do Juiz com o processo (recebimento da petição inicial) até a decisão proferida no último recurso cabível.

Conforme se depreende do artigo 332 do CPC/2015, haverá improcedência liminar do pedido quando, nas causas que não dependam de instrução, independentemente da citação do réu, quando o pedido for contrário a: (i) enunciado de súmula do STF ou do STJ; (ii) acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (iv) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Já no artigo 926 o comando é claro: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. O comando citado vem acompanhado de mais dois dispositivos (parágrafos 1º e 2º), cujo mando é de que os Tribunais deverão editar enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante bem como, ao editá-las, aterem-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a criação.

Bem ou mal elaborado, na medida em que o CPC/2015 não se preocupou “com eventuais distinções que podem existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes, empregados igualmente em seus parágrafos”²¹, o fato é que a jurisprudência deve ser íntegra, estável e coerente. Assim, conforme ensina Araken de Assis²²:

O art. 926 incorporou à lei processual as desejáveis características da jurisprudência dos tribunais, preparando a formação de um conjunto de precedentes, segundo determinada concepção doutrinária. Por óbvio, os atributos de estabilidade, da integralidade e da coerência tornam as decisões do tribunal em casos futuros previsíveis, e, assim, obsequiosas aos direitos fundamentais da igualdade e da segurança jurídica, preservando a confiança dos litigantes.

Além disso, o supracitado artigo implanta o sistema de *stare decisis* em sua forma horizontal:

O art. 926, CPC, institui claramente o que a doutrina chama de *stare decisis* horizontal. Ao dizer expressamente que há dever de outorgar unidade ao direito e de fazê-lo seguro – o que implica torná-lo cognoscível, estável e confiável – o legislador obviamente determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça respeito aos próprios precedentes, além de ter determinado aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção

²⁰ Ibid., p. 44.

²¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 988.

²² ASSIS, op. cit., p. 334.

de competência. Isso porque a primeira condição para que exista um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões judiciais é o respeito por parte das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes²³.

Ademais, Teresa Arruda Wambier et al.²⁴ ensinam que há certo grau de obrigatoriedade ao respeito à jurisprudência, compreendendo-se em forte, médio e fraco:

Há a obrigatoriedade que poderíamos chamar de forte – se não respeitada, cabe para correção da decisão que a desrespeitou, um remédio especificamente concebido com esta finalidade. Infelizmente, no Brasil, parece ser este o único caso em que se considera realmente haver obrigatoriedade. Um bom exemplo é o cabimento da reclamação contra decisão que desrespeita o acórdão do STJ ou do STF, em julgamento de recursos repetitivos.

Pode-se conceber, também, a obrigatoriedade média – ocorre quando desrespeitado o precedente. Pode a parte lançar mão de uma medida qualquer prevista no sistema, com o objetivo de adequar a decisão àquela desrespeitada. É o caso da decisão do STF que resolve o recurso interposto por A contra B, decidindo a inconstitucionalidade da lei aplicada, *incidenter tantum*.

Por fim, há a obrigatoriedade fraca – esta é meramente cultural. Não há sanções no sistema, pelo fato de ser desrespeitada. Nem meios processuais existem para que se possa corrigir a decisão. É o caso de uma sentença que desrespeita jurisprudência não unânime, mas majoritária no Tribunal local.

Mais adiante, o legislador inseriu, no artigo 927, outro comando cogente e claro para todos os tribunais, pois, todos eles, deverão “observar” certas decisões, enunciados de súmulas e orientações, compreendendo um alto grau de obrigatoriedade, portanto. São elas: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Estamos diante da inserção da *stare decisis* vertical, devendo o julgador respeitar as decisões proferidas pelas altas Cortes e orientações do plenário do tribunal que estiver vinculado, para repercutir no futuro.

Por fim, o mesmo artigo 927 traz dispositivos para regular a hipótese de superação de tese jurídica adotada em enunciado de súmulas ou do julgamento em casos repetitivos, tendo como requisitos a necessidade de fundamentação, adequação e especificação, considerando os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e da isonomia.

As técnicas podem ser compreendidas em: (i) *modifying/overriding* onde se reconhece a “existência de um fundamento apto a modificar a ratio decidendi, sem, contudo, superá-lo integralmente”²⁵, superando-se, portanto, parcialmente o precedente; e, (ii) *overruling*, consistente na superação total do precedente, desde que presentes os requisitos supracitados.

²³ ASSIS, op. cit., p. 990.

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1315.

²⁵ MOTTA, Ottavio Verdi. Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Coleção O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 206.

A superação do precedente pelo uso do *overruling* é a forma de se evitar o “engessamento” do direito, sem deixar de lado a eficácia horizontal da *stare decisis*. Nesse sentido:

É certo que o sistema de precedentes que não admite o *overruling* não tem mais lugar, uma vez que impede o desenvolvimento do direito, também não há como pensar que a possibilidade de revogar precedentes é excludente da eficácia horizontal dos precedentes ou da obrigatoriedade de respeito às próprias decisões. Não há sistema de precedentes quando as Cortes Supremas não se submetem a critérios especiais para revogar os seus precedentes. E é exatamente esta submissão a critérios que caracteriza a eficácia horizontal no direito contemporâneo.²⁶

O mau uso do precedente e a busca pela humanização da jurisdição

Embora o sistema de precedentes tenha efeitos positivos, noutra banda, tendo em vista o modo como é usado e o comportamento do Judiciário em se apegar a técnicas de julgamentos em massa, como foi no caso da criação da chamada jurisprudência defensiva, mais uma vez o jurisdicionado será deixado de lado. O fim, novamente, será de exterminar processos e não de atender ao jurisdicionado com a eficiência que a Constituição Federal preconiza.

A *ratio decidendi* do precedente a ser utilizado deve servir para o caso concreto que será julgado. Isso porque, “o que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes são as razões constantes da sua justificação, as quais devem ainda ser lidas a partir do caso exposto no seu relatório”²⁷.

A técnica de utilização do precedente no direito brasileiro é desvirtuada, na medida em que não há o trabalho de se colocar os pontos em que o julgamento corrobora o precedente utilizado. Trata-se de fatos muitas vezes distintos, servindo apenas de embasamento da decisão e, por conseguinte, acelerando os julgamentos sem permitir que o julgador se atente ao caso concreto. Nesse sentido, alerta Gustavo Santana Nogueira²⁸ acerca da utilização dos precedentes, na *civil law* brasileira:

O que mais vemos, lamentavelmente, é a citação ao número do recurso que constitui o precedente que está sendo invocado para justificar uma determinada decisão. Essa forma de tratar o precedente é manifestamente equivocada. *A força do precedente se perde quando respeitá-lo por sinônimo de mencionar o número ou transcrever a ementa. Ora, da parte do Tribunal exige a chamada demonstração analítica, ou seja, que ela demonstre detalhadamente o que seu caso concreto possui de semelhanças com outro caso, chamado de caso paradigma. [...] A forma de julgar no Brasil precisa ser urgentemente modificada.* Não é raro ver decisões do STJ e do STF que não fazem a comparação analítica do caso que estão julgando com o precedente. Transfere-se para a parte interessa o ônus de, após o julgamento do seu caso, procurar o precedente e tentar entender porque o mesmo foi invocado para justificar aquela decisão proferida. Em que pese ser uma prática comum nos Tribunais, com ela não podemos concordar, posto que passa para a parte um ônus que era dever do tribunal: fundamentar a decisão judicial.

O que se vê, portanto, é uma busca exacerbada por uma solução rápida dos litígios, através de uma nova sistemática de subsunção: troca-se a subsunção do fato à norma pela subsunção do fato ao arcabouço de jurisprudência e a estrutura dos precedentes. Além disso, outro efeito deste novo sistema será o de engessar o sistema processual, interferindo na atuação e livre convencimento dos julgadores.

²⁶ MARINONI, 2016b, op. cit., p. 252.

²⁷ ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 991.

²⁸ NOGUEIRA, op. cit., p. 237. (grifo nosso)

É certo que há muitos casos que são parecidos e que a solução muitas vezes pode ser igual. Entretanto, ainda nesses casos, a existência de um fato peculiar é enorme, fadando seu adequado julgamento. A solução buscada tem o efeito perverso de, como dito anteriormente, mecanizar a atividade jurisdicional, julgando-se os processos em massa, análogo ao sistema de produção fordista, criado no século XX por Henry Ford.

Efeito mais perverso ainda reside no fato de que a atividade jurisdicional mecanizada, bem como os julgamentos em massa, acaba por desumanizar o procedimento. Isso porque, se o processo é um meio para atingir um fim (instrumento para efetivação de direitos para atender ao jurisdicionado), esse novo procedimento o transformará de meio para atingir números, metas.

Nesse sentido, alerta Gustavo Santana Nogueira²⁹ acerca da utilização dos precedentes com intuito de obter julgamento rápido da demanda, na *civil law* brasileira:

Ademais, a função dos precedentes na common law é diversa da civil law brasileira. Aqui no Brasil, os precedentes, sumulados ou não, são usados precipuamente para acelerar o tempo necessário para julgar um recurso, através do julgamento monocrático, razão pela qual não há muita preocupação com a adequação do precedente ao caso em tela porque isso representa “perda de tempo”. Cita-se, como vimos, o número do precedente, quando muito a ementa do precedente, e decide-se o recurso com a pseudo ideia de que o precedente foi respeitado.

Dessa forma, a pessoa humana que está por trás do processo estará inserida numa meta a ser atingida, ou a um procedimento a ser liquidado. A efetivação do direito material é mitigada. *Não se pode perder de vista que a atividade jurisdicional é regida, direcionada, por seres humanos para a efetivação e garantia de direitos fundamentais para seres humanos.*

Infelizmente, essa sensibilidade está se perdendo. Está se perdendo, ainda, a máxima contida no primeiro artigo do CPC/2015, “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

Os preceitos do parágrafo anterior permitem encontrar a base maior para a construção da atividade jurisdicional humanizada, ou seja, aquela que fornece um procedimento hígido, um sistema processual harmônico, para atender ao jurisdicionado.

Neste ponto, podemos encontrar na doutrina do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, o constitucionalista Carlos Ayres Britto, uma das essências daquilo que se busca neste trabalho: o humanismo como categoria constitucional. E, que deste humanismo, seus raios iluminem a atividade jurisdicional. Segundo o autor:

Esse atualizado humanismo significa atribuir à humanidade o destino de viver no melhor dos mundos. A experimentar o próprio céu na terra, portanto. *Mas assim transfundido em democracia plena, ele passa a manter com o Direito uma relação necessária. O Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim. É como dizer: o humanismo, alçado à condição de valor jurídico, é de ser realizado mediante figuras de Direito. Que são os institutos e as instituições em que ele, Direito Positivo, se decompõe e pelos quais opera.*³⁰

²⁹ Ibid., p. 237.

³⁰ BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2016. p.

Se o Estado Democrático de Direito, instituído por uma Constituição a qual estabelece, pela vontade do povo, uma Federação que busca atingir a dignidade da pessoa humana, assegurando um rol de direitos e garantias fundamentais para que referida dignidade seja preservada, incluindo-se a atividade jurisdicional moldada por seus princípios como meio de salvaguardar tais direitos, não poderá ter como fim atingir metas a qualquer custo. A efetividade encartada na Constituição não se verifica no número de processos findos, mas sim, na qualidade, na atuação voltada a atender a pessoa humana.

Assim, para evitar o avanço dessa tendência do julgamento em massa, apegando-se aos precedentes de maneira errônea, será fundamental a mudança do comportamento das partes no processo, fazendo-se verdadeira análise de compatibilidade da *ratio decidendi* no caso concreto; as partes deverão desenvolver a técnica de *distinguishing*.

Isso porque, referida técnica consiste em expressar “a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente vinculante”³¹. Assim, para deixar de se aplicar um precedente, “é necessário que se faça o adequado cotejo entre os casos, justificando-se, assim, quais as circunstâncias que distinguem os casos e que, por isso, determinam que não haja decisão precedente a ser seguida”³².

Conclusão

Como visto, o CPC/2015 depositou suas fichas no aprimoramento das formas de atuação sistematizada da jurisprudência (criou uma espécie de rede jurisprudencial que imprime lógica à resolução das demandas de massa) e desburocratizou a busca pela tutela jurisdicional. Com mecanismos que visam imprimir maior velocidade e racionalidade ao sistema jurisprudencial o CPC/2015 adotou o sistema de vinculação dos julgadores aos precedentes obrigatórios, incidente de assunção de competência e incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nascem tais institutos da preocupação em que o sistema jurisdicional potencialize uma visão dita mecanizada do direito, resultado de um movimento jurisdicional pós-moderno que potencializa a velocidade das informações e um pensamento adestrado à solução de conflitos por fórmulas condensadas em extratos jurisprudenciais.

Um dos efeitos colaterais desta postura – talvez o mais lamentável – é o esquecimento de que por trás dos índices, metas, da velocidade e racionalização do sistema a partir da atuação jurisprudencial com vinculação aos precedentes, está a pessoa humana do jurisdicionado.

Como ocorre em todos os sistemas mecanizados, a adoção de métodos jurisprudenciais que visam à solução de conflitos – e neste ponto é importante frisar que não se critica a inclusão de mecanismos lógicos, hábeis a reduzir o número de processos, mas apenas se exterioriza a preocupação com o destinatário da prestação – pode conduzir a atividade jurisdicional a uma vertente preocupada exclusivamente com a resolução robotizada de conflitos, pois qualquer demanda em curso deverá, antes de tudo, passar pela triagem decorrente de etapas lógico-rationais: (a) o direito em jogo insere-se entre aqueles que o STF considerou como detentor de repercussão geral? (b) as questões trazidas estão alojadas entre súmulas de tribunais superiores? (c) o problema colocado à apreciação está entre as demandas repetitivas solucionadas – ou em vias de solução – por tribunais superiores?

³¹ MARINONI, 2016, p. 232.

³² MOTTA, op. cit., p. 205.

O mergulho do jurista em uma espécie de neurose processual, em busca de um precedente ou entendimento jurisprudencial que sirva para tirar aquela demanda da vala comum e colocá-la sob a chancela de “causa sobre a qual há jurisprudência sedimentada”, tende a retirar do órgão jurisdicional a motivação pela realização de um julgamento justo.

Trabalhar como meros encaminhadores de feitos a um ou outro caminho, cujos direitos já foram pavimentados por entendimento jurisprudencial subjacente, pode colocar os juristas na função de meros localizadores de teses conflitivas e artífices do trânsito desses feitos em direção a uma ou outra causa repetitiva.

Perde-se, com isso, a ideia fundamental que deve orientar o sistema jurisdicional de que atrás desse aparato existe um ser humano que aguarda uma decisão que pode representar um dos principais momentos de sua existência.

Eis, pois, o principal desafio que permeará a atividade dos juristas na era pós CPC/2015: construir um método eficiente de solução de conflitos, aproveitando a jurisprudência como mecanismo para evitar discussões estéreis, mas ao mesmo tempo conscientizar-se que é necessário trabalhar a jurisdição sob a forma do que ousamos chamar de jurisdição humanizada, aproximando o eixo normativo protetor de direitos fundamentais do eixo que equilibra a plena eficácia desses direitos no plano prático.

Deste modo, a fim de se evitar decisões arbitrárias e injustas, os juízes devem ser orientados para que a análise dos processos seja feita em consonância com os direitos fundamentais, haja vista que cabe ao Estado garantir sua eficácia. E a esse movimento, que atribuímos o nome de “humanização da jurisdição”, pelo qual todos os sujeitos envolvidos no processo devem buscar a garantia dos direitos fundamentais das partes envolvidas, ou seja, todos os atos do processo devem ser praticados para que o litígio seja solucionado em um tempo razoável, todavia, a celeridade não pode ser utilizada como forma de impedir que o direito material seja respeitado. Não se pode esquecer, portanto, que por trás do processo há seres humanos que buscam constantemente sua dignidade, e que muitas vezes a vida dessas pessoas pode estar em jogo.

Esse movimento de humanização da jurisdição passa pela conscientização de que a atividade jurisdicional constitui-se tarefa que se equipara ao sacerdócio, pela motivação da advocacia, dos auxiliares da justiça, do Ministério Público e da magistratura à elevação de seus misteres para mirar o jurisdicionado (figura que passou esquecida das alterações processuais). Deve-se entronizar o pensamento de que o atingimento das metas, a redução do número de processos e a implantação de um sistema lógico-analítico de utilização da jurisprudência como método para racionalizar a atividade jurisdicional não pode ser colocada como único bastião do sistema jurisdicional.

Conclui-se, portanto, que é imprescindível manter a lembrança de que todas as demandas judiciais nascem da aflição dos jurisdicionados em encontrar do órgão jurisdicional uma resposta adequada, justa, imparcial e qualificada. Tal resposta, para além de célere, deve pautar-se pela preocupação de que o destinatário da tutela é uma pessoa humana que depositou na decisão aguardada a confiança na resolução das aflições, tribulações e sofrimentos que o conflito causou-lhe à alma. Somente assim será possível que as decisões judiciais se encontrem em linha de coerência com a necessária humanização da jurisdição.

Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte-MG: Fórum, 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016 - ano base 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, BA: Juspodivm, 2015.
- KREBS, Hélio Ricardo Diniz. Sistema de precedentes e direitos fundamentais. In: TALAMANI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.
- _____. *A ética dos precedentes: justificativa no novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.
- MENDONÇA JR., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MOTTA, Ottavio Verdi. Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *Coleção O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Políticas públicas para mitigação da cultura do litígio no Brasil

BEATRIZ TRIGO

Mestre em Direito pela ITE, professora do curso Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

DONIZETT PEREIRA

Mestre em Direito pela UNESP, professor do curso Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

BÁRBARA SOARES GIUS

DAIALY BORDINI DA SILVA

MIRIAN DOS SANTOS GOMES

NATHALIA LOUISE BARALDI

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

Resumo: O artigo trata da intervenção do poder público para a oferta e implementação de meios eficazes para solução extrajudicial de conflitos nas relações intersubjetivas, analisando a atuação do Conselho Nacional de Justiça e os efeitos da legislação pertinente, notadamente do Novo Código de Processo Civil, que trouxe regulamentação específica para a intermediação de outros agentes nas contendas. Faz ainda alusão aos dois maiores complicadores da intervenção mediada, quais sejam, as relações familiares e aquelas envolvendo Direito Público, para concluir que caminhou satisfatoriamente até aqui a atuação estatal, no que deve ser seguida de outras tantas ações em âmbito público e particular.

Palavras-chave: Conciliação. Mediação. Poder Judiciário. Novo Código de Processo Civil. Conselho Nacional de Justiça.

Public policies to mitigate the culture of litigation in Brazil

Abstract: The article deals with the intervention of the public power for the provision and implementation of effective means for an extrajudicial solution of conflicts inside intersubjective relationships, analyzing the role of the National Council of Justice and the effects of the pertinent legislation, especially of the new code of Civil procedure, which brought a specific regulation for the intermediation of other agents in disputes. It also alludes to the two main complicators of the mediated intervention, namely, family relationships and those involving Public Right, to conclude that State performance walked up satisfactorily up to now, in what must be followed by other actions both in public and private field.

Keywords: Conciliation. Mediation. Judiciary Power. New Code of Civil Procedure. National Council of Justice.

Introdução

O conflito é parte inerente do ser humano e, por vivermos numa sociedade democrática, sempre haverá conflitos dos mais variados tipos e situações, desde os mais complexos até os mais simples que não necessitariam da intervenção do Poder Judiciário para sua solução. Sempre que se forma um conflito, as partes, quase que invariavelmente, buscam resolver suas demandas junto ao Poder Judiciário, deixando de lado possibilidades que resolveriam o conflito de maneira mais rápida e com menos gastos. Está arraigada na sociedade brasileira a cultura do litígio, que se sobrepõe à do consenso.

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o ano de 2015 encerrou-se com um acúmulo de 73,9 milhões de processos em tramitação. Considerando que o Brasil tinha 201.032.714 habitantes em 2014, segundo estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia

e Estatística (IBGE), haveria um processo no Poder Judiciário para cada 2,02 indivíduos em média (sem considerar que há sempre pelo menos duas partes nos processos). Esse número tem aumentado ano após ano, sobrecarregando o Poder Judiciário num reflexo gritante da vigente cultura de conflito e litigância. Estima-se que diariamente chegam à Corte Suprema uma média de 1.200 processos. O relatório “Justiça em Números 2016”¹ apontou que apenas 28% dos processos em trâmite foram solucionados no ano de 2015, o que significa que há um congestionamento de 72% do sistema, produzido somente naquele ano.

Após a promulgação da Constituição de 1988, verificou-se um aumento vertiginoso na quantidade de processos ajuizados. Tal fato deve-se, em grande parte, à ampliação dos direitos dos cidadãos, outorgados pela Constituição vigente, principalmente no que se refere ao acesso à Justiça.

Bacellar² afirma que:

O acesso à justiça que antes representava uma simples garantia formal, dentro da estrutura arcaica, complicada e carregada de ônus pecuniário impossível de ser suportado pelo cidadão comum, passou a representar um direito efetivo.

Houve um redirecionamento sistêmico e a Constituição da República passou a viabilizar o acesso ao Judiciário, não mais restrito aos interesses individuais, mas estendendo-se também aos interesses coletivos.

Contudo, verificou-se que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias que viabilizou o acesso à justiça, sem antes disponibilizar instrumentos para que o processo saia da justiça, propiciou o inchaço do sistema jurídico, ou seja, o judiciário não deveria ser somente o lugar onde as causas começam, mas deveria ser também o lugar onde elas terminam. O Brasil se transformou em um verdadeiro campeão mundial de processos em tramitação no sistema judiciário, e os juízes nacionais se tornaram recordistas de produtividade, sem que houvesse, como contrapartida, a satisfação das demandas sociais.

De acordo com Bacellar:

O absurdo volume de serviços dos juízos, há vários anos, tem conduzido os magistrados a uma triste realidade: “entre a cruz e a espada”, optam pela quantidade e desprezam a qualidade em suas sentenças. Percebe-se, em uma análise realista, que, depois de cumpridos todos os meandros processuais e, ao final, naquele que se pode considerar o principal ato do processo - a sentença -, não se têm observado as garantias de segurança prometidas pelo sistema. Eficiência quantitativa, na maioria das vezes, retrata deficiência, com sentenças mal elaboradas e soluções simplistas.³

Nota-se que, ao analisar as mais variadas formas de litígios que lotam o sistema judiciário, a grande maioria poderia ter suas soluções alcançadas fora de seu contexto, utilizando-se de formas alternativas de resolução de conflitos e evitando que uma enxurrada de processos, que muitas das vezes são de baixa complexidade, sufoquem ainda mais o já abarrotado sistema judiciário.

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2016*. p. 42. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

² BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 30.

³ Op. cit., p. 84.

Com um número cada vez maior de contendas adentrando o judiciário todos os anos, estima-se que, se esse sistema fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual e crescente produtividade dos magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque de processos.

Outro grande problema do sistema judiciário apontado de forma unânime entre os operadores do direito é a sua morosidade, em grande parte decorrente do número crescente de processos. Tal característica, apesar de não impedir o acesso à justiça, atrapalha, uma vez que a demora para a definição do conflito faz com que a sociedade crie um sentimento de descrédito em relação à eficiência da justiça produzida nos tribunais.

Verifica-se, portanto, que a inoperância do Poder Judiciário na resolução de conflitos, causada em parte pela cultura de litígio e em parte pela morosidade do judiciário, provoca um vácuo jurídico nas relações conflituosas da sociedade.

E é nesse contexto de incapacidade do Estado de suprir as demandas jurídicas da sociedade que decorre o despertar e o desenvolvimento de procedimentos alternativos de solução de conflitos, fora do sistema judiciário formal, almejando alcançar a celeridade do processo e diminuir os custos sociais decorrente do processo litigioso.

Principais medidas criadas para a diminuição dos processos judiciais

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão criado em 2004, no âmbito das “reformas estruturais do Poder Judiciário” que tem como principal função o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, tem tomado várias iniciativas para incentivar a conciliação extrajudicial.

Em 2010 foi instituído pelo CNJ a Política Nacional de Conciliação, por meio da Resolução de número 125/2010⁴, com intuito de solucionar as demandas, de preferência, antes que cheguem ao Poder Judiciário.

Uma das medidas mais eficazes da Resolução 125/2010 foi a instituição dos Núcleos de Mediação e Conciliação em cada Estado da federação, medida que, se não surtiu ainda os efeitos esperados, serviu para destacar, no âmbito jurisdicional, a importância da conciliação prévia ao trâmite processual. O artigo 8º da Resolução determina a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) para gerir e executar sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como atendimento e orientação ao cidadão.

Outra iniciativa pioneira do CNJ foi a criação da Semana Nacional de Conciliação, que realizou sua 11ª edição em 2016. Segundo o Tribunal de Justiça do Pará⁵,

A Semana Nacional da Conciliação é uma das principais ações institucionais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizada anualmente em todos os tribunais brasileiros, e tem o objeto de conciliar o maior número possível de processos, visando disseminar e fortalecer a cultura da paz e do diálogo entre as partes por meio da conciliação. Com o slogan “O caminho mais curto para resolver seus problemas”, a campanha deste ano reforçou a ideia de que a conciliação é uma forma pacífica, rápida, eficaz e definitiva de solução de conflitos.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 125, de 29 novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça paraense bate recorde de atendimento na Semana da Conciliação*. 15 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84194-justica-paraense-bate-recorde-na-11-semana-nacional-da-conciliacao>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

Cotejando os dados disponibilizados⁶, constata-se que em Minas Gerais, na Semana Nacional da conciliação, os acordos em audiências criminais superaram índice de 88,54% e as cíveis se aproximaram de 30%, sendo 4.247 acordos que totalizaram R\$ 21.973.672,00. Em São Paulo, foram atendidas 62,2 mil pessoas, movimentando R\$ 1.157.610,00. Porém, o recorde, em termos proporcionais, ficou com a justiça Paraense, em que 21.009 pessoas foram atendidas, o que gerou um valor de mais de R\$ 14 milhões.

Esses dados comprovam que as iniciativas do CNJ têm dado muitos frutos positivos para a justiça brasileira. Merece destaque também o incentivo dado pelo CNJ no projeto “conciliar é legal” pelo qual o CNJ tem premiado as Práticas Inovadoras que têm como foco a criação de soluções voltadas para a conciliação.

O Novo Código de Processo Civil

Com o objetivo de resolver algumas deficiências no trâmite processual, entendidos como limitadores na questão do acesso à justiça, foi publicado o Novo Código de Processo Civil (CPC) (Lei no 13.105/2015), que já completou, portanto, um ano de vigência,

No que se refere à mediação, o código de ritos avançou muito em relação ao de 1973. Enquanto o código anterior não trazia qualquer previsão sobre a mediação, embora tratasse da conciliação em dez artigos, o código atual menciona expressamente a mediação em 39 oportunidades diferentes.

A Comissão de Juristas responsável pela elaboração do projeto registrou na Exposição de Motivos da Lei, a intenção de “converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação”⁷.

O Novo CPC inovou quanto à mudança de paradigma, optando pela cultura da paz, adotando como critério interpretativo os valores e princípios expressos na Constituição Federal de 1988, trazendo a possibilidade de composição entre as partes mediante a boa-fé, cooperação, duração razoável do processo e com vistas à satisfação de interesses de forma justa e efetiva.

Dentre os meios extrajudiciais de solução de conflitos, os mais conhecidos e usuais são a arbitragem, a conciliação e a mediação, cada um oferecendo inúmeras vantagens sobre o método judicial tradicional, funcionando como métodos alternativos ou não-convencionais de resolução de conflitos, garantindo maior possibilidade de acesso e promoção de Justiça para os cidadãos.

O interessante de se notar é o fato de que esses métodos alternativos ajudam a desafogar o judiciário, diminuindo a quantidade de processos que entram no sistema, porém, quando uma pessoa opta por esses métodos alternativos para a solução de seus conflitos, ela não o faz no intento de desafogar o sistema judiciário, na verdade ela pouco se importa com os inúmeros processos que estão congestionando o judiciário. Ela opta por esses métodos a fim de fugir da morosidade, dos altos custos financeiros e sociais, e da longa e imprevisível

⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *3ª Semana Nacional da Conciliação bate recorde na Justiça do Trabalho*. 26 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/noticias>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

⁷ BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

duração dos processos nos tribunais. Esses métodos se apresentam como uma nova cultura no tratamento dos conflitos, pois através da escuta e do diálogo se constrói um caminho elaborado pelos próprios interessados e com possibilidade de êxito para ambas as partes.

Porém, é ingenuidade acreditar que esses métodos alternativos para solução de conflitos sejam sozinhos a solução do atual problema que o Poder Judiciário enfrenta. O poder público é o principal responsável pelo congestionamento do Poder Judiciário, ele é o maior litigante de todo o sistema. Para se ter uma ideia, a Justiça Estadual de São Paulo, que concentra aproximadamente 40% dos processos em tramitação no País, é um dos exemplos da expressiva concentração setorial: a administração pública municipal figurou como parte ativa em mais da metade dos processos no primeiro grau entre 2010 e 2013, considerando os 100 maiores litigantes.

Portanto, seria fundamental que o Poder Público incorporasse essas novas soluções que estão surgindo a fim de que haja uma maior solvência dos processos envolvendo-o, diminuindo de maneira significativa a quantidade absurda de processos parados na justiça.

Assim, é imprescindível que se repense o tempo todo o papel e a atuação do sistema judiciário, visando aprimorar o acesso à Justiça. Mais do que aplicar a lei, é preciso que se solucionem os conflitos de maneira eficaz e eficiente.

É certo que o atual modelo de jurisdição, centrado na litigiosidade, deve ser superado. Os métodos alternativos de resolução de conflitos têm despontado como uma alternativa viável, que tem contribuído de maneira eficaz para a diminuição das demandas judiciais, acelerando o tempo de conclusão do processo e humanizando as relações. O que se espera com tudo isso é evitar que o cidadão, que teve seu direito reconhecido, morra sem ver seu direito efetivado.

Por fim, o estímulo ao uso de medidas alternativas de solução de conflitos, seja via arbitragem, conciliação, mediação ou por qualquer outro meio extrajudicial, torna-se urgente. Além desse estímulo, é necessário também o desenvolvimento de uma cultura de paz, que deve vir desde a infância, com reflexos transformadores até mesmo nos currículos dos cursos de Direito, nos quais atualmente germinam e se promovem a litigância e a beligerância, em vez da conciliação, mediação e arbitragem.

Conciliação e mediação no direito comparado

É interessante entender como funcionam a solução extrajudicial de conflitos em outros países, com algumas identidades em relação ao Brasil. Na inauguração da Câmara Arbitral da Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), o vice-presidente de 1995-2003, Marco Maciel, sugeriu a Maria Augusta Feldman, presidente da Associação Brasileira de Agências Reguladoras (ABAR) no ano de 2003, a formação de uma lei de mediação baseada na lei argentina⁸. Dessa forma, foi elaborado um anteprojeto com base na Lei 24.573/96 da Argentina, porém com algumas adaptações e modificações.

Para ser mediador, a legislação argentina impõe quatro exigências: ser advogado há pelo menos três anos, comprovação de idoneidade, ter escritório adaptado à mediação (número e padrão de salas) e não haver exercido mediação a algumas das partes no prazo de um ano.

⁸ DALE, Izadora Faria Freitas Azevedo. *A mediação: conceito, princípios norteadores e técnicas para sua aplicabilidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48697/a-mediacao-conceito-principios-norteadores-e-tecnicas-para-sua-aplicabilidade>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

O ingresso no quadro de mediadores é feito através de concurso público, porém não será remunerado pelo Estado, e sim pelas partes, conforme tabela organizada pelo Poder Público. É imperioso frisar que um processo não terá andamento no Fórum sem antes passar pela mediação. O juiz encaminhará as partes a um mediador, o qual deve oferecer um relatório sobre o caso. Se houver acordo, este será homologado e arquivado; se não houver, será entregue ao juiz que dará andamento ao processo. Conquanto a mediação facultativa seja permitida, se não existir acordo, as partes poderão ingressar com o processo judicial, mas sem ter de realizar outra mediação, basta, para tanto, utilizar-se de uma certidão do mediador.

Em contrapartida, no Brasil, qualquer pessoa de confiança das partes pode ser mediador extrajudicial, permitindo para ambas a presença ou não de seus advogados; na mediação judicial, o mediador deverá ser formado há pelo menos dois anos em qualquer área superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, inclusive ser capacitado por curso realizado em entidade reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelos Tribunais.

Vale lembrar que a mediação no Brasil não é obrigatória caso uma das partes não queira participar; esta etapa foi incluída antes do processo somente para incentivar seu uso. Igualmente, na Argentina, o mediador judicial será remunerado pelas partes, conforme definirem os respectivos tribunais, exceto para pessoas pobres, para as quais o serviço será gratuito.

As leis respeitam princípios no momento de sua aplicação, criação e desenvolvimento, não sendo, portanto, diferente com a lei de mediação. Nos países supracitados, no que diz respeito aos seus princípios, observa-se grande semelhança entre eles, as quais estão demonstradas no Quadro 1.

Quadro 1 - Princípios norteadores da mediação

Mediação no Brasil	Mediação na Argentina
Imparcialidade do mediador	Imparcialidade do mediador
Isonomia entre as partes	Isonomia entre as partes
Autonomia da vontade das partes	Liberdade e autonomia da vontade das partes
Confidencialidade	Confidencialidade
Boa-fé	Sinceridade e liberdade das partes nas comunicações diretas
Busca do bom senso	Busca do bom senso
Informalidade	Celeridade
Oralidade	Oralidade
Sem correspondência	A mediação familiar (apenas no que tange aos direitos patrimoniais disponíveis)
Sem correspondência	Consideração especial aos interesses de menores, incapazes e pessoas maiores dependentes

A imparcialidade se impõe ao mediador, que deve ter sua atuação de maneira neutra, de modo que não dê preferência, favorecimento, defesa, conselho ou representação a qualquer uma das partes. Dessa forma, não deve haver nenhum interesse próprio do mediador em relação ao objeto do conflito, sendo inválida a mediação que violar esse princípio.

Isonomia entre as partes garante o não privilégio, a não distinção entre os interessados. Assim, ambas as partes devem ter suas vontades ouvidas e de melhor forma ajustadas à resolução do conflito. Porém, se não houver uma decisão, uma das partes tem a liberdade de não aceitar o acordo.

Na hipótese de não concordância, essa liberdade é recepcionada pelo princípio da autonomia da vontade, a qual proporciona às partes que não façam a mediação, que administrem o procedimento do modo que entenderem melhor ou que ponham fim a esse método quando quiserem.

Por esse motivo, é importante o comportamento justo, a não conduta dolosa a fim de atrasar o processo ou lesionar alguma das partes para que se alcance um comum acordo benéfico para as partes. A partir disso, o princípio da boa-fé/sinceridade em consonância com o princípio do bom senso, os quais dão suporte à colaboração, vêm com a preocupação de se fazer existir cooperação entre os conflitantes.

O princípio da informalidade/celeridade é uma forma de redução de formalidade no processo de mediação, sem a necessidade de fundamentação jurídica para o resultado, e, portanto, trazendo à discussão somente o indispensável, o que de certa forma agiliza a execução do acordo. Em conformidade com esses princípios encontra-se o da oralidade, o qual permite a intervenção através do diálogo.

Por fim, no que diz respeito a princípios idênticos entre as duas legislações mencionadas nesse primeiro momento, existe o da confidencialidade, que traz uma segurança e o não constrangimento às partes do processo de mediação, pois fica proibida a publicidade do que acontece nas sessões por qualquer indivíduo presente. Isso somente será permitido se houver um comum acordo entre os conflitantes em permitir a divulgação da discussão, ou quando for de interesse público por evitar algum delito.

No que diz respeito somente à mediação argentina, existe o princípio da mediação familiar. Este, por sua vez, é permitido no que tange aos direitos patrimoniais oriundos da relação conjugal, como por exemplo, o regime de bens no casamento, desde que não atinja os interesses de menores, incapazes ou maiores dependentes. Esses, dessa forma, são protegidos pelo princípio de consideração especial de acordos que os prejudiquem.

Comparando as duas legislações de Brasil e Portugal, não existem grandes diferenças entre esses dois países. Em Portugal, não há grandes exigências para ser um mediador, necessitando somente de “frequências e aproveitamento em cursos ministrados por entidades formadoras certificadas pelo serviço do Ministério da Justiça” (Lei nº 29 de 19 de abril de 2013, artigo 24). Diferentemente do Brasil, o qual exige curso superior, e da Argentina, que permite somente a advogados serem mediadores.

Com o mesmo formato que a brasileira, a mediação portuguesa é voluntária, ou seja, não é compulsória como acontece na Argentina. O salário dos mediadores, em contrapartida, sempre será acordado entre as partes, não estando, portanto, fixado por tribunais. Mas, se os conflitantes são de baixa renda é possível a isenção ou redução das taxas, através da mediação

realizada pelos Sistemas Públicos de Mediação, os quais “visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas”. (Lei 29/2013, artigo 30). Não se pode olvidar que nas duas legislações é permitida a presença dos advogados das partes; não é permitido representação das mesmas por qualquer outra pessoa.

Em relação aos seus princípios, os que mudam, ou melhor dizendo, os que são acrescentados em relação aos princípios brasileiros, dizem respeito ao mediador e à validação da mediação. Presentes nos artigos 8º e 9º da referida lei, o princípio da competência e responsabilidade e o da executoriedade reforçam, respectivamente, a exigência do artigo 24 supracitado, e que o acordo judicial não necessita de homologação para ter força executiva.

Esses e os demais princípios podem ser observados no Quadro 2.

