



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

1980-0878

DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares



Volume 15 - Número 1 - jan./dez. 2020

 **UNIFIPA**
CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO
CATANDUVA/SP



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 15 – Número 1 – jan./dez. 2020

UF **UNIFIPA**
CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO
CATANDUVA/SP



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 15 – Número 1 – jan./dez. 2020

UF UNIFIPA
CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO
CATANDUVA/SP



DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

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

Centro Universitário Padre Albino

Reitor: Nelson Jimenes

Diretora de Educação

Cristiane Valéria da Silva Procópio de Oliveira

Pró-Reitora Acadêmica e Pró-Reitora de Graduação: Maria Cláudia Parro

Coordenador do curso de Direito: Luis Antonio Rossi

DIREITO E SOCIEDADE

Editor chefe: Ana Paula Polacchini de Oliveira

Conselho Editorial

Ana Paula Polacchini de Oliveira – Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Crolina Piccolotto Galib – Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP)

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

Luís Antônio Rossi - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Marcelo Grimone - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Marcelo Truzzi Otero - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Silvia Ibiraci de Souza Leite - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Revisora de texto: Luciana Bernardo Miotto

Desenho de logomarca (capa): Fábio Guilherme Marssari

Editoração de Revistas

Marisa Centurion Stuchi (Analista Técnico)

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 / Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito. -. - Vol. 15, n. 1 (jan./dez. 2020) - .- Catanduva: Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito, 2006-

Anual.
ISSN 1980-0878

1. Direito - periódico. I. Centro Universitário 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

Sumário

Apresentação

Os Editores

Artigos

Estereótipos de gênero e a aplicação da Lei Maria da Penha: uma análise à luz do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Márcia Maria Menin, Álvaro José Haddad de Souza, Luís Augusto Guareis dos Santos, Ana Clara Gomes Balbino, Bianca de Oliveira Antinhane, Isabelle Galvani Pereira, Pollyana Fernandes Amoroso 7

A conquista dos direitos LGBT: uma análise a partir da historiografia do movimento social em prol da diversidade sexual e de gênero

Márcia Maria Menin, Luís Augusto Guareis dos Santos, Guilherme Bartholomeu dos Santos, Isabelle Anastácio, Julia Campos de Oliveira, Laren Nascimento, Mário Quiudini Neto, Poliana Rosa dos Santos, Túlio José Brunetti..... 26

Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446 sob a ótica do direito à proteção integral de crianças e adolescentes

Anderson Renato Mendes de Oliveira, Caroline Bianca Peres, Heloísa de Mello Cid, Heloisa de Melo Pinotti, Isabela Baptista Olivio, Laura Gabriela Zerbinatti, Lorena Amadio Santos Carfaro Teixeira, Matheus Mendes Marques, Nathália de Souza do Nascimento, Ana Letícia Bragion dos Santos, Ana Paula Polacchini de Oliveira 38

O Estatuto da Criança e do Adolescente e as medidas socioeducativas em meio aberto no município de Catanduva-SP

Thayse Mastrocola Soares 56

Acolhimento familiar e institucional de crianças e adolescentes sob a ótica do direito à convivência familiar e comunitária

Asheley Shirley da Silva..... 70

Práticas para redução/eliminação do passivo trabalhista: como utilizar os programas de *compliance* para evitar ações judiciais trabalhistas

Kleber Henrique Saconato Afonso, Leila Renata Ramires Masteguín, Adriano Antônio de Oliveira, Bruno da Silva Rodrigues, Igor Melhado Gardinal, Isabelle Galvani Pereira, Larissa Pedrasoli, Lucas Baisso Cesarino, Lucas Côrrea Leite, Luiz Henrique Ramos de Lima, Maria Eduarda Marcos, Matheus Aparecido Lourençano, Thales Henrique dos Santos 81

Sistemas *civil law* e *common law* e o Código de Processo Civil: a observância dos precedentes sob o olhar da súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça

Alexandre Fontana Berto, Carina Alamino Trida, Marcus Vinicius dos Santos Novaes, Bruno Ferreira da Silva, Júlia Gavioli Bardella 95

Nulidade da decisão judicial no Código de Processo Civil: paradoxo entre a legislação e o cotidiano forense

Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza, Larissa Pedrasoli, Luana Alves Porto, Natan Lima Camargo, Victor Henrique Stauser Oliani 107

A tutela de urgência como instrumento efetivo de garantia da jurisdição: efeitos da concessão por juízo incompetente

Alexandre Fontana Berto, Leila Renata Ramires Masteguín, Emilyn Thaire de Faria Marion, Isabelle Galvani Pereira, Paola de Oliveira Berto 125

Chamada por trabalhos 140

Apresentação

O curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) entrega o décimo quinto volume da revista “DIREITO E SOCIEDADE - Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares” e inclui nove artigos produzidos em processos de pesquisa acadêmica por docentes, egressos e discentes da instituição.