Quadro 2 - Princípios norteadores da mediação

Mediação no Brasil	Mediação em Portugal
Imparcialidade do mediador	Imparcialidade e igualdade
Isonomia entre as partes	Isonomia entre as partes
Autonomia da vontade das partes	Voluntariedade
Confidencialidade	Confidencialidade
Boa-fé	Competência e responsabilidade
Busca do bom senso	Executoriedade
Informalidade	Independência
Oralidade	Sem correspondência

A pesquisa aqui desenvolvida também detectou que as principais dificuldades para que a implantação da conciliação e mediação seja efetivada decorrem da natureza dos conflitos originados em dois campos específicos: na administração pública, por conta de característica pública do objeto da demanda, e nos de origem nas relações familiares, em virtude da evidente dificuldade de exteriorização de sentimentos. Analisemos cada um deles.

Mediação no âmbito da administração pública

Disciplinada pelo novo Código de Processo Civil, e também pela Lei Federal 13.140/2015, a mediação é uma das formas alternativas para agilizar as soluções dos conflitos enfrentados perante o Poder Judiciário, que se encontra com uma carga excessiva de processos. Na concepção de Ivan Aparecido Ruiz⁹:

A sociedade contemporânea vive em crise e, juntamente com ela, as instituições estatais. O Estado abarcou uma série de atribuições, mas não está conseguindo, com eficácia e como era de se esperar, desvencilhar-se das mesmas, cumprindo o seu dever legal. Não é à toa que muito se fala nas mudanças de paradigmas. O modelo atual não mais responde às aspirações da população. [...]

⁹ RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p.72-92, jul. 2005. p. 75 e 76.

Observa-se mudanças no Estado, isso porque o próprio mundo está mudando. Uma das mudanças que se percebe é aquela em que o Estado vem deixando de ser um Estado administrador, tornando-se um Estado gerenciador. O Poder Judiciário não está imune a esses efeitos nocivos ou estranhos à funcionalidade do seu sistema ou seja, a esse mal que ronda a sociedade contemporânea. Assim, pensa-se que as aberturas do Estado também no tocante à parte do papel do Poder Judiciário não podem deixar de repercutir na melhoria da Justiça, o que vem acontecendo sob a forma dos chamados meios alternativos de solução de conflitos, onde o cidadão é chamado a participar e contribuir para o alcance da Justiça e da paz social.

Para alcançar este objetivo, a lei de mediação regulamentou não somente sobre a solução consensual de litígios entre os particulares, mas também entre os conflitos em que a administração pública figura como parte. Frisa-se neste sentido, que em muitos dos processos é o Poder Público que se encontra como uma das partes, conforme demonstra o levantamento anual “Justiça em Números”, do CNJ, de setembro de 2015, tal como explica Maurício Cardoso: “15% dentre 23,7 milhões de ações que ingressaram na Justiça se referem a matéria tributária, previdenciária ou de Direito Público, todas áreas que envolvem a administração pública em seus diferentes níveis - federal, estadual e municipal”¹⁰.

Fato é que a Lei Federal 13.140/2015¹¹ possibilitou que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam criar Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, para tratar de:

Art. 32...

I dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Neste sentido, referida lei disciplina no parágrafo primeiro que cada ente federado terá autonomia para criar o seu modo de composição e funcionamento das câmaras. É o caso, por exemplo, da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) e no Instituto de Engenharia¹².

Já o parágrafo segundo trata que a submissão do conflito às câmaras é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado. No parágrafo terceiro, é disposto que havendo acordo entre as partes, será reduzido a termo e constituirá título executivo.

Como demonstrado, com a Lei em vigor, abriu-se a possibilidade das câmaras resolverem os litígios em que forem partes o particular e pessoa jurídica de direito público, que através de um mediador, buscaram a pacificação social. Ressalva-se, contudo, a qualidade do mediador para atender os requisitos que lhe serão solicitados; de acordo com o Novo Código de Processo Civil, art. 166, os princípios norteadores de sua função são: independência, imparcialidade,

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça*. 15 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹² OAB-SP. *O papel do advogado no processo de mediação*. 3 ago. 2016. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2016/08/o-papel-do-advogado-no-processo-de-mediacao>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

autonomia de vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. A respeito da intervenção do mediador entre as partes, Humberto Dalla Pinho¹³ aduz que:

[...] cabe ao mediador auxiliá-las na obtenção da solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

Uma das questões levantadas por este diploma normativo é a necessidade de adequação do equilíbrio-financeiro de contratos celebrados entre os contratantes, sob pena de usurpar o princípio da função social do contrato.

Desta forma, estima-se que a administração pública use a mediação para resolver os seus litígios. Não obstante, atualmente, existem inúmeros questionamentos inerentes a matéria titulada pela nova Lei, espera-se, no futuro, grande parte dos desentendimentos sejam resolvidos por tal instituto.

Mediação e conciliação no Novo Código do Processo Civil

Com a perspectiva de melhorar a atuação do Poder Judiciário, bem como o encaminhamento e a resolução das lides que chegam a este, tem-se buscado nos últimos tempos meios que favoreçam o diálogo e o entendimento entre as partes para melhor solucionar o litígio. Para isso foram desenvolvidos, e estão sendo cada vez mais aplicados, métodos facilitadores como a conciliação e a mediação.

Os métodos facilitadores são conhecidos como meios de autocomposição, pois há a participação de todos os envolvidos no conflito para a sua resolução, sem a decisão de uma terceira pessoa, encaminhando por si mesmas a composição, o que gera uma solução mais eficiente. Entretanto, as partes podem não conseguir encontrar uma solução ou comunicar-se de forma efetiva devido ao desgaste da relação ou controvérsias, necessitando da contribuição de terceiro imparcial para que haja restauração do diálogo por meio da mediação ou conciliação.

O Novo Código de Processo Civil incorporou a direção das normas contidas na Resolução nº 125 do CNJ, solidificando o uso de meios consensuais de resolução de disputas. Essa nova legislação intensificou o uso da conciliação e trouxe para a mediação um regramento próprio, que inexistia no Código Anterior.

O art. 165 do CPC trata de algumas diferenças existentes entre a conciliação e a mediação, uma delas está relacionada à preferência de sua aplicação de acordo com o tipo de caso. Segundo a norma, a conciliação será aplicada preferencialmente em casos que não haja um vínculo anterior entre as partes. Já no caso da mediação, esta será aplicada nos casos em que houver esse vínculo anterior, o mediador auxiliará no restabelecimento de comunicação entre as partes para que elas próprias identifiquem a melhor solução.

Conflitos com vínculos anteriores, se não forem trabalhados adequadamente, mesmo após a decisão proferida pelo juiz, podem voltar a se manifestar por restar algo do passado a

¹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*. 2008. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

ser resolvido entre as partes litigantes. Quando os indivíduos possuem um vínculo anterior podem precisar esclarecer o passado para conseguirem definir o futuro, como ocorre nos conflitos familiares.

Em razão disso, o art. 694 do CPC de 2015 estabelece que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”¹⁴.

Com efeito, a mediação é a melhor opção nos conflitos familiares. Estes possuem alta carga de sentimentos envolvidos, provenientes de relação anteriormente estabelecida entre os conflitantes, o que pode ocasionar sérios danos e transtornos, pois refletem seus efeitos nas diversas partes relacionadas diretamente a ele, na maioria das vezes, crianças e adolescentes.

No conflito familiar sobre guarda, por exemplo, o mediador facilita o diálogo entre os genitores e estes observarão e decidirão o formato de guarda que pode funcionar melhor. Estudos concluem que a melhor forma de se aplicar a guarda compartilhada é por meio da mediação familiar, pois esta permite equilibrar as diferenças existentes entre os ex-cônjuges, prevenindo conflitos e garantindo uma boa convivência.

A mediação é menos dispendiosa e emocionalmente menos desgastante, circunstâncias que em conflitos familiares são muito relevantes.

O processo de mediação possui alguns princípios norteadores que contribuem para sua melhor aplicação e para a obtenção de resultados mais eficazes. São princípios como a Voluntariedade, a Imparcialidade ou Neutralidade, a Consensualidade, a Pessoalidade das partes, a Flexibilidade, a Confidencialidade e a Extrajudicialidade, que permitem que tanto o mediador quanto as partes possam agir da melhor maneira a fim de encontrarem a solução mais adequada ao conflito.

Esses princípios garantem que as partes tenham liberdade para procurar a mediação, bem como desistir desta a qualquer momento. Tendo em vista o caráter pessoal deste processo, cabe às partes participar, pessoalmente, das reuniões de mediação para a obtenção de um acordo satisfatório de forma consensual. O mediador não pode impor soluções, mas apenas dar sugestões, pois deve ser imparcial em relação às partes e neutro quanto aos resultados.

A mediação familiar, por tratar de questões extremamente pessoais, deve garantir o respeito pela vida privada e pela integridade psicológica de cada envolvido. As discussões que ocorrem durante a mediação têm caráter confidencial, não podem ser divulgadas e devem ser mantidas sob sigilo de justiça.

O processo de mediação pode ocorrer antes, durante ou depois de um processo judicial, apenas sendo necessária a homologação judicial dos acordos celebrados pelas partes conflitantes.

Levando-se em conta a alta carga de sentimentos envolvida em litígios familiares e a grande importância de uma boa relação familiar para o bom crescimento de crianças e adolescentes, o verdadeiro advogado, observando os princípios éticos que norteiam a nobre profissão da advocacia, deve sempre buscar a minimização dos conflitos e resguardar a proteção familiar.

¹⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 26 mar. 2017.

Conclusão

A pesquisa buscou evidenciar o panorama atual dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, com ênfase nas políticas públicas efetivadas até o momento para viabilizar a facilitação do diálogo e implementação da cultura da paz nas relações intersubjetivas.

Ficou evidente que muitas ações foram implementadas, culminando com a edição de lei específica sobre mediação e arbitragem e com a efetiva inclusão, no Novo Código de Processo Civil, de diretrizes para a participação de outros agentes na composição dos conflitos.

Houve um avanço na aceitação popular dos métodos extrajudiciais, como pode ser sentido pela quantidade de acordos promovidos sem a intermediação do juiz ocorridos em todas as instâncias, e até naqueles de difícil pacificação, como nos casos de conflitos familiares, em que há uma relação anterior fundante da controvérsia.

Muitas outras ações são necessárias e a efetivação da cultura da paz passa necessariamente pela adesão dos operadores do direito, principalmente do advogado, que, na maioria das vezes, recebe em primeira mão a exposição do conflito pelo cliente, cabendo-lhe envidar esforços para que o embate entre as partes litigantes não ultrapasse o limite do estritamente necessário para o deslinde da controvérsia.

Ao invés de buscar a simples vitória sobre o advogado oponente, a fim de saciar somente seu ego, o bom jurista deve deixar que o justo se sobreponha ao sentimento de competitividade e se utilize de métodos de autocomposição, como a mediação e conciliação, para proporcionar o bem-estar social.

Referências

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Brasil. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 125, de 29 novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

_____. *3ª Semana Nacional da Conciliação bate recorde na Justiça do Trabalho*. 26 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoec/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/noticias>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

_____. *Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça*. 15 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. *Justiça paraense bate recorde de atendimento na Semana da Conciliação*. 15 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84194-justica-paraense-bate-recorde-na-11-semana-nacional-da-conciliacao>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

_____. *Relatório justiça em números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

DALE, Izadora Faria Freitas Azevedo. *A mediação: conceito, princípios norteadores e técnicas para sua aplicabilidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48697/a-mediacao-conceito-principios-norteadores-e-tecnicas-para-sua-aplicabilidade>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

OAB-SP. *O papel do advogado no processo de mediação*. 3 ago. 2016. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2016/08/o-papel-do-advogado-no-processo-de-mediacao>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro*. 2008. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p.72-92, jul. 2005.

Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tomada de decisão apoiada como novo procedimento de garantia da autonomia

DONIZETT PEREIRA

Mestre em Direito pela UNESP, professor do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

ALINE TALASSI

ICARO SILVA MARQUES

MARIA HELOISA MARTINS

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

Resumo: O presente artigo trata da efetivação da autonomia jurídica das Pessoas com Deficiência após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/15, que altera substancialmente o panorama legal dos direitos das pessoas em tais condições. Aborda as justificativas para a adoção de tal diploma, sua relevância na construção dos direitos humanos e destaca especificamente o instrumento legislativo denominado tomada de decisão apoiada, que conferiu legitimidade para que o destinatário principal da lei possa escolher duas pessoas de sua confiança para assisti-lo nos negócios jurídicos de que tome parte, para concluir que, apesar do avanço legislativo, a autonomia da pessoa com deficiência ainda é precária, por depender de concessão judicial prévia, o que faz denotar a relatividade de tal autonomia.

Palavras-chave: Autonomia. Pessoa com deficiência. Estatuto da pessoa com deficiência. Tomada de decisão apoiada. Direitos humanos.

Statute of the Person with Disability and the supported decision-making as a new autonomy guarantee procedure

Abstract: This article deals with the completion of the legal autonomy of people with disability after the enactment of the Statute of the Person with Disabilities, Law 13,146/15, which substantially modifies the legal landscape of the rights of persons in such conditions. It discusses the justifications for the adoption of such a diploma, its relevance in the building of human rights and specifically emphasizes the legislative instrument called supported decision-making, which gave legitimacy so that the main recipient of the law can choose two people of his confidence to assist him in legal businesses to which he is taking part, concluding that, despite the legislative progress, the autonomy of the person with disabilities is still precarious, once it still depends upon prior judicial concession, which does denote the relativity of such an autonomy.

Keywords: Autonomy. Person with a disability. Status of person with disability. Supported decision making. Human rights.

Introdução

O presente artigo, fruto do trabalho do grupo de pesquisa intitulado “Alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Privado”, trata de um dos assuntos mais recentes da lei brasileira, a Lei 13.146/15, denominada oficialmente “Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência”, a qual abarca direitos e garantias às pessoas com deficiência.

Referida Lei afetou diretamente o Direito Privado, no momento em que inseriu modificações na capacidade civil e nas formas de proteção à pessoa com deficiência e seus bens, sendo a análise dessas transformações o conteúdo primordial do presente trabalho.

O entendimento que se pretende desenvolver em relação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência se concretiza através da legislação brasileira que o fez com o intuito de garantir em seu texto legislativo a inclusão da Pessoa com Deficiência, suscitando assim o direito à

igualdade de oportunidades, o exercício de direitos e liberdades essenciais buscando a efetiva inclusão social, sem barreiras físicas, psíquicas ou de convívio social.

A interpretação da norma aqui utilizada defende que a pessoa com deficiência, antes considerada, *a priori*, incapaz, por possuir algum impedimento físico, sensorial ou intelectual, de longo prazo, com a nova legislação em vigor passa a ser sujeito habilitado civilmente para exercer negócios jurídicos, conforme expresso nos artigos 6º e 84 do mesmo, *in verbis*:¹

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

A nova legislação abriu um leque fascinante de novidades em relação à inclusão social, na esperança de que a sociedade aprenda a real importância do reconhecimento de direitos dessa parcela da população, que há tão pouco tempo era excluída do exercício pleno de direitos na coletividade. Mesmo havendo órgãos competentes destinados a promover a inclusão deste grupo, permanecia uma lacuna, por não existir uma norma explícita que zelasse e supervisionasse pela efetividade destas prerrogativas.

Apesar do conflito geral ocasionado entre as diretrizes estatais, percebe-se que a edição da Lei 13.146, de 06.07.2015, foi de extrema importância, vez que leva a uma nova interpretação do Código Civil para a solução de casos antes não expressamente contemplados.

Tratando sobre a importância do tema, pondera Stolze:

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser “rotulada” como incapaz, para ser considerada - em uma perspectiva constitucional isonômica - dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil.²

A criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência é de tal amplitude que uma das principais razões de sua existência está na regulamentação de instituições privadas que deverão se adaptar para, em cumprimento da lei, promover avaliação de cada indivíduo de acordo com sua deficiência, classificadas por meio de um cadastro de inclusão individual, que servirá para integração do cidadão como participante de relações da vida civil, seja no mercado de trabalho, como autor de negócios jurídicos ou qualquer outra representatividade social.

¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

² STOLZE, Pablo. *É o fim da interdição?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao/1>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

Em outras palavras, possibilita que a teoria se amolde à prática, ensejando uma convivência digna de todos em torno de seus respectivos ideais, para que esses não sejam impossibilitados por conta de dificuldades intrínsecas à capacidade de movimento ou comunicação.

A interpretação que aqui se pretende oferecer defende que toda pessoa seja considerada elemento integrante de uma comunidade e deve almejar e angariar as mesmas oportunidades e se responsabilizar pelos seus atos, na esteira do que preconiza a nova ordem legal, enaltecendo a dignidade humana como fonte de todas as aspirações públicas ou privadas, para que se excluam do âmbito jurídico toda e qualquer circunstância que privem a pessoa com deficiência de exercer seu papel social como sujeito de direitos e deveres.

Com o novo diploma, ganha o Direito Privado maior expressão internacional, já que o Estado brasileiro se comprometeu internacionalmente a eliminar as barreiras que impedem a integração plena dos cidadãos com algum tipo de deficiência. Atitudes como o compromisso de garantir a essa fração da comunidade políticas públicas que ampliem sua autonomia e independência, promovendo igualdade de oportunidades, acessibilidade, além do primordial que é a inclusão social e a mitigação da discriminação, que de acordo com a nova lei deve se extinguir no cenário Brasileiro.

Para isso, a necessidade de cumprir com tão importante tarefa deve ficar a cargo dos órgãos competentes, como a Secretaria Especial dos Direitos da Pessoa com Deficiência e todo o Ministério da Justiça e Cidadania, os quais têm o dever de coordenar, orientar e acompanhar o desenvolvimento das ações voltadas ao cumprimento dos ditames da nova Lei.

Pode-se afirmar que a criação do Estatuto é ousada e inovadora na medida em que obriga à adequação igualitária das oportunidades. A Organização das Nações Unidas (ONU) tem um grande papel nessa evolução, pois através da mesma foi possível atingir de maneira expressa uma esfera cada vez maior para a compreensão da deficiência como uma questão de direitos humanos, diminuindo os obstáculos enfrentados por pessoas nessa condição.

Vale ressaltar que a existência de uma lei vigente e formalizada por um Estatuto não serve apenas para garantir o pleno exercício de obrigações e deveres, mas de conscientizar e promover a cultura da igualdade, para fixar que a deficiência física, sensorial ou intelectual é inerente ao cotidiano do próprio sentido de humanidade e a criação de uma legislação que garanta integração plena não é um privilégio, mas sim um direito fundamental a todos.

Assim, uma boa razão para justificar a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência atende ao espírito humanista segundo o qual todas as pessoas são iguais perante a lei, uma frase que chega a ser “clichê”, mas de forte sentido jurisdicional; resguardando para que tais medidas estatais tutelem os direitos e interesses da pessoa com deficiência.

Evolução histórica

Atualmente muito se discute sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e, analisando sob tal perspectiva, pode-se constatar que as pessoas com deficiência tiveram uma árdua luta para assegurar seus direitos.

A rejeição social a quem possui dificuldades motoras, sensoriais e intelectuais habitou o senso comum desde as primeiras civilizações e a sociedade moderna ainda guarda resquícios daquela igualdade presente na cidade-Estado grega, em que a dignidade se media pelo número de ações e feitos, dificultando, senão impedindo, portanto, o exercício de uma vida plena a quem não preenchesse o conceito de utilidade social.

A vida pública, desde sempre, gera uma conformação ao senso comum, uma necessidade de se adequar ao comumente aceito como “normal”, que precisa ser constantemente combatida, como fica evidente em Arendt³:

Pertencer aos poucos “iguais” (homoioi) significava ser admitido na vida entre os pares; mas o próprio domínio público, a pólis, era permeado por um espírito acirradamente agonístico: cada homem tinha constantemente de se distinguir de todos os outros, de demonstrar, por meio de feitos e façanhas singulares, que era o melhor de todos (aien aristeuein).

A convivência em sociedade, o ambiente coletivo, portanto, é um locus de constante competitividade, de busca pelo poder, pela distinção e pela diferenciação individual e, com o surgimento da tecnologia, o intenso maniqueísmo entre o “ser” e o “ter” ganhou a companhia do “parecer ser e ter”.

Com a evolução do homem, a maneira de tratar a pessoa com deficiência foi se modificando, sendo sua trajetória marcada por estigmas que levaram desde a morte, rejeição e exclusão, passando pela aceitação e, recentemente, por respeito. Uma nova perspectiva se vislumbra com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A deficiência antigamente era tutelada de várias formas, por exemplo, no Egito arqueólogos através de estudos descobriram que essas pessoas não eram discriminadas e eram tratadas de forma igual às outras; já na Grécia o nascituro portador de uma deficiência era abandonado em locais sagrados, para que ficasse aos cuidados de deuses. O nascimento de uma criança deficiente era visto como um castigo.

No século XX buscava-se a proteção e a igualdade dessas pessoas na sociedade, porém todos os avanços foram interrompidos pela Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Um grande número de homens foi convocado para servir e acabaram decepcionados, estropiados e incapacitados de desenvolver suas atividades rotineiras, gerando uma multidão de mutilados necessitados de proteção estatal.

Com a declaração da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) Adolf Hitler buscava a eliminação dos doentes incuráveis, idosos, deficientes físicos e mentais, ficando tal árdua missão sob os cuidados de Phillip Bouler. Com o fim da Guerra buscavam-se medidas para tratar as pessoas que se tornaram deficientes.

A barbárie mostrada por ocasião da Segunda Guerra Mundial originou os primórdios de reconstrução da proteção aos direitos humanos, culminando na cunhagem da expressão direitos humanos como corolário daquilo que não mais se quer apartar.

Segundo Piovesan⁴,

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.

³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad: Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 50.

⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. p. 184.

Com o término da Guerra, a sociedade deparou-se com milhares de homens vítimas circunstanciais das batalhas. Diante de tal crise foi necessário tomar medidas para a reabilitação desses homens, o que culminou com a criação, dentre outras, da Liga das Nações, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), culminando com a edição da Carta das Nações Unidas (1945) e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). A visão da pessoa com deficiência ganhou relevância também quando o presidente dos Estados Unidos Franklin Delano Roosevelt teve poliomielite e demonstrou que a deficiência não o impedia de ter uma vida como de qualquer outra pessoa.

Montesquieu já defendia a criação de um governo de leis e não de homens, não derivado da natureza das coisas⁵. A evolução dos direitos humanos, a partir daí, mostra tendência protecionista internacional, partindo da singular para a proteção de grupos humanos específicos.

Piovesan⁶ sustenta que:

Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução. Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional.

Conforme nos mostra Fernando Aith:

A evolução histórica dos direitos humanos nos trouxe, além da proteção dos direitos humanos dentro das nações soberanas, verificada nas Constituições dos Estados modernos uma proteção universal dos direitos de todos os seres humanos do mundo, calcada em diversos instrumentos normativos internacionais, os quais representam um grande marco na defesa concreta dos direitos humanos. Destacam-se, dentre eles, quatro documentos normativos: a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁷

Piovesan afirma que: “como princípio constitucional que é, o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, seus dirigentes e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo o que contrarie é juridicamente nulo”, e complementa: “já no âmbito constitucional, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.⁸

A Constituição Federal Brasileira impôs ao Estado o dever de prover as condições necessárias ao pleno exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana, princípios que se tornaram os pilares da República Federativa do Brasil, postulando a dignidade da pessoa humana como norte para aplicação da Carta Magna nos casos concretos, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A inclusão social das pessoas com deficiência como expressão do princípio da dignidade humana reivindica um tratamento igualitário no campo das oportunidades, em que todos

⁵ MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *Espíritos das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2011. (Livro II). p. 57.

⁶ Op. cit., p. 185.

⁷ AITH, Fernando. Políticas públicas de estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 225.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. p. 390.

devem ser tratados na medida e proporção de sua desigualdade, para que possam, assim, através de certas prerrogativas, alcançarem sozinhos um espaço na sociedade, como bem asseverou, alhures, Rui Barbosa⁹.

A Constituição Federal de 1988 exterminou legalmente a possibilidade de instituir categorias de seres humanos fixadas em particularidades, quando, por exemplo, impõe como norte princípios constitucionais como os de não discriminação, de tolerância, de respeito às diferenças e de combate ao preconceito. Na perspectiva de Marmelstein¹⁰,

O respeito ao próximo – independentemente de quem seja o próximo – é uma clara obrigação constitucional, de modo que o Estado tem o dever de tratar todas as pessoas como dotadas com o mesmo status e com a mesma consideração. Não há mais cidadãos de segunda categoria, nem seres privilegiados que se consideram superiores, em dignidade, em relação aos demais seres humanos. Aliás, essa ideia ficou ainda mais clara com o mapeamento do genoma humano, que comprovou, cientificamente, que não existem distinções substanciais entre os homens, de modo que todos são em essência química e biológica, iguais.

Sob tal assertiva, sempre que uma das prerrogativas ou garantias asseguradas às pessoas com deficiência é violada, há uma afronta direta ao Estado Democrático de Direitos, o que torna imprescindível catapultar a tutela a tais direitos de seu ambiente meramente formal para o gozo de prerrogativas no ambiente coletivo.

Para reavivar a necessidade de incluir nas relações intersubjetivas um tratamento igualitário, o Direito Civil institui limites para o exercício autônomo dos direitos, como forma de assegurar a quem tenha dificuldade em exprimir razoavelmente sua vontade um mínimo de segurança jurídica.

Como afirma Carlos Roberto Gonçalves¹¹, ao Direito Civil cabe a tutela das relações entre particulares e, disciplinando relações privadas, impõe estabelecer quais pessoas podem obter chancela estatal para ser sujeito de direitos.

Nesse plano, o Código Civil, em seu artigo 2^o¹², descreve, de maneira taxativa, que o início da personalidade ocorre com o nascimento com vida, nada mais sendo exigido que a simples respiração após a separação do cordão umbilical.

Numa reflexão possível sobre a disparidade de tratamento explícito anterior à edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o mesmo artigo 2^o estabelece que a partir da concepção, os direitos do nascituro estão a salvo.

Na definição de Gonçalves, o nascituro é “o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”¹³, e acrescenta:

A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico, desde logo, preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.¹⁴

⁹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Discursos, orações e conferências. São Paulo: Iracema, 1965. tomo 2. (item 3). p. 401-448.

¹⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.79.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 100-102.

¹² BRASIL, 2002, op. cit.

¹³ Op. cit., p. 103.

¹⁴ Loc. cit.

Ora, se, com razão o Direito Civil resguarda os direitos da pessoa que nem sequer nasceu, sem nenhuma outra ressalva de ordem médica, por exemplo, com muito mais razão deveria tratar claramente sobre os direitos daqueles que estabelecem diuturnamente relações intersubjetivas, possibilitando uma convivência social mais harmônica.

A proteção específica trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

A Lei 13.146¹⁵ entrou em vigor no dia 03 de janeiro de 2016 e inova em relação a aspectos antes nunca previstos para a pessoa com deficiência. Seu objetivo vem claramente definido no art. 1º:

É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Sua grande repercussão ocorreu na área cível, já que parte do Código Civil teve que ser revogada e artigos inseridos. O maior impacto suscitado foi no âmbito da capacidade civil, em que a pessoa com deficiência anteriormente incapaz, passou a não mais sê-lo, o que originou controvérsia sobre a aplicabilidade de tal medida.

Para melhor elucidar, agora os absolutamente incapazes são apenas os menores de dezesseis anos, e relativamente incapazes: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; os pródigos e os que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir suas vontades.

Sobre o tema, Gonçalves¹⁶ afirma:

A consequência direta e imediata dessa alteração legislativa é exatamente esta, repita-se: o deficiente é agora considerado pessoa plenamente capaz. Como afirmou Pablo Stolze, em comentário à nova lei, “a pessoa com deficiência – aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do art. 2º - não deve mais ser tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade da pessoa”.

Tais contornos, portanto, impedem a consideração da pessoa com deficiência como portadora de algum estigma que a torna diferente de qualquer outro cidadão, quanto ao exercício de direitos.

A construção para um paradigma eficiente

As mudanças que vieram à tona com a reconstrução do conceito de pessoa com deficiência no cenário brasileiro fizeram sentir um incoerente desequilíbrio na estrutura social subjacente.

A teoria constitucional contemporânea, festejada pelo seu papel de protagonista na implementação de direitos fundamentais e reconhecimento de subjetividades coletivas, implementou novos princípios, reaproximando a convivência entre o direito e a moral, para que haja pleno respeito aos princípios da igualdade. Sarlet¹⁷ complementa:

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

¹⁶ Op. cit., p. 104.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 543.

Na condição de direito subjetivo, o direito de igualdade opera como fundamento de posições individuais e mesmo coletivas que tem por objeto, na perspectiva negativa (defensiva), a proibição de tratamentos (encargos) em desacordo com as exigências da igualdade, ao passo que na perspectiva positiva ele opera como fundamento de direitos derivados a prestações, isto é, de igual acesso às prestações (bens, serviços, subvenções etc.), disponibilizados pelo Poder Público ou por entidades privadas na medida em que vinculadas ao princípio e direito de igualdade. Também a exigência de medidas que afastem desigualdades de fato e promovam a sua compensação, ou seja, de políticas de igualdade e mesmo políticas de ações afirmativas podem ser reconduzidas à função positiva (prestacional) da igualdade, que implica um dever de atuação estatal, seja na esfera normativa, seja na esfera fática, de modo que é possível falar em uma imposição constitucional de uma igualdade de oportunidades.

Estabelecido um novo paradigma da capacidade, podemos observar também as mudanças sugestivas nas prerrogativas civis das relações jurídicas que dizem respeito a esse novo conceito. Tais aspectos, por sua vez, já sido observados pelo ilustre jurista Lôbo¹⁸, quando, discorrendo sobre a temática, afirma:

Após cinco séculos de total vedação jurídica, no Direito brasileiro, tudo mudou com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao direito interno brasileiro por meio do Decreto Legislativo 186, de 9.7.2008 e por sua promulgação pelo Decreto Executivo 6.949, de 25.8.2009. Finalmente, a Lei 13.146, de 6.7.2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), regulamentou a Convenção.

Não há resistências significativas sobre a aplicabilidade e a eficácia do novo Estatuto, e suas emanações não se referem apenas à adaptação da sociedade, mas a todos os agentes, públicos e privados, que a constituem, com reflexos no mercado de trabalho, saúde, educação e lazer que devem não apenas se adaptar, mas sim fazer jus à integração que defende o novo diploma legal.

A nova diretriz reverbera seus reflexos sobre o instituto da curatela e principalmente sobre os efeitos da interdição, com autores defendendo até sua extinção. Adotando uma posição mais conservadora, Tartuce¹⁹ defende:

Com o devido respeito, considerar que a pessoa interdita passa a ser plenamente capaz com a emergência do EPD afasta essa análise pontual, de acordo com o caso concreto, o que é primaz para a correta efetividade da curatela e para a estabilidade do Direito Civil. Como tenho escrito e defendido, o Estatuto traz uma análise mais maleável da situação existencial da pessoa com deficiência, o que somente é concretizado por meio de uma nova análise do seu enquadramento.

Com entendimento contrário Simão²⁰ explica:

A interdição leva em conta a incapacidade. Se não há incapacidade em razão de doença ou deficiência, a propositura de uma ação para comparar a revogação do texto de lei seria processo inútil e custoso. Qual seria o contraditório a ser estabelecido? Sobre a revogação dos dispositivos

¹⁸ LÔBO, Paulo. *Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 16 maio 2017.

¹⁹ TARTUCE, Flávio *Ou precisamos de sentença para levantar as interdições?* Disponível em: <http://genjuridico.com.br>. Acesso em: 11 abr. 2017.

²⁰ SIMÃO, José Fernando *Estão todos os interditados livres da incapacidade ou precisamos de sentença para levantar as interdições?* Sim, sem sentença. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br>. Acesso em: 17 maio 2017.

do CC? E seria custoso em termos de esforço do Poder Judiciário para dizer o óbvio: não há mais interdição, nem incapacidade em razão de deficiência. Em suma, não há mais qualquer pessoa interdita por deficiência, com base nos incisos II e III do art. 3º do CC, nem com base no art. 4º, III do CC, desde janeiro de 2016, independentemente de nova decisão judicial.

Percebe-se que a discussão trata não apenas de um novo conceito jurídico normativo, mas também da mudança de toda uma situação social de desigualdade, permeada por dogmas secularmente sedimentados e alimentados pela ignorância e medo do desconhecido.

Para harmonizar a proteção legal com a prática e estabelecer a necessidade de abandono da cultura da discriminação, o legislador alterou também o instituto da curatela, além de incluir no texto uma nova ferramenta jurídica, denominada tomada de decisão apoiada, como forma de amoldar a nova sistemática à legislação civil.

Assimetrias entre curatela e tomada de decisão apoiada

Com as modificações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, principalmente nas competências da capacidade civil (retro mencionadas) as formas de tutelar a pessoa com deficiência foram adaptadas e um novo artifício foi incluído, sendo chamada de tomada de decisão apoiada, que ao lado da curatela constituem as formas de zelar e reger os direitos da pessoa com deficiência.

Segundo Farias e Rosenvald²¹:

A curatela é um mecanismo de proteção para aqueles que, mesmo maiores de idade, não possuem capacidade de reger os atos da própria vida. Ela é o “encargo” imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que não pode se autodeterminar patrimonialmente por conta de uma incapacidade.

A curatela se diferencia da tomada de decisão apoiada, uma vez que a primeira constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível, e só será solicitada se necessária for, enquanto que, pela tomada de decisão apoiada a própria pessoa com deficiência elege duas pessoas capacitadas para a apoiarem.

Recentemente, com a vinda do novo Estatuto, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) divulgou uma cartilha, a qual esclarece conceitos importantes para a elucidação do que é curatela e tomada de decisão apoiada para toda a população, estabelecendo²²:

Curatela é o nome que se dá ao processo judicial no qual um juiz, assistido por uma equipe multiprofissional, analisa as necessidades de uma pessoa adulta (com 18 anos ou mais) para o exercício de sua capacidade civil e decide se ela pode ou não praticar atos relacionados ao seu patrimônio e negócios, ou se precisará de apoio para isso, podendo ser pleiteada por pais, tutores, cônjuge ou qualquer parente, pelo Ministério Público (para aquelas com deficiência intelectual ou mental) ou pelo próprio interessado.

²¹ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 6. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2014. p. 902.

²² CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Tomada de decisão apoiada e curatela*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/curatela.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

Portando, a curatela é utilizada se necessária for, analisadas as necessidades do caso, entendendo o julgador que a pessoa com deficiência, agora legalmente capaz, não está conseguindo gerir os atos de sua vida de forma correta e segura. A tomada de decisão apoiada não surge em substituição à curatela, mas lateralmente a ela, em caráter concorrente, como uma forma diversificada para tutelar a pessoa com deficiência.

Em virtude disso, a doutrina terá que desenvolver critérios objetivos para abstrair a delimitação entre o âmbito de aplicação de cada uma dessas medidas. Será abordada de forma mais acurada a tomada de decisão apoiada no próximo tópico, a qual é tema do presente artigo²³.

Tomada de decisão apoiada

A tomada de decisão apoiada é uma grande inovação do diploma, que vem para quebrar todo o aspecto conservador do antigo Estatuto. Está inserida no Capítulo III da Lei, sendo que no Código Civil está prevista no art. 1783-A.

A priori, homenageando o fato das lutas incessantes para que as pessoas com deficiência tivessem mais direitos, e, além disso, mais autonomia, tanto para fazer suas próprias escolhas quanto para executá-las. Levando em conta que se considera pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, essas pessoas têm a característica intrínseca de não conseguir participar efetivamente na sociedade em condição igual aos demais, segundo o art.2º da Lei 13.146/15²⁴.

Para tanto, quem irá veicular a essência da tomada de decisão apoiada será o art. 1783–A do Código Civil²⁵, que assim preleciona:

A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessárias para que possa exercer sua capacidade.

Extrai-se que, sob a perspectiva legislada, a pessoa com deficiência tem qualidade e competência para requerer duas pessoas idôneas, ou seja, capacitadas para tal exercício, de modo que elas atuem de forma “aconselhadora” em atos de sua vida civil.

O Conselho Nacional do Ministério Público entende que a tomada de decisão apoiada “é um processo autônomo, com rito próprio, no qual a própria pessoa com deficiência indica os apoiadores de sua confiança a serem nomeados pelo juiz”²⁶.

Definindo como será entendido esse “apoio”, Gugel²⁷, Subprocuradora-geral do Ministério Público do Trabalho, informa que os apoiadores deverão encontrar os meios necessários para esclarecer todas as dúvidas da pessoa com deficiência e, assim, fornecerem

²³ ROSENVALD, Nelson. *A tomada de decisão apoiada*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/07/16/A-Tomada-de-Decis%C3%A3o-Apoiada>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

²⁴ BRASIL, 2015, op. cit.

²⁵ Id.

²⁶ Op. cit.

²⁷ GUGEL, Maria Aparecida. *A tomada de decisão apoiada e a curatela da pessoa com deficiência intelectual: os novos institutos previstos na lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Perguntas e respostas para sanar as dúvidas sobre os direitos das pessoas com deficiência intelectual da APAE-DF*. Disponível em: <[file:///C:/Users/vimar/Downloads/Cartilha_TomadaDecisaoApoiada_Curatela_atualizada2016%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/vimar/Downloads/Cartilha_TomadaDecisaoApoiada_Curatela_atualizada2016%20(4).pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

todas as informações necessárias para esclarecer sobre o direito em questão, uma vez fornecidas as informações, a pessoa com deficiência deverá tomar suas decisões de acordo com seu interesse.

Ainda fazendo a análise do Capítulo III e todos os seus respectivos parágrafos, nota-se a característica impositiva da vontade da pessoa apoiada, pois a mesma tem liberdade para requerer dois apoiadores de sua confiança a lhe prestarem assistência.

Juntos, apoiado e apoiadores elaboram um termo com os limites da atuação e o prazo de sua vigência, lembrando que a pessoa apoiada é capaz, portanto a situação demorará o mínimo possível até que possa gerir seus atos sem ajuda de outrem.

Entretanto, o que pode restringir a utilização desse mecanismo é que antes do exercício da tomada de decisão apoiada, é requerida a intervenção do Poder Judiciário. Ouvidos pessoalmente os apoiadores e o representante do Ministério Público, o Juiz definirá sobre o deferimento ou indeferimento do pedido.

O pedido em questão será dirigido às varas que têm competência para conhecer a matéria de Direito de Família, e quando receber um pedido dessa ordem, o juiz ouvirá o Ministério Público e também a pessoa do requerente, assistido por uma equipe multidisciplinar, além de entrevistar os indicados apoiadores (art. 1.783-A, §3º). Ademais, antes de oficializar o nome dos apoiadores é importante averiguar se os mesmos não têm algum interesse extra, além de apoiar a pessoa com deficiência²⁸. A autonomia pretendida, portanto, ainda se encontra adstrita ao âmbito judicial em seu nascedouro, com todas as mazelas daí decorrentes.

O representante do Ministério Público também intervirá quando houver divergências de opiniões entre apoiado e um dos apoiadores em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante.

A autonomia para estabelecer negócios jurídicos com terceiros também é presumida, e o terceiro com quem a pessoa apoiada mantiver relação poderá requerer que os apoiadores assinem o contrato ou acordo, especificando suas funções e relações com o apoiado, a fim de garantir ciência e segurança ao terceiro acerca do negócio jurídico estabelecido.

A displicência em relação ao apoiado, por parte dos apoiadores, também é mencionada, sendo assim prelecionada pelo diploma (Lei 13.146, art. 1783 - A):

§ 7º - Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8º - Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

Importante ainda ressaltar que tanto a pessoa apoiada quanto o apoiador podem requerer sua destituição do encargo, sendo que a pessoa apoiada, a qualquer tempo, pode solicitar o término do acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada; em contrapartida, o apoiador deverá solicitar ao juiz sua exclusão da participação do processo de tomada de

²⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra. *Tomada de decisão apoiada*: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisao-apoiada.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

decisão apoiada, cabendo manifestação do mesmo sobre o assunto, para que só assim possa ser desligado permanentemente do encargo.

Na verdade, a interpretação da lei mostra que o procedimento instituído para a tomada de decisão apoiada difere muito pouco da curatela do regime anterior, já que a decisão depende da manifestação de vontade de todos os envolvidos, do representante do Ministério Público, com laudo de equipe multidisciplinar e sentença judicial.

A autonomia, nesse caso, mostra-se relativa, ao contrário do que quer mostrar a exclusão dos incisos I a III do artigo 3º do Código Civil, já que a tomada de decisão apoiada depende de praticamente o mesmo trâmite processual da curatela, presente desde o diploma de 1916, distinguindo-se apenas na particularidade da legitimidade para iniciar o procedimento, que passa a ser também da pessoa com deficiência.

O artigo 1783-A não faz tal menção, mas certamente a Pessoa com Deficiência que optar por constituir apoiadores também necessitará de advogado para formular seu pedido, o que só faz aumentar a lista de vontades necessárias para cumprir com a instituição do novo procedimento.

Perdeu o legislador, com a edição do novo Estatuto, a oportunidade de desestatizar também essa atribuição de mensurar o discernimento da Pessoa com Deficiência, como já vem fazendo com outras instituições na área civil, como o casamento e a sucessão, por exemplo.

A opção pela via judicial é mais um reflexo do senso comum que permeia o ideário popular, do qual provém a legitimidade do mandato da maioria dos legisladores, qual seja, a de que a Pessoa com Deficiência não deve ter, *a priori*, autonomia plena e absoluta para exercer, por si só, os atos da vida civil.

Conclusão

É mister frisar que a Lei 13.146/2015 é deveras recente, e tem gerado muita polêmica no âmbito jurídico, tanto para doutrinadores quanto para os leigos. Com seu aspecto radical e garantista, busca dar mais autonomia à Pessoa com Deficiência, garantindo-lhe, *a priori*, capacidade civil plena.

No presente trabalho, foram discutidos temas como igualdade, capacidade, curatela e primordialmente a tomada de decisões apoiada, que é a grande inovação do diploma, na perspectiva de elucidar quão difícil ainda se mostra a completa adaptação social da pessoa com deficiência.

A proposta é excelsa, porém, a grande problemática discutida é que, a despeito de tudo o que foi mostrado, ainda se torna necessário editar uma lei específica cuja motivação é proteger a Pessoa com Deficiência, e mais, a prerrogativa de conceder ou não a autonomia ainda está vinculada ao Poder Judiciário.

Nessa mesma assertiva, a alternativa de manter ainda um vínculo estatal na plausibilidade de conceder ou não a decisão apoiada merece certa ressalva, já que o procedimento é praticamente o mesmo da lei anterior, ou seja, submissão ao escrutínio do representante do Poder Judiciário, quando a mensuração sobre a autonomia existencial da Pessoa com Deficiência poderia caber a profissionais mais capacitados que, aliás, serão chamados a participar do processo, se assim entender necessário o Juiz.

Cabe a todos a espera e torcida para que de fato essa Lei se efetive de forma plena não só em todo o ordenamento jurídico, mas na própria elevação do sentimento de espírito comunitário, permitindo livre acesso da Pessoa com Deficiência a todos os benefícios vitais que a evolução da humanidade propiciou ao longo dos tempos.

Não se sustenta mais a privação da liberdade de auferir tais direitos a quem quer que seja com base em diferenças físicas, sensoriais ou intelectuais. A igualdade que se pretende necessita sim da sensibilidade política, mas também, e mais importante, de todos quantos convivam com pessoas com tais características e que agora ostentam a plausibilidade de compartilhar com elas decisões importantes no campo civil.

Referências

AITH, Fernando. Políticas públicas de estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad: Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Discursos, orações e conferências. São Paulo: Iracema, 1965. tomo 2. (item 3).

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Tomada de decisão apoiada e curatela*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/curatela.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 6. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUGEL, Maria Aparecida. *A tomada de decisão apoiada e a curatela da pessoa com deficiência intelectual: os novos institutos previstos na lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência*. Perguntas e respostas para sanar as dúvidas sobre os direitos das pessoas com deficiência intelectual da APAE-DF. Disponível em: <[file:///C:/Users/vimar/Downloads/Cartilha_TomadaDecisaoApoiada_Curatela_atualizada2016%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/vimar/Downloads/Cartilha_TomadaDecisaoApoiada_Curatela_atualizada2016%20(4).pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

LÔBO, Paulo. *Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>: Acesso em: 16 maio 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra. *Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015)*. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *Espíritos das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2011. (Livro II).

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

ROSENVALD, Nelson. *A tomada de decisão apoiada*. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/07/16/A-Tomada-de-Decis%C3%A3o-Apoiada>>. Acesso em: 2 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SIMÃO, José Fernando. *Estão todos os interditados livres da incapacidade ou precisamos de sentença para levantar as interdições?* Sim, sem sentença. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em: 17 maio 2017.

STOLZE, Pablo. *É o fim da interdição?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao/1>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Ou precisamos de sentença para levantar as interdições?* Disponível em: <<http://genjuridico.com.br>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

Adesnecessária realização da cirurgia de transgenitalização para obtenção da retificação do registro civil do transexual: uma análise a partir da perspectiva civil-constitucional

MÁRCIA MARIA MENIN

*Advogada. Professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Mestre em Direito Civil/USP.
E-mail: marciamariamenin@gmail.com*

BRENDA CREDENDIO SILVA

CAMILA VALLI

DANIEL PENHALBEL

DRIELLY RIGOTTI YAMADA

GABRIELA GOMES BRAGA

LEONARDO MARSON

LUISA MONTEIRO RAVAZI

RAFAELA FRANCO

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

Resumo: O presente artigo visa analisar a questão referente à possibilidade de retificação do registro das pessoas transexuais, especialmente em relação à desnecessidade da cirurgia de transgenitalização para que esse direito seja reconhecido. Tal conclusão é possível por meio de uma perspectiva constitucional, especialmente no que diz respeito ao princípio da dignidade humana, bem como pelo respeito aos direitos da personalidade da pessoa transexual e sua autonomia corporal. Assim, busca-se o reconhecimento desse direito visando garantir à pessoa transexual uma vivência plena e digna de sua identidade de gênero, sendo identificada em seus documentos e na sociedade por seu nome social.

Palavras-chave: Identidade de gênero. Transexuais. Cirurgia de transgenitalização. Retificação do registro civil.

The unnecessary accomplishment of the transgenitalization surgery in order to obtain the rectification of the civil registry of the transsexual: an analysis from the civil-constitutional perspective

Abstract: This article aims to analyze the question about the possibility of rectification of the transsexual registry, especially about the unnecessary of transgenitalization surgery to have this right recognized. Such a conclusion is possible through a constitutional perspective, especially regarding the principle of human dignity, as well as to respect the rights of the personality of the transsexual person and his body autonomy. Thus, the recognition of this right is sought looking for guaranteeing to the transsexual person a full and dignified experience of his gender identity, being identified in his documents and inside the society by his social name.

Keywords: Gender identity. Transsexuals. Transgenitalization surgery. Rectification of the civil registry.

Introdução

A sociedade, desde o nascimento, procura adequar os indivíduos a um gênero de acordo com sua conformação genital, no entanto, o gênero é construído socialmente, sendo atribuídas características diversas para o que é ser feminino ou masculino em diferentes sociedades. Ocorre que a identidade de gênero, na verdade, pode ser discordante daquela esperada socialmente, e todas as pessoas que vivenciam um gênero diferente daquele que lhes é atribuído fazem parte do grupo dos transgêneros, que engloba as pessoas travestis e transexuais, não sendo tal identificação um transtorno, mas apenas uma vivência de gênero diferenciada.

Aos poucos, em nossa sociedade, é cada vez mais recorrente a discussão acerca de gênero e sexualidade, de forma que é comum o aumento das demandas jurídicas em torno do tema. O sexo biológico vem perdendo seu significado para a determinação do gênero, sendo este um conceito muito mais amplo, que engloba vários fatores psíquicos e sociais.

No entanto, alguns órgãos como a própria Organização Mundial da Saúde (OMS) entendem a transexualidade como doença, uma vez que há a busca constante do transexual pela alteração de seu corpo, com o intuito de adequá-lo ao gênero com o qual se identifica, posição esta fortemente criticada por psicólogos, sociólogos e demais profissionais das ciências humanas¹. Tais procedimentos de modificação são possíveis em razão do avanço das ciências, que permitem aos transexuais optarem por tratamentos cirúrgicos e hormonais. Os tratamentos terapêuticos disponíveis para as pessoas transexuais pelo Sistema Único de Saúde² (SUS) são regulamentados pelo Conselho Federal de Medicina, o que mostra a preocupação do Estado com estes indivíduos na área da saúde.

Como uma real solução para o problema de identidade entre o aspecto psicológico e o aspecto físico do transexual, a cirurgia de transgenitalização foi autorizada no ano de 1997, devendo o paciente ser maior de idade, além de ter condições plenas de manifestar sua vontade. Após a edição da Resolução nº 1.652/02, pelo Conselho Federal de Medicina, a transgenitalização passou a independe de autorização judicial, por ser a integridade físico-psíquica um direito assegurado a todos pela Carta Magna. Logo, só haverá intervenção judicial para as mudanças no registro civil, que devem ser mantidas em sigilo de modo a assegurar e respeitar a dignidade dos pacientes.

Entretanto, atualmente, não há leis específicas que tutelem os direitos dos transexuais, mormente, no que diz respeito à retificação do registro civil em virtude da existência ou não da cirurgia de transgenitalização, sendo que solicitações como a mudança de nome e sexo são atualmente julgadas de acordo com a jurisprudência que se construiu em torno de situações anteriores.

A omissão legislativa, o entendimento jurisprudencial e o registro civil dos transexuais

O ordenamento jurídico deve dispor de mecanismos que garantam às pessoas a dignidade, que é inerente ao ser humano e ao direito. Os transexuais necessitam ter seu direito à autodeterminação garantido para serem inseridos de forma digna na sociedade. A luta pela não discriminação caminha lado a lado com a luta pela dignidade do transexual.

Assim, diuturnamente, as questões de gênero e de sexualidade ganham espaço como elementos essenciais para a formação digna da pessoa humana.

Uma das formas para a vivência digna dos transexuais se refere, como dito alhures, a alteração do registro civil. Não obstante a inocorrência de um dispositivo legal no direito brasileiro que verse sobre tal possibilidade, os operadores do direito se apoiam no princípio

¹ “A transexualidade é uma questão de identidade. Não é uma doença mental, não é uma perversão sexual, nem é uma doença debilitante ou contagiosa. Não tem nada a ver com orientação sexual, como geralmente se pensa, não é uma escolha nem é um capricho”. (JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceito e termos*. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2. ed. Brasília, DF, 2012. Disponível em: https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989. Acesso em: 12 fev. 2017).

² Expedida pelo Ministério da Saúde, a Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013 foi responsável por redefinir e ampliar o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).

da dignidade da pessoa humana disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, bem como nos direitos da personalidade – honra e imagem - dispostos no vigente Código Civil brasileiro.

Atualmente, é permitido assegurar que é entendimento pacificado em nossos tribunais a possibilidade de retificação do registro civil do transexual que fora submetido a cirurgia de redesignação sexual.

Em momento anterior, os argumentos desfavoráveis à referida possibilidade reportavam-se à imutabilidade do prenome prevista pelo art. 58 da Lei n. 6.015/73, o induzimento de terceiros a erro e, por fim, a preservação do status sexual do transexual mesmo depois de ter sido submetido à cirurgia.

Quanto à imutabilidade do prenome, afirmavam alguns doutrinadores que sua modificação afiguraria, ademais, uma inverdade porquanto “o registro fornece meios probatórios fidedignos, cuja base primordial descansa na publicidade que lhe é imanente, segundo Washington de Barros Monteiro”³.

Por sua vez, no que se refere ao induzimento de terceiros em erro, de acordo com o entendimento de alguns doutrinadores e de parcela de nossos tribunais, haveria prejuízo a terceiro de boa-fé que viesse a se relacionar afetivamente com o transexual caso este omitisse a sua identidade de gênero bem como a existência prévia de uma possível cirurgia de redesignação sexual. Neste sentido apresenta-se a seguinte decisão:

Não se deve perder de vista, ainda, que a pretensão deduzida pelo apelante, caso acolhida, por certo poderá trazer sérios e graves transtornos a toda a sociedade, ou ao menos a parte dela.

É que, por exemplo, seria possível ao apelante, até mesmo, contrair núpcias com alguém que desconhecesse a sua realidade e que, então, poderia ser enganado, porque o apelante jamais poderá gerar filhos, já que, do ponto de vista genético, é masculino e não feminino.⁴

Quanto à preservação do status sexual do transexual, havia o entendimento segundo o qual apesar da existência da cirurgia de transgenitalização, o indivíduo transexual jamais estaria inserido no sexo ao qual ele desejaria ser reconhecido:

Especificamente quanto à desejada alteração de sexo, de masculino para feminino, é necessário ter em mente que o registro de nascimento deve conter a realidade, pelo que não se me apresenta possível a retificação desejada, mesmo porque o fato de ter experimentado a intervenção cirúrgica não tornou o autor, do ponto de vista genético, do sexo feminino, mas apenas o adequou ao seu sexo psicológico.

Noutras palavras, a cirurgia teve apenas o condão de dar aparência feminina ao apelante, mas não o tornou mulher na acepção da palavra, já que não o tornou dotada de útero, ovários e outras características próprias e peculiares das mulheres.⁵

³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 23 apud D'URSO, Luiz Flávio Borges. O transexual, a cirurgia e o registro. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 229, p. 90-95, nov. 1996.

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação cível n. 0024.05.778220-3/001 (1)*. Data do julgamento: 06 mar. 2009. Data da publicação: 07 abr. 2009. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5979521/100240577822030011-mg-1002405778220-3-001-1/inteiro-teor-12115078?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

⁵ BRASIL, 2009, op. cit.

Após pacificado o entendimento jurisprudencial no sentido de que a retificação do registro civil do transexual submetido à cirurgia de transgenitalização seria possível, a demanda judicial de muitos transexuais passou a ser outra: a possibilidade da retificação do registro e do sexo civil independentemente da realização da redesignação sexual.

Um caso de extrema importância a ser analisado é a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de 23 de setembro de 2014, que sem dúvidas, é um precedente na jurisprudência brasileira. Na Comarca de Araraquara-SP, a transexual Paula do Nascimento ajuizou ação de retificação de registro civil, vez que, após estudo psicológico, constatou-se ser pessoa transexual que há anos vivenciava uma identidade de gênero diferente daquela que constava em seus registros, sendo seu pedido negado em primeira instância.

Em grau recursal, o direito da transexual Paula foi reconhecido, decidindo o Egrégio Tribunal:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL QUE PRESERVA O FENÓTIPO MASCULINO. REQUERENTE QUE NÃO SE SUBMETEU À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO, MAS QUE REQUER A MUDANÇA DE SEU NOME EM RAZÃO DE ADOTAR CARACTERÍSTICAS FEMININAS. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO AO SEXO PSICOLÓGICO. LAUDO PERICIAL QUE APONTOU TRANSEXUALISMO. Na hipótese dos autos, o autor pediu a retificação de seu registro civil para que possa adotar nome do gênero feminino, em razão de ser portador de transexualismo e ser reconhecido no meio social como mulher. Para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, o nome é regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade, ainda que o seu detentor não o aprecie. Todavia, a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina buscando atender a outros interesses sociais mais relevantes, admitem sua alteração em algumas hipóteses. Os documentos juntados aos autos comprovam a manifestação do transexualismo e de todas as suas características, demonstrando que o requerente sofre inconciliável contrariedade pela identificação sexual masculina que tem hoje. O autor sempre agiu e se apresentou socialmente como mulher. Desde 1998 assumiu o nome de “Paula do Nascimento”. Faz uso de hormônios femininos há mais de vinte e cinco anos e há vinte anos mantém união estável homoafetiva, reconhecida publicamente. Conforme laudo da perícia médico-legal realizada, a desconformidade psíquica entre o sexo biológico e o sexo psicológico decorre de transexualismo. O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento. No entanto, com o seu crescimento, podem ocorrer disparidades entre o sexo revelado e o sexo psicológico, ou seja, aquele que gostaria de ter e que entende como o que realmente deveria possuir. A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. A cirurgia tem caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Portanto, tendo em vista que o sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo e considerando que o requerente se sente mulher sob o ponto de vista psíquico, procedendo como se do sexo feminino fosse perante a sociedade, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. A sentença, portanto, merece ser reformada para determinar a retificação no assento de nascimento do apelante para que passe a constar como “Paula do Nascimento”. Sentença reformada. Recurso provido.⁶

⁶ Em referido acórdão, interessante análise realizada quando do voto do Desembargador Hélio Faria: “Embora a parte apelante afirme a intenção da cirurgia, esta possui caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Ressalta-se que submeter-se ou não ao procedimento cirúrgico é opção do indivíduo e a exigência de tal procedimento como requisito à retificação de seu nome afrontaria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que se busca preservar. Frise-se que não é o procedimento cirúrgico em si que definirá a sexualidade da pessoa e sim, o sexo psicológico. Se vai se submeter ou não à cirurgia de transgenitalização é decisão que cabe somente ao indivíduo”. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação cível nº 00139343120118260037 SP 0013934-31.2011.8.26.0037*. Relator: Carlos Alberto Garbin. Data de julgamento: 23 set. 2014, 10ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 25 set. 2014. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141603228/apelacao-apl-139343120118260037-sp-0013934-3120118260037?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 abr. 2017).

No entanto, referido entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é confrontado por doutrinadores e, inclusive, por Tribunais de Justiça de outros Estados. Nesse sentido, a decisão proferida em 13 de novembro de 2013 pelo TJ-RS:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO QUANTO AO NOME E SEXO DO AUTOR. TRANSEXUALISMO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGISTRO, UMA VEZ NÃO PREVISTA CIRURGIA PARA MUDANÇA DE SEXO, NEM MESMO PROVA ROBUSTA ACERCA DA ABRANGÊNCIA DO TRANSTORNO SEXUAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.⁷

No acórdão acima referido, o Desembargador Relator Jorge Luís citou em seu voto o parecer da representante do Ministério Público, Márcia Leal Zanotto Farina, que asseverou acerca do caso em análise:

A pretensão foi indeferida por concluir o Magistrado que, ante a inexistência de regramento em nosso sistema jurídico, para o deferimento da alteração de sexo, há necessidade da realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização como marco identificador maior do processo de adequação do sexo biológico de nascimento ao sexo psicossocial, o que, no presente caso, ainda não ocorreu.⁸

Alguns autores, como Marco Aurélio Lopes Ferreira da Silva Schweizer, acompanham este entendimento e preconizam que referida retificação não é possível enquanto a cirurgia de transgenitalização não tiver sido realizada. Para este autor, tal pretensão é descabida, vez que para o indivíduo transexual, a perturbação que lhe causa seu sexo anatômico o impulsiona para a realização do procedimento de modificação de seus genitais, não sendo uma mera modificação de sexo em seu registro que irá amenizar seu sofrimento, e, não tendo em tais casos o transexual, ademais, manifestado vontade de ao menos se parecer anatomicamente com o sexo que pretende constar em seu registro. Em seu artigo “*Pode o transexual alterar o seu nome e sexo no registro civil de pessoas naturais?*” argumenta:

Não há como se entender qual seria a razão de se chegar ao extremo de se mudar o sexo do transexual em seu registro civil, quando este sequer fez a cirurgia para mudar o seu sexo para ficar com a aparência condizente o que pretende que passe a constar em seu registro, mantendo suas características masculinas ou femininas originais, quando poderia alterá-las cirurgicamente, já que, sendo um transtorno de identidade, muito mais drástico para o transexual é ter em seu corpo as feições físicas que a natureza lhe deu, não condizente com o seu sexo psíquico, do que simplesmente ter um documento com nome e sexo condizente a este.⁹

Em razão dos entendimentos antagônicos que são proferidos pelos Tribunais Superiores do país, a então Procuradora Geral da República à época, Deborah Duprat, ajuizou, em 21

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. *Apelação cível nº 70056132376*. Relator: Jorge Luis Dall’Agnol. Julgado em 13 nov. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113417002/apelacao-civel-ac-70056132376-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

⁸ BRASIL, op. cit., 2013.

⁹ SCHWEIZER, Marco Aurélio Lopes Ferreira da Silva. *Pode o transexual alterar o seu nome e sexo no registro civil das pessoas naturais?* *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 137-167, out./dez. 2010. p. 149.

de julho de 2009, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4275) visando assegurar aos transexuais que não realizaram a cirurgia de transgenitalização o direito de alterarem seu nome e seu registro civil, questionando assim a validade do artigo 58 da Lei 6015/73.

Referida ADI encontra-se em fase de julgamento, vez que será decidida conjuntamente com o Recurso Extraordinário (RE) 970422, que trata acerca da possibilidade da alteração do sexo civil, questionando assim acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que manteve a decisão de 1ª instância para permitir a modificação do registro civil, mas indeferiu a alteração do sexo civil. Em seu pedido, asseverou Deborah Duprat: “Impor a uma pessoa a manutenção de um nome em descompasso com a sua identidade é, a um só tempo, atentatório à sua dignidade e comprometedor de sua interlocução com terceiros, nos espaços públicos e privados”.¹⁰

Em virtude da ausência de regulamentação legal acerca do tema, que não deixa outra opção às pessoas transexuais a não ser recorrerem aos tribunais para pleitearem o reconhecimento de seus direitos, o Deputado Federal Jean Willys e a Deputada Federal Érika Kokay elaboraram o Projeto de Lei 5002/2013, nomeado de Projeto de Lei João W Nery, em homenagem ao ativista LGBT que não se submeteu à cirurgia de transgenitalização. Referido projeto, se aprovado, alterará a Lei de Registros Públicos, bem como autorizará que os transexuais alterem seu registro civil independentemente de intervenção cirúrgica, tratamentos hormonais, ou autorização judicial, segundo se depreende do conteúdo de seu artigo quarto:

Artigo 4º - Toda pessoa que solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem, em virtude da presente lei, deverá observar os seguintes requisitos:

I - ser maior de dezoito (18) anos;

II - apresentar ao cartório que corresponda uma solicitação escrita, na qual deverá manifestar que, de acordo com a presente lei, requer a retificação registral da certidão de nascimento e a emissão de uma nova carteira de identidade, conservando o número original;

III - expressar o/s novo/s prenome/s escolhido/s para que sejam inscritos.

Parágrafo único: Em nenhum caso serão requisitos para alteração do prenome:

I - intervenção cirúrgica de transsexualização total ou parcial;

II - terapias hormonais;

III - qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico;

IV - autorização judicial.¹¹

Não obstante os argumentos contrários à retificação do registro e do sexo civil do transexual que não se submeteu à cirurgia de transgenitalização, que acabam por confundir os conceitos de gênero e sexo biológico, os diversos ramos das ciências humanas em seus estudos recentes, principalmente nas áreas da psicologia e da sociologia, permitem afirmar entendimento diverso.

A autora Jaqueline Gomes de Jesus, em sua obra *“Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos: guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião”*, define as diferenças entre termos importantes para a compreensão do assunto:

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Processo em julgamento na data do acesso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4275&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

¹¹ RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei 5002/2013*. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. Disponível em: <<http://prae.ufsc.br/files/2013/06/PL-5002-2013-Lei-de-Identidade-de-G%C3%AAneros.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

Gênero: Classificação pessoal e social das pessoas como homens ou mulheres. Orienta papéis e expressões de gênero. Independe do sexo. Sexo: Classificação biológica das pessoas como machos ou fêmeas, baseada em características orgânicas como cromossomos, níveis hormonais, órgãos reprodutivos e genitais. Ao contrário da crença popular, reiterada em diferentes discursos, a categoria sexo não se configura como uma dualidade simples e fixa entre indivíduos deste e daquele sexo (binarismo ou dimorfismo sexual), mas, isso sim, como um contínuo complexo de características sexuais.

Identidade de gênero: gênero com o qual uma pessoa se identifica, que pode ou não concordar com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento. Diferente da sexualidade da pessoa. Identidade de gênero e orientação sexual são dimensões diferentes e que não se confundem. Pessoas Transexuais podem ser heterossexuais, lésbicas, gays ou bissexuais, tanto quanto as pessoas cisgêneros. Cirurgia de redesignação genital/sexual ou de transgenitalização: Procedimento cirúrgico por meio do qual se altera o órgão genital da pessoa para criar uma neovagina ou neofalo. Preferível ao termo antiquado “mudança de sexo”. É importante, para quem se relaciona ou trata com pessoas transexuais, não enfatizar exageradamente o papel dessa cirurgia em sua vida ou no processo transexualizador, do qual ela é apenas uma etapa, que pode não ocorrer.¹²

Considerar que não é possível alterar o registro civil de uma pessoa em razão de sua genitália é uma concepção altamente restrita, vez que a sexualidade é definida por fatores sociais, psíquicos e comportamentais.

Nossa sociedade, pelas crenças estabelecidas e pelos padrões culturais e religiosos, acabou por definir a identidade sexual de alguém a partir de seu sexo morfológico, de forma que possuir um pênis determina o homem e uma vagina, a mulher. Contudo, a identidade sexual é muito mais ampla e se refere à visão que a pessoa possui de si mesma, ao modo como constrói as relações com as pessoas à sua volta, dentre outros, indo além do elemento biológico, abrangendo também o elemento psicológico e o comportamental.

Michelle de Souza Borges, em seu artigo “*Direito à identidade: o transexual e sua autonomia corporal*”, entende que as questões referentes ao sexo e à sexualidade são envoltas por preconceitos que dificultam discussões e progressos nessa área. O sexo pode ser definido não apenas como o órgão sexual de alguém, mas também como a forma de manifestação da sexualidade, bem como o conjunto de características que definem indivíduos dentro de uma espécie, com base na função reprodutora. Nas palavras da autora:

Diante dessa situação indaga-se: o transexual que não se submeteu a cirurgia de transgenitalização deve ter seu direito postergado em virtude de um raciocínio jurídico atrasado? Será que este indivíduo que não sofreu a redesignação merece continuar sofrendo por causa do não reconhecimento do seu direito de ter o nome e sexo alterado em seus documentos? Este transexual seria menos digno só porque escolheu, ou não pode, se submeter à cirurgia de transgenitalização? [...]

O certo é que o transexual, assim como qualquer outro indivíduo, dever ser tratado como um ser individualizado no meio social, capaz de dizer sobre seu próprio corpo, de escolher se quer ou não se submeter a um procedimento médico cirúrgico.¹³

¹² JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2. ed. Brasília, DF: Escritório de Direitos Autorais da Fundação Biblioteca Nacional – EDA/FBN, 2012. p. 24; 30.

¹³ BORGES, Michelle de Souza. *Direito a identidade: o transexual e sua autonomia corporal*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/artigos/842/Direito+à+identidade%3A+o+transexual+e+sua+autonomia+corporal](http://www.ibdfam.org.br/artigos/842/Direito%20a%20identidade%3A%20o%20transexual%20e%20sua%20autonomia%20corporal)>. Acesso em: 3 set. 2016.

Assim, por que o transexual só poderia ter o direito à retificação de seu registro após a cirurgia de redesignação? Ocorre que cabe somente ao indivíduo, na medida que possui autonomia sobre seu próprio corpo, determinar se quer passar pelo procedimento ou não, de forma que isto não altera sua condição como transexual, não devendo lhe ser negado este direito.

Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

A análise do direito dos transexuais alterarem o nome e o gênero constantes do registro civil, ainda que não concluído o processo transexualizador, deve considerar que a sexualidade de uma pessoa não se restringe às suas condições fisiológicas ou anatômicas. Ao contrário, refere-se a um conjunto de atributos que também leva em conta as características psicológicas que compõem o ser humano, porque a maneira como a pessoa se sente, com a qual se identifica, enquanto aspecto emocional, constitui fator integrante da generalidade sexual.¹⁴

No que tange ao direito de autonomia sobre o próprio corpo, o art. 13 do Código Civil dispõe que não é possível dispor do próprio corpo, salvo por exigência médica, quando isto implicar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.

Contudo, o conceito de bons costumes é vago e complexo de ser determinado, bem como percebe-se que algumas atividades, como a luta livre, à qual o atleta se dedica de forma consentida, podem acabar por reduzir permanentemente sua integridade física; por outro lado, a *body modification*, que consiste na modificação do corpo pela aplicação de acessórios, tatuagens, dentre outros, também não constitui prática ilícita.

A autonomia privada confere à pessoa, desta forma, a possibilidade de modificar seu corpo para fins estéticos da maneira que bem entender, seja por meio de cirurgias plásticas, tatuagens ou *piercings*. As cirurgias plásticas, por exemplo, decorrem de forma majoritária de um desejo do titular, seja por vaidade ou qualquer outro fator, e não de uma necessidade médica, não sendo considerado tal ato, no entanto, ilícito.

Em uma primeira visão, poderia entender-se que o art. 13 vedaria a cirurgia de transgenitalização. Contudo, por resolução do Conselho Federal de Medicina, que entendeu pela necessidade de exigência médica para a realização de tal cirurgia, resolvido está o impasse, inclusive ratificado pelo Enunciado 276 da Jornada de Direito Civil¹⁵.

No que pese à proteção à integridade física, é necessário avaliar a integridade psíquica do transexual, que sofre de angústias e aflições em relação ao seu corpo, sendo a cirurgia de transgenitalização utilizada em tais casos com fins terapêuticos.

Assim, é entendimento pacífico a possibilidade da realização da cirurgia de transgenitalização, que não configura ato ilícito. No entanto, a autonomia corporal do transexual está associada ao desejo de se submeter ou não à essa cirurgia, que não deve, contudo, lhe suprimir o direito de ser identificado em seus documentos pela real identidade de gênero que vivencia, ou seja, por meio de seu nome social, bem como por meio do sexo civil que corresponde à sua identidade de gênero.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação cível 20140710125954*. Relatora: Leila Arlanch. Data do julgamento: 25 nov. 2015. Data da publicação: 16 dez. 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/268395474/apelacao-civel-apc-20140710125954>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

¹⁵ O Enunciado 276 da IV Jornada de Direito Civil dispõe: "O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil."

A não concessão de referido direito é, antes de tudo, uma afronta ao princípio constitucional da dignidade humana. Referido princípio consagrado pela Constituição Federal, protege os direitos dos transexuais na medida em que garante à todos os indivíduos a liberdade e o direito à uma vida digna, o que inclui o direito de adequar seu nome à pessoa que sente ser, compatibilizando seu registro civil com a forma que é tratado e referido em suas relações sociais:

Nessa forma, a Constituição Federal, com os seus princípios da dignidade e felicidade humana, que tem como objetivo fundamental promover o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, CF/1988) e determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, caput e X, CF/1988), estão a informar que deve-se permitir a alteração do nome transexual no registro civil, para que o mesmo não continue a sofrer constrangimentos em sua dignidade em momentos nos quais tenha que se identificar (como, por exemplo, ao abrir um crediário numa loja), promovendo-lhe o bem-estar.¹⁶

Intrinsicamente ligados ao princípio da dignidade humana estão os direitos da personalidade, vez que a pedra de toque para a compreensão de referidos direitos está no princípio da dignidade humana, a partir do qual é possível atribuir-lhes uma valoração ética. O Código Civil vem complementar tal assunto, tutelando aspectos da personalidade jurídica que não foram abordados na Carta Magna.

Distinguem-se os direitos da personalidade dos direitos pessoais exatamente pela conotação que adquirem a partir do princípio da dignidade humana, de forma que um mesmo direito pode estar associado à personalidade humana em certas situações e em outras, por não ocorrer essa associação, não poderá ser considerado como direito da personalidade.

Dentre os direitos da personalidade, o direito ao nome, à honra e à privacidade são cruciais para determinar os direitos dos transexuais que desejam alterar seu registro e sexo civil.

O art. 16 do Código Civil prevê que toda pessoa tem direito a um nome, constituído pelo prenome e sobrenome, sendo essa sua identificação pessoal e perante a sociedade; a abrangência do nome da pessoa é extensa, indo desde pseudônimos, até o nome artístico e títulos de identificação.

O nome é a forma de identificação e distinção do indivíduo, sendo o que o diferencia dos demais, devendo constar de seu registro de nascimento; o nome goza, aliás, de imutabilidade relativa, vez que pode ser modificado em circunstâncias específicas, como as previstas em lei e em razão de determinação judicial.

Aos pais, é concedido o direito de livremente escolher o nome dos filhos, desde que estes não o exponham a constrangimento. Ao completar a maioridade, há a possibilidade de alteração do nome desde que não haja a alteração dos apelidos de família. Contudo, nossos tribunais já decidiram por referidas alterações antes e depois desta idade prevista na lei, como forma de proteger o direito de personalidade do indivíduo.

¹⁶ SCHWEIZER, op. cit., p. 152.

Em uma interpretação analógica, é plenamente possível afirmar que o nome que consta do registro de nascimento do transexual lhe expõe a situações constrangedoras e vexatórias, vez que não se coaduna com a sua identidade de gênero. O não reconhecimento do nome social do transexual com a consequente alteração de seu registro e sexo civil são uma afronta ao direito que este possui ao nome. Em entrevista à jornalista Julieta Jacob, o ativista LGBT e homem transexual João W Nery fez importante consideração acerca deste direito:

Com 22 anos eu saí de casa, fui morar com minha namorada. No prédio em que a gente vivia eu era o marido dela. Eu era visto como homem para os desconhecidos, e, para os amigos, a família e no trabalho eu era aquele ET, aquela figura andrógena sempre com uma documentação feminina e um aspecto masculino. *Então era uma loucura porque numa blitz policial no trânsito, eu mostrava o meu documento e ouvia "Documento da sua irmã pra cima de mim?"*. Ou seja, meus próprios documentos depunham contra mim mesmo. Eu era acusado de falsidade ideológica e *considero essa questão documental mais importante do que a cirurgia para os transgêneros* de uma maneira geral.¹⁷

No que tange ao direito à privacidade, sua proteção é essencial para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. A privacidade engloba informações relativas à pessoa que culminam em suas manifestações da personalidade, cabendo à ela decidir se permanecem na esfera íntima ou se deseja compartilhar tais informações com outros indivíduos.

O que se tutela, na verdade, é esse direito do indivíduo de apenas compartilhar tais informações acerca de si mesmo se assim desejar. Desse modo, ao transexual é assegurado o direito de apenas revelar sua condição caso deseje fazê-lo, vendo-se livre de ter sua privacidade exposta ao apresentar documentos que não condizem com sua vivência de gênero, não bastando para tanto apenas a alteração do nome, mas sendo imprescindível também a alteração do sexo civil.

Por fim, no que tange à honra, esta refere-se à reputação que o titular goza perante a sociedade, ou seja, sua fama no meio social.

A honra subjetiva diz respeito à estima pessoal do indivíduo, da visão que possui de si mesmo, enquanto a honra objetiva refere-se à concepção da sociedade sobre sua pessoa. Difere-se da privacidade, pois esta não diz respeito à visão que outros eventualmente tenham do indivíduo, mas sim às informações pessoais que ele deseja não serem do conhecimento de terceiros.

Para as pessoas transexuais, em virtude da discriminação e do preconceito constantemente sofridos em nossa sociedade, a retificação de seus documentos é também uma forma de assegurar seu direito à honra.