Trata-se do resultado de intenso trabalho de ensino, pesquisa e extensão, o que evidencia a seriedade, continuidade e persistência do curso e da instituição em se comprometer com o processo de pesquisa no Brasil. A natureza desse compromisso pode ser identificada com a leitura cuidadosa dos artigos desse volume.

São textos que promovem a difusão de conhecimento de qualidade e consistência acadêmica. A revista é organizada tendo por referência os direitos fundamentais e a história do direito, linhas de pesquisa do curso de Direito da UNIFIPA. Por sua vez, os pesquisadores envolvidos participaram de processos de pesquisa e de extensão com temáticas contemporâneas que promovem reflexão e autonomia crítica e técnica, assumem um caráter humanista e contribuem para transformação social.

O primeiro artigo desse volume aborda Lei Maria da Penha e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ante a igualdade de gênero e o feminismo. Denominado “Estereótipos de gênero e a aplicação da Lei Maria da Penha: uma análise à luz do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo” é de autoria de Marcia Maria Menin, Álvaro José Haddad de Souza, Luís Augusto Guareis dos Santos, Ana Clara Gomes Balbino, Bianca de Oliveira Antinhane, Isabelle Galvani Pereira e Pollyana Fernandes Amoroso.

O artigo “A conquista dos direitos LGBT: uma análise a partir da historiografia do movimento social em prol da diversidade sexual e de gênero” dá sequência aos artigos da revista e volta-se a compreensão da participação da comunidade LGBT nos movimentos de redemocratização no Brasil. O artigo é de autoria de Marcia Maria Menin, Luís Augusto Guareis dos Santos, Guilherme Bartholomeu dos Santos, Isabelle Anastácio, Julia Campos de Oliveira, Laren Nascimento, Mário Quiudini Neto, Poliana Rosa dos Santos e Túlio José Brunetti.

O terceiro artigo desse volume, denominado “Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446 sob a ótica do direito à proteção integral de crianças e adolescentes” analisa recente decisão do STF sobre o tema da liberdade de crianças e de adolescentes ante contexto de formulação e efetivação da doutrina da proteção integral. O texto é de autoria de Ana Paula Polacchini de Oliveira, Ana Letícia Bragion dos Santos, Anderson Renato Mendes de Oliveira, Caroline Bianca Peres, Heloísa de Mello Cid, Heloísa de Melo Pinotti, Isabela Baptista Olivio, Laura Gabriela Zerbinatti, Lorena Amadio Santos Carfaro Teixeira, Matheus Mendes Marques e Nathália de Souza do Nascimento.

A temática da infância e juventude e sua relação com as medidas socioeducativas também é abordada no artigo seguinte, de autoria de Thayse Mastrocola Soares, desta vez voltando-se ao município de Catanduva e às medidas de prestação de serviços à comunidade (PSC) e de liberdade assistida (LA). Intitulado “O Estatuto da Criança e do Adolescente e as medidas socioeducativas em meio aberto no município de Catanduva-SP”, discute os meios de controle social e suas formas de cumprimento das mencionadas medidas.

Ainda considerando a doutrina da proteção integral, o quinto artigo desse volume é denominado “Acolhimento familiar e institucional de crianças e adolescentes sob a ótica do direito à convivência familiar e comunitária”. Nele, Asheley Shirley da Silva aborda o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes inseridos em acolhimento familiar e institucional na atualidade.

O sexto artigo da revista é de autoria de Kleber Henrique Saconato Afonso, Leila Renata Ramires Masteguim, Adriano Antônio de Oliveira, Bruno da Silva Rodrigues, Igor Melhado Gardinal, Isabelle Galvani Pereira, Larissa

Pedrasoli, Lucas Baisso Cesarino, Lucas Côrrea Leite, Luiz Henrique Ramos de Lima, Maria Eduarda Marcos, Matheus Aparecido Lourençano, Thales Henrique dos Santos.

O texto “Práticas para redução/eliminação do passivo trabalhista: como utilizar os programas de *compliance* para evitar ações judiciais trabalhistas” considera que o descumprimento da legislação trabalhista pelo empregador pode resultar em demandas judiciais e até mesmo possíveis multas administrativas perante o Ministério do Trabalho, o que poderia ter seu impacto reduzido, ou até mesmo evitado, se práticas de prevenção fossem utilizadas.

Em seguida, temos o artigo denominado “Sistemas *civil law* e *common law* e o Código de Processo Civil: a observância dos precedentes sob o olhar da Súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça”.

O texto é de autoria de Alexandre Fontana Berto, Carina Alamino Trida, Marcus Vinicius dos Santos Novaes, Bruno Ferreira da Silva e Júlia Gavioli Bardella. A pesquisa, que tem por referência o novo Código de Processo Civil, analisa o uso de jurisprudências e dos precedentes no sistema jurídico brasileiro a partir de uma reflexão sobre *common law* e *civil law*.