Em decisão no ano de 2015, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal proferiu acórdão em consonância com o entendimento acima explanado:

CONSTITUCIONAL. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO. DESIGNATIVO. SEXO. TRANSEXUAL. NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. DIGNIDADE. PESSOA. HUMANA 1. Os direitos e garantias fundamentais são desdobramentos imediatos dos princípios fundamentais, previstos na Magna Carta. O art. 5º, X, da Constituição

¹⁷ JACOB, Julieta. *Transsexualidade: a história de João W Nery*. Disponível em: <<http://erosdata.ne10.uol.com.br/2014/10/transsexualidade-historia-de-joao-w-nerly/>>. Acesso em: 30 abr. 2017. (grifo do autor)

Federal elenca os direitos que compõem a integridade moral que deve ser respeitada assim como as demais características da pessoa. 2. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome e da designação sexual constante de seus assentos de registro civil, conforme o sentimento/entendimento que possuem de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é um meio de garantir o cumprimento e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da personalidade e da cidadania, além de ser uma forma de integrá-lo à sociedade. 3. Conclui-se com facilidade que os elementos identificadores do sexo não podem ser limitados à conformação da genitália do indivíduo ou ao sexo eminentemente biológico, pois outros fatores devem ser considerados, como: o psicológico, cultural e social, para a correta caracterização sexual. 4. Recurso conhecido e provido.¹⁸

Conceder aos transexuais não redesignados a possibilidade de alteração de seu registro e sexo civis não é apenas possível dentro de nosso ordenamento jurídico, mas se faz necessário, vez que sua negativa constitui grave afronta ao princípio da dignidade humana e, conseqüentemente, aos direitos da personalidade das pessoas transexuais.

Conclusão

A identidade sexual não é uma escolha, uma vez que se fosse, os transexuais escolheriam trilhar o caminho cisgênero e considerado “normal” pela sociedade, não sofrendo todos os preconceitos e humilhações pelas quais passam em decorrência de sua condição, que não é uma anomalia ou distúrbio psíquico, mas apenas uma característica.

Assim, em que pesem os argumentos que visam proteger a coletividade por meio da proibição da retificação do registro civil para transexuais, tal medida é necessária para garantir o direito de tais pessoas à dignidade humana, permitindo que vivenciem sua identidade sexual de forma plena, vivendo com dignidade e sendo respeitadas socialmente.

Há atualmente uma evolução nas áreas científicas e no que diz respeito aos valores e costumes, encontrando a atividade legislativa dificuldade em acompanhar tais mudanças. No entanto, é necessário que o direito abranja de alguma forma todas as reivindicações que surgem desses novos contextos, inclusive no que diz respeito aos transexuais.

Para as pessoas que não vivenciam a transexualidade, esta pode lhes parecer “anormal”, o que gera muito preconceito, mas é necessário respeitar e compreender os direitos individuais de cada um para que todos possam viver de forma digna em nossa sociedade, livre de restrições impostas em razão de sua identidade de gênero.

No que tange à alteração do nome no registro civil, não há legislação específica no Brasil que a assegure, sendo, no entanto, um direito da pessoa transexual, devendo o direito acompanhar as mudanças sociais e se adaptar para atender os indivíduos em seus anseios e necessidades específicas.

A pessoa transexual merece ter sua autonomia corporal respeitada, cabendo somente a ela decidir se deve ou não realizar a cirurgia de transgenitalização, merecendo ter sua condição reconhecida independentemente desta modificação corporal para que possa alterar seu registro civil, vez que sua identificação de gênero vai muito além de sua conformação genital.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Quinta Turma Cível. *Apelação cível 20130710313876*. Relator: Maria de Lourdes Abreu. Data de julgamento: 02 set. 2015. Data de Publicação: publicado no DJE: 25 set. 2015. p. 175.

Referências

BORGES, Michelle de Souza. *Direito a identidade: o transexual e sua autonomia corporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/842/Direito+à+identidade%3A+o+transexual+e+sua+autonomia+corporal+>>. Acesso em: 3 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Processo em julgamento na data do acesso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4275&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação cível n. 0024.05.778220-3/001 (1)*. Data do julgamento: 06 mar. 2009. Data da publicação: 07 abr. 2009. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5979521/100240577822030011-mg-1002405778220-3-001-1/inteiro-teor-12115078?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação cível nº 00139343120118260037 SP 0013934-31.2011.8.26.0037*. Relator: Carlos Alberto Garbin. Data de julgamento: 23 set. 2014, 10ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: 25 set. 2014. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141603228/apelacao-apl-139343120118260037-sp-0013934-3120118260037?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação cível 20140710125954*. Relatora: Leila Arlanch. Data do julgamento: 25 nov. 2015. Data da publicação: 16 dez. 2015. Disponível em: <<https://df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/268395474/apelacao-civel-apc-20140710125954>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Quinta Turma Cível. *Apelação cível 20130710313876*. Relator: Maria de Lourdes Abreu. Data de julgamento: 02 set. 2015. Data de Publicação: publicado no DJE: 25 set. 2015. p. 175.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. *Apelação cível nº 70056132376*. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em 13 nov. 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113417002/apelacao-civel-ac-70056132376-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

D’URSO, Luiz Flávio Borges. O transexual, a cirurgia e o registro. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 229, p. 90-95, nov. 1996.

JACOB, Julieta. *Transsexualidade: a história de João W Nery*. Disponível em: <<http://erosdita.ne10.uol.com.br/2014/10/transsexualidade-historia-de-joao-w-nery/>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceito e termos*. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2. ed. Brasília, DF, 2012. Disponível em: https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2. ed. Brasília, DF: EDA/FBN, 2012.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei 5002/2013*. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973. Disponível em: <<http://prae.ufsc.br/files/2013/06/PL-5002-2013-Lei-de-Identidade-de-G%C3%AAnero.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

SCHWEIZER, Marco Aurélio Lopes Ferreira da Silva. Pode o transexual alterar o seu nome e sexo no registro civil das pessoas naturais? *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 137-167, out./dez. 2010.

Obras consultadas

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 162-175, abr./jun. 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14. ed. rev. ampl. atual. Salvador, BA: Juspodivm, 2016. v.1.

MAÚRMO, Júlia Gomes Pereira. A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 33-52, jan./mar. 2014.

MENIN, Márcia Maria. Um novo nome, uma nova identidade sexual: o direito do transexual rumo a uma sociedade sem preconceitos. *Pensar o Direito*, São José do Rio Preto, SP, v. 4, n. 4, p. 79-96, jan./dez. 2007.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LOURO, Arthur Souza. A tutela jurídica da identidade do transexual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Ed. RT, v. 65, ano 17, p. 97-117, jan./mar. 2016.

VENTURA, Miriam; SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a05.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

TRANSEXUAL. Proibição de uso de banheiro feminino em shopping center - Alegação de violação à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade - Presença de repercussão geral. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, MG, ano 5, n.11, jan./abr. 2016.

Summum ius summa iniuria: o necessário reconhecimento das uniões simultâneas e poliafetivas

MÁRCIA MARIA MENIN

*Advogada. Professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Mestre em Direito Civil/USP.
E-mail: marciamariamenin@gmail.com*

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

ANA CAROLINE COLOMBO

ASHELEY SILVA

BÁRBARA MACCARIO

ICARO MARQUES

LAISA HERNANDES

LARA SOUZA DOTI

THAYSE MASTROCOLA

YURI MARTINS

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

Resumo: O presente trabalho científico tem como objeto a análise das uniões simultâneas, bem como das relações poliafetivas, e seu necessário reconhecimento pelo ordenamento jurídico como entidades familiares. As normas que regulam o direito de família com o advento da Constituição Federal oportunizam a recepção desses núcleos familiares, garantindo-lhes proteção e efeitos jurídicos de forma que a monogamia e as regras que lhe dão vida devem ser rejeçadas quando colidem com as normas constitucionais de direito de família.

Palavras-chave: Famílias simultâneas. Uniões poliafetivas. Reconhecimento.

Summum ius summa iniuria: the necessary recognition of simultaneous and poliaffective unions

Abstract: The present scientific article aims to analyze the simultaneous conjugal unions, as well as the poliaffective relationships, and its necessary recognition by the legal system as familiar entities. The norms that regulate the family law, after the advent of the Federal Constitution, allow the reception of these family nuclei, granting them protection and also legal effects, so that monogamy and the rules that give it life should be rejected when they conflict with the constitutional norms of family law.

Keywords: Simultaneous families. Poliaffective unions. Recognition.

Introdução

A história ocidental nos revela que os ordenamentos jurídicos sempre trajaram as vestes da monogamia, impondo as rédeas de tal orientação comportamental. Esse modelo é adotado por diversos fatores, notadamente patrimoniais, culturais e religiosos. Com o ordenamento jurídico pátrio não foi diferente. Influenciado pelas ordenações portuguesas, a estrutura familiar brasileira positivada manteve-se monogâmica até hoje.

Entretanto, passamos por uma transformação legislativa desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), cujo efeito (um deles) fora a releitura de todos os institutos jurídicos, os quais passaram a ter finalidade intrínseca: promover a dignidade da pessoa humana. No que tange ao direito de família, o legislador constituinte reformulou o conceito adotado pelo Código Bevilacqua. O sistema fechado, rígido, foi aberto, abarcando outros tipos de família que não aquela formada pelo casamento, garantindo a liberdade de escolha do arranjo que melhor aprouver às pessoas.

Três décadas após o advento do diploma constitucional, várias lutas foram travadas no Judiciário para o reconhecimento de novos arranjos familiares, olvidados por disposições que colidiam com os princípios de direito de família. No atual cenário, os embates nos Tribunais e na Doutrina focam-se aos arranjos familiares decorrentes da união estável paralela ou da união poliafetiva, cuja deflagração colide com a estrutura familiar moldada pela monogamia.

A problemática deste trabalho, portanto, está na análise desses novos arranjos familiares, seu necessário reconhecimento e os efeitos jurídicos decorrentes.

A família constitucionalizada

A legislação privada anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 moldava seus institutos para a tutela do patrimônio. No que concerne à família, a intenção não foi diferente. O modelo anterior era patriarcal, hierarquizado, tendente à perpetuidade. O interesse estatal era a construção de núcleos familiares duradouros, fechados - o que se denotava por meio da impossibilidade de reconhecimento de filhos havidos fora da relação conjugal - e ainda tinha o pressuposto da formalidade, ou seja, deflagrava-se apenas pelo casamento porquanto apenas esta espécie de união poderia ocasionar a transferência patrimonial aos herdeiros.

Com o apogeu de outros valores pela sociedade, o avanço da tecnologia, a gradativa - mas ainda não completa - igualdade entre gêneros, dentre outros fatores, o modelo imposto estava em descompasso com a sociedade. Nesse ponto, “a arquitetura da sociedade impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado”¹.

O resultado dessa nova perspectiva social consubstanciou-se nas normas de direito de família insertas na Constituição Federal de 1988. O sistema foi totalmente moldado para tutelar a pessoa humana, deixando a família de ser instituição voltada para a tutela patrimonial, mas, sim à tutela existencial, ruindo com “império do ter, sobressaindo a tutela do ser”².

A prioridade, portanto, passou a ser o desenvolvimento de todos os integrantes da família e a promoção dos direitos da personalidade, e não da instituição familiar em si. Esse comando é claro, podendo ser extraído dos §§7º e 8º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, os quais prescrevem ser de livre decisão do casal o planejamento familiar, cabendo ao Estado assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram.

Leciona Carlos Eduardo Pianovski que “a dimensão protetiva imposta ao direito frente ao sujeito”³ é fruto do caráter eudemonista assumido pela família com o advento da Carta Magna. Essa característica propõe que a felicidade dos membros da família deve ser alcançada por meio de convivência afetiva, almejando realizações existenciais.

Esse novo conceito de família se baseia principalmente na afetividade, nas relações regidas pelo sentimento afetivo entre os componentes da família, ultrapassando o campo da disparidade entre os componentes antes instalada.

Hodiernamente, a família é, portanto, o núcleo formado por pessoas que têm sentimento afetivo em comum e que desejam unir-se simplesmente pela existência desse sentimento, em busca da felicidade comum, merecendo especial proteção estatal.

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2016. p. 35.

² Loc. cit.

³ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas e monogamia*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017. p. 12.

Segundo ensina o jurista Dimas Messias de Carvalho⁴, a compreensão de família “torna-se um fato cultural, em razão da construção da afetividade na convivência, sem interesses materiais, envolta em um ambiente de solidariedade e responsabilidade, privilegiando a realização pessoal e o desenvolvimento de cada membro que a integra”.

Por ser a família um instrumento de promoção da dignidade humana, uma das formas de atingir tal objetivo fora a abertura da possibilidade de formação de núcleos familiares em diferentes modelos que não só o casamento, como ocorria na legislação privada anterior. Isso porque, além da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, elencar mais de um modelo de família, esse rol inserto no dispositivo em comento é meramente exemplificativo, configurando-se “uma verdadeira cláusula geral de inclusão”⁵. Nesse ponto, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “a única conclusão que atende aos reclamos constitucionais é no sentido de não taxatividade do rol contemplado no art. 226 da Lei das Leis, sob pena de desproteger inúmeros agrupamentos familiares não previstos ali”⁶.

Ressalta-se, ainda, que os modelos de família não possuem hierarquia ou importância quanto à proteção estatal. “Mais importante do que a forma pela qual essa família é constituída, é a maneira pela qual ela é protegida”⁷. Todos os modelos de família, abarcados ou não no rol constitucional do artigo 226, gozam de especial proteção do Estado, sem quaisquer privilégios, devendo este intervir tão somente quando se faz necessário para resguardar direitos dos membros. E deve ser, sob pena de se mitigar os demais modelos de família, afrontando a livre escolha dos membros sobre o modelo que melhor lhes aprouverem.

Nasce, assim, a família constitucionalizada, plural, eudemonista, instrumento de desenvolvimento das pessoas, através de vínculo afetivo entre as mesmas, que busca a “realização pessoal dos seus projetos pessoais de vida”⁸.

As normas de direito de família: regras, princípios e cláusulas gerais

Não é recente o debate no mundo jurídico acerca das normas, regras e dos princípios. Para este trabalho, importante fazer considerações do tema, pois a justificativa hodierna que desconhece as famílias simultâneas e união poliafetiva paira sobre as normas que regulam o direito de família.

Extraí-se das lições de José Joaquim Gomes Canotilho que norma é “o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições)”⁹. Trata-se a disposição de parte de um texto ainda a interpretar e norma de um texto interpretado¹⁰. Cumpre salientar que não há relação entre normatividade e o texto da norma, “pois é o resultado da interpretação que se apresenta como norma jurídica”¹¹.

Robert Alexy nos ensina que regras e princípios são espécies de norma, ou seja, integram o conceito de norma. Para ele, “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos

⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 44.

⁵ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 72.

⁶ *Ibid.*, p. 74.

⁷ SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito privado: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 612.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1202.

¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 34.

dizem o que deve ser”¹². A distinção entre as duas espécies normativas em comento se dá na medida em que “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹³, ou seja, tratam-se de “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”¹⁴. Já as regras são normas que “são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”¹⁵, contendo “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”¹⁶. Assim, “regras são normas que exigem algo determinado. Elas são comandos definitivos”¹⁷.

Humberto Ávila afirma que as regras são normas que possuem dever imediato de adoção da conduta descrita e dever mediato de manter, com fidelidade, a finalidade que lhe foi posta e os princípios superiores, justificando-se na correspondência entre os conceitos de norma e de fato¹⁸. Os princípios são normas cujos deveres imediatos e mediatos são, respectivamente, de promover um estado ideal de coisas, adotando a necessária conduta. Justifica-se os princípios na correlação entre os efeitos da conduta e o estado ideal de coisas¹⁹. Portanto, para o autor:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre que centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁰

As normas-princípios possuem o conteúdo aberto, abstrato, indeterminado, que sustentam o ordenamento e direcionam os institutos, ao passo que as normas-regras propõem soluções práticas, prontas, para organização da sociedade em geral.

Salienta-se que não há hierarquia entre princípios e regras. Ambos possuem relevância e estruturam o ordenamento jurídico. Ressalta-se a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald de que a norma-regra, ao trazer solução concreta e específica para determinado caso, “somente não será aplicada se estiver em rota frontal de colisão com o Texto Constitucional (controle de constitucionalidade) ou se o seu conteúdo discrepa dos princípios norteadores do sistema”²¹. Quando se trata de regra válida, compatível com a Constituição e os princípios norteadores do sistema, “não se mostra técnico ou razoável negar-lhe aplicação para promover a interpretação casuística de princípios em um caso específico já previamente valorado pelo legislador”²².

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015a. p. 87.

¹³ *Ibid.*, p. 90.

¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵ *Ibid.*, p. 91.

¹⁶ *Loc. cit.*

¹⁷ ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015b. p. 5.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo, 2016. p. 102.

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ *Loc. cit.*

²¹ *Op. cit.*, p. 60.

²² *Ibid.*, p. 61.

Não se imagina um sistema formado tão somente por regras ou princípios, nem que, havendo os dois, um se sobreponha sobre o outro. O ordenamento encontra sustentáculo na harmonia sistêmica entre referidas normas, cada qual cumprindo seu papel.

Vale mencionar, ainda, o papel importante das cláusulas gerais. Essa espécie de norma contribuiu para a formação de um novo sistema jurídico, na medida em que sua flexibilidade de interpretação e conceituação caminha de acordo com o estágio atual da sociedade e da jurisprudência. Ela é inserta no texto normativo sem regramento específico, cabendo sua aplicabilidade através da hermenêutica jurisprudencial e guiada pela doutrina. Exemplo dessa norma no direito de família se verifica no já comentado artigo 226 e seu rol aberto de entidades familiares.

Para a construção de um novo sistema jurídico que contemplasse a nova ordem constitucional, se abriu espaço para as normas-princípios e as cláusulas gerais. Esse movimento se deu, pois, o modelo positivista não mais servia para os fins de uma nova sociedade, muito menos era capaz de efetivar a alta densidade dos direitos e garantias fundamentais. O ordenamento jurídico não pode ser construído por normas de conteúdo raso e soluções prontas, muitas vezes destoante daquilo que o norteia, merecendo, portanto, tratamento extensivo.

Normas-princípios do direito de família acerca da formação do núcleo familiar

A família eudemonista funciona como instrumento de realização pessoal e promoção da personalidade humana. Segundo o jurista italiano Pietro Perlingieri, a família, como função social, é garantida pela Constituição, “não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa”²³.

A constituição de um núcleo familiar se dá através de ato de natureza existencial. A família eudemonista é aquela formada por pessoas que buscam laço afetivo, funcionando como vetor para a felicidade, realizações pessoais e a construção e expressão da personalidade dos membros. O Estado, portanto, não deve ser intervencionista na escolha do modelo familiar que melhor aprouver às pessoas, em conformidade com o princípio da intervenção mínima estatal. Noutras palavras, os atos existenciais não podem encontrar guarida na intervenção do Estado.

Não por outro motivo a Constituição Federal adota o princípio da pluralidade das entidades familiares, reconhecendo-se todos os arranjos familiares, sem estabelecer padrão.

O que constrói os laços familiares é o afeto, que, ao longo de décadas, ganhou espaço no ordenamento, reconhecido como valor jurídico e princípio basilar do direito de família, pelas manifestações da doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, como nos casos referentes ao reconhecimento da multiparentalidade, da indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, do reconhecimento da união homoafetiva dentre tantos temas que, paulatinamente, encontraram segurança jurídica e os

²³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 243.

efeitos do direito de família. “O novo conceito de família apresenta-se sob uma nova égide de valores, dos quais se destaca a afetividade, que ascendeu a princípio na nova Carta Magna”²⁴.

Cumpra salientar que “o afeto equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas”²⁵. Segundo o jurista Pietro Perlingieri, “o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”²⁶.

Em sua obra “Direito Privado – Teoria e Prática”, o Ministro Luis Felipe Salomão²⁷ traz importante precedente do Superior Tribunal de Justiça que consolida a essência de formação do núcleo familiar, como no Recurso Especial nº 945.283, de sua relatoria, ao pronunciar que “o que deve balizar o conceito de família é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida”²⁸.

Todos esses movimentos e mudanças no direito de família decorreram da interpretação da Constituição Federal, de modo a sacramentar o macroprincípio da dignidade da pessoa humana que, no âmbito desse segmento do direito, se concretiza na medida em que se possibilita a manifestação dos atos existenciais, tendo as pessoas a liberdade de se arranjar em núcleos que melhor aprouver.

Monogamia: norma-princípio ou norma-regra?

De Plácido e Silva define monogamia, na tecnologia jurídica, como “a condição ou regime imposto ao homem ou à mulher de somente ter um cônjuge, enquanto vigente o casamento”²⁹. Esse comando milenar estruturou o modelo de constituição de família. Em nosso ordenamento jurídico, desde as Ordenações Filipinas - as primeiras leis aplicadas no Brasil quando ainda se configurava como colônia -, a monogamia é positivada.

A perpetuação da monogamia como organização de família se deu por diversos aspectos sociais, morais e patrimoniais. Para Engels, a família monogâmica teve como finalidade, além do predomínio de um gênero sobre o outro, “procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão, um dia, na posse dos bens de seu pai”³⁰.

Elucida Hilda Maria Couto Monte que na Idade Média, com o apogeu da Igreja Católica, a monogamia passa a ter outra função, qual seja, “ser um elemento de estabilidade familiar”³¹ com raízes no cristianismo e condenando a prática do adultério.

O atual sistema jurídico brasileiro, no que tange ao casamento, insere a monogamia na conjugação dos artigos 1521, VI e 1548, II, ao disporem que é nulo o casamento entre

²⁴ OLIVEIRA, Anderson Nogueira; SANTOS, Gilvanice Lemos dos. (In)Existência de limitação aos princípios da solidariedade e afetividade familiar para eventual responsabilização civil pelo abandono afetivo aos parentes de segundo e terceiro grau. *Revista de Direito Privado*, v. 18, n. 73, p. 197-215, jan. 2017. p. 211.

²⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 25.

²⁶ Op. cit., p. 244.

²⁷ Op. cit., p. 623.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 945.283*. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Julgado em 15 set. 2009.

²⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. São Paulo: Rio de Janeiro, 2012. p. 926.

³⁰ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 4. ed. Trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2012. p. 59.

³¹ MONTE, Hilda Maria Couto. O princípio da monogamia no casamento e a defesa da tutela jurídica das famílias informais simultâneas. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 81-110, jan./abr. 2015. p. 92.

pessoas que estão casadas. Há, ainda, o artigo 1.566 que dispõe como um dos deveres do casamento, a fidelidade. Ademais, vale lembrar que a legislação penal tipifica como crime a prática de bigamia, conforme prescreve o artigo 235 do Código Penal: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena – reclusão, de dois a seis anos”.

Por essa regra enraizada tanto no nosso sistema jurídico quanto na sociedade – pois foi criado o costume do relacionamento afetivo entre duas pessoas, desconexos de outros –, levando em consideração, ainda, que, por séculos, o casamento fora a única forma de constituir família, a monogamia, para alguns doutrinadores, é considerada de “princípio”.

Para Maria Helena Diniz, a monogamia é princípio do casamento³² e sua falta acarreta na inexistência de união estável, pois, “não havendo fidelidade, nem relação monogâmica, o relacionamento passará à condição de ‘amizade colorida’”³³. Rodrigo da Cunha Pereira entende que a monogamia é um princípio organizacional das famílias³⁴.

Entende Flávio Tartuce³⁵ que a monogamia é encarada como princípio do casamento e não da união estável. Na mesma linha, Hilda Maria Couto Monte explica que não se trata de “se negar a natureza principiológica da monogamia, já provada, ou tentar desvirtuar considerando-a tão somente valor moral. A questão é usá-la como princípio em outras entidades informais”³⁶. Ademais, ensina a mencionada autora que, em que pese a monogamia ser princípio no casamento, “não significa dizer que em outras entidades familiares esse mesmo princípio vá se coadunar ou se adequar a elas e às situações fáticas e consequências decorrentes destas relações familiares extramatrimoniais”³⁷.

Outros doutrinadores entendem que a monogamia não é princípio de direito de família, mas, sim, uma recomendação de conduta.

Para Carlos Eduardo Pianovski, a monogamia é norma-regra orientadora de conduta social “não se pode afirmar, pois, que a monogamia seja um princípio do direito estatal de família, mas, sim, uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas - e, portanto, constituídas sob sua égide, e que constroem no âmbito dos fatos”³⁸.

Na mesma linha, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona encaram a monogamia como “nota característica do nosso sistema, e não como um princípio, porquanto, dada a forte carga normativa desse último conceito, é preferível evitá-lo, mormente em se considerando as peculiaridades culturais de cada sociedade”³⁹. Nesse sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka descreve a monogamia como função ordenadora, “não a elevando, portanto, ao status de princípio ordenador”⁴⁰. Maria Berenice Dias também tem o entendimento de que a monogamia é orientação de conduta, refutando-a como princípio, pois, “pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos”⁴¹.

³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito de família*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59.

³³ Id., p. 436.

³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: _____. *Tratado de direito das famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 197-247. p. 230.

³⁵ Op. cit., p. 49.

³⁶ Op. cit., p. 95.

³⁷ Loc. cit.

³⁸ Op. cit.

³⁹ Op. cit., p. 108.

⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, p. 55-69, p. 62.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 61.

Para Rafael da Silva Santiago⁴², reconhecer a monogamia como princípio é:

Admitir que – a despeito da constitucionalização do Direito das Famílias, da consagração constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, do reconhecimento constitucional da pluralidade das relações familiares e da família funcionalizada ao desenvolvimento da personalidade de cada um de seus integrantes, da necessidade de mínima intervenção do Estado na família, enfim, e despeito do nível de evolução do Direito das Famílias pós-moderno – o ente público tem o poder de impor a monogamia a todos aqueles subordinados à sua autoridade.

Dentro de tais ponderações, pode-se concluir que a monogamia é uma regra de orientação de conduta social. Como já exposto, a constituição de um núcleo familiar, o *animus* de estabelecer uma relação familiar e maneira que será dirigida decorre de atos existenciais. Atos esses em que o Estado tem o dever de se abster. A família, *locus existencial* e instrumento que potencializa os direitos da personalidade e desenvolvimento da pessoa humana, deve ser constituída por livre vontade das pessoas.

Além disso, em nenhum momento a Constituição Federal trata a monogamia como princípio. Apenas menciona algumas espécies de núcleos familiares, cujo rol é meramente exemplificativo. Não se trata, portanto, de princípio constitucional, mas, de regra orientadora infraconstitucional que, por conseguinte, em colisão com os princípios constitucionais de família, obstando o reconhecimento de núcleo familiar, deve, no caso concreto, ser rejeitada.

Deveres de fidelidade e lealdade: normas-regras dispositivas ou cogentes?

Dentre as diversas características da norma jurídica, podemos classificá-las entre cogentes e dispositivas. A norma cogente é imposta pelo Estado, não possibilitando às pessoas segui-las de forma diferente do que está preconizado, ao passo que a norma dispositiva atua como um ideal do legislador daquilo que deve regular um instituto, facultando às pessoas de utilizar-se do referido instituto de maneira diversa.

Supracitadas normas também regulamentam o direito de família. A incidência das normas dispositivas cada vez ganhou mais espaço, notadamente com o advento da Constituição Federal e do Código Civil de 2002, no que tange aos atos existenciais de direito de família, pela razão lógica de que, repisa-se, não é dado o Estado intervir em tal exercício. Exemplificando-as, é imposto às pessoas o dever de sustento, educação e guarda dos filhos, ao passo que o dever coabitação não é mais obrigatório.

Nesse contexto, questiona-se: qual a natureza das normas contidas nos artigos 1568, I e 1724, concernentes aos deveres de fidelidade no casamento e lealdade na união estável?

Tais deveres possuem diferenças. O dever de fidelidade está ligado à “exclusividade” dos cônjuges, impedindo o adultério. O dever de lealdade, inserto nas disposições sobre a união estável, é mais abrangente, incluindo outras condutas dos companheiros que não somente a fidelidade. Assim, “a fidelidade é decorrência do casamento exclusivamente. Já a lealdade é gênero do qual a fidelidade é espécie. Assim, pelo senso comum, a lealdade inclui a fidelidade, mas não necessariamente, o que depende de uma opção dos companheiros”⁴³.

⁴² SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias: reconhecimento jurídico e consequências*. Curitiba, PR: Juruá, 2015. p. 113.

⁴³ TARTUCE, op. cit., p. 350.

No regramento anterior, o dever de fidelidade possuía caráter cogente por diversos fatores. No âmbito civil, era utilizado para justificar a separação judicial e, posteriormente, o divórcio, bem como dispensar o cônjuge da prestação alimentícia. A legislação penal reforçava a ideia de fidelidade, pois tipificava o adultério como crime, no revogado artigo 240.

Há que se ressaltar que o dever de fidelidade possuía “eficácia” somente com relação à mulher. Isso se dava por diversos aspectos, dentre eles: (i) econômico, pela dependência financeira ao marido, pois, não era oportunizado à mulher sua inserção no mercado de trabalho e, conseqüentemente, não possuía renda suficiente para viver independente. Esse quadro forçava as mulheres a se submeterem às vontades do marido, para não dar qualquer margem à separação, o que trazia privilégio ao homem, na medida em que essas conseqüências não lhe eram tocadas em caso de separação; e (ii) social, na medida em que a culpa do término do casamento era quase unânime imputada à mulher, acarretando o seu esquecimento e isolamento da comunidade, inclusive, muitas vezes, no âmbito familiar. Não era raro se taxar as mulheres de “separadas” ou “desquitadas”, de maneira pejorativa. Assim, o homem poderia praticar adultério sem que a conseqüência fosse catastrófica.

Com a mudança de paradigma social, a mulher, aos poucos, ganhou espaço com relação ao modo de conduzir as relações sociais, de maneira ativa ou intelectual, conseguindo, também, paulatinamente, mas não totalmente, inserir-se no mercado. Com esse movimento, a legislação positivou a igualdade entre homem e mulher em todas as relações, incluindo, evidentemente, os familiares. Outra conseqüência desse movimento fora a dessacralização do casamento, que perdeu o status de única forma de constituição de família.

Essas mudanças acarretaram, aos poucos, a superação do caráter cogente do dever de fidelidade. Pode-se citar, como exemplo, a revogação do citado artigo 240 do Código Penal e a Emenda Constitucional 66 de 2010, que retirou qualquer requisito para o divórcio, de modo a superar a necessidade da separação extrajudicial ou judicial e, conseqüentemente, a discussão da “culpa”, advinda muitas vezes da traição.

O cenário atual do livre planejamento familiar, pautado na igualdade entre os membros da família, não se descartando os deveres de mútua assistência psíquica e material, promove uma relação familiar verdadeira, sincera. Cada família possui características construídas pelas personalidades de cada membro, de modo que não é necessário utilizar-se da máscara de um único padrão instituído por valores anteriores.

Tal movimento nos faz concluir que a fidelidade é conduta optativa da relação familiar, cabendo às pessoas decidirem se esse padrão será utilizado ou não. É conduta intrínseca ao ato existencial de constituir família, advinda do consenso, e, por conseqüência, como salientado neste trabalho, não cabe ao Estado interferir. Logo, trata-se de norma-regra dispositiva, da qual as partes podem optar em adotar ou não dentro da relação familiar.

Traçadas tais considerações acerca das normas que compõem o direito de família, em especial as que usam a roupagem da monogamia, os tópicos a seguir versarão sobre as duas entidades familiares que, no momento, são jogadas ao limbo pelo Judiciário, dada a utilização e interpretação de tais comandos comentados acima.

As famílias simultâneas

Antes de tratarmos do conceito de famílias simultâneas, há de se fazer uma breve consideração acerca do instituto do concubinato. O atual Código Civil manteve o regramento do conhecido “concubinato impuro” do Código Civil de 1916, ao dispor, em seu artigo 1727, que o concubinato caracteriza-se pelas relações não eventuais entre pessoas impedidas de se casar.

As famílias simultâneas consubstanciam-se justamente nessas espécies de relações. No ponto: “a evolução jurisprudencial e doutrinária tem concedido direitos a essas relações, não apenas no campo obrigacional ou das sociedades de fato, mas no campo do Direito de Família. Daí a expressão família simultânea ou paralela substituir a expressão concubinato”⁴⁴.

Tratam as famílias simultâneas (ou paralelas), portanto, de dois ou mais núcleos familiares que existem concomitantemente e estavelmente, tendo, em comum, um dos membros que ocupe papel de cônjuge ou companheiro em cada um desses arranjos.

No plano doutrinário não é pacífico o reconhecimento dessas relações não eventuais entre pessoas impedidas de casar como família (famílias simultâneas). Há, atualmente, três entendimentos sobre o tema.

Um dos entendimentos é de se rechaçar o reconhecimento dessas uniões como entidade familiar. Isso porque, “havendo deslealdade nas relações plúrimas a impedir a caracterização da união estável, trata-se do concubinato impuro desleal”⁴⁵. Nesse sentido encabeça tal posicionamento a jurista Maria Helena Diniz justamente por entender, como exposto no tópico anterior, que, não sendo monogâmica a relação, inexistente de união estável⁴⁶. Resta, para essa segunda relação, a busca dos direitos decorrentes das sociedades de fato, assim como ocorria com o concubinato puro antes do reconhecimento da união estável como entidade familiar. Ademais, “a quebra da lealdade pode implicar injúria grave, motivando a separação dos conviventes, gerando em atenção à boa-fé de um deles indenização por dano moral”⁴⁷.

Outro entendimento admite a segunda união não eventual entre pessoas impedidas para o casamento, aplicando-se, por analogia, as regras concernentes ao casamento putativo. Por esta vertente, buscou-se encontrar uma solução sistêmica para não jogar ao limbo a segunda união. Assim, havendo boa-fé, ou seja, que um dos membros desconheça a existência da outra entidade familiar, os efeitos do direito de família devem incidir, reconhecendo-se as uniões paralelas à primeira estabelecida. Compartilha desse entendimento Flávio Tartuce, pois, “parece ser a posição mais justa dentro dos limites do princípio da eticidade, com vistas a proteger aquele que, dotado de boa-fé subjetiva ignorava um vício ao acometer a união”⁴⁸.

O último entendimento é que, independentemente da existência de boa-fé, e desde que, evidentemente, preencha os requisitos caracterizadores da união estável, todas as uniões paralelas à primeira estabelecida pelo membro comum não devem ser reconhecidas. Maria Berenice Dias compartilha de tal entendimento ao dispor:

⁴⁴ PEREIRA, op. cit., p. 230.

⁴⁵ AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002 apud TARTUCE, op. cit., p. 342.

⁴⁶ Op. cit., p. 436.

⁴⁷ Id., p. 438.

⁴⁸ Ibid., p. 344.

Não se atina o motivo de ter o legislador substituído fidelidade por lealdade. Como na união estável é imposto tão só o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel. Portanto, autorizando a lei a possibilidade de definir como entidade familiar a relação em que não há fidelidade nem coabitação, nada impede o reconhecimento de vínculos paralelos. Se os companheiros não têm o dever de ser fiéis nem de viver juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas.⁴⁹

Entretanto, o primeiro entendimento é o adotado pela jurisprudência dominante, principalmente a do Superior Tribunal de Justiça, Corte que praticamente dita o direito privado. O entendimento pacificado, formado por diversos precedentes, deu vida ao Informativo nº 4, Edição 50, da ferramenta contida no sítio do referido Tribunal, denominada “jurisprudência em teses”, que assim dispõe: “Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas”⁵⁰. Um dos precedentes que formam tal entendimento pode ser encontrado no REsp 912.926, de lavra do Ministro Luis Felipe Salomão:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSIVIDADE DE RELACIONAMENTO SÓLIDO. CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL. EXEGESE DO §1º DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. [...] A pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí por que se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.⁵¹

A única proteção que a Corte Superior entende ser possível é aquela advinda do direito das obrigações já mencionada neste trabalho: o reconhecimento de sociedade de fato das pessoas impedidas para o casamento que mantiveram relação não eventual, partilhando-se o patrimônio adquirido desde que comprovado o esforço comum, equivalente ao enunciado da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal⁵². Nesse sentido:

CONCUBINATO - SOCIEDADE DE FATO - HOMEM CASADO. A SOCIEDADE DE FATO MANTIDA COM A CONCUBINA REGE-SE PELO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E NÃO PELO DE FAMÍLIA. INEXISTE IMPEDIMENTO A QUE O HOMEM CASADO, ALÉM DA SOCIEDADE CONJUGAL, MANTENHA OUTRA, DE FATO OU DE DIREITO, COM TERCEIRO. NÃO HÁ COGITAR DE PRETENSÃO DUPLA MEACÃO. A CENSURABILIDADE DO ADULTÉRIO NÃO HAVERÁ DE CONDUZIR A QUE SE LOCUPLETE, COM O ESFORÇO ALHEIO, EXATAMENTE ÀQUELE QUE O PRÁTICA.⁵³

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal se deparou com essa mesma questão no emblemático julgamento do Recurso Extraordinário 397762, que não reconheceu como família uma relação pública e notória, de quase 40 anos, como família:

⁴⁹ Op. cit., p. 174.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Edição nº 50, Enunciado 4: Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=ED1%C7%C3O%20N.%2050:%20UNI%C3O%20EST%C1VEL>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 912.926*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 22 fev. 2011.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 380*. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 47.103*. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. Julgado em 29 nov. 1994.

COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer à babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO – A proteção do Estado à união estável alcança as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.⁵⁴

Por fim, ressalta-se que há um “último alento” para o reconhecimento da união estável paralela, capaz de modificar todo o entendimento jurisprudencial, está no julgamento do Recurso Extraordinário 883.168-SC, reconhecida a repercussão geral.

As uniões poliafetivas

A união poliafetiva “é a união afetiva estabelecida entre mais de duas pessoas em uma interação recíproca, constituindo família ou não”⁵⁵. Trata-se de um único núcleo, abrangendo mais de duas pessoas. Diferencia-se da poligamia por esta possuir caráter desigual, demonstrando assimetria de gênero, ou seja, pode ser utilizada como instrumento de controle da sexualidade feminina, ao passo que àquela possibilita mais de uma experiência amorosa simultânea para todos, almejando instrumentalizar a família para o desenvolvimento pessoal.

Ademais, importa para o momento distinguir a união poliafetiva das uniões paralelas. Se por um lado as famílias simultâneas possuem apenas um membro em comum, participando, concomitantemente, de duas relações (dois núcleos distintos), por outro, a união poliafetiva por se tratar de um único núcleo vislumbra do conhecimento e consentimento de todos os integrantes, sendo que, geralmente, residem todos juntos.

Em análise, segundo Haritaworn⁵⁶, existem três vertentes poliamoristas, classificando-se em: “autoajuda” ou “apolítica”; “política de representação ou de identidade” e “queer” ou “anarquista”.

A primeira vertente caracteriza-se por possuir discurso que, embora normativo seja despolitizado, ou seja, “ao invés de criticar as estruturas de poder sobre etnia, gênero, sexualidade e classe, individualiza e psicologiza os processos sociais, enfatizando a capacidade individual de mudança”⁵⁷. Não se trata, portanto, de criticar o sistema atual, mas, sim, mudança social natural. Não aponta falhas nas estruturas de poder, apenas busca enfatizar a capacidade individual de mudança, não regrado como devem ocorrer os processos sociais de busca por direitos, deixando a critério pessoal.

Para a segunda vertente, busca-se a criação de um grupo politizado, cuja ideologia se concentra no socialismo e no feminismo, representando os indivíduos que participam do relacionamento em comento, para legalizá-lo, com base na igualdade entre os relacionamentos, ou seja, um não deve se sobrepor ao outro. Essa corrente “defende a necessidade de construir um grupo de identidade coeso e com preposições políticas, como a legalização da união poliamorosa”⁵⁸.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 397762*. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 03 jun. 2008.

⁵⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 705.

⁵⁶ HARITAWORN, Jin; CHIN-JU, Lin; KLESSE, Christian. Poly/lougue: a critical introduction to polyamory. *Sexualities*, v. 9, n. 5, p. 515-529, Dec. 2006 apud PILÃO, Antonio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias. *Revista Artemis*, v. 13, p. 62-71, jan./jul. 2012. p. 67.

⁵⁷ Loc. cit.

⁵⁸ Loc. cit.

Por fim, a terceira corrente se abstém de qualquer padrão ou modelo de ideais, sem buscar representação coletiva, justamente por se pautar nas diferenças. Almeja modificar a realidade social através de atitudes individuais, para que constitua uma sociedade plural e diversificada, com características pessoais, além do mais, critica a categoria “poliamorista”, devido ao fato de esta obter um caráter coletivo de luta pelos direitos.

Nesta seara, um caso de poliamorismo que repercutiu fortemente na mídia foi o ocorrido no ano de 2012 na cidade de Tupã, interior do estado de São Paulo⁵⁹. Naquele ano um homem e duas mulheres buscaram o Cartório de Registro Civil para formalizar a união por escritura pública. Segundo Cláudia do Nascimento Domingues – tabeliã que realizou a referida declaração – a relação deve ser entendida como união estável, devendo, portanto, serem estabelecidas regras para estrutura familiar: “como não são casados, mas vivem juntos, existe uma união estável, onde são estabelecidas regras para estrutura familiar”⁶⁰.

Ainda, outro notório caso ocorreu no ano de 2015 na cidade do Rio de Janeiro⁶¹. Nesta comarca fora lavrada declaração de união estável por três mulheres no 15º Ofício de Notas além de elaborarem testamentos. De acordo com Fernanda de Freitas Leitão, tabeliã do referido cartório, o fundamento jurídico a ser utilizado para o caso em análise e, por analogia, é o mesmo estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277⁶² para o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, qual seja, a igualdade entre as pessoas na busca de um arranjo familiar e entre as próprias entidades familiares, pois não há hierarquia nem grau de importância, bem como o escopo maior consubstanciado na afetividade. Conforme explica a tabeliã citada:

Não existe uma lei específica para esse trio, tampouco existe para o casal homoafetivo. Isso foi uma construção a partir da decisão do STF, que discriminou todo o fundamento e os princípios que reconheceram a união homoafetiva como digna de proteção jurídica. E qual foi essa base? O princípio da dignidade humana e de que o conceito de família é plural e aberto. Além disso, no civil, o que não está vedado, está permitido.⁶³

Conforme se depreende do acima exposto, ambas as declarações consagram princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, afetividade, liberdade, igualdade, o pluralismo, bem como a intimidade e vida privada.

A partir do caso originário outros cartórios começaram a seguir a mesma linha de Tupã-SP, como no Rio de Janeiro-RJ e em Jundiaí-SP⁶⁴, ou seja, passaram a formalizar outras relações poliamoristas, entretanto, por falta de leis específicas para regulamentar a matéria em questão, a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) solicitou liminar ao Conselho Nacional de Justiça a fim de proibir o reconhecimento das relações poliafetivas, posto isso, o referido Conselho, por meio de sua corregedora ministra Nancy

⁵⁹ CONJUR. Cartório reconhece união estável entre três pessoas. *Boletim de Notícias ConJur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/cartorio-tupa-sp-reconhece-uniao-estavel-entre-tres-pessoas>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ PIVA, Juliana Dal. *Rio registra primeira união estável realizada entre três mulheres*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,rio-registra-primeira-uniao-estavel-entre-3-mulheres,1781538>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adi 4.277, julgada em 05 maio 2011*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

⁶³ PIVA, op. cit.

⁶⁴ WERNECK, Keka. *Poliamor: homem e duas mulheres registram em cartório união a três*. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/brasil/poliamor-homem-e-2-mulheres-registram-em-cartorio-uniao-a-3,2aec7e7abe10835d47cb7168db8979bf93thm&t1.html>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

Andrighi, indeferiu a referida liminar e sugeriu - não proibiu - a suspensão dos registros de “trisal”, ou seja, de três pessoas - mais conhecidas como uniões poliafetivas - até a efetiva regulamentação do tema⁶⁵.

Em síntese, considerando que o artigo 226 da Constituição Federal estabelece rol exemplificativo de entidades familiares, vez que o conceito de família é vasto, é passível a constatação que as variadas correntes do poliamor possam encontrar guarida para reconhecimento e os consequentes efeitos jurídicos. Ainda, não se deve confundir poliamor e poligamia, embora ambos sejam alternativas à monogamia, pelo fato de aquele não ser prejudicial, tendo em vista o consentimento entre todos da relação.

Por fim, a despeito da recomendação oferecida pelo Conselho Nacional de Justiça, deve-se de forma efetiva buscar o reconhecimento destas uniões a fim de garantir a segurança jurídica e os direitos fundamentais das pessoas envolvidas nesta espécie de entidade afetiva.

Efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento das uniões simultâneas e poliafetivas

Não se pode jogar ao esquecimento as famílias paralelas e as uniões poliafetivas. Isso porque, reconhecê-las significa reconhecer os direitos intrínsecos a toda família que em sintonia constitucional estão pautados na busca pela dignidade e proteção de cada indivíduo em si, os quais não deverão ser menos evidenciados. Nesse ponto:

A família paralela, ou simultânea, resulta igualmente, dessas transformações. Não é família inventada. Nem é família amoral ou imoral, nem aética, nem ilícita. É família, e como tal, também procura o seu reconhecimento social e jurídico, assim como os consequentes direitos advindos desta sua visibilidade na vida social e no sistema de direito brasileiro.⁶⁶

Reconhecendo-se como família essas entidades, não de incidir, portanto, os efeitos jurídicos de direito de família, não devendo socorrer-se a outros institutos, como o das obrigações ou contratuais.

Em se tratando da divisão patrimonial em eventual dissolução da sociedade conjugal ou da união estável paralela, há dois posicionamentos no que tange às famílias simultâneas. O primeiro deles é a divisão igualitária entre os membros do acervo patrimonial, o que se chamou de “triação”, como já foi julgado na apelação 70011258605, julgada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, de relatoria do Desembargador Alfredo Guilherme Englert:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. “TRIAÇÃO”. SUCESSÃO. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante a outra união estável também vivida pelo de cujus. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO). Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em “Triação”, pela duplicidade de uniões.⁶⁷

⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

⁶⁶ HIRONAKA, op. cit., p. 64.

⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Oitava Câmara Cível. *Apelação n° 70011258605*. Relator Desembargador Alfredo Guilherme Englert. Julgado em 25 ago. 2005.

Um segundo entendimento, encabeçado por Maria Berenice Dias, caminha no sentido de se averiguar, primeiro, quais as uniões concomitantes se tratam: (i) se união paralela ao casamento, “é necessária a preservação da meação da esposa, que se transforma em bem reservado [...] A meação do varão será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio”⁶⁸; (ii) se união paralela a outra união estável, não havendo condições de distinguir qual fora constituída antes, “cabe a divisão do acervo patrimonial amealhado durante o período de convívio em três partes iguais”⁶⁹, como ocorre no primeiro entendimento.

No caso de dissolução de união poliafetiva, entendemos ser possível aplicar a sistemática da triação, prestigiando-se os princípios da igualdade e solidariedade.

No que tange aos efeitos sucessórios, concernentes às famílias simultâneas, mais uma vez invocamos os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Na hipótese de falecimento do varão casado, a depender de regime de bens, é necessário afastar a meação da viúva. Apurando o acervo hereditário, excluída a legítima dos herdeiros, a parte disponível será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio. Os mesmos cálculos são necessários quando ocorre o falecimento da companheira e vêm seus herdeiros a juízo buscar o reconhecimento da união estável.⁷⁰

Em se tratando dos efeitos sucessórios concernentes às uniões poliafetivas, deve ser utilizado o mesmo raciocínio da dissolução da união: quinhões hereditários em igual proporção. Também entendemos que não há hipótese de ser escolhido apenas um dos sobreviventes como herdeiro necessário, categoria que deve tocar a ambos.

No tocante aos alimentos nas uniões paralelas deve ser levado em consideração o trinômio *necessidade-possibilidade-razoabilidade* inserto no artigo 1.695 do Código Civil. Contudo, hão de ser levadas as seguintes premissas: (i) a obrigação alimentar de prestar alimentos não deve recair ao membro que não é comum às uniões paralelas, devendo preservar o seu patrimônio em caso de execução ou cumprimento de sentença que condenar o pagamento de alimentos; (ii) em se tratando de pedido formulado pelo membro comum às uniões, entendemos que a obrigação deve ser solidária, entretanto, cabendo averiguar, no caso concreto, a possibilidade de ambos, em que pese a “injustiça” nesse caso, pois, não há possibilidade do membro não comum às uniões paralelas poder pleitear alimentos dos demais membros.

Os alimentos decorrentes da união poliafetiva também devem se atentar aos mesmos critérios do artigo 1.695 citado acima, levando em consideração o trinômio *necessidade-possibilidade-razoabilidade*. Não nos parece justo a escolha de apenas um, mas, sim, de todos, sob pena de ferir o princípio da solidariedade e igualdade.

No que tange aos efeitos decorrentes do direito previdenciário, nas “pensões por morte”, entendemos que este deverá tocar a todos os membros que se relacionaram com o de cujus, igualmente. Entendemos que o critério igualitário deverá ser adotado nas uniões paralelas e poliafetivas, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no Agravo regimental em

⁶⁸ Op. cit., p. 53.

⁶⁹ Loc. cit.

⁷⁰ Loc. cit.

Recurso Extraordinário nº 575122: “Agravamento regimental em recurso extraordinário. 2. Militar. Pensão. Rateio entre ex-cônjuge e companheira. Possibilidade. 3. Incidência da Súmula 279. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento”⁷¹.

É certo que não há no sistema jurídico atual solução prática no que tange aos efeitos de direito de família às uniões poliafetivas e famílias paralelas, entretanto, deverá o intérprete da norma buscar a solução a partir dos critérios da ponderação e os princípios de direito de família, sem deixar desamparados os membros.

Conclusão

As normas que compõem o ordenamento jurídico e a atuação do Poder Judiciário fizeram da família o *locus* de desenvolvimento e realizações pessoais, onde os membros, em convívio afetivo, buscam a felicidade. Dentro desse paradigma e diante do que foi exposto, é necessário o reconhecimento das famílias simultâneas e das uniões poliafetivas.

Os argumentos utilizados para não reconhecer as entidades supracitadas repousam, praticamente, nas disposições monogâmicas inseridas na legislação infraconstitucional. Ora, não se trata a monogamia de princípio constitucional de direito de família, mas, sim de orientação, recomendação, característica do sistema jurídico e não imposição às pessoas para realização do planejamento familiar.

O mesmo deve ser repensado sobre o dever de fidelidade, que deve ser visto como opção aos cônjuges, um modelo facultativo a ser seguido. Dentro do ordenamento jurídico hodierno, não cabe o Estado repelir a livre escolha das pessoas na condução da relação familiar.

As famílias simultâneas e as uniões poliafetivas não devem ser jogadas ao limbo, sob pena de afrontar os princípios constitucionais de direito de família. Isso porque, ao estabelecer que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, utilizando-se a família como instrumento que efetiva toda a gama de direitos fundamentais, notadamente no que tange aos direitos da personalidade, não se pode descartá-la, desconhecê-la, por conta de regras em descompasso com o atual cenário social.

Não se busca criticar um padrão de estrutura conjugal decorrente da monogamia. A ideia não é essa. O que se busca é mostrar que esse modelo não deve ser o único reconhecido pelo direito.

Aliás, todos os cientistas jurídicos expressam que, o direito, como instrumento pacificador e organizador, deve acompanhar a evolução da sociedade e protegê-la, garantindo-lhe o pleno desenvolvimento e bem-estar social. As famílias simultâneas e as relações poliafetivas são realidade na qual o direito não pode simplesmente fechar as portas, encarando-as como ficção.

É difícil – para não dizer impossível – imaginar o Poder Legislativo se prestando a regular essas entidades familiares em comento, por diversos fatores, seja pelo caos instalado em nosso país por conta dos últimos acontecimentos, seja pela postura mais conservadora do Congresso Nacional. Tendo em vista que as últimas mudanças que ocorreram no direito de família se devem ao Poder Judiciário, é nele que estão depositadas todas as esperanças dessas entidades familiares.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravamento em Recurso Extraordinário nº 575122*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14 dez. 2010.

Em que pese pacificada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, diante do avanço nas últimas décadas acerca do tratamento jurisprudencial no direito de família, espera-se que o cenário mude com o possível – e necessário – reconhecimento da Corte Constitucional no Recurso Extraordinário 883.168 que poderá ser julgado no ano de 2017, utilizando-se o instituto processual *overruling*, revogando-se tais precedentes.

Espera-se no pronunciamento da Corte Suprema que os julgadores se atentem ao comando do artigo 8º do Código de Processo Civil, aplicando o ordenamento jurídico atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana. Ademais, para afastar as normas-regras que positivam os ditames da monogamia quando em colisão com os princípios constitucionais, deve ser utilizada a técnica de ponderação, prevista no artigo 489, §2º, da legislação instrumental.

As famílias simultâneas e as uniões poliafetivas são realidades no mundo dos fatos. O direito, como instrumento do Estado Democrático, de regência da vida em sociedade, que, em âmbito da família, busca a máxima proteção e acolhimento de qualquer núcleo familiar, não pode fechar as portas para tais entidades. Não reconhecê-las é incorrer no famoso brocardo *summum ius summa iniuria* (excesso de direito, excesso de injustiça). A norma-regra aplicada em excesso, aviltando os princípios constitucionais de direito de família, jogando um núcleo familiar que não veste os trajes da monogamia à margem do reconhecimento e consequente proteção estatal, resulta no excesso de injustiça.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015a.
- _____. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015b.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo, 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Edição nº 50, Enunciado 4: Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2050:%20UNI%C3O%20EST%C1VEL>>. Acesso em: 29 mar. 2017.
- _____. *Recurso Especial nº 47.103*. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. Julgado em 29 nov. 1994.
- _____. *Recurso Especial nº 912.926*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 22 fev. 2011.
- _____. *Recurso Especial nº 945.283*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 15 set. 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Adi 4.277, julgada em 05 maio 2011*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 1 abr. 2017.
- _____. *Recurso Extraordinário nº 397762*. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 03 jun. 2008.
- _____. *Súmula n. 380*. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 28 abr. 2017.
- _____. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 575122*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14 dez. 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

- CONJUR. Cartório reconhece união estável entre três pessoas. *Boletim de Notícias ConJur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/cartorio-tupa-sp-reconhece-uniao-estavel-entre-tres-pessoas>>. Acesso em: 26 mar. 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas>>. Acesso em: 26 mar. 2017.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito de família*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 4. ed. Trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 8. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, p. 55-69, jan./fev. 2014.
- MONTE, Hilda Maria Couto. O princípio da monogamia no casamento e a defesa da tutela jurídica das famílias informais simultâneas. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 81-110, jan./abr. 2015.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- OLIVEIRA, Anderson Nogueira; SANTOS, Gilvanice Lemos dos. (In)Existência de limitação aos princípios da solidariedade e afetividade familiar para eventual responsabilização civil pelo abandono afetivo aos parentes de segundo e terceiro grau. *Revista de Direito Privado*, v. 18, n. 73, p. 197-215, jan. 2017.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União estável. In: _____. *Tratado de direito das famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 197-247.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.
- PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas e monogamia*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- PILÃO, Antonio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias. *Revista Artemis*, v. 13, p. 62-71, jan./jul. 2012.
- PIVA, Juliana Dal. *Rio registra primeira união estável realizada entre três mulheres*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,rio-registra-primeira-uniao-estavel-entre-3-mulheres,1781538>>. Acesso em: 26 mar. 2017.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Oitava Câmara Cível. *Apelação nº 70011258605*. Relator Desembargador Alfredo Guilherme Englert. Julgado em 25 ago. 2005.
- SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito privado: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias: reconhecimento jurídico e consequências*. Curitiba, PR: Juruá, 2015.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 29. ed. São Paulo: Rio de Janeiro, 2012.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- WERNECK, Keka. *Poliamor: homem e duas mulheres registram em cartório união a três*. Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/brasil/poliamor-homem-e-2-mulheres-registram-em-cartorio-uniao-a-3,2aec7e7abe10835d47cb7168db8979bf93thm8t1.html>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

A educação como direito fundamental e o ensino jurídico

KLEBER HENRIQUE SACONATO AFONSO

Advogado, mestrando da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília-SP, professor do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

Resumo: O presente artigo propõe uma reflexão sobre a linha entre o alcance do conteúdo e finalidade da educação assegurada como Direito de todos e Dever do Estado e da família pela nossa Constituição Federal (artigo 205 da CF/88)¹, como formação plena do ser humano, o que se faz necessário para assegurá-la como um direito social, personalíssimo e para respeitar a dignidade humana do educando. Chama-se à atenção para sua concretização diante da necessidade de mudança pedagógica, aqui leia, desde a elaboração do projeto pedagógico de curso incentivando a interdisciplinaridade e uma teoria humanista e fraternal, como o incentivo ao corpo docente, a fim de permitir que o ensino jurídico mantenha o diálogo entre as partes envolvidas no processo educacional, assim como a concretização de uma educação plena e uma preparação do discente para a vida após o término do curso de Direito com uma visão humanista e de justiça social. Essa necessidade de alteração se dá em face do atual cenário que vive o ensino jurídico, de forma específica os que buscam o protagonismo de imagem e lucratividade desenfreada, afastando-se, em tese, da finalidade da educação como posta na Constituição Federal e criando uma falsa realidade na qualidade do ensino jurídico, uma vez que limita a reproduzir informações depositadas aos alunos e prepará-lo para realizar provas e concursos, entre eles o exame da Ordem dos Advogados do Brasil, utilizando do número de aprovação como meio de avaliação do curso perante a sociedade. Com isso, o ensino jurídico deixa de dar efetividade à educação na sua essência que é a formação plena do educando.

Palavras-chave: Educação. Ensino jurídico. Interdisciplinaridade. Humanismo. Direito social. Projeto pedagógico. Corpo docente.

Education as a fundamental right and law teaching

Abstract: This article proposes a reflection about the line between the scope of the content and purpose of the guaranteed education as a Right of all and Duty of the State and the family by our Federal Constitution (article 205 of FC/88), as full formation of the human being, which is necessary to ensure it as a very personal social right, and to respect human dignity of the student. Attention is drawn to its implementation in view of the need for educational change, here read, since from the elaboration of Course Educational Project, encouraging interdisciplinarity and a humanist and fraternal theory, such as the encouragement to the faculty in order to allow law teaching to keep a dialogue between the parties involved in the educational process as well as the achievement of a full education and preparation of students for life after the law school with a humanistic vision, looking for social justice. This need for change arises in view of the current scenario experienced by the Law Education, specifically in relation to those seeking the image protagonism and the unbridled profitability, moving away, in theory, from the purpose of education as set in the Federal Constitution and creating a false reality in the quality of law education, since it merely reiterates information deposited to the students and prepares them to perform examinations and competitions, including the examination of the Brazilian Order of Attorneys using the approbation number as a mean of course evaluation in front of the society. Thus, law teaching fails to give effectiveness to education in its essence, which is full student formation.

Keywords: Education. Law teaching. Interdisciplinarity. Humanism. Social right. Educational project. Faculty.

¹ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Introdução

A Constituição Federal é clara quanto à importância da proteção e eficácia da educação em nossa Sociedade como formação plena do ser humano, atingindo assim a eficácia do próprio direito social e, como lecionado pelo educador Paulo Freire, como forma de liberdade, no sentido de não estar preso a ensinamento de transmissão e aceitação.

Tanto que a norma maior (CF/88) dedica artigos e até mesmo capítulo à educação, a exemplo, o artigo 6^o que ao tratar de direitos sociais traz entre o rol a educação e, de forma específica, o artigo 205 que institui como norma fundamental ser a educação um Direito de todos e Dever do Estado e da família para atingir o pleno desenvolvimento do ser humano.

A educação também encontra previsão perante o artigo 237 da Constituição do Estado de São Paulo³ que além de remeter ao artigo 205 da CF/88, destaca que esta será inspirada nos princípios da liberdade e solidariedade humana, e coloca que a educação (Direito de todos e Dever do Estado) tem como fim: I) compreender os direitos e deveres da pessoa humana de forma geral; II) respeitar a dignidade e a liberdade fundamental da pessoa humana; III) fortalecer a unidade nacional e solidariedade internacional; IV) desenvolver a integralidade da personalidade humana e a sua participação na obra do bem comum; V) preparar o indivíduo e a sociedade para o domínio dos conhecimentos científicos e tecnológicos e para vencer as dificuldades do meio; VI) preservar, difundir e expandir o patrimônio cultural; VII) condenar qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, bem como, qualquer preconceito de classe, raça ou sexo e, ainda, VIII) desenvolver a capacidade de elaboração e reflexão crítica da realidade.

Assim, verifica-se facilmente que a educação assegura o desenvolvimento pleno para formação do ser humano, como forma de efetivação do direito social, reservando-a ao mínimo existencial de uma pessoa, já que qualquer ato que lhe retire ou, até mesmo a torne ineficaz, afronta à dignidade da pessoa humana, assegurado como fundamento da República, artigo 1^o, inciso III⁴, da CF/88.

Portanto, a educação assegurada a todos como direito e dever (art. 205 da CF/88) visa atender aos quatro pilares baseados no “Relatório para Unesco da Comissão Internacional sobre a Educação do Século XXI”, coordenado por Jacques Delors, que são: apreender a conhecer, a fazer, a ser e a viver juntos.

Por outro lado, de certa forma, tem-se como ineficiência de atingir a finalidade plena da educação prevista na Constituição Cidadã, o próprio ensino superior, de forma específica, o curso de Direito, em face de alguns fatores que se atribui como determinantes para afastamento da formação humanista, tais como: a exacerbada proliferação nos últimos anos, com aumento expressivo, de número de faculdades de Direito; a visão de ensino jurídico como fonte de lucratividade e, por consequência, a colocação do docente na planilha de custo e não como investimento do ensino. Ainda, ousamos sustentar, a ostentação de qualidade de ensino relacionada à aprovação de alunos no exame nacional da Ordem dos Advogados do

² Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³ Artigo 237 - A educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal e inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana, tem por fim: ...[...].

⁴ 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.

Brasil (OAB), fazendo com que as faculdades se afastem do fim único do Ensino Superior que, no caso do Direito, é formar um ser humano com base humanística e com noção de justiça social, liberando o educando da regra não questionada e da educação de reprodução ao desenvolver seu senso crítico.

Lições que não devem se limitar ao período que o educando contribui “economicamente” com o curso de Direito, cujo vínculo para muitas instituições termina no Ato Solene de Colação de Grau, sem qualquer plano de continuidade ou extensão de ensino e aperfeiçoamento aos egressos. Muitos são “abandonados”, literalmente, pela sua instituição, talvez porque já não estejam mais vinculados pelos laços econômicos que os uniam.

Eis o perigo de se esconder a deficiência do ensino na roupagem numérica de aprovação de alunos no Exame Nacional da OAB, dando ao curso que aprova em quantidade maior uma falsa ideia de ensinamento por excelência.

O atual cenário solicita e aguarda por mudança de valores.

Educação e ensino

Antes de analisarmos a relação entre a educação prevista como direito social e o ensino ministrado no curso de Direito, é importante fazermos uma análise conceitual de educação e de ensino.

Com isso, entende-se iniciar com as lições do Instituto Antônio Houaiss que apresenta a educação como: “1. ato ou processo de educar(-se). 1.1. qualquer estágio desse processo. 2. aplicação dos métodos próprios para assegurar a formação e o desenvolvimento físico, intelectual e moral de um ser humano; pedagogia; instrução, ensino; [...]”⁵.

E o ensino como: “o ato ou efeito de ensinar; ensinamento, ensinança. 1. transferência de conhecimento, de informação, esp. De caráter geral, na maioria das vezes em local destinado a esse fim (escola, oficina etc.,) [...] 3. Principal meio de educação”⁶.

De imediato, pode-se perceber que a educação não se esgota nos locais físicos que se utilizam para *ensinar*, a exemplo, em se tratando de ensino superior, pois prolonga no tempo, na formação completa do ser humano.

A *educação* é mais ampla e completa do que o ato de ensinar. Eis que aquela tem como fim a formação humana, preparando o indivíduo para a sociedade de forma mais humanista e fraternal, que não se esgota em ato único, pois é prolongada durante a existência.

Sendo também que o ensino superior visa à formação completa do ser humano como pessoas titulares de direitos sociais efetivados e não apenas aplicadores de Leis postas.

No ensinamento de Machado apud Sanches e Soares:

[...] o ensino superior é justamente aquele que possibilita, além das habilidades e do desenvolvimento das técnicas profissionais, o pensamento crítico, criativo e contextualizante, acerca da própria técnica e do conhecimento científico em geral, examinando-lhes a eficácia dos efeitos, bem como os usos políticos, sociais e econômicos que se possa fazer deles.⁷

⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1110.

⁶ *Ibid.*, p. 1159.

⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino Jurídico e mudança social*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009. p. 86 apud SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni; SOARES, Fernanda Heloisa Macedo. *Construção da identidade docente do professor de direito*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. p. 27.

Nota-se que o ensino superior jurídico deve aplicar integralmente o conteúdo da educação plena e permitir a busca da liberdade, no sentido de libertação do condicionamento que impede o educando de desenvolver uma capacidade crítica, lições tidas como princípios da educação para Freire apud Gentil:

A base principiológica da educação, para Freire, assenta-se em que educar significa proporcionar ao sujeito um distanciamento do objeto do conhecimento de maneira tal que seja capaz de construir conceitos próprios em relação a este e relacioná-lo com situações de sua vida real. Ao fazê-lo estará problematizando aquela situação e relacionando com um círculo situacional mais amplo, num processo que o fará compreender sua inserção no seu universo vivencial e as relações sociais que condicionam seu comportamento, atitude e modos de interpretar o mundo. A relação do professor com os alunos é horizontal e o objeto do conhecimento coloca-se entre eles, servindo de tema para um diálogo professor-alunos e ambos os casos aprendem com a experiência do outro.⁸

Com efeito, podemos, em resumo, concluir que a educação é muito mais ampla do que o ensinamento, que corresponde a um processo intencional, sistemático e flexível, que visa um resultado.

Bittar, com maestria que lhe é peculiar, diferencia ensinando que:

A palavra *educação* é mais ampla que a palavra *ensino*, apesar de muito corriqueiramente serem utilizadas como de sentido equivalente. O que há é que a educação envolve todos os processos culturais, sociais, éticos, familiares, religiosos, ideológicos, políticos que se somam para a formação do indivíduo. Trata-se de vislumbrar na educação, nesse sentido, a formação e o desenvolvimento das faculdades e potencialidades humanas, sejam psíquicas, sejam físicas, sejam morais, sejam intelectuais por quaisquer meios possíveis e disponíveis, extraídos ou não do convívio social. Por sua vez, ensino representa uma relação mais pontual, que se destaca de um processo de aprendizado direcionado e direto, em que se podem detectar dois polos relacionados, a saber, o educador e o educando. [...] Quando se menciona a palavra *ensino*, está-se a vislumbrar uma atividade de transmissão de conhecimento dentro de parâmetros predefinidos, formais, portanto, por meio dos quais se transporta a experiência de uma para outro ser.⁹

Na contramão e, que deve ser expurgada do ensino jurídico adequado, ou seja, aquele que tem como fim a formação do cidadão e como compreensão de justiça social, tem-se o ensinamento “bancário” utilizado por cursos de Direito que escondem a ineficiência do ensino na roupagem falha de número de aprovados na OAB.

Nesse sentido, novamente recorremos às lições de Gentil:

O contrário de uma educação que problematiza situações existenciais dos alunos e que faz refletir sobre o homem, contribuindo para a superação da relação opressor-oprimido, é a chamada *educação bancária*. É uma educação pré-fabricada, que ignora o meio cultural e que reduz o aluno à condição de objeto. É *bancária* na medida em que os saberes vêm prontos e embalados e assim são depositados na mente dos alunos, que os recebe, sem questionamento algum, como depósitos de dinheiro num caixa de banco. De tempos em tempos, são instados, em provas ou

⁸ GENTIL, Plínio Antônio Britto. Paulo freire: redescoberta necessária no processo de ensino-aprendizagem. *Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares Direito e Sociedade*, Catanduva, v. 6, n. 1, p. 21-31, jan./dez. 2011. p. 24.

⁹ BITTAR, Eduardo C. B. *Direito e ensino jurídico: legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 15-16. (grifo nosso)

exames, a devolver partes desse conhecimento, sobre o qual lhes cabe refletir, exatamente como um funcionário de banco entrega o dinheiro da conta-corrente ao seu titular, quando este o pede de volta.

Essa não é a verdadeira educação, para Freire. Verdadeira é a educação problematizadora que, em oposição à educação *bancária*, objetiva o desenvolvimento da consciência e a liberdade como instrumento para superar as contradições da educação *bancária*. “[...] ninguém educa ninguém, ninguém se educa; os homens se educam entre si, mediatizados pelo mundo”, segundo Freire, em sua *Pedagogia do oprimido*.

Trata-se – a educação *bancária* – de um processo feito na medida para a confirmação do *status quo*, que o ensino assim praticado tende a reproduzir e reforçar. Esse *status quo* é justamente aquele em que vige a opressão da classe dominada pela dominante, que produziu o homem alienado, sem consciência de si mesmo, e que pretende ser mais homem simplesmente imitando o seu opressor. A sociedade é autoritária para com os dominados e lhes impõe um padrão *certo* de atuar, pensar, falar, posicionar-se. Essa afirmação de determinado padrão é simples opção dos dominantes e não necessariamente o mais correto e adequado. Pois é esse padrão que a educação tradicional traz fechado em seus programas e currículos e atira para cima dos alunos como coisa inquestionável. O conhecimento é de posse exclusiva do professor, que o concede aos alunos num gesto benevolente. Essa é uma atitude claramente autoritária, que conta, para se impor – o que não é difícil – com a docilidade de oprimidos acostumados a aderir à ideologia de seu opressor.¹⁰

O ensino jurídico necessita urgentemente de uma reestruturação para permitir o diálogo entre professor e aluno, excluindo a *educação bancária* até então praticada em face a cobrança de aprovação em provas e concursos como título de ensino com excelência e como atração de alunos que custearão a instituição.

É preciso uma alteração drástica na mentalidade das instituições de ensino superior aplicando a educação em sentido amplo, como formação humanística, construindo o senso crítico e de reflexão.

O que se busca com a construção dos quatros pilares da educação citados no relatório para a Unesco, coordenado por Delors, quais sejam:

[...] *aprender a conhecer*, isto é, adquirir os instrumentos da compreensão; *aprender a fazer*, para poder agir sobre o meio envolvente; *aprender a viver juntos*, a fim de participar e cooperar com os outros em todas as atividades humanas; e finalmente *aprender a ser*, conceito essencial que integra os três precedentes.¹¹

Nas lições de Silva:

A habilidade de aprender a conhecer consiste em combinar uma cultura geral, suficientemente vasta, com a possibilidade de trabalhar em profundidade um pequeno número de matérias, que significa, em definitivo, beneficiar-se da educação ao longo de toda a vida, em face das inúmeras oportunidades que se apresentam. Consiste, pois, esse primeiro pilar, em suscitar uma atitude de abertura diante das possibilidades que se apresentam diuturnamente e a disponibilidade para o aprendizado.

O segundo pilar, denominado aprender a fazer, para além de significar uma aptidão ou uma qualificação para o desempenho de uma profissão, possui um significado mais amplo, que quer

¹⁰ GENTIL, op. cit., p. 28-29. (grifo do autor)

¹¹ DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir*. Tradução José Carlos Eufrázio. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2012. p. 90. (grifo do autor)

apontar para a capacidade de enfrentar numerosas situações e ainda trabalhar em equipe, o que se entrelaça com o terceiro, que fala em aprender a viver juntos.

A capacidade de trabalhar em equipe e de viver juntos, especialmente no mundo atual, com a pluralidade de sujeitos, os mais variados possíveis, desenvolve a compreensão do outro e a percepção das diferenças e das interdependências, que possibilitam a construção de projetos comuns e a prevenção de futuros conflitos, de maneira a valorizar o pluralismo e a compreensão mútua.

O quarto e último pilar, aprender a ser, quer apontar para um melhor desenvolvimento da personalidade dos sujeitos, de maneira a dotá-los de maior autonomia, discernimento e responsabilidade pessoal. Para isso, todas as potencialidades de cada indivíduo devem ser trabalhadas ao máximo, tais como a memória, raciocínio, sentido estético, capacidades físicas, aptidão para comunicação nos mais diversos ambientes e, muito especialmente, o senso crítico.¹²

Aqui há um ponto de partida sobre o qual todos os envolvidos no ciclo educacional devem refletir acerca de uma mudança que leve à real efetividade do direito social prescrito na Constituição Federal (educação), evitando a colocação, no mercado, de educandos domesticados a reproduzirem de forma ineficaz o ensinamento depositado.

Fundamento da República Federativa do Brasil e o direito à educação

A Constituição Federal institui como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III.

Além deste fundamento, a Constituição Federal dispôs no artigo 6º os direitos sociais mínimos, entre eles, a educação e o artigo 205 como direito e dever, assim como no artigo 207¹³.

Nesse aspecto, o ordenamento constitucional assegura a plena educação e atende ao fundamento da República na medida em que assegura ao educando a dignidade humana.

Como direito social previsto na Constituição Federal, artigo 6º, 205 e seguintes, tem-se na ponderação de valores, a educação como formação humanista e fraternal do educando e não como algo superficial. A educação é fundamento colaborador e de alta importância para a concretização dos demais direitos sociais de forma ampla.

A respeito da dignidade da pessoa humana a doutrina diverge, já que se trata de algo muito íntimo de cada ser humano, no entanto, não podemos deixar de transcrever as lições de Sarlet a respeito:

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 assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-reponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.¹⁴

¹² SILVA, Daniel Pereira Militão da. A educação em tempos de pós-modernidade: algumas reflexões a partir do texto constitucional de 1988. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota; CAVALCANTI, Thais Novaes. *Princípios humanistas constitucionais reflexões sobre o humanismo do século XXI*. p. 135-152. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 135-152, p. 149-150.

¹³ 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.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60.

Diante desse conceito jurídico apresentado a respeito da dignidade humana, reporta-se a importância da efetivação da educação como forma de atingir uma vida saudável, com respeito ao rol de direitos fundamentais e, ainda, como forma de propiciar a participação ativa da própria existência e da vida em comunhão.

O que somente será atingido e efetivado com a educação plena e humanística e fraternal, precisamente, em se tratando do ensino jurídico que tem como finalidade a participação do ser humano na sociedade e a busca pela justiça social.

No entanto, a educação que salta aos olhos e desejada está sendo deixada de lado em face dos lamentáveis fatores econômicos de interferências, a exemplo, o crescimento da indústria de instituições de ensino jurídico.

A retomada da educação dentro do ensino jurídico grita por urgência, somente assim, será possível formar cidadãos e atender o fundamento da República em relação à cidadania, dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho, artigo 1º, incisos II, III e IV¹⁵ da CF/88.

Inclusive ao elevar o direito à educação como direito social de todos e dever do Estado e da família se classifica como direito personalíssimo uma vez que, seguindo as lições Bittar¹⁶, “corresponde ao patrimônio que nasce com o indivíduo, correspondendo a sua estrutura e a sua constituição fundamentais, é de se entender que a educação é o habilita o indivíduo à depuração de suas potencialidades e habilidades naturais”.

Arremata o autor a respeito do direito à educação como direito classificado em personalíssimo:

De fato, a educação é parte do processo de formação espiritual, intelectual, moral e social do ser, habilitando-o para o convívio com suas intrínsecas características, assim como para a vida social. Ora, é impossível pensar e conceber o pleno desenvolvimento do indivíduo sem um mínimo processo educativo formal.

[...]

O direito à educação carrega em si as características dos direitos da personalidade, ou seja, trata-se de um direito natural, imanente, absoluto, oponível erga omnes, inalienável, impenhorável, imprescritível, irrenunciável ..., não se sujeitando aos caprichos do Estado ou à vontade do legislador, pois se trata de algo insito à personalidade humana desenvolver, conforme a própria estrutura e constituição humanas.¹⁷

Por isto, é fundamental o diálogo entre as partes envolvidas no *processo educacional*, passando inclusive, a modificar o professor, corpo docente, de local no Balanço Patrimonial, retirando-o do passivo (como custo) e colocando-o como investimento de toda a sociedade.

Do ensino jurídico

Antes de sugerir uma reflexão sobre os critérios que levam à falaciosa excelência de qualidade das instituições de ensino superior, a exemplo, números de alunos aprovados no exame de ordem, assim como, refletir sobre os pontos para se construir o projeto pedagógico do curso e que seja cumprido fidedignamente em aulas ministradas pelo corpo docente no

¹⁵ [...]; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹⁶ BITTAR, op. cit., 158.

¹⁷ Ibid., p.158-159.

sentido de formação do discente, preparando-o culturalmente, interdisciplinar e com base humanista e fraternal, se faz necessário apresentar a evolução do ensino jurídico.

Até para se entender as razões da “mercantilização” do ensino jurídico ou da “relação de consumo que une o educando e a instituição” em face do exacerbado aumento de faculdades no âmbito privado de ensino e a livre concorrência, permitido nos termos do artigo 209 da CF/88¹⁸.

Dessa feita, o primeiro projeto de criação do curso de Direito foi apresentado durante a Assembleia Constituinte de 1823, onde se iniciaram as discussões sobre os propósitos de um curso de Direito no Brasil e quais seriam a finalidade e objetivos na sociedade brasileira.

Assim, após vários debates a respeito da instituição do curso, hoje (2017) o curso jurídico em nosso país conta com 190 anos, vez que em 11 de agosto de 1827, por ordem da Carta de Lei 1827, foram instituídos o curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo e o curso de Ciência Jurídicas e Sociais de Olinda, com forte influência de Portugal.

Ocorre que nossa realidade traz um aumento descontrolado das faculdades de Direito no âmbito privado (art. 209, da CF/88), já que não se trata de uma exclusividade do âmbito público, abrindo forte concorrência para busca de alunos e aumento da mensalidade para compor o balanço entre despesas e receitas.

Por exemplo, pode-se citar o estudo demonstrado na XXII Conferência dos Advogados cujo tema foi “Ensino Jurídico, Advocacia e Sociedade” e que apresentou a evolução do número de faculdades de Direito no Brasil na seguinte proporção: em 1996 existiam 160 faculdades de Direito, em 2001 o número saltou para 505 e em 2014 para 1.284¹⁹, sendo que dessa quantidade, 300 faculdades estão no Estado de São Paulo, número que supera os Estados Unidos que possui 212 faculdades.

Desta forma, para evitar que o curso jurídico limite a preparar o aluno para receber informações produzidas pelo professor em sala de aula, reproduzindo a legislação posta no ordenamento jurídico, sem incentivar o educando à formação plena e à libertação, apenas preparando-o para a atual finalidade do ensino jurídico, que se refere à realização de prova e concurso, é importante o projeto pedagógico da faculdade.

O ensino jurídico para o futuro necessita gritantemente extinguir essa roupagem falha de avaliação que se dá através das provas, a fim de atingir a formação plena do aluno na busca de novas habilidades, além da relação da faculdade, com o corpo docente, projeto pedagógico, educando e demais pessoas envolvidas nessa relação, inclusive, família e sociedade em geral.

Nesse sentido, não podemos deixar de apresentar as lições de Sanches em relação à importância do projeto pedagógico como sendo: “o meio pelo qual a instituição dá sentido ao seu saber fazer, é a realização concreta como lócus do processo de ensino-aprendizagem por meio de ações dinâmicas e históricas”²⁰.

E continua:

¹⁸ Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, [...].

¹⁹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Problemas e soluções para o ensino jurídico no Brasil*. Notícias-painel debates. Disponível em: <www.oab.org.br>. Acesso em: 15 mar. 2017.

²⁰ SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni. *Avaliação institucional e projeto pedagógico: articulação imprescindível*. São Paulo: Letras do Pensamento, 2011. p. 62.

Referir-se ao Projeto Pedagógico de uma instituição e-ou de um curso é *referir-se a sua identidade*, pois dele emanam as concepções e as finalidades que norteiam as diferentes atividades e programas de aprendizagem. A identidade de um curso é expressa em seu currículo e concretizada no Projeto Pedagógico, por isso, é tão importante que sua construção seja coletiva, premiando a integração e a articulação entre ensino, pesquisa e extensão.²¹

Nota-se da lição acima que, quando se refere a importância da construção do projeto pedagógico da instituição de ensino superior, reflete a necessidade de criação por educadores que representem o perfil esperado, elaborado por um Núcleo Docente Estruturante (NDE) e para ser executado pelo corpo docente. O NDE tem origem na Portaria nº 40/2007 editada pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC), com as alterações pertinentes (Resolução nº 01/2010).

E ainda não se pode esquecer que para concretização do projeto é preciso um corpo docente *comprometido* com o ensino e que consiga um diálogo humanista e fraternal com os alunos, transformando-se em orientador, ao invés de tão apenas expositor e depositário de informações.

A respeito da importância quanto à formação do corpo docente, devem ser citados os ensinamentos de Pereira no sentido de que “nenhuma proposta de ensino, projeto ou política de atividade acadêmica será plenamente cumprida se o corpo docente não se mantiver coeso e disposto a desenvolver um espírito educativo eficaz”²².

E continua com a maestria que lhe é peculiar:

Percebe-se que a mudança sugerida – de ensino para educação jurídica – demandará do professor uma alta qualificação humanitária, mais até que sua qualificação técnica, produzindo um conhecimento condizente com a realidade do aluno, com seu desenvolvimento intelectual e social.²³

Em face da importância da formação do corpo docente com formação humanista e fraternal para concretização do projeto de pesquisa da instituição de ensino superior, não podemos deixar de transcrever as lições de Freire²⁴ apud Pereira:

Por isso mesmo pensar certo coloca ao professor ou, mais amplamente à escola, o dever de não só respeitar os saberes com que os educandos, sobretudo os das classes populares, chegam a ela – saberes socialmente construídos na prática comunitária – mas também, como há mais de trinta anos venho sugerindo, discutir com os alunos a razão de ser de alguns desses saberes em relação com o ensino dos conteúdos.

E continua Freire apud Pereira:

Uma das tarefas mais importantes da prática educativo-crítica é propiciar as condições em que os educandos em suas relações uns com os outros e todos com o professor ou a professora ensaiam

²¹ SANCHES, op. cit., p. 63.

²² PEREIRA, Donizett. Função social da educação jurídica. *Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares Direito e Sociedade*, Catanduva, v. 6, n. 1, p. 32-45, jan./dez. 2011. p. 41.

²³ *Ibid.*, p. 41.

²⁴ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996. (Coleção Leitura). p. 30 apud PEREIRA, loc. cit.

a experiência profunda de assumir-se. Assumir-se como ser social e histórico como ser pensante, comunicante, transformador, criador, realizador de sonhos, capaz de ter raiva porque capaz de amar.²⁵

Para arrematar os sempre lembrados ensinamentos de Sanches e Soares:

A interação entre professor e aluno é fundamental para o desenvolvimento das atividades de ensino dialógicas e, também, o primeiro passo para romper com a estrutura da educação bancária da educação jurídica. Essa ruptura está condicionada à mudança de abordagem do papel do professor em sala de aula, criando uma postura menos expositiva e mais orientadora.

É nítida a necessidade de o professor se envolver com a realidade pedagógica de seus alunos, acompanhando seu desenvolvimento e sua história educacional, transformando-se, assim, um marco no rompimento da velha escola jurídica das aulas magistrais ou expositivas. Essa postura resulta em um processo mais democrático e dialógico, no qual o professor deixa de ser o operador do Direito que nas suas horas vagas ministra aulas.²⁶

Podemos concluir que o curso de Direito necessita de uma inovação e uma nova estruturação quanto à elaboração do projeto pedagógico, aplicando critérios interdisciplinares e humanistas, além da formação do NDE e a peça de concretização que é o corpo docente *comprometido* com o projeto, mas, também, valorado pela IES. Desse modo, afastando a ideia de que a excelência em qualidade de ensino se dá com aprovação em concursos e provas.

Essa falsa ideia acaba se concretizando diante também do número exorbitante que se tem no país de cursos preparatórios para concurso, entre eles, o exame da OAB. O que comprova a ineficiência da *educação bancária*.

Abre-se um parêntese, para esclarecer que não se faz uma crítica à OAB e nem mesmo ao exame da ordem como condição para habilitar o bacharel como advogado, mas sim, à utilização do exame como meio de formação educacional jurídica e de qualidade do curso, fecha-se o parêntese. Como se os exames, provas e concursos ditassem as regras do ensino superior.

Até mesmo porque, cumpre salientar que a OAB possui papel fundamental e ativo ao atuar como inspetora e na fiscalização dos cursos jurídicos, opinando quanto à autorização, credenciamento e reconhecimento (art. 54, XV, do EOAB²⁷), juntamente com o MEC, inclusive a pronúncia da Ordem ocorre anteriormente à manifestação final do MEC.

Por outro lado, para se atingir a excelência de qualidade se faz necessária a mudança já apresentada em relação ao diálogo entre projeto pedagógico, NDE, corpo docente e discente, juntamente com a sociedade, para se atingir o ensino social e uma formação completa do educando, preparando-o para a vida profissional, com o fim de atingir a finalidade do curso que visa à justiça social.

Até porque, o atual ensino jurídico encontra-se em déficit no ato de ensinar a reflexão crítica ao discente, insistindo na *educação bancária*, formando profissionais descompromissados e

²⁵ FREIRE, loc. cit. apud PEREIRA, op. cit., p. 42.

²⁶ SANCHES; SOARES, op. cit., p. 67-68.

²⁷ Art. 54. Compete ao Conselho Federal: [...] XV - colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos, e opinar, previamente, nos pedidos apresentados aos órgãos competentes para criação, reconhecimento ou credenciamento desses cursos.

em busca de anseios sempre econômicos e individualistas, chegando ao ponto de sobrepor interesses econômicos à ética profissional.

Assim, é mais do que necessário elaborar projetos pedagógicos interdisciplinares que permitam a comunicação entre as ciências, fazendo com que o docente caminhe por elas, o que corresponde a um processo em construção dentro da ciência e merece destaque na formação plena do discente.

A interdisciplinaridade não nega a disciplina ou a especialidade, ou seja, o “ramo do direito”, ao contrário do que argumentam alguns docentes. Ela apenas visa o ensinamento com uma base que possa ser utilizada em todos os ramos ou ciências, pois respeita o campo de conhecimento de cada ciência. Exige ao especialista ir além sua disciplina, exigindo esforço do docente para superar seus limites.

Sobre a importância da interdisciplinaridade no projeto pedagógico corroboram os ensinamentos de Bittar:

Interdisciplinaridade é tema relevante em educação. As discussões em torno da questão são recentes, mas a proposta em si tem origens remotas. De qualquer forma, deve-se garantir que interdisciplinaridade seja o instrumento para a quebra de rigor divisório dos departamentos estanques das ciências, sobretudo na área do Direito, em que a tendência à separação dos Standards jurídicos é muito grande.

Nesse sentido, há que se dizer necessário o estabelecimento de instrumentos de comunicação efetiva entre as diversas abordagens científicas do fenômeno jurídico. A capacidade de criar na mente do estudante a consciência global (e não partilhada) e integral (e não parcial) sobre o objeto de estudo (no caso, o Direito) é algo elementar na proposta pedagógica do curso. Se os conhecimentos permanecem estanques no processo de aprendizagem, criar-se-ão visões fragmentárias sobre as perspectivas jurídicas.

Os processos de ensino-aprendizagem não podem prescindir de uma integração entre as múltiplas visões do fenômeno jurídico. A transmissão de conhecimentos humanísticos, técnicos e científicos sobre o Direito ao estudante significa não só transformá-lo em receptor de informações jurídicas vigentes, mas também em crítico avaliador das práticas e dos valores jurídicos vigentes, o que requer consciência e efetiva aplicação de métodos interdisciplinares de interação do conhecimento jurídico. Algumas técnicas facilitam o alcance da interdisciplinaridade: criar temas transversais de discussão comum das disciplinas; criar métodos de avaliação que demandem conhecimentos de outras disciplinas; criar atividades de extensão interdisciplinares; criar meios de os conteúdos curriculares emigrarem de disciplina para disciplina do curso etc.²⁸

Desta forma, em conjunto com a teoria humanista e fraternalista, atinge-se o ensino jurídico com qualidade de excelência, afastando a visão da sociedade de que o ensino jurídico é composto tão apenas por códigos, leis e necessidade de “decorar” leis para buscar um concurso. O ensino jurídico deve ir além, tomando como base os princípios humanistas e de fraternidade na estrutura do ensino, a fim de atingir a formação plena do educando e a qualidade real de ensino. Desse modo atinge também a finalidade do curso de Direito que visa, de certa forma, a inclusão social, formando o profissional do Direito com consciência de que a sua atuação também está vinculada à comunidade e aos problemas que envolvem a dignidade da pessoa humana.

²⁸ BITTAR, op. cit., p. 86-87.

Para finalizar, não podemos deixar de citar os ensinamentos de Dias e Pozzoli quanto à necessidade de se elaborar um projeto pedagógico de curso voltado para formação fraterna e humanista como concepção de formação plena do discente:

Dessa forma, só pelo caminho do humanismo se poderá, de acordo com o filósofo, superar a dificuldade interna do idealismo moderno e, ao mesmo tempo, ampliar o campo do saber, que dessa maneira integrará em sua unidade não apenas a ciência e a filosofia, como também a sabedoria tal como definida e concebida por Santo Agostinho [...].²⁹

Continuam ao escreverem o Direito como função promocional da pessoa humana:

A pessoa humana deve ter consciência de que a lei criada é fruto de um comportamento a ser seguido, uma diretriz em que todos devam se pautar na sua convivência diária com os demais membros do meio social, tornando a sanção por seu descumprimento uma figura secundária no contexto atual.

[...]

A cooperação mútua entre os seres humanos é requisito essencial para que todos possam conviver em harmonia, com liberdade e igualdade, orientado pelo Direito, promovendo a pessoa humana com a efetivação dos direitos fundamentais.

A inclusão social está relacionada diretamente com o princípio da fraternidade e com a função do Direito de promover a pessoa humana, pela forma participativa da criação da lei, por demonstrar que existem direitos a determinados segmentos sociais, que a conscientização é um processo de mútua cooperação e todos igualmente podem colaborar para o bem-estar comum.³⁰

De todo o exposto, em relação à alteração do atual modelo do curso de Direito limitado à *educação bancária* com formação de discente para realização de provas e concursos, se faz necessário uma nova estruturação do projeto pedagógico nas instituições de ensino superior. Ele deve *incentivar a interdisciplinaridade* em sala de aula e os princípios humanista e fraternal como bases para formação plena do discente e, ainda, para efetivar o objetivo real do curso de Direito, ou seja, formar profissionais comprometidos com a justiça social, humanitária e fraternal e, definitivamente, libertados das regras de *educação bancária*, permitindo-lhes a possibilidade de argumentar em sentido crítico.

Conclusão

O ensino jurídico, em seu modelo atual, ainda está preso à regra e à educação denominada como bancária. Esta tem como principal protagonista da educação o professor universitário, que se limita a reproduzir aos alunos, em aula meramente expositiva, um conjunto de informações codificadas com o objetivo de que as utilizem para aprovação no exame da OAB, como se essa ditasse a regra do ensino jurídico.

Tomando como base o número de aprovados no citado exame, as faculdades de Direito que tiveram um aumento astronômico, no âmbito privado, captam alunos sob a falsa ideia de

²⁹ DIAS, Paulo Cezar; POZZOLI, Lafayette. Curso de direito – consonância com a história da instituição formação fraterna e humanista uma proposta para elaboração PPC: projeto pedagógico de curso. In: SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette (Org.). *Direito e educação*. Fraternidade em ação: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. p. 207-226. p. 218.

³⁰ *Ibid.*, p. 220.

que a qualidade decorre da aprovação e, em face da concorrência, se esquecem de valorizar o interlocutor do projeto pedagógico (professor), colocando-o na relação entre instituição e aluno, na planilha de custo.

Exemplo de que a *educação bancária* visa apenas a aprovação, pois não forma o profissional e nem mesmo o educa. Ela é evidente também diante da proliferação de cursos preparatórios para o Exame da OAB, já que o discente deixa a instituição ao atingir o grau de bacharel e se vê obrigado a buscar cursinho para a aprovação. São aspectos que comprovam a falsa ideia de qualidade do curso.

Neste contexto, o ensino jurídico necessita de mudança, necessita incentivar e concretizar a educação como formação plena do ser humano, como direito social e fundamental, incluindo em seu projeto pedagógico de curso a interdisciplinaridade e os princípios humanista e fraternal, permitindo ao docente um diálogo com o discente, retirando-o de protagonista expositor para orientador, assim, pode-se concluir que o ensino jurídico estaria concretizando sua função social e comunitária que a sociedade espera.

Ao contrário, além de não estar atingindo seu objetivo, contribui para a exclusão social e do trabalho, formando profissionais com depósito de informações, sem qualquer capacidade de reflexão, análise ou crítica da situação, o que significa concluir pela total ineficácia do atual ensino jurídico diante do seu objetivo.

A educação e o ensino jurídico pedem por alteração e conscientização das instituições de ensino superior em relação ao projeto pedagógico e à valoração quanto aos executores do projeto, ou seja, professores. Somente assim será possível verificar uma educação e um ensino jurídico com a excelência de qualidade.

Referências

- BITTAR, Eduardo C. B. *Direito e ensino jurídico: legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001.
- DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir*. Trad. José Carlos Eufrázio. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2012.
- DIAS, Paulo Cezar; POZZOLI, Lafayette. Curso de direito – consonância com a história da instituição formação fraterna e humanista uma proposta para elaboração PPC: projeto pedagógico de curso. In: SANTOS, Ivaldo; POZZOLI, Lafayette (Org.). *Direito e educação*. Fraternidade em ação: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. p. 207-226.
- GENTIL, Plínio Antônio Britto. Paulo freire: redescoberta necessária no processo de ensino-aprendizagem. *Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares Direito e Sociedade*, Catanduva, v. 6, n. 1, p. 21-31, jan./dez. 2011.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Problemas e soluções para o ensino jurídico no Brasil*. Notícias-painel debates. Disponível em: <www.oab.org.br>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- PEREIRA, Donizett. Função social da educação jurídica. *Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares Direito e Sociedade*, Catanduva, v. 6, n. 1, p. 32-45, jan./dez. 2011.
- SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni. *Avaliação institucional e projeto pedagógico: articulação imprescindível*. São Paulo: Letras do Pensamento, 2011.

SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni; SOARES, Fernanda Heloisa Macedo. *Construção da identidade docente do professor de direito*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Daniel Pereira Militão da. A educação em tempos de pós-modernidade: algumas reflexões a partir do texto constitucional de 1988. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota; CAVALCANTI, Thais Novaes. *Princípios humanistas constitucionais reflexões sobre o humanismo do século XXI*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 135-152.

Obras consultadas

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERRENOUD, Philippe. *Dez novas competências para ensinar*. Porto Alegre, RS: Artes Médicas Sul, 2000.

POZZOLI, Lafayette; SPLICIDO, Christiane (Org.). *Teoria geral do direito: ensaios sobre dignidade humana e fraternidade*. Birigui, SP: Boreal, 2011.

SÃO PAULO. *Constituição*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, Iveraldo; POZZOLI, Lafayette (Org.). *Direito e educação*. Fraternidade em ação: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

VEIGA, Ilma Passos Alencastro. Ensinar: uma atividade complexa e laboriosa. In: _____. (Org.). *Lições de didática*. Campinas, SP: Papirus, 2006. p. 13-33 (Coleção Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico).

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: WMF, 2009.

Princípio da cooperação: uma análise da previsão expressa, dos sujeitos envolvidos e de sua aplicação no processo do trabalho¹

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).

ELEN CRISTINA XAVIER

ANA LÍDIA CUNHA ARAÚJO

GABRIEL VITOR DOMINGUES

LUIZA MARTIN TORRES

ROBSON VALENTIM CASEIRO

WILSON ARAÚJO DE OLIVEIRA JUNIOR

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar o surgimento do princípio da cooperação, no âmbito do direito internacional e brasileiro, especialmente no que diz respeito a sua aplicação no processo do trabalho e se o dever de colaboração cabe apenas ao juiz ou se também se aplica aos sujeitos envolvidos no processo. Além disso, o estudo também aborda a questão sobre a (des)necessidade de sua expressa previsão legal, artigo 6º do CPC/2015, tendo em vista que o dever de colaboração nada mais é que um desdobramento dos princípios constitucionais relacionados ao processo, como o princípio do devido processo legal, da lealdade, da boa-fé processual e do contraditório.

Palavras-chave: Cooperação processual. Processo do trabalho. Lealdade processual. Boa-fé. Contraditório.

Principle of cooperation: an analysis of the expressed prediction, of the involved subjects and of its application in the labor process

Abstract: The aim of this study is to analyze the emergence of the principle of cooperation, in the scope of international and Brazilian law, especially with regard to its application in the labor process and whether the duty of cooperation lies solely with the judge or whether it also applies to the subjects involved in the process. In addition, the study also addresses the issue about the (un)necessity of its expressed legal provision, article 6 of the CPC/2015, focusing that the duty of collaboration is nothing more than an unfolding of the constitutional principles related to the process, as the principle of the due legal process, of loyalty, of procedural good faith and of contradictory.

Keywords: Procedural cooperation. Labor process. Procedural loyalty. Good faith. Contradictory.

Introdução

A democratização do processo fez com que o papel atribuído ao juiz na condução do procedimento processual fosse remodelado, deixando o processo de ser apenas um conjunto de despachos e decisões para se transformar em uma *comunidade de trabalho*, ou seja, apesar de os envolvidos possuírem interesses próprios, todos deverão agir para que se chegue a uma solução justa e efetiva, e em tempo razoável.

¹ O presente artigo tem como base o projeto de pesquisa intitulado “O novo Código de Processo Civil: análise da nova sistemática processual civil, voltada à efetivação dos princípios constitucionais e sua aplicação no campo do direito processual do trabalho”, desenvolvido entre os anos de 2016 e 2017 sob orientação do Professor Kleber Henrique Saconato Afonso, com auxílio do Núcleo de Pesquisa das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP, PESQDIR2016376

O artigo 6º do Código de Processo Civil (CPC) prescreve que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Parte da doutrina denomina o conteúdo do referido dispositivo legal como o princípio da cooperação, ou modelo processual cooperativo. Por essa sistemática processual, o processo deve ser pautado na dialética, atendendo aos princípios do devido processo legal e do contraditório, o que implica ampla participação das partes em igualdades de condições, não apenas formalmente, mas com a finalidade de influenciarem na decisão do juiz de forma concreta.

No decorrer da evolução processual, a história apresenta a existência de três modelos de organização processual: i) o isonômico, onde há prevalência das partes para com o Estado, de modo que a busca pela verdade é uma constante tarefa exclusiva das partes e o juiz não passa de mero expectador; ii) o assimétrico, pelo qual se separa radicalmente o Estado do indivíduo, e a busca pela verdade passa a ser tarefa do Estado, ou seja, o juiz é quem conduz ativamente o processo; e, iii) o cooperativo, segundo o qual há uma participação intensa das partes e do juiz, visando um processo justo e democrático, guardando maior aproximação com os preceitos constitucionais.

Em conformidade com a Constituição Federal (CF), o modelo cooperativo parece estar mais adequado ao Estado Democrático, uma vez que impõe deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, estabelecendo, assim, uma relação paritária, com diálogo e equilíbrio.

Conforme será demonstrado no trabalho, a doutrina ainda divide opinião se a cooperação estaria restrita apenas na relação do juiz com as partes e estas com o juiz, ou se também se aplicaria na relação das partes entre si.

Assim, considerando as discussões sobre quem estaria sujeito aos deveres de colaboração, o presente estudo se justifica para demonstrar que referido dever se aplica a todos os envolvidos no processo, respeitadas as especificidades de seus interesses, além de demonstrar que não haveria necessidade de sua previsão expressa, já que o princípio da cooperação já estava presente em nosso ordenamento jurídico desde a vigência da CF, e também por ser um desdobramento de outros princípios constitucionais processuais.

O estudo será desenvolvido pelo método dedutivo, com análise da doutrina que já se posicionou sobre o tema, e ao final do presente trabalho, pretende-se demonstrar que a cooperação processual não se restringe apenas à relação parte-juiz, tampouco se limita à relação estabelecida entre as partes, de modo que deve haver a cooperação de todos os sujeitos envolvidos no processo, inclusive dos auxiliares da justiça.

Surgimento da cooperação processual na doutrina estrangeira e no Brasil

Para a necessária compreensão da importância da cooperação processual, faz-se imprescindível a análise sobre suas raízes históricas, com o intuito de compreender os motivos que levaram ao surgimento do que hoje é conhecido pela doutrina brasileira como princípio da cooperação, ou como dever de cooperação segundo entendimento de alguns doutrinadores. Assim, torna-se possível analisar os desafios enfrentados atualmente pelo ordenamento jurídico no que diz respeito ao reconhecimento deste instituto como norte para a condução do processo civil e também trabalhista.

O estudo do direito como um todo não é algo pragmático, que contenha respostas universais para todos os seus impasses, pelo contrário, é alcançado através da análise de questões políticas e sociais. Por tais razões, o direito processual também não é um sistema neutro, ou uma questão de matemática, mas consequência dos fatores vividos pela própria sociedade, os quais são permeados por diversos pontos de vista e compreensão.

Há certo entendimento de que os regimes totalitários tendem a ter um processo mais inquisitório, em que o juiz tem maiores poderes e é mais ativo, e de que Estados Democráticos têm como característica o processo acusatório, ou dispositivo, em que as partes comandam todo seu andamento em face de um juiz passivo. Porém, isto nem sempre é verídico. É aí que entra a cooperação como meio de equilíbrio entre ambos.

Pode-se dizer que a Alemanha é o berço da cooperação como modelo processual e as suas raízes estão presentes tanto no plano legislativo, quanto doutrinário, vivenciados desde 1877. Destacam-se, durante todo o seu desenvolvimento, as mudanças quanto à distribuição das tarefas do juiz e das partes, tudo visando à melhor e mais rápida solução dos conflitos.

Neste sentido, a legislação alemã já trazia formas de o juiz conduzir o processo no intuito de alcançar a veracidade dos fatos e com isso proferir uma decisão justa a cada caso concreto. Uma das formas de atuação do juiz era a de buscar esclarecimentos sobre fatos obscuros (o que hoje é chamado pela doutrina de dever de esclarecimento do juiz).

Conforme afirma Ronaldo Kochem em seu artigo “Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação” (*Kooperationsmaxime*):

A Gerichtsverfassungsgesetz (Lei de Organização Judiciária, GVG) de 1877 distribui a primeira instância da jurisdição ordinária civil entre dois tipos de tribunais: Amtsgerichte e Landsgerichte (§12, GVG/1877). [...] Quanto ao Landsgerichte, o §130 da CPO/1877 tratava do Fragerecht (direito de o juiz realizar questionamentos). Nesse parágrafo estabelecia-se que o presidente do tribunal “deve contribuir, por meio de perguntas, para que sejam esclarecidos os pedidos obscuros, complementadas as declarações insuficientes a respeito dos fatos afirmados e indicados os meios de prova e, em geral, para que sejam apresentados todos os esclarecimentos essenciais para a determinação dos fatos”.²

As reformas legislativas que se seguiram tinham por objetivo principal a celeridade processual, a fim de reduzir a sobrecarga dos tribunais, bem como aumentar a colaboração entre as partes, diminuindo o tempo de duração dos processos. O principal meio utilizado para atingir tais objetivos foi o diálogo entre as partes e o juiz, o qual ganhou ênfase com a reforma de 1976:

Essa intenção estava positivada já no §272, ZPO/1976, que dispunha que o litígio deveria ser resolvido, em regra em uma completa e preparada audiência oral [...]. Conforme o mesmo dispositivo, a audiência deveria ocorrer “tão cedo quanto possível”.³

² KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*Kooperationsmaxime*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 75-111, jan. 2016. p. 79-80.

³ *Ibid.*, p. 86.

É bastante evidente como a legislação alemã caminhava rumo ao processo cooperativo, numa dinâmica entre partes e julgador. Com o amadurecimento das ideias do que seria um processo cooperativo chegou-se à conclusão de que o Estado, na figura do juiz, não é simplesmente o protetor de direitos violados considerados de forma individual, mas o protetor da verdade, do interesse geral da sociedade, aproximando o direito processual civil do direito constitucional.

Portanto, deve haver uma colaboração entre o juiz e as partes, a fim de que a igualdade formal entre elas seja substituída pela igualdade material. Esta, por sua vez, é alcançada quando ao juiz é permitido conduzir o processo, com base no que é apresentado pelas partes, em busca de sanar omissões e clarear obscuridades presentes em suas petições e defesas.

Quanto à evolução do aspecto doutrinário acerca do tema, destaca-se o entendimento de doutrinadores alemães tais como Karl August Betterman, Peter Gilles e Rudolf Wassermann, para os quais a cooperação é um princípio processual (*Kooperationsmaxime*).

Para Karl August Betterman, conforme seus estudos de 1972, o princípio da cooperação é como um termo médio entre o princípio do dispositivo e o inquisitório. No contexto vivido por ele havia uma grande distância entre o direito processual civil e o direito constitucional, de modo que o processo era visto como algo inteiramente prático e que não deveria ser influenciado por questões políticas e ideológicas, como é o direito constitucional. No entanto, o autor destaca diversos pontos em que ambos se conectam – como a questão do juiz natural e também da própria neutralidade do julgador. É neste sentido que o doutrinador austríaco Franz Klein enfatiza a chamada função social do processo, atribuindo ao juiz a função de “um assistente em um conflito social” – o que gera vários posicionamentos conflitantes⁴.

Já Peter Gilles considera a cooperação como uma fusão entre o princípio do dispositivo, a verdade material e os deveres do juiz. Isto significa dizer que ambas as partes bem como o juiz devem cooperar entre si na busca pela devida solução do conflito, de modo que ao detentor da pretensão violada cabe dar início ao processo, a fim de que o juiz, cumprindo seus deveres (como o dever de esclarecimento), aja de modo a alcançar a verdade material⁵.

Rudolf Wassermann, em 1978, dedicou uma obra completa a respeito do “processo civil social”, na qual estudou as relações entre o direito processual civil e o Estado Social de Direito. Concluiu que o processo, ao contrário do que muitos afirmavam, não é uma ciência meramente técnica e prática, mas sim formado por concepções ideológicas preponderantes em determinada época e, conseqüentemente, normas constitucionais. Há, portanto, uma aproximação dos direitos processual civil e constitucional:

Nessa perspectiva, o autor defende o reconhecimento da mudança do processo civil liberal para o processo civil social, da concorrência entendida como um livre jogo de forças, para um trabalho em conjunto (*Zusammenarbeit*) sob condução e assistência do juiz [...].⁶

Conforme os estudos de Rudolf Wassermann, os deveres do juiz têm como finalidade permitir às partes que suas escolhas sejam feitas adequadamente, o que não pressupõe que ele as faça por elas, e isto não anula o princípio dispositivo, mas o aperfeiçoa.

⁴ KOCHER, op. cit., p. 87.

⁵ Ibid., p. 88.

⁶ Ibid., p. 102.

Conclui-se, portanto, que toda a evolução da concepção de processo e cooperação culmina em relações processuais regidas pela boa-fé de todos os sujeitos processuais, a fim de que o litígio seja bem solucionado e em prazo razoável, sem que haja, no entanto, comprometimento da parcialidade do juiz.

Toda esta trajetória permite perceber que a cooperação tornou-se inerente ao processo, ou, ao menos, à ideia de processo. Desde 1877 seus reflexos estão presentes no ordenamento jurídico alemão e isto demonstra que faz parte da própria cultura processual. A valorização do litígio por vezes faz com que a ideia de cooperação seja subestimada, no entanto, ela começa a criar suas raízes quando os sujeitos processuais têm como objetivo comum a celeridade.

No Brasil é possível perceber a importância da cooperação processual na própria CF, quando são assegurados a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII⁷), bem como quando estabelece e garante o contraditório (art. 5º, inciso LV⁸).

Neste sentido, não obstante a cooperação processual ter sido positivada de forma explícita no CPC (art. 6º⁹), ela já estava presente no ordenamento jurídico brasileiro por meio de institutos como o contraditório, o devido processo legal e, principalmente, a boa-fé processual.

Modelos processuais (isonômico, assimétrico e cooperativo)

No Império Romano, a concepção de direito que se tinha era de um direito totalmente privado, de modo que a resolução dos conflitos não interessava ao Estado, e sim meramente às partes, ficando a cargo destas a escolha de juízes privados cujas sentenças possuíam uma característica um tanto quanto arbitral. Neste período, em determinados casos, permitia-se até mesmo a autotutela. Aqui ficam evidentes as características do processo isonômico, segundo o qual as partes detinham poder absoluto na direção do processo. Eram as partes que impulsionavam o processo, escolhendo e produzindo as provas que entendiam necessárias, sendo o juiz um mero expectador do processo.

Com a queda do Império Romano e o domínio da Igreja Católica na Idade Média, o direito canônico continuou com características do modelo processual isonômico, de modo que as decisões proferidas pelos juízes continuavam sendo arbitrarias, de acordo com a parte que tinha maior domínio do processo.

Este panorama apenas começou a mudar no início do século XVII, com a ideia de Estado Moderno, momento em que os Estados passaram a exercer a jurisdição, tornando-se os detentores do poder. A partir disso o direito ganhou características assimétricas, cabendo ao juiz a condução plena do processo, e as partes tornaram-se meras espectadoras.

Com o surgimento desta nova concepção de Estado e Direito, deu-se início a era das codificações, e os Estados passaram a instituir seus próprios códigos, consignando expressamente as regras processuais. Este panorama processual representou, em princípio, o domínio do direito pelo Estado, e posteriormente, o desejo de que as leis fossem cumpridas.

⁷ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;

⁸ 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;

⁹ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A partir das codificações alguns Estados começaram a criar algumas linhas diferentes para o desenvolvimento do processo, como, por exemplo, na França, em decorrência das ideias liberais iluministas, tinha-se uma ponderação do monopólio do processo com valoração dos princípios da oralidade e igualdade, herança do Direito Romano. Tal situação pode ser facilmente verificada no Código Napoleônico de 1806, cujo texto influenciou diversas legislações europeias, como o CPC Alemão de 1877 e o Italiano de 1865, a exemplo¹⁰.

Em contrapartida, alguns Estados, como a Prússia e Áustria, entendiam que a iniciativa das partes não teria o condão de trazer efetividade ao processo, de modo que o procedimento processual adotado restringiu-se ao inquisitório, assimétrico. Posteriormente, com a reforma de Franz Klein, o processo austríaco introduziu em seu procedimento a oralidade, além de eliminar o sistema de prova legal, o que representava pequena flexibilização, na busca de uma visão mais social do processo. Não obstante, manteve as características preponderantes do modelo assimétrico, sendo necessária uma postura mais ativa do juiz, exercendo papel de direção efetiva do processo¹¹.

Ficam evidentes duas vertentes influentes no processo civil moderno: a austríaca e a francesa. Como visto, ambas apresentam como traço comum a posição dominante do juiz, todavia, a primeira deixa mais evidente uma postura ativista do juiz em relação às partes, atribuindo-lhe plenos poderes para a busca da verdade real e objetiva do processo, enquanto a segunda prioriza o princípio do dispositivo, permitindo maior ativismo das partes.

Não obstante as evoluções processuais apontadas, especialmente com o crescimento de uma visão social do poder, também passou-se a olhar para o processo de uma maneira diferente, devendo ser instrumento para garantia dos direitos fundamentais. Com a chegada do Estado Democrático não se podia mais aceitar a desigualdade existente nos processos, de modo que o processo deveria proporcionar às partes a efetiva realização dos seus direitos, inclusive, estabelecendo a igualdade entre todos os envolvidos na realização dos atos necessários à solução do conflito.

Foi a partir do fracasso experimentado pelo Estado Liberal e, conseqüentemente, com uma visão mais social do poder, que o processo sofreu mudanças e passou a se adequar à garantia dos direitos fundamentais desenvolvidos ao longo do século XIX, o que restou ainda mais evidente na segunda metade do século XX, quando se percebeu que o processo deveria ser um instrumento para garantia da efetiva realização de referidos direitos.

No Brasil, este novo modelo processual apenas ganhou força com a CF, que instituiu vários direitos fundamentais processuais, como princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, garantindo, assim, a igualdade entre os juizes e as partes.

Foi através dessas mudanças que passou-se a observar que o processo apenas conseguiria atingir o seu objetivo – efetivação do direito material – na medida em que fosse atribuído ao juiz um papel mais ativo, mas não apenas no sentido de direção do procedimento, aplicando a lei em cada caso concreto, mas sim na perspectiva de atuar junto às partes na busca pela concretização efetiva da tutela jurisdicional. E é neste sentido que surge no Brasil a cooperação processual, o que hoje denominamos de princípio da cooperação.

¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40.

¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2003. p. 58.

Antes de tratarmos especificamente do modelo processual cooperativo, apresenta-se uma breve conceituação sobre o modelo processual isonômico e assimétrico.

No modelo isonômico, também conhecido como adversarial (neste trabalho o denominaremos como isonômico), as partes são sujeitos ativos do processo, portanto, o juiz passa a ser um mero espectador da lide, apenas exercendo seu papel no momento de proferir a decisão, decisões estas carregadas de arbitrariedade, na medida em que as partes conduzem o processo, portanto, influenciando diretamente nas decisões. Neste sentido apresenta-se a lição de Lorena Miranda Santos Barreiros:

[...] o modelo processual civil adversarial rege-se por uma acentuada predominância da atividade das partes na instauração da demanda e na condução do procedimento. À parte compete, pois, provocar o órgão jurisdicional, dando início ao processo e definindo o seu objeto, que não pode sofrer alteração pelo juiz.¹²

E assim continua a autora: “Em contraposição ao papel ativo reservado às partes, do juiz, no modelo adversarial, espera-se, tão-somente, que adote uma postura de neutralidade e passividade diante do litígio que lhe é posto a julgamento”¹³.

O modelo assimétrico, também chamado de inquisitivo (neste trabalho denominado de assimétrico), é totalmente o oposto do isonômico, sendo que, neste caso, temos um juiz participativo que conduz ativamente o processo. Já as partes exercerão o papel de meros espectadores do processo. Neste modelo processual temos a separação radical do Estado com as partes, agora as partes não estão mais ligadas ao juiz e suas decisões, e sim ao Estado, sendo o Estado detentor da tutela jurisdicional e com o compromisso de conduzir o processo e proferir as decisões. Assim é a lição de Lorena Miranda Santos Barreiros:

O modelo processual inquisitivo não se coaduna com a predominância das partes na condução do procedimento, assente no Estado liberal. Visto um processo como fenômeno de massa, de interesse do Estado, por certo que a postura do órgão julgador, titular de uma das funções do poder estatal, há de ser não a de um “convidado de pedra” ou de um “árbitro” de uma disputa particular, mas, sim, a de um gestor do processo. E referida missão pressupõe que se confirmem ao magistrado maiores poderes e uma mais ampla iniciativa no processo judicial.¹⁴

O modelo cooperativo é o tipo processual que mais se encaixa com nosso ordenamento jurídico atual. A cooperação processual visa buscar um processo mais justo, igualitário, garantindo às partes o direito de defesa e buscando sempre a celeridade processual. Este novo modelo processual ganhou muita força no Brasil com o advento da CF, que trouxe em seu texto vários princípios, como o do contraditório e da ampla defesa, devido processo legal, boa-fé objetiva, dentre vários outros.

Ao contrário dos outros dois modelos processuais existentes (assimétrico e isonômico), no modelo processual cooperativo não existe um sujeito que se destaque perante os demais, todos eles terão papéis fundamentais na busca de um processo mais justo e efetivo.

¹² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação*. Salvador, BA: Juspodivm, 2013. p. 74.

¹³ *Ibid.*, p. 83.

¹⁴ *Ibid.*, p. 133.

Não significa dizer que as partes colaborarão entre si buscando ajudar uma a outra, até porque ambos os lados possuem interesses antagônicos, mas na verdade o objetivo deste tipo processual é evitar a atuação pautada na litigância de má-fé, é buscar a celeridade processual, visando que as partes adotem condutas de boa-fé; é principalmente estabelecer ao juiz o dever de cooperar com as partes buscando uma maior efetividade, celeridade processual, mas nunca ferindo o devido processo legal.

Sobre o assunto, importante lição de Lorena Miranda Santos Barreiros:

O modelo cooperativo traduz, nesse passo, um novo paradigma na divisão de tarefas entre partes e juiz. A ideia central desse modelo consiste na transformação do processo em uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), capaz de albergar, ao mesmo tempo, um magistrado de feição atuante na condução do processo e partes igualmente ativas, colaboradoras para o alcance do resultado final pretendido: a justa solução da controvérsia em tempo razoável. Sem desprezar a realidade de que o processo envolve, como regra, interesses conflitantes, busca estabelecer uma disputa leal e capaz de conduzir a um resultado substancial e processualmente justo.¹⁵

O modelo cooperativo apresenta deveres tanto para as partes como para os juízes. Segundo os ensinamentos de Fredie Didier Jr., os deveres das partes podem ser divididos em *deveres de esclarecimento, lealdade e proteção*.

Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção.

Vejamos algumas manifestações desses deveres em relação às partes: *a) dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún., CPC); *b) dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); *c) dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, CPC).¹⁶

Já se tratando dos deveres dos juízes, são eles, *o dever de esclarecimento, de consulta e de prevenção*:

a) dever de esclarecimento: consiste no dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas; *b) dever de consulta*: não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se; *c) dever de prevenção*: dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. [...] São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos poucos claros, o caráter lacunar da exposição de fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte.¹⁷

¹⁵ Ibid., p. 179.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011. p. 214. (grifo do autor)

¹⁷ DIDIER JR., op. cit., p. 215-216. (grifo do autor)

Sobre o modelo processual cooperativo, Daniel Mitidiero considera que o juiz exerce papel duplo, ou seja, deve ser paritário no diálogo com as partes e manter uma postura assimétrica nos momentos decisórios. Além disso, o autor esclarece que neste modelo processual são impostos ao juiz os deveres de *esclarecimento, prevenção, debate e auxílio*:

A propósito, por dever de esclarecimento (“*Aufklärungspflicht*”) entende-se “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo” (a propósito, o dever de esclarecimento normalmente é acompanhado por um *dever de indicação*, “*Hinweispflicht*”, que impõe ao juiz o *dever de apontar precisamente* aquilo que deve ser esclarecido pela parte). Por dever de prevenir (“*Präventionspflicht*”), o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo.”. Por dever de debate (“*erörterungspflicht*”), o dever de o órgão judicial de dialogar com as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo de ser imprimido à causa e a respeito do conteúdo das decisões (a propósito, o dever de consulta *implica vedação à prolação de decisões-surpresa*, “*Verbot der Überraschungsentscheidungen*”). Por dever de auxílio, o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou cumprimento de ônus ou deveres processuais.

[...]

O papel do juiz na condução do processo é alterado no modelo cooperativo. *As partes, porém, não têm deveres recíprocos por força da colaboração.* Ação e defesa são posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa. O conflito existente entre as partes impede que se estruture um processo civil a partir de deveres cooperativos entre as partes – como parece sugerir o art. 6º do CPC/2015. *Essa é a razão pela qual quem está gravado pelos deveres de cooperar na condição do processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaborar entre si.*¹⁸

Em nosso atual modelo processual, temos presente os três tipos processuais, claro que em maior evidência e destaque o cooperativo, por conta dos princípios constitucionais que são a base para o dever cooperativo, mas também estão presentes características tanto do isonômico como do assimétrico, e se tratando do isonômico, podemos dar o exemplo no sentido de que as partes possuem ampla liberdade para dispor através de atos processuais, como a renúncia desistência, reconhecimento do pedido entre outros. Outro exemplo é que o processo só pode ser instaurado por iniciativa da parte (art. 2º do CPC). Já se tratando do modelo assimétrico considerando as possibilidades que permitem a atuação de ofício do juiz, o que ocorre, por exemplo, com a correção do valor da causa *ex officio* (art. 292, §3º do CPC).

Diferenças entre princípios e regras

A partir do movimento conhecido como constitucionalismo, a doutrina se debruçou na discussão sobre a diferenciação entre as modalidades de normas, ou seja, os princípios e as regras, estudando principalmente a estrutura, as formas de aplicação e a interpretação destas modalidades de normas.

Na bibliografia acerca deste estudo, destaca-se a obra “Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, de Humberto Ávila, na qual o autor faz uma seleção

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil* - pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 69-71. (grifo do autor)

da doutrina com maior repercussão no que se refere à definição e distinção entre regras e princípios.

Humberto Ávila apresenta uma divisão dos doutrinadores em dois grupos, sendo os de forte distinção e os de fraca distinção entre regras e princípios. No grupo denominado como “corrente de fraca distinção”, enquadram-se os autores Josef Esser, Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris, defendendo a seguinte ideia:

[...] os princípios são normas de elevado grau de abstração (destinam-se a um número indeterminado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número indeterminado de pessoas) e que, por isso, exigem uma aplicação influenciada por elevado grau de subjetividade do aplicador; contrariamente às regras, que denotam pouco ou nenhum grau de abstração (destinam-se a um número [quase] determinado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número [quase] determinado de pessoas), e que, por isso, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma influência de subjetividade do intérprete.¹⁹

Ao analisar a corrente apresentada, Humberto Ávila apresenta algumas críticas, afirmando que este modelo pode denotar que o intérprete do direito não possui liberdade para manejar os conteúdos semântico e valorativo das regras. Ao contrário do entendimento preconizado por essa corrente, o autor defende que as regras só têm sentido e finalidade definidos pelo processo de ponderação, e esta distinção cria uma supervalorização dos princípios, que devido a sua caracterização – alto grau de abstração e generalidade – possibilita ao aplicador elevado grau de subjetividade, o que legitima a flexibilização na aplicação de uma norma.

Na segunda corrente, denominada de corrente da forte distinção, são adeptos Ronald Dworkin e Robert Alexy. Humberto Ávila expõe que em seus estudos Dworkin apresenta críticas ao positivismo, e defende a ideia de que as regras devem ser aplicadas no modo tudo ou nada, caso a hipótese da regra seja satisfeita, ou a regra é válida e por isso a consequência normativa deve ser cumprida, ou a regra é considerada inválida. Já os princípios, diferentemente das regras, não decidem nada, eles contêm os fundamentos e valores que devem ser conjugados com os de outros princípios. Por isso, os princípios possuem dimensões de peso, que devem ser analisados no caso de colisão entre princípios, quando aquele princípio definido como de maior peso será aplicado, sem tirar a validade do outro princípio.

Alexy, no mesmo sentido dos estudos de Dworkin, aperfeiçoou o conceito de princípios: “Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”²⁰.

Alexy demonstrou em seus estudos que a determinação de prevalência de um princípio sobre outro não é imediata, ela se dá mediante a ponderação entre os princípios em choque diante o caso concreto. Assim, para Alexy “Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras”²¹.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 84.

²⁰ ÁVILA, op. cit., p. 37.

²¹ Loc. cit.

Sobre esta corrente de forte distinção, Humberto Ávila resume:

É dessa concepção que vem a afirmação de que os princípios são diferentes das regras relativamente ao modo de aplicação e ao modo como são solucionadas as antinomias que surgem entre eles. A diferença quanto ao modo de aplicação é a seguinte: enquanto as regras estabelecem mandamentos definitivos e são aplicadas mediante subsunção, já que o aplicador deverá confrontar o conceito do fato com o conceito constante da hipótese normativa e, havendo encaixe, aplicar a consequência, os princípios estabelecem deveres provisórios e são aplicados mediante ponderação, na medida em que o aplicador deverá atribuir uma dimensão de peso aos princípios diante do caso concreto. A diferença quanto ao modo de solução de antinomias é a que segue: enquanto o conflito entre regras ocorre no plano abstrato, é necessário e implica declaração de invalidade de uma delas caso não seja aberta uma exceção, o conflito entre princípios ocorre apenas no plano concreto, é contingente e não implica declaração de invalidade de um deles, mas apenas o estabelecimento de uma regra de prevalência diante de determinadas circunstâncias verificáveis somente no plano da eficácia das normas.²²

Humberto Ávila também critica a proposta desta corrente doutrinária, quando afirma que a definição de que as regras incidiriam no modo “tudo ou nada” é falsa: “Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais”²³.

Ávila explica que é possível o conflito de regras sem que haja a exclusão de uma delas. Cita o exemplo do conflito entre a norma do Código de Ética dos médicos que determina que a verdade deva ser dita ao paciente sobre sua doença com a norma que exige que o médico se utilize de todos os meios para buscar a cura. O que fazer quando a informação sobre a doença diminuem as chances de cura? Para Humberto Ávila é um caso de solução pela ponderação.

Assim, o autor em análise defende que a ponderação vale tanto para os princípios, quanto para as regras, devido ao caráter provisório das normas que pode ser ultrapassado pela análise de razões mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. Na sequência, ao contrário dos modelos apresentados, que propõem alternativas exclusivas: ou a norma é uma regra ou é um princípio, Humberto Ávila propõe um modelo de alternativas inclusivas, no qual os dispositivos normativos podem gerar mais de uma espécie normativa a depender de sua dimensão (regra/princípio/postulado).

Humberto Ávila apresenta a seguinte proposta de conceitos para os princípios e as regras:

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

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.²⁴

²² Ibid., p. 87.

²³ Ibid., p. 47.

²⁴ Ibid., p. 77-78.

O autor ainda apresenta três critérios de diferenciação entre regras e princípios:

1- Natureza da descrição normativa: “[...] as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido”.

2- Natureza da justificação: “[...] as regras exigem um exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, ao passo que os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido”.

3- Natureza da contribuição: “enquanto as regras têm pretensão de decidibilidade, pois visam a proporcionar uma solução provisória para um problema conhecido ou antecipável, os princípios têm pretensão de complementariedade, já que servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema”.²⁵

Acerca do convívio entre regras e princípios, o autor afirma que não existe hierarquia entre eles, tendo cada uma sua função, sendo complementares e não se devendo conceber um ordenamento jurídico sem a presença das duas:

[...] a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder.²⁶

Como visto, Humberto Ávila divide a eficácia dos princípios em interna e externa, sendo a primeira referente ao papel desempenhado pelos princípios em relação ao ordenamento jurídico a que pertencem, e a segunda referente à função que os princípios exercem no que diz respeito à interpretação dos fatos e provas.

Resumidamente, as lições do autor mencionado apresentam a seguinte divisão: i) eficácia interna dos princípios que se subdivide em direta (função integrativa) e indireta (funções definitória, interpretativa, bloqueadora e rearticuladora); ii) eficácia externa dos princípios que se subdivide em objetiva (eficácias seletiva, valorativa e argumentativa) e subjetiva (funções de defesa e proteção).

Considerando as análises feitas por Humberto Ávila, no que diz respeito ao conteúdo eficaz do princípio da cooperação, verifica-se, inicialmente, a presença de eficácias interpretativa e integrativa. Em relação à primeira, este princípio pode contribuir na interpretação de dispositivos processuais, a exemplo, o art. 321 do CPC que determina ao juiz que conceda prazo ao autor para emendar ou completar a petição inicial, não podendo indeferir-las antes de adotar essa providência.

No que se refere à segunda, o princípio da cooperação pode ser aplicado de forma direta e imediata no caso em análise, sem intermediações. Assim, extrai-se do princípio da cooperação sua eficácia integrativa, o que pressupõe não apenas o seu reconhecimento como um princípio, espécie de uma norma jurídica, mas, também, reconhece que se trata de uma norma dotada de eficácia direta e imediata.

²⁵ Ibid., p. 83-84. (grifo nosso)

²⁶ Ibid., p. 121.

Pelas razões expostas, o princípio da cooperação deve ser tido tanto como uma norma com função interpretativa, quanto como uma norma jurídica integrativa, com aplicabilidade imediata, impositiva de condutas às partes e ao juiz, não sendo necessário que tais condutas tenham regulamentação em outros dispositivos legais.

Aplicação da cooperação processual em relação aos sujeitos do processo

Com a conquista da democracia e a evolução da sociedade contemporânea, houve uma ampliação da participação do Estado na sociedade e, conseqüentemente, da atuação do juiz na relação jurídico-processual, cujo dever fora priorizar a adequada análise dos fatos, a participação das partes e a justa aplicação do direito material.

A atenção a tal dever se dá para garantir o devido processo legal, conduzindo o processo de forma isonômica e, assim, legitimar a sua própria atuação na lide e buscar uma decisão justa e efetiva. Foi por meio dessa evolução que se verificou a necessidade de uma reestruturação no poder judiciário, de modo que o princípio da cooperação – que abrange todos os envolvidos no processo – passa a ser uma importante e relevante inovação para o andamento dos processos e das decisões.

O princípio da cooperação deve reestruturar o direito brasileiro atendendo a sistemática cooperativa, que tem como prioridade o diálogo entre as partes e destas com o juiz, fomentando os deveres processuais, como a boa-fé, proteção, esclarecimento e disponibilidade, em busca de uma prestação jurisdicional justa e satisfatória. Segundo Fredie Didier Jr.:

A soma dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório auxiliam no surgimento do princípio da cooperação. O princípio da cooperação, por seu turno, define o modo como o processo civil deve se estruturar no direito brasileiro, definindo-se como um dever de esclarecimento e lealdade, necessário à construção de um processo civil democrático em conformidade com a Constituição Federal.²⁷

Ou seja, o princípio da cooperação é auxiliado pelos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, os quais são necessários para a construção de um processo civil em conformidade com a Constituição Federal.

Para entender e prosseguir com a proposta de inovar o poder judiciário, por meio do modelo cooperativo, deve-se compreender quais são as estruturas atuais e modelos antecedentes.

Conforme já demonstrado em tópico anterior do presente trabalho, o modelo inquisitivo apresenta o trâmite processual, a inquirição das partes, o saneamento das provas a serem produzidas, a análise das provas e as regras processuais. Nesse modelo há uma maior atuação do Estado-Juiz no curso processual, com papel de protagonista, assumindo posição de ativista judicial. Por outro lado, o modelo dispositivo concentra-se na atuação das partes, num ambiente de beligerância. O autor tem a intenção de demonstrar quais são as alegações e as provas a serem produzidas e pedindo procedência das alegações elaboradas. Em contrapartida, o réu apresenta a sua contraprova, defendendo-se das alegações e pede a improcedência de tais pedidos.

²⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 16. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2014. p. 89.

Com o desenvolvimento desses modelos, almeja-se criar um terceiro modelo, qual seja, o cooperativo. O juiz fomentará a todo o momento o diálogo das partes e, com isso, há um redirecionamento do princípio do contraditório, criando-se um ambiente menos beligerante.

Sobre o tema, Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão e Antônio Rodrigo de Araújo Paz destacam que:

O princípio da cooperação é um instituto incumbido de proporcionar uma atividade processual pautada no diálogo, bem como em deveres processuais que viabilizem referida cooperação entre estes, atuando assim como importante mecanismo na busca pela efetivação de um modelo processual capaz de suprir as necessidades de uma prestação jurisdicional eficaz e satisfatória.²⁸

Sendo assim, é importante analisar os deveres das partes e a dificuldade de efetivá-los diante dos atos processuais. Isso porque, as partes agem de forma parcial e aspiradas a prevalecer os próprios interesses. Resguarda-se, portanto, o direito material discutido ao invés dos interesses, muitas vezes desarrazoados, das partes.

Os referidos deveres se dividem em esclarecimento e disponibilidade. O primeiro regulamenta que as partes prestem dados completos e compreensíveis para a parte adversa e, assim, garantam o contraditório. Já o segundo atribui às partes o dever de ficarem à disposição do órgão jurisdicional, de modo a prestar esclarecimentos ao juízo, sempre que esse solicitar.

Convém destacar que os deveres não são apenas das partes, mas, também, do juízo, uma vez que este deve ter conhecimento das alegações, argumentos, teses e provas para uma maior compreensão da lide para pronunciar uma decisão justa e coerente.

Na mesma perspectiva dos referidos deveres, aplicam-se ao juiz o dever de esclarecimento para com a parte, a fim de clarificar, com propriedade, alguma decisão tomada, caso as partes não tenham compreendido. Ademais, cabe mencionar o dever de prevenção, o qual é exercido pelo juiz com o intuito de alertar as partes quanto a frustração da lide por possíveis situações de deslinde processual, ou seja, alertá-las de que o êxito da ação em qualquer momento pode ser frustrado devido ao uso inadequado do processo e, por fim, o dever de consulta, cujo objetivo é viabilizar a manifestação das partes sobre os fundamentos utilizados na decisão proferida.

Feitas tais considerações sobre os deveres, cabe enfatizar a importância do modelo cooperativo, pois torna-se imprescindível à aplicação dos institutos na resolução da tutela jurisdicional, pautada na boa-fé e nas decisões justas e efetivas para com as partes.

Entretanto, embora louvável a evolução doutrinária neste ponto, o cotidiano forense não reflete tais anseios. A história nos revela que o processo sempre foi um palco de brigas e rusgas entre as partes e não um instrumento pacificador para resolução dos conflitos da sociedade. Não é à toa que o Judiciário está abarrotado com mais de 100 milhões de processos, conforme apontou o último relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁹,

²⁸ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade; PAZ, Antonio Rodrigo de Araújo. O princípio da cooperação no sistema processual cível brasileiro. In: ANDRADE, Mariana Dionísio de (Coord.). *Direito e Processo Civil na Constituição de 1988*. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2015. cap. 11. Disponível em: <https://www.academia.edu/12416541/O_PRINC%C3%8DPIO_DA_COOPERA%C3%87%C3%83O_NO_SISTEMA_PROCESSUAL_C%C3%8DVEL_BRASILEIRO_Cap_11_do_Livro_Direito_e_Processo_Civil_na_Constitui%C3%A7%C3%A3o_de_1988_2015?auto=download>. Acesso em: 16 mar. 2017.

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2016, ano base 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

ano base 2015, em que pese um movimento maior para fomentar o instituto da conciliação, evitando-se, por conseguinte, a prática de atos desnecessários e agressivos. Desta maneira, a pacificação social que o processo almeja, enquanto ferramenta do direito, poderá ser atingida.

Na prática, a utilização do modelo cooperativo, embora introduzido expressamente na nova legislação processual, fruto da construção doutrinária e jurisprudencial, não reflete a sistemática processual brasileira atual, pois ainda se verifica uma segregação entre o julgador e as partes, carregados pela cultura do litígio e da não intervenção do diálogo, criando lacunas nas decisões, ocasionando a não aceitação das decisões pelas partes vencidas e a insatisfação da prestação jurisdicional.

Deste modo, é possível concluir que em respeito ao princípio da cooperação o juiz deve observar os deveres decorrentes do processo cooperativo, como o dever de esclarecimento, diálogo, consulta, prevenção e auxílio para decidir a causa levada a julgamento em tempo razoável e com análise do mérito, atendendo, assim, a princípio de ordem constitucional que prima pela celeridade processual e efetividade da tutela jurisdicional, bem como ao devido processo legal.

E em relação às partes, não obstante as dificuldades enfrentadas para que haja colaboração entre as partes, pois possuem interesses antagônicos, é certo que devem respeitar o princípio da cooperação, devendo agir em observância aos princípios da boa-fé e lealdade processual, de modo que assim estarão atendendo à cooperação processual pretendida por nosso ordenamento jurídico.

Princípio da fraternidade e a cooperação processual

A Revolução Francesa mostrou que a sociedade se mantém fundada em três pilares fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz a fraternidade como responsabilidade de se observar os deveres inerentes a cada indivíduo em relação à toda comunidade, conforme disposição contida em seu art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”³⁰.

Nesse sentido, importante lição de Marco Aquini:

A fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo “uns em relação aos outros”, o que implica também na dimensão da reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos.³¹

No ordenamento jurídico brasileiro os direitos a liberdade, igualdade e fraternidade foram positivados como garantias constitucionais, expressamente previstos na CF, pois tratam-se de elementos imprescindíveis à manutenção da existência humana, o que se verifica no preâmbulo da CF:

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

³¹ AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. São Paulo: Cidade Nova, 2008. v. 1. p. 127-151, p. 138-139.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...].

A fraternidade está presente em diversos ramos do direito, o que não seria diferente no direito processual civil e do trabalho. Como já demonstrado, por muito tempo as partes permaneceram submissas à vontade do Estado quando precisavam resolver um conflito em juízo, e com a necessidade de melhores condições para a busca da tutela efetiva houve uma ampliação da liberdade de atuação das partes, com o fim de se assegurar a plena efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

O novo CPC apresenta a fraternidade de forma potencializada, pois inaugura um novo paradigma processual onde se estabelece a dignidade humana como ponto de partida, materializada na liberdade processual³². Já em seu primeiro artigo, o CPC estabelece que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme valores constitucionais, demonstrando, assim, que o processo deve ser guiado pelos preceitos basilares da dignidade da pessoa humana: liberdade, igualdade e fraternidade.

No direito processual, o respeito ao princípio da fraternidade tem início no momento em que o autor, utilizando seu poder de ação, ingressa no judiciário para que o Estado-Juiz lhe proporcione a tutela de seu direito. É a partir desse momento que se inicia a disputa pela “busca da verdade”, e nessa busca autor e réu fazem uso da liberdade de ação, da igualdade e da fraternidade, aqui pensando no processo como um instrumento para afirmação da dignidade da pessoa humana.

Nota-se, portanto, que no desenvolvimento do processo a fraternidade pode ser representada pela cooperação que deve existir entre os sujeitos envolvidos na demanda, o que significa dizer que todos devem manter o respeito mútuo, com o “propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado”³³.

Assim, é possível evidenciar uma postura fraterna do juiz quando utilizados seus poderes instrutórios para concretização do direito material envolvido no litígio, realizando-se o escopo jurídico, social e político do processo, isto porque o processo tem repercussões externas, não se limitando apenas aos interesses das partes litigantes.

Possível concluir, portanto, que em razão de seus escopos e repercussões, bem como pela necessidade de se estabelecer o diálogo no desenvolvimento do procedimento, é que o processo exige um juiz fraterno, e é neste sentido que os poderes instrutórios do juiz estão inseridos como uma das manifestações de fraternidade na relação processual, assim como se verifica a fraternidade das partes quando exercem seus papéis pautadas na boa-fé e lealdade processual.

Cooperação no processo do trabalho

Conforme já mencionado em tópico anterior, na linha principiológica a cooperação tem seu surgimento do direito alemão; já no campo processual, o princípio da cooperação foi expressamente previsto pela primeira vez no processo civil português, art. 266, 1 do Código lusitano de 1961, aprovado pelo Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro de 1961, com

³² DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregimento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador, BA: Juspodivm, 2015. p. 19-26. p. 19.

³³ DIDIER JR., 2015, op. cit., p. 21.

alteração do Decreto-Lei, de 25 de setembro de 1986, segundo o qual dispõe que as partes entre si, os magistrados, além dos mandatários judiciais devem cooperar para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio³⁴.

Com advento do CPC de 2015, o princípio da cooperação está presente de forma expressa em seu art. 6º ao instituir que todos os envolvidos no processo precisam cooperar na rápida solução do litígio, bem como a efetiva apreciação do mérito, de modo que o Estado-Juiz possa proferir uma decisão justa e efetiva. Assim, ressalta-se o papel do juiz no processo para a resolução do conflito, desde que as partes sejam devidamente orientadas, assim, cabe a ele o esclarecimento de questões referentes ao processo, como, por exemplo, possíveis provas que desejam se utilizar no processo, bem como o dever de auxílio.

No processo do trabalho, sob o prisma da atuação do juiz do trabalho, são evidentes as inúmeras formas de concretização desse princípio. Ao longo de todo o procedimento, observa-se, na prática, a cooperação pelo juiz do trabalho, considerando as características do referido princípio, representadas pelo esclarecimento, consulta, auxílio e prevenção, dentre outros, em relação às partes³⁵.

Dessa forma, cabe destacar que estão previstas na CLT normas que deixam clara a presença do princípio da cooperação no direito trabalhista. Essa conduta é imposta ao juiz para salientar a importância dos atos praticados pelo magistrado no decorrer da demanda.

A cooperação também se estende às partes com o intuito de evitar o aumento de empecilhos durante o processo, de modo a prejudicar o pleno conhecimento do juiz sobre a matéria envolvida na demanda levada a seu julgamento, ou seja, deve-se evitar que pela conduta das partes surjam dificuldades que possam atrapalhar o andamento do processo e maior demora na resolução da demanda. Impossível cogitar a cooperação entre ambas partes que litigam com interesses completamente opostos, principalmente ao analisarmos a cooperação com viés na justiça do trabalho, mas é possível ponderar para que haja diálogo e compreensão entre elas.

A ampla aplicação deste princípio ao processo do trabalho se justifica de maneira que, assim como os demais ramos processuais, o processo trabalhista tem como base os princípios constitucionais, além dos princípios específicos tendo em vista o modelo protetivo adotado pelo direito do trabalho, a exemplo, a dignidade do trabalhador e proteção a sua vida e saúde, e foi diante dessa nova perspectiva constitucional que se exigiu um modelo processual mais cooperativo, modelo este que sempre foi adotado no campo trabalhista para resolução de conflitos.

Luiz Ronan Neves Koury nos esclarece alguns atos colaborativos do juiz no processo do trabalho:

Mesmo antes da construção doutrinária em torno da cooperação/colaboração, sempre foi esse, de forma geral, o papel desempenhado pelo juiz na organização do processo. São exemplos recorrentes no foro trabalhista: uma certa tolerância quanto a equívocos da inicial trabalhista até porque a lei assim autoriza (art. 840 da CLT); a utilização sistemática do interrogatório (esclarecimento); a advertência às partes quanto aos requerimentos de perícia em relação a determinados temas (prevenção); a determinação para que seja oficiado o órgão público em face da dificuldade na obtenção de determinado documento (auxílio).³⁶

³⁴ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Princípio da cooperação no processo civil. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 163-191, jan./abr. 2016. p. 173-174.

³⁵ KOURY, Luiz Ronan Neves. O modelo cooperativo e o processo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 56, n. 86, p. 133-140, jul./dez. 2012. p. 133.

³⁶ *Ibid.*, p. 137-138.

Além disso, também estão presentes na CLT outros dispositivos que justificam a atuação cooperativa do juiz e a exigência para que as partes possam agir da mesma forma. O art. 645 da CLT, por exemplo, regulamenta: “o serviço da Justiça do Trabalho é relevante e obrigatório, ninguém dele podendo eximir-se, salvo motivo justificado”, e em análise a este dispositivo legal, percebe-se que é admissível em diversas situações no processo do trabalho a aplicação do modelo de cooperação.

Em síntese, o modelo de cooperação consiste em atribuir ao juiz o dever de alertar, consultar, auxiliar e motivar para que o processo tenha uma solução justa e efetiva, dentro de um prazo razoável. Basicamente, o juiz consulta as partes em relação a saneamento de vícios, evitar extinção do processo sem prazo para que tais vícios sejam sanados e a consulta em relação às decisões que possam ser proferidas no processo, dessa forma, evitando decisões surpresas e o direito das partes de influenciarem em decisão judicial³⁷.

Por esse ângulo, a CLT segue à risca em seus artigos essas características no que se refere à resolução de suas demandas. Nessa linha, regulamenta que os juízes se utilizem da persuasão e argumentos plausíveis para que se possa alcançar a conciliação, sendo o parágrafo 1º³⁸, art. 764 da CLT, categórico em relação a essa disposição, deixando clara a possibilidade de atuação preventiva por parte do magistrado. Por isso, o diploma dispõe sobre os momentos em que pode haver a tentativa de conciliação no início e ao término da instrução (procedimento ordinário) e no início da audiência (procedimento sumaríssimo), conforme arts. 846³⁹, 850⁴⁰ e 852-E⁴¹ do mesmo diploma legal.

A cooperação veio com a finalidade de organizar o processo, valorizar a atuação do juiz, incluindo os deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta. A atuação das partes também é valorizada, porque é exigida uma postura ética durante todo o desenvolvimento do processo. Portanto, percebe-se que a cooperação veio como forma de estimular o diálogo entre as partes litigantes e o juiz durante a resolução de seus conflitos, para que, juntos, possam chegar a uma resolução justa de conflitos.

Conclusão

É através do processo que as relações entre as partes que se encontram em litígio se materializa, de modo que o Estado-Juiz passa a intervir entre elas, sendo de sua incumbência conceder a tutela jurisdicional por meio de uma decisão justa.

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, que teve como marco principal o advento da CF de 1988, instituiu-se um novo cenário jurídico, tendo em vista o extenso rol de garantias fundamentais asseguradas aos cidadãos, além da necessidade de vinculação das normas infraconstitucionais aos preceitos constitucionais. Foi a partir daí que o papel exercido pelas partes, Juiz e Estado, ganhou nova posição e o processo teve que se adequar as novas exigências do sistema jurídico, para o fim de garantir os direitos fundamentais daqueles que ingressam no poder judiciário.

³⁷ MEDEIROS NETO; MACHADO, op. cit., p. 179.

³⁸ §1º Para os efeitos deste artigo, os juizes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons officios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

³⁹ Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

⁴⁰ Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

⁴¹ Art. 852-E - Aberta a sessão, o juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência.

Após todas as evoluções processuais, demonstrou-se que é fundamental, para o desenvolvimento do processo, que todos os sujeitos envolvidos desempenhem seus papéis para que se alcance o resultado final, qual seja, o fim do litígio, cabendo a todos o dever de respeito aos princípios constitucionais relacionados ao processo, tais como do contraditório, da ampla defesa, da lealdade processual, da boa-fé, da cooperação e, especialmente, da fraternidade.

O novo CPC buscou cumprir a missão que lhe foi destinada pela CF, pois passou a estabelecer o procedimento processual como meio adequado para a efetiva realização dos direitos, atribuindo especial atenção aos direitos fundamentais, o que fica claro ao criar um processo cooperativo em busca de maior efetividade das decisões judiciais. Percebe-se, portanto, que o novo CPC nada mais fez do que reforçar os princípios constitucionais, tendo em vista que apresenta um capítulo específico sobre as “Normas Fundamentais do Processo Civil”, visando garantir a plena efetividade da prestação jurisdicional.

Embora festejada por alguns doutrinadores a inclusão do princípio da cooperação no novo CPC, entende-se que não haveria necessidade de expressa previsão em referido diploma normativo, tendo em vista que a cooperação já se encontrava presente em nosso ordenamento jurídico, desde a vigência da CF de 1988. Apesar disso, acredita-se que o legislador infraconstitucional buscou trazer maior efetividade aos princípios constitucionais, e optou por repetir diversos princípios já insculpidos na CF para atribuir maior força vinculativa aos operadores do direito.

Assim, pelo presente trabalho é possível concluir que: i) o dever de cooperação trata-se de um princípio, pois deve ser considerado como uma norma jurídica com função interpretativa e integrativa, de aplicação imediata, impositiva de condutas às partes e ao juiz, sem que haja necessidade que tais condutas sejam regulamentadas por outros dispositivos legais; ii) não haveria necessidade de previsão expressa do princípio da cooperação, uma vez que já vigora em nosso ordenamento desde a vigência da CF, além de ser um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana e da fraternidade, e também pelo fato de que já se encontrava presente na relação processual, pois decorrente dos princípios do devido processo legal, da boa-fé e lealdade processual e do contraditório; e, iii) o princípio da cooperação se aplica à todas os sujeitos envolvidos no processo, atribuindo ao juiz os deveres de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio, e às partes os deveres de esclarecimentos, lealdade e proteção.

Por fim, importante esclarecer que em relação à conduta das partes, obviamente que quando falamos em cooperação não significa que haverá cooperação direta entre elas, isto porque os interesses defendidos por cada uma são colidentes e antagônicos. Na verdade, o que se espera das partes em litígio é um debate calcado na boa-fé e lealdade processual, de modo que coloquem “todas as cartas na mesa” para o que o juiz tenha melhores condições para decidir o litígio da forma mais acertada e justa possível.

Assim, conclui-se que o princípio da cooperação tem como principal função estimular o diálogo entre as partes e o juiz, tendo em vista a superação da condição do juiz como mero expectador da resolução do conflito, de modo que o juiz deve se aproximar das partes e atuar de forma democrática para garantir a efetiva tutela dos direitos, e em relação às partes, a cooperação impõe a elas uma atuação pautada na boa-fé e lealdade processual, adotando-se uma postura ética e honesta durante o desenvolver do processo, reprovando-se o uso de artifícios com a finalidade de distorcer os fatos e retardar a entrega da prestação jurisdicional.

Referências

- AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. v. 1. São Paulo: Cidade Nova, 2008. v. 1. p. 127-151.
- ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade; PAZ, Antonio Rodrigo de Araújo. O princípio da cooperação no sistema processual cível brasileiro. In: ANDRADE, Mariana Dionísio de (Coord.). *Direito e Processo Civil na Constituição de 1988*. Florianópolis, SC: Conceito Editorial, 2015. cap. 11. Disponível em: <https://www.academia.edu/12416541/O_PRINC%C3%8DPIO_DA_COOPERA%C3%87%C3%83O_NO_SISTEMA_PROCESSUAL_C%C3%8DVEL_BRASILEIRO_Cap._11_do_Livro_Direito_e_Processo_Civil_na_Constitui%C3%A7%C3%A3o_de_1988_2015?auto=download>. Acesso em: 16 mar. 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação*. Salvador, BA: Juspodivm, 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2016, ano base 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 16. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2014.
- _____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.
- _____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador, BA: Juspodivm, 2015. p. 19-26.
- KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*Kooperationsmaxime*). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, ano 41, p. 75-111, jan. 2016.
- KOURY, Luiz Ronan Neves. O modelo cooperativo e o processo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 56, n. 86, p. 133-140, jul./dez. 2012.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Princípio da cooperação no processo civil. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 163-191, jan./abr. 2016.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil - pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2003.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

Eleições, financiamento de campanhas eleitorais no Brasil e sua influência na efetivação do processo democrático¹

JAQUELINE FAVARÃO DA SILVA

Advogada. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva/SP. E-mail: jaquelinefavarao@gmail.com

Resumo: Visa o presente artigo abordar o funcionamento das eleições em nosso País, sobretudo em relação ao financiamento de campanhas eleitorais, de acordo com a legislação vigente. Mais precisamente, trata da influência do financiamento de campanhas no Estado Democrático de Direito e avalia os pontos críticos do sistema de financiamento atual, como a desigualdade nos pleitos, a corrupção e a influência do poder econômico sobre as eleições, propondo-se um financiamento público exclusivo de campanhas.

Palavras-chave: Eleições. Democracia. Financiamento de campanhas eleitorais. Financiamento público exclusivo.

Elections, financing of electoral campaigns in Brazil and their influence on the effectiveness of the democratic process

Abstract: The current article aims to debate the elections operation in our country, especially about the financing of election campaigns, according to the current legislation. More precisely, it deals with the influence of campaign financing in the democratic State of law and assess the critical points of the current funding system, such as the inequality in the elections, the corruption and the influence of economic power on elections, proposing a unique public campaign funding.

Keywords: Elections. Democracy. Financing of election campaigns. Campaign public funding.

Introdução

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, através do qual os direitos fundamentais devem ser observados e respeitados para que se tenha uma efetiva participação do povo na condução dos negócios políticos. O voto é a peça fundamental para que a democracia seja exercida de maneira plena e para que a participação popular seja efetivada. O modo, entretanto, como funciona o sistema eleitoral é que nos interessa para avaliarmos se realmente os representantes eleitos representam o povo e possuem ideologias condizentes com os anseios dos cidadãos.

O direito de ser eleito se insere na chamada capacidade eleitoral passiva. Para ser candidato, além de ser eleitor e estar em dia com as suas obrigações eleitorais, o cidadão tem de cumprir várias condições de elegibilidade e não pode incorrer em nenhuma situação de inelegibilidade. A nossa Lei Maior determina como condições de elegibilidade: a nacionalidade brasileira; o pleno exercício dos direitos políticos; o alistamento eleitoral; o domicílio eleitoral na circunscrição e a filiação partidária. Os inalistáveis e os analfabetos não podem concorrer a cargo eletivo. A capacidade eleitoral passiva, portanto, se manifesta por intermédio da filiação partidária, uma vez que não se admitem candidaturas avulsas no país.

¹ Este artigo é baseado na pesquisa realizada ao longo do Trabalho de Curso intitulado “Eleições, financiamento de campanhas eleitorais no Brasil e sua influência na efetivação do processo democrático”, desenvolvido no ano de 2016, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), sob a orientação da Profa. Mestra e Doutora Ana Paula Polacchini de Oliveira.

A princípio será abordado no presente artigo o modo de funcionamento dos sistemas eleitorais em nosso País e verificar-se-á que além do sistema proporcional e majoritário, tal como ocorre hoje no Brasil, o modo de financiamento de campanhas eleitorais também é fator que propicia a corrupção, isto porque, num país como o nosso, onde existem grandes diferenças sociais, ideológicas e políticas, o sistema político deve ser capaz de abarcar todos os interesses e opiniões, não se restringindo aos interesses apenas das elites, mas devendo captar a vontade real dos eleitores.

Tem-se, assim, um fator importante e principal, objeto do presente artigo, que diz respeito ao financiamento de campanhas eleitorais, problema estrutural gravíssimo, que afeta o processo democrático brasileiro na medida em que favorece a concorrência desleal entre candidatos. É inegável que as campanhas eleitorais dependam de recursos para se concretizarem, entretanto, os recursos despendidos nas campanhas são muitas vezes bilionários, sendo necessário pesquisar qual a origem de toda a arrecadação e qual o propósito ou objetivo dos doadores.

No Brasil, o financiamento das campanhas eleitorais encontra-se regulamentado pela Lei 9.504/97 (Lei das Eleições) e, ainda, pela Lei 9.096/96 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) que estabelecem um financiamento misto, ou seja, as doações a campanhas eleitorais ocorrem através de recursos advindos das verbas disponibilizadas pelo Fundo Partidário, e através das propagandas eleitorais gratuitas de rádio e televisão, além do financiamento privado, realizado por pessoas físicas.

Essa análise do financiamento de campanhas se insere no campo do Direito Constitucional brasileiro, bem como do Direito Eleitoral; relaciona-se diretamente com a política e com o exercício de direitos fundamentais tais quais a cidadania e os direitos políticos.

O presente artigo abordará o financiamento de campanhas, demonstrando a crise política vivenciada em nosso País, o que alerta para a necessidade de uma Reforma Política Democrática, que erija um sistema de representação política mais ligada aos anseios da sociedade, pois o modo como é composto o Congresso Nacional impede que as reformas e os consequentes objetivos dos cidadãos sejam alcançados, pois representa a vontade de uma minoria da sociedade, ao estabelecer o sistema proporcional e majoritário, como supracitado, além de permitir que o financiamento misto de campanhas concorra para a falta de fiscalização dos recursos e para a concorrência desleal entre candidatos.

Por sua vez, a proposta de um financiamento público exclusivo, tal como será abordado no presente trabalho, visa à isonomia de condições de disputa entre os candidatos, à redução dos gastos com campanhas políticas, bem como a necessidade de por fim à utilização de recursos não contabilizados. Também é uma forma de transparência e fiscalização na medida em que a população poderá constatar se a prestação de contas pelos partidos é compatível com os gastos realizados.

A transparência do processo eleitoral é fundamental para que a democracia seja plenamente exercida, do contrário estaremos diante de uma utopia que percorrerá mais anos escrava da corrupção e dos anseios de uma representatividade que acolhe apenas a classe elitista do país.

Financiamento misto de campanhas – sistema de financiamento vigente no Brasil

Em 1997, com a publicação da Lei nº 9.504 (Lei das Eleições)², a forma de financiamento de campanhas eleitorais passou a permitir doações por pessoas físicas e jurídicas desde que observados os limites e as restrições. Assim, o Brasil adota atualmente o sistema misto de financiamento de campanhas, ou seja, as campanhas podem ser financiadas por recursos públicos e privados. O financiamento público ocorre a partir das verbas disponibilizadas pelo Fundo Partidário, e através das propagandas eleitorais gratuitas de rádio e televisão. Já o financiamento privado é realizado por pessoas físicas, sendo que a legislação limita o *quantum*, destino e gestão dos valores doados.

A partir das eleições de 2016 ficou proibido o financiamento de campanhas por pessoas jurídicas. Isto decorre do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650³ pelo Supremo Tribunal Federal que, em 17 de setembro de 2015, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

Sendo assim, o financiamento público de campanhas é o que emana exclusivamente do Estado, através da arrecadação proveniente do Fundo Partidário, ou através da cessão, não onerosa, de horário nas emissoras de rádio e televisão para propaganda política, possibilitando assim a divulgação, por parte dos partidos e candidatos, de suas plataformas políticas.

Este tipo de financiamento é previsto na Constituição Federal, em seu artigo 17, parágrafo 3º, *in verbis*: “Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”⁴, bem como, previsto no artigo 44, inciso III, da Lei 9.096/95⁵, que dispõe que os recursos do Fundo Partidário serão aplicados nas campanhas eleitorais.

Já o financiamento privado corresponde às doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro por pessoas físicas e, ainda, as despesas despendidas pelo próprio candidato em sua campanha eleitoral. Doações estimáveis em dinheiro são aquelas recebidas na forma de bens ou serviços prestados pelo doador. As doações e contribuições são limitadas a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição, nos termos do artigo 23, §1ª da Lei nº 9.504/97⁶.

Crítica ao financiamento privado de campanhas eleitorais

O financiamento privado de campanhas consiste atualmente na possibilidade de pessoas físicas realizarem doações, ou o próprio candidato financiar sua campanha, nos limites da Lei, conforme já visto. Entretanto, esse tipo de financiamento gera discussão e dúvidas quanto à sua constitucionalidade. Ainda que pareça justo o eleitor ter a chance de financiar o partido ou a candidatura em que acredita, verifica-se que, na maioria das vezes, o eleitor realiza doações em troca de benefícios próprios, e não porque realmente acredita na ideologia do candidato e seu partido, raramente visando o bem comum, o melhor à toda sociedade.

² BRASIL. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 1 out. 1997.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4650*. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4650&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.

⁵ BRASIL. Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, §3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 20 set. 1995.

⁶ BRASIL, 1997, op. cit.

A grande crítica em relação ao financiamento privado de campanhas é a de que este acaba por favorecer interesses particulares em detrimento dos interesses públicos. Ainda que represente uma forma de o cidadão exercer suas preferências políticas, acaba por influenciar na corrupção, tendo em vista que o indivíduo pode financiar campanhas em troca de ver satisfeitos os seus próprios interesses.

De acordo com o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁷, todos são iguais perante a lei. Sendo assim, todos aqueles que desejam se candidatar a cargos públicos devem ter as mesmas condições de elegibilidade, iguais condições de disputa. A igualdade de condições nesse caso é essencial, a fim de que os cidadãos possam, livremente, decidir qual candidato corresponde às suas expectativas e, do mesmo modo, a igualdade de disputa deve prevalecer para que não se cometam injustiças.

Entretanto, o que verificamos do nosso sistema eleitoral é que candidatos que possuem melhores condições financeiras e candidatos que possuem menos condições, concorrem de maneira desigual. Aqueles que investem vultuosas quantias em suas campanhas certamente possuem maiores chances no pleito, pois divulgam com mais afinco suas ideias e promessas. Quanto mais dinheiro investido, mais criativo o marketing das campanhas e, conseqüentemente, melhores chances de vitória.

José Jairo Gomes analisa o relacionamento entre o financiamento de campanhas e o possível comprometimento dos candidatos com os doadores. Conforme Gomes, financiadores privados de campanhas eleitorais são, na verdade, investidores que apresentam a fatura ao seu candidato eleito, e “a experiência tem mostrado que aí reside um dos focos (existem outros!) relevantes da corrupção endêmica que assola o país”⁸.

Há um absurdo dispêndio de dinheiro em campanhas eleitorais em nome de poucos candidatos e partidos, acarretando em abuso de poder econômico, ou seja, um uso nocivo do dinheiro, sendo este aplicado em benefício de determinados candidatos, sem respeitar a vontade popular, verificando-se um desrespeito à democracia igualitária e participativa, uma vez que esta deve ser exercida com liberdade e justiça nas eleições.

Conforme aduz Ramayana⁹, para se comprovar a desigualdade na competição política, não importa o fato de ser ou não eleito, pois a propaganda abusiva já contribui no desequilíbrio entre participantes através da extrapolção de limites às doações privadas em campanhas eleitorais.

Os altos gastos despendidos em campanhas fortificam a corrupção, pois as eleições se tornam fontes de lucro e, para a maioria dos financiadores, não há nenhuma ideologia quando apoiam financeiramente um partido ou candidato. Isto fere o disposto no artigo 14, parágrafo 9º da Constituição Federal de 1988¹⁰, que protege a legitimidade das eleições, através da não influência do poder econômico, porque esta viola a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato.

As campanhas eleitorais têm como propósito a captação de votos, mas devem ser conduzidas de acordo com os limites previstos no ordenamento, com escolhas legislativas

⁷ BRASIL, 1988, op. cit.

⁸ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*: conforme Resolução nº 22.610/07 do TSE. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2008. p. 240.

⁹ RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 817.

¹⁰ BRASIL, 1988, op. cit.

que resguardem um mínimo de competitividade para que não haja um comprometimento da legitimidade do processo de escolha dos nossos representantes. Conforme esclarece Porto Lima:

[...] claro que as influências externas sempre farão parte da formação da vontade do eleitor. O que se deseja é que tais influências brotem naturalmente do seio da sociedade, evitando-se o direcionamento da escolha em função apenas de interesses de uma minoria, como consequência de uma manipulação econômica [política, social ou de qualquer outra ordem] profundamente indesejável. A escolha efetuada nesses termos traduz-se na discrepância entre as decisões políticas e as reais expectativas e necessidades dos próprios representados.¹¹

As relações entre dinheiro e política acabam por prejudicar a democracia, pois acarretam uma aproximação entre os detentores do poder econômico e o exercício do poder político. O financiamento privado de campanhas (tanto por pessoas jurídicas como por pessoas físicas) possibilita a desigualdade de condições de disputa, impedindo que a vontade genuína do eleitor se manifeste nas urnas, havendo como consequência violação ao princípio da igualdade entre concorrentes e liberdade de voto, princípios estes que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Ademais, a maioria dos cidadãos brasileiros não possui renda suficiente para realizar doações a políticos e, portanto, sendo possível o financiamento por pessoas naturais, apenas uma parcela da população acaba exercendo suas preferências políticas através das doações e influenciando na candidatura de seus favoritos, tendo em vista que a grande maioria da população brasileira não possui condições econômicas de contribuir, fato notório.

Os que possuem condições de financiar campanhas representam uma minoria da população que, certamente, irá cogitar de algum benefício em troca do apoio político. O fato de se ter proibido a doação por pessoas jurídicas, não afasta esse problema do desrespeito à isonomia e democracia, conforme bem ressaltado pelo Ministro Teori Zavascki, durante seu voto no julgamento da ADI 4650/DF:

[...] a não ser que se proíba toda e qualquer doação por parte de pessoas naturais (hipótese em que a igualação entre ricos e pobres se daria pela submissão de todos a uma proibição universal e absoluta), qualquer que seja o critério ou o nível de permissão de doações não eliminará, jamais, essa desigualdade no plano material. Sempre haverá pessoas – e talvez elas formem a grande maioria da nossa sociedade – que estarão em situação de desvantagem, porque desprovidas de recursos para fazer qualquer doação a partidos ou campanhas eleitorais, seja qual for o valor permitido.¹²

Permitido o financiamento privado, certamente haverá pessoas pobres que doarão quase todo o seu salário para financiar campanhas, porque receberão dos partidos dinheiro para isso. Com esse modelo atual de financiamento, a elite econômica brasileira é quem modela as decisões políticas, quem contribui para as ideologias do nosso sistema partidário. Democracia não pressupõe, apenas, eleições periódicas com sufrágio universal; é necessário

¹¹ LIMA, Sídia Porto. *Prestação de contas e financiamento de campanhas eleitorais*. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009. p. 33.

¹² BRASIL, 2016, op. cit., p. 154.

que a democracia se desenvolva em um processo eleitoral justo e igualitário, com normas que impeçam a influência do poder econômico, poder este que só a minoria detém. O Ministro Marco Aurélio, durante o julgamento da ADI 4650/DF, chama a atenção para este fato:

[...] o Brasil vive profunda crise de representatividade política marcada pelo distanciamento entre as pretensões e anseios sociais e as ações concretas dos mandatários políticos. Os representantes fazem prevalecer, além de interesses próprios, os propósitos nada republicanos daqueles que financiaram as campanhas eleitorais que os levaram aos cargos. A causa principal desse descolamento está na forma de conduzir o processo de escolha dos representantes no Brasil. O valor da igualdade política é substituído, desde o primeiro momento, pela riqueza das grandes empresas doadoras que controlam o processo eletivo. Não vivemos uma democracia autêntica, mas uma plutocracia – um sistema político no qual o poder é exercido pelo grupo mais rico, implicando a exclusão dos menos favorecidos.¹³

Outra crítica a ser feita é em relação ao artigo 23 da Lei 9.504/97¹⁴, que permite que pessoas físicas realizem doações limitadas a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição. Ora, essa permissão também corresponde uma afronta ao princípio da isonomia e da proporcionalidade, pois a lei adota um critério baseado na renda e não baseado em um valor limite absoluto e uniforme.

Ademais, mais importante que estabelecer critérios que igualem os doadores, é preservar a igualdade de “armas” entre os candidatos e partidos políticos que fazem parte de uma disputa eleitoral. O Brasil, e de uma forma geral, o mundo contemporâneo, vivenciam uma democracia de partidos, ou seja, não há representação popular e exercício do poder estatal sem que haja uma intermediação dos partidos. Conforme aduz José Jairo Gomes:

Tais entidades constituem canais legítimos de atuação política e social; captam e assimilam rapidamente a opinião pública; catalisam, organizam e transformam em bandeiras de luta as díspares aspirações surgidas no meio social, sem que isso implique ruptura no funcionamento do governo legitimamente constituído.¹⁵

Assim, os partidos políticos são peças fundamentais para o funcionamento da democracia, são mecanismos de participação e de comunicação entre governantes e a sociedade. O financiamento privado acarreta um claro desequilíbrio entre os partidos, porque possibilita que determinado partido detenha o poder em determinada época, baseado apenas no sucesso de recursos financeiros que recebeu. A igualdade de chances é a base da democracia partidária e essa igualdade nos falta atualmente diante da realidade eleitoral e legislativa do País, que propicia uma desigualdade através do financiamento privado.

Igualdade de oportunidades nas competições eleitorais e a proposta de um financiamento público exclusivo

As doações a candidatos e partidos políticos realizadas por pessoas físicas e jurídicas têm como consequência a desigualdade de disputas eleitorais, pois, como já mencionado neste

¹³ BRASIL, 2016, op. cit., p. 171-172.

¹⁴ BRASIL, 1997, op. cit.

¹⁵ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 107.

trabalho, os candidatos que recebem maiores recursos possuem maiores chances de serem eleitos, já aqueles candidatos que resolvem fazer parte da política por meio de um pequeno partido, não têm as mesmas condições.

A disputa dos cargos de governo deve ocorrer num contexto de rigorosa igualdade, o que somente acontece quando se assegura igualdade de oportunidade aos candidatos, de maneira equitativa, a fim de se possibilitar as liberdades políticas. Caso não seja observado o valor equitativo das liberdades políticas, aqueles que dispõem de mais meios podem se unir e excluir aqueles com menos meios.

A ideia de justiça como equidade pode ser observada nas obras do americano John Rawls, porque de acordo com o mesmo, uma sociedade bem ordenada é aquela que vivencia um contexto social no qual os cidadãos são vistos como livres e iguais, e a liberdade política capacita o cidadão a participar da vida pública. Dessa forma, todos os cidadãos devem ter igualdade de oportunidades para exercer os atos da vida política, a fim de afetar o resultado das eleições. John Rawls afirma que:

[...] o valor das liberdades políticas para todos os cidadãos, qualquer que seja a sua situação social ou econômica, deve ser aproximadamente igual ou pelo menos suficientemente igual, no sentido de que cada qual tenha uma oportunidade equitativa (fair) de ocupar uma função pública e de influenciar no resultado das decisões políticas.¹⁶

Aqueles que se interessam pela vida política, que possuem disposição para exercerem um múnus público, deveriam ter as mesmas perspectivas de sucesso, independentemente de sua classe social. Para se alcançar a igualdade de oportunidades é necessário que todos tenham a mesma chance de ter acesso aos cargos políticos. Dessa forma, incumbe ao Estado uma atuação no sentido de assegurar a amplitude da participação política.

O eleitor, ao eleger um candidato, ao realizar sua opção legislativa, não deve ser influenciado por fatores externos, como a capacidade de influência derivada de posições de domínio midiático, econômico etc., mas sim por aspectos relevantes como força de convicção, sinceridade, honradez e capacidade para o trabalho. É possível afirmar que nosso sistema político-eleitoral convive com situações que geram desequilíbrio e abuso, como a admissão do financiamento privado. Basta indagarmos se os critérios atualmente adotados têm se mostrado eficazes no sentido de cessar as influências ilegítimas nos pleitos. Conforme aduzido por Marcelo Roseno de Oliveira:

[...] mesmo tendo a Justiça Eleitoral avançado significativamente quanto à otimização da tarefa de administrar os pleitos, ainda se convive no Brasil com a ideia corrente de que as eleições são corrompidas, dada a influência do abuso do poder na fase de captação de votos (ou mesmo antes dela, uma vez que, de tão arraigada em nossa cultura política a prática do aliciamento, muitas vezes patrocinada pelo próprio Estado, tem-se a sensação de que “tudo gira em torno de interesses político-eleitorais”.¹⁷

¹⁶ RAWLS, John. *Justiça e democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.178.

¹⁷ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2010.

As eleições devem ser justas, livres e frequentes, mas não somente. A representação e a realização de eleições habituais são formas de legitimação do exercício do poder político, mas, para que as disputas sejam travadas num ambiente de igualdade, necessário uma interferência estatal e não privada, pois existindo interferência econômica, com preponderância de interesses particulares, estaremos distantes de uma eleição justa.

A fim de possibilitar que representantes dos mais diversos segmentos sociais disponham de igualdade de chances quando da disputa dos cargos de representação, além das medidas limitativas à atuação dos agentes públicos, como as vedações de doações e limites de doações por pessoas físicas, é necessário que o Estado adote medidas positivas para maximizar a soberania popular, o sufrágio universal e a legitimidade das eleições. O financiamento exclusivamente público é uma das medidas que o Estado pode adotar para garantir a legitimidade das eleições.

Através do financiamento público exclusivo, ou seja, campanhas políticas sendo financiadas exclusivamente pelo Estado, evita-se que haja influência do poder econômico na política e, conseqüentemente, as eleições tornam-se mais justas, com uma disputa mais equilibrada. Com isso, temos uma significativa redução da corrupção na gestão estatal; as doações deixam de ser estratégia para pessoas se beneficiarem.

O financiamento exclusivamente público possibilita a redução dos custos das campanhas e, conseqüentemente, não será necessário que o Poder Público gaste bilhões de reais em poucas candidaturas, pois os valores com gastos em campanhas diminuirão consideravelmente. Ademais, se os recursos forem distribuídos de maneira igualitária entre os partidos, estaremos diante de uma igualdade político-partidária, possibilitando que a democracia de partido funcione de maneira justa, nos moldes de uma democracia participativa, com proporcionalidade ao processo democrático.

Além disso, o financiamento público possui pontos favoráveis à diminuição da corrupção, na medida em que se diminuiriam os casos de “lavagem” de dinheiro nas campanhas e “caixa dois”, trazendo transparência ao processo democrático e valorização do interesse público em detrimento do privado, bem como a atuação ética e com probidade. Com o financiamento público exclusivo, os patrocínios privados irregulares seriam, ainda, mais facilmente perceptíveis e desestimular-se-ia a utilização de “dinheiro sujo”.

Resta evidente que, quando do exercício da soberania popular, o cidadão (pessoa física) é o único legitimado constitucionalmente a exercê-la, e o faz através do voto. É no momento do voto que todos são formal e materialmente iguais entre si, pouco importando sua classe social, condição econômica, opção sexual, religiosa etc. O voto é o mecanismo utilizado pelo eleitor para externar sua vontade política, conforme as palavras de José Afonso da Silva:

Na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. A ordem democrática, contudo, não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Por um lado, ela consubstancia um procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais. Por outro, “eleger” significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de

decisão política. Realmente, nas democracias de partido e sufrágio universal as eleições tendem a ultrapassar a pura função designatória, para se transformar num instrumento pelo qual o povo adere a uma política governamental e confere seu consentimento – e, por conseqüência, legitimidade – às autoridades governamentais. Ela é, assim, o modo pelo qual o povo, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo e no processo político.¹⁸

Dessa forma, a cada cidadão deve corresponder um voto, com peso igual e de idêntico valor, pois o financiamento privado desatende o que determina o artigo 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal¹⁹, segundo a qual a legislação infraconstitucional deve proteger “a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico”. A legitimidade dos pleitos deve ser respeitada, a fim de se atender o axioma basilar da democracia, reiterado em todas as nossas constituições e gravado na atual com o destaque no art. 1º, parágrafo único, de acordo com o qual “todo o poder emana do povo”.

O financiamento de campanhas eleitorais e a efetivação do processo democrático

Conforme já apontado no início deste artigo, vivemos em um Estado Democrático de Direito, de acordo com o que preconiza nossa Lei Maior, o que significa que as estruturas estatais devem pautar-se pelos critérios do Direito e não pelos do arbítrio, da força e prepotência. Significa dizer, ainda, que o governo é formado pelos cidadãos, escolhidos livremente pelo voto direto e universal e que os direitos fundamentais, sociais e políticos encontram lugar privilegiado. Democracia literalmente significa “poder do povo”, o que pressupõe que o respeito à dignidade da pessoa humana constitui a base de qualquer regime democrático. De acordo com nossa legislação vigente, vivemos uma democracia representativa, democracia considerada indireta, tendo em vista que a participação das pessoas no processo político se dá pela escolha dos representantes. Resta-nos indagar se essa escolha se dá de maneira legítima. Conforme aduz o jurista Ferreira Filho:

A eleição, a escolha do representante, é, portanto, uma atribuição de competência. Nada o vincula, juridicamente, à vontade dos eleitores. No máximo, reconhece-se que a moral e o seu próprio interesse o impelem a atender o desejo do eleitorado. A moral porque a eleição não se obtém sem promessas. O próprio interesse porque o tempo trará nova eleição [...].²⁰

Ao determinar que todo poder emana do povo, a Constituição Federal concede aos cidadãos o poder, pois o povo é o detentor da soberania. Mas, para que a democracia seja concretizada segundo sua literal concepção, é necessário que o poder advindo do povo ocorra de maneira autônoma, e de forma não restrita. O povo deve ser capaz de, com seu poder, exercer a soberania sob a perspectiva da dignidade da pessoa, de sua autonomia e liberdade. Sobre esse poder, André Ramos Tavares esclarece:

A vontade de participar do poder, na democracia representativa, nos moldes atuais, é restritíssima, visto que cessa no momento em que ocorre o provimento eleitoral. De maior duração e profundidade

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 81. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 5 out. 2016.

¹⁹ BRASIL, 1988, op. cit.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 85.

é a vontade de exercer o poder na democracia semidireta, na qual se vai além do mero voto, galgando interseções e imbricações necessárias com a esfera pública representativa do exercício do poder pelos representantes do “soberano” (povo).²¹

Imperioso salientar que a mera declaração formal de que o povo detém o poder não surtirá efeito em sua integração neste. Mais do que representativa, a democracia deve ser participativa e esta participação não pode ser meramente retórica. Nesse sentido, José Jairo Gomes:

[...] Mesmo nos dias de hoje há Estados cuja democracia não passa de fachada. São democráticos apenas no papel e no discurso, pois, na realidade, mal conseguem disfarçar odiosas práticas totalitárias, com patrulhamento ideológico, controle velado dos meios de comunicação social, perseguição e até morte de opositores, inexistência de sistema jurídico-social sério em que os direitos humanos sejam afirmados e efetivamente protegidos. Tudo para que o povo permaneça submisso, dócil à dominação, ensejando que as correntes políticas detentoras do poder nele se perpetuem. Busca-se suprir a falta de talento ou de competência para gerir o Estado de forma igualitária e em atenção ao bem comum com a força convincente do dinheiro ou das baionetas. A ideia de democracia, aí, é meramente formal e quimérica.²²

Para que a democracia surta efeitos, ou seja, para que o povo possa ser o responsável pelas escolhas que surtirão efeitos na política do País, sua escolha deve ocorrer de maneira legítima, livre de vícios e de influências pessoais, econômicas etc. Não se deve fazer vistas grossas à crise de representatividade existente. O Poder Público passou a desenvolver seus próprios interesses, passou a forjar suas justificativas, muitas vezes, ambos antagônicos aos interesses e justificativas da sociedade.

No cenário político, a ilegitimidade do poder do povo mostra-se evidente. As eleições raramente respeitam o princípio da legitimidade, pois este pressupõe uma disputa limpa, isenta de corrupção, de acordo com a verdade e observância dos procedimentos legais, conforme já fora abordado neste trabalho, o que não ocorre na realidade. O financiamento de campanhas eleitorais mostra-se deturpado tendo em vista os escândalos de corrupção e caixa-dois a ele relacionados, além das quantias exorbitantes que o financiamento atinge, conforme explicitado anteriormente. Além disso, para que se preserve a intangibilidade dos votos e para que haja igualdade de fato entre os candidatos aos pleitos perante a lei eleitoral, e durante as disputas e campanhas, necessário que a lisura nas eleições seja preservada.

O financiamento de campanhas indubitavelmente está relacionado com a democracia, pois a afeta de maneira significativa. Se o povo tem o direito-dever de escolher seus representantes, a fim de que sejam garantidos seus direitos políticos (e fundamentais), e com o intuito de preservar o melhor interesse da sociedade, não é admissível que o financiamento de campanhas sirva para desviar o sentido da representação.

Não haveria problema com o financiamento privado se a atuação dos políticos coincidissem com os interesses econômicos da comunidade que representa. Entretanto, a experiência nos mostra que a doação a campanhas constituiu verdadeiro investimento, do qual o doador espera um retorno. Ainda, o financiamento privado mostra-se distante do ideal constitucional de

²¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1049.

²² GOMES, 2016, op. cit., p. 47.

igualdade, pois, ao permitir que pessoas realizem doações a partidos e candidatos, afasta-se a igualdade entre eleitores, porque a maioria da população não possui condições financeiras de financiar seus favoritos e, assim, o futuro do país continua nas mãos de poucos eleitores, os quais representam apenas a elite da sociedade.

O voto é a melhor arma que o eleitor tem contra um governo arbitrário; é o mais importante dos instrumentos democráticos, porque enseja o exercício da soberania popular e do sufrágio. É um direito público subjetivo e também um dever cívico, nas palavras de Ferreira:

é essencialmente um direito público subjetivo, é uma função de soberania popular na democracia representativa e na democracia mista como um instrumento deste, e tal função social justifica e legitima a sua imposição como um dever, posto que o cidadão tem o dever de manifestar a sua vontade na democracia.²³

O cidadão, como detentor de direitos políticos, é admitido a participar da vida política do País, seja sendo escolhido para ocupar um cargo político, seja escolhendo os governantes, o que ocorre através do sufrágio. O sufrágio, conforme nossa atual legislação, é universal, ou seja, o direito de votar é atribuído ao maior número possível de indivíduos, sendo as restrições fundadas apenas em circunstâncias que realmente os impeçam de participar do processo político (menores, mentalmente incapazes, estrangeiros e analfabetos, caso queiram). Dessa forma, o exercício da cidadania só é limitado excepcionalmente.

O voto é a maneira mais justa de o cidadão exercer a cidadania, pois só o voto permite que os princípios da isonomia e da igualdade sejam respeitados. Se o dinheiro é necessário para o financiamento da democracia, também pode ser usado para influenciar nas decisões políticas e no processo eleitoral. A diminuição da importância do financiamento possibilita uma relação mais consciente entre os partidos políticos e seu eleitorado. O cidadão brasileiro tem o direito fundamental a um sistema político verdadeiramente democrático, pois a democracia é um direito fundado nos valores da soberania popular e do autogoverno.

Conclusão

Vivenciamos no Brasil um problema estrutural e grave que influencia na efetivação do processo democrático, qual seja, o modo de funcionamento do financiamento de campanhas eleitorais.

Conforme exposto, existe um vínculo entre o financiamento de campanhas eleitorais e a corrupção da máquina pública, o que gera discussões sobre o funcionamento do regime representativo brasileiro. Chegou-se à constatação de que o que faz um candidato sair vitorioso em sua campanha eleitoral é a quantia de dinheiro desembolsado, mediante as condutas que tornam evidente sua atuação, especialmente, através de seu marketing pessoal. O julgamento parcialmente procedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650/DF, ao declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que permitiam doações por pessoas jurídicas, representou uma evolução no processo político e eleitoral, pois reconheceu-se que a participação do poder econômico desequilibra a competição eleitoral e, conseqüentemente,

²³ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1. p. 295.

viola o princípio da isonomia, a igualdade política entre candidatos, afastando do eleitor a escolha legítima de representantes.

Apesar disso, os dispositivos que permitem o financiamento privado ainda vigoram em nosso País, pois a lei permite doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro por pessoas físicas e, ainda, despesas despendidas pelo próprio candidato em sua campanha eleitoral, limitando-se os valores dessas doações em 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição.

O fato de um cidadão poder financiar a campanha ou o candidato no qual acredita, em um primeiro momento, aparenta ser constitucional e democrático. Entretanto, na maioria das vezes, o eleitor realiza doações em troca de benefícios próprios, e não por acreditar na ideologia do partido ou visando o melhor à sociedade. Dessa forma, o financiamento privado favorece interesses particulares em detrimento dos interesses públicos, desvirtuando-se de um ideal democrático.

Ademais, verifica-se que o financiamento privado possibilita que gastos exorbitantes sejam despendidos com campanhas, influenciando o processo eleitoral com o poder econômico, violando-se norma constitucional que prevê a legitimidade das eleições através da não influência do poder econômico. Ainda que campanhas eleitorais tenham como propósito a captação de votos, esta deve ser conduzida de acordo com os limites previstos no ordenamento, com escolhas legislativas que resguardem um mínimo de competitividade para que não haja um comprometimento da legitimidade do processo de escolha dos nossos representantes.

Nesse contexto, é proposto neste trabalho um financiamento público exclusivo, ou seja, campanhas eleitorais sendo financiadas exclusivamente pelo Estado, com recursos públicos, oriundos da cobrança de tributos, pois isso contribui para a redução da corrupção na gestão estatal, na medida em que os candidatos eleitos deixam de estar à mercê de seus financiadores privados.

Ademais, o modelo de financiamento público promove a igualdade de oportunidades no certame eleitoral e se apresenta mais justo, porque nem todos os candidatos têm acesso a financiadores privados ricos e a maioria da população não possui renda suficiente para colaborar com campanhas.

Fazemos parte de uma democracia que pressupõe a observância de leis e de princípios constitucionais, os quais representam o Estado Democrático de Direito, razão pela qual a participação da população do processo eleitoral deve ocorrer de maneira equilibrada e justa. O cidadão, detentor de direitos políticos, tem o direito de votar. Esse direito não pode ser exercido sob a influência de qualquer valor econômico. É através do voto que a igualdade é elevada ao seu grau máximo e é o voto que possibilita um sistema político verdadeiramente democrático.

O reconhecimento de um financiamento público exclusivo não é medida única capaz de extinguir a corrupção, pois é necessária uma maior fiscalização da origem dos recursos e do destino do dinheiro público, sanções mais rigorosas aos que infringem a lei e regras aplicadas com seriedade pelos agentes públicos, além de uma maior conscientização de toda a população a respeito de seus direitos e deveres, metas que só podem ser atingidas através da educação.

Referências

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.
- _____. Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, §3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 20 set. 1995.
- _____. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 1 out. 1997.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4650*. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4650&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- _____. *Direito Eleitoral*: conforme Resolução nº 22.610/07 do TSE. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2008.
- LIMA, Sídia Porto. *Prestação de contas e financiamento de campanhas eleitorais*. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009.
- OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2010.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 5 out. 2016.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Obras consultadas

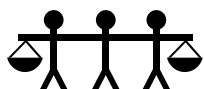
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Lei 4.737, de 15 jul. 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 30 jul. 1965.
- _____. Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nos 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 26 nov. 2015.
- BÚRIGO, Vandrê Augusto. Sistema eleitoral brasileiro: a técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos. *Revista de Informação Legislativa*, ano 39, n. 154, p. 177-188. abr./jun. 2002. (Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).
- CAVALCANTE, Carlos; CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Crise da democracia representativa e revitalização dos partidos políticos no Brasil. *Revista dos Tribunais*, ano 103, v. 949, p. 39-67, nov. 2014.
- COSTA, Ronaldo Taborda. *A prestação de contas das campanhas eleitorais depois da Lei no 9.0504/1997*. Disponível em: <<http://www.ufpr.br/portalfufr/>>. Acesso em: 12 maio 2015.
- JORGE, Nélia Caminha. *O sistema de prestação de contas e a movimentação paralela de recursos*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-am-monografia-nelia-caminha-jorge>>. Acesso em: 11 maio 2015.

MARQUES, Luíza Cristina Nascimento da Costa. *O abuso do poder político como meio para a captação de votos*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-am-monografia-luiza-cristina-nascimento-da-costa-marques>>. Acesso em: 12 maio 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

OLIVEIRA, Vinícios de. *O custo da democracia: o financiamento privado das campanhas para o Senado em 2010 e suas implicações à competição política*. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/1999?mode=full>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



Chamada por trabalhos

A revista DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares é uma publicação do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Seu objetivo é divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

Professores, pesquisadores e estudantes de pós-graduação são estimulados a participar, enviando seus artigos aos cuidados dos editores, para o endereço Rua do Seminário, 281, Bairro São Francisco, CEP 15.806-310, Catanduva-SP, Fone: (17) 3522-2405 ou para o endereço eletrônico: ana_polacchini@yahoo.com.br

Seleção dos Artigos

Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação prévia do(s) editor(es) e/ou do Conselho Editorial para verificação de sua adequação à linha editorial do periódico.

Após esta avaliação, os artigos, sem identificação do autor, serão remetidos para a avaliação de 2 (dois) pareceristas anônimos (um deles exógeno à Instituição responsável pelo periódico) para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, seguindo o sistema do *duplo blind peer review*. Os pareceres anônimos serão encaminhados posteriormente aos autores, para que tomem ciência da rejeição do seu artigo, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato original, cabendo a decisão final sobre a publicação ou não dos artigos em que o autor manteve o formato, discordando de algum dos pareceres, ao Conselho Editorial.

Trabalhos não aceitos serão devolvidos ao autor.

Normas para publicação

1. Serão considerados para publicação artigos inéditos e exclusivos para DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares.
2. Autores nacionais devem enviar textos em português. Autores estrangeiros deverão enviar os textos em inglês ou espanhol. Nesses casos, a

tradução será providenciada pela revista DIREITO E SOCIEDADE, que terá a opção editorial de publicá-lo apenas em português.

3. Os artigos devem conter de 8 a 25 laudas, incluindo resumo em português e em inglês (*abstract*), tabelas, ilustrações e referências bibliográficas. O original deve ser enviado em arquivo eletrônico e papel (corpo 12, Times New Roman, espaço 1,5 entre linhas, formato A-4, com margens superior e esquerda 3 cm e inferior e direita 2 cm).

4. Autores múltiplos devem ser listados em ordem de proporcionalidade do envolvimento no artigo.

5. O resumo e o *abstract* deverão ter até 15 linhas, em um único parágrafo, especificando o objetivo do trabalho, breve descrição, ideias principais e conclusões.

6. Deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras chaves, em português e inglês (*keywords*).

7. As referências ao longo do texto deverão ser inseridas em notas de rodapé na parte inferior da página.

8. Fotografias e ilustrações devem ser numeradas na ordem de inserção no texto e apresentadas em folhas separadas. O mesmo procedimento deverá ser observado quanto a tabelas. Os números deverão aparecer também no verso dos originais para melhor identificação. Legendas para as ilustrações e tabelas devem ser digitadas em página separada.

9. Referências bibliográficas devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NBR6023:2002.

10. Os autores de textos, fotografias e ilustrações a serem publicados cedem gratuitamente os direitos de publicação. Todo artigo encaminhado à revista deve ser acompanhado de carta assinada pelo(s) autor(es), contendo autorização para reformulação de linguagem, se necessária, e declaração de responsabilidade e transferência de direitos autorais conforme a seguir: *DECLARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS: Eu (nós), abaixo assinado(s) transfiro(erimos) todos os direitos autorais do artigo intitulado (título) à DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares. Declaro(amos) ainda que o trabalho é original e que não está sendo considerado para publicação em outra revista, quer seja no formato impresso ou eletrônico. Data e Assinatura(s).*



UNIGRAF
Gráfica e Editora

Tel.: 17 3522 7339
e-mail: unigrafuniao@terra.com.br
Rua Olímpia, 793 - Vila Guzzo - Catanduva - sp