O oitavo artigo, denominado “Nulidade da decisão judicial no Código de Processo Civil: paradoxo entre a legislação e o cotidiano forense” é também de autoria de Alexandre Fontana Berto e, ainda, de: Álvaro José Haddad de Souza, Larissa Pedrasoli, Luana Alves Porto, Natan Lima Camargo e Victor Henrique Stauser Oliani. O texto trata do comportamento dos julgadores ante os efeitos do grande volume de processos em tramitação no judiciário brasileiro e aponta para o paradoxo entre a previsão legislativa e a realidade dos tribunais.

Intitulado “A tutela de urgência como instrumento efetivo de garantia da jurisdição: efeitos da concessão por juízo incompetente”, o texto produzido por Alexandre Fontana Berto, Leila Renata Ramires Masteguim, Emilyn Thaire de Faria Marion, Isabelle Galvani Pereira e Paola de Oliveira Berto, encerra esse volume. O texto analisa o entendimento da doutrina e a jurisprudência brasileira sobre as tutelas de urgência.

O ano de 2020 se viu arrebatado por intensos desafios para a humanidade e para a sociedade brasileira, seja ante a pandemia do Covid-19 e seus efeitos, seja ante o cenário nacional. Muitas dificuldades têm sido enfrentadas e a manutenção de pesquisa acadêmica de qualidade e consistência contribui para reforçar práticas importantes e para mudanças.

A revista “DIREITO E SOCIEDADE - Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares” traz textos voltados a pesquisadores e também interage com a comunidade ao divulgar uma produção científica cuidadosamente desenvolvida no âmbito de uma formação acadêmica consistente e de qualidade e voltada a contribuir para o desenvolvimento local e regional.

Os Editores

Estereótipos de gênero e a aplicação da Lei Maria da Penha: uma análise à luz do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

MÁRCIA MARIA MENIN

Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil (UNIFIPA). Advogada.

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogado.

LUÍS AUGUSTO GUAREIS DOS SANTOS

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA, Catanduva-SP).

ANA CLARA GOMES BALBINO

BIANCA DE OLIVEIRA ANTINHANE

ISABELLE GALVANI PEREIRA

POLLYANA FERNANDES AMOROSO

Graduandas do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

Resumo: Há cerca de dois séculos, os movimentos feministas tomaram corpo, se mostrando em diversas feições, desde liberal a progressista, tendo como principal bandeira a igualdade de gênero e a libertação das mulheres das amarras sociais e do Estado, seja pela legislação, seja pela jurisprudência. O esforço foi traduzido numa constante mudança que impactou no mundo jurídico, de forma que o Estado mudou todo o corpo legislativo a fim de atender a proteção da mulher, notadamente no que se refere ao advento da Lei Maria da Penha. Deste modo, o presente artigo científico tem como objeto a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da aplicação da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), sob a perspectiva do estereótipo de gênero.

Palavras-chave: Violência. Lei Maria da Penha. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Abstract: About two centuries ago, feminist movements took shape, showing themselves in different features, from liberal to progressive, with the main banner of gender equality and the liberation of women from social and state bonds, either by law or by jurisprudence, about his demoted condition. The effort was translated into a constant change that impacted the legal world, so that the State changed the entire legislative body in order to meet the protection of women, culminating with the advent of the Maria da Penha Law. This scientific article has as its object the analysis of the jurisprudence of the Court of Justice of the State of São Paulo regarding the application of Law nº 11.340 / 2006 (Lei Maria da Penha), from a feminist perspective.

Keywords: Violence. Maria da Penha Law. Court of Justice of the State of São Paulo.

Introdução

O presente trabalho tem como objeto a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da aplicação da Lei 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, sob a ótica do feminismo.

Inicialmente será abordada a trajetória do movimento feminista e suas variadas vertentes, desde o início com o feminismo liberal até hodiernamente, com o feminismo progressista, passa a constituir critério importante para se apreciar o grau de cidadania social.

Esse fenômeno aos poucos foi crescendo dentro da legislação nacional, de forma a tentar deixar o sistema jurídico menos sexista e misógino, fato que acabava por oferecer consideráveis privilégios para o homem em detrimento da mulher.

Toda essa dinâmica resultou no advento da citada Lei Maria da Penha. Trata-se de um grande giro de 180 graus que o Estado Brasileiro deu para tutelar juridicamente as mulheres em situação de violência, haja vista os números alarmantes que sempre existiram, mas que, por vezes, eram fortemente subnotificados.

Abordada a trajetória do movimento feminista e o impacto no sistema jurídico brasileiro é que se dará a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça Paulista acerca da aplicação da Lei Maria da Penha, sob a ótica do feminismo, cujo objetivo é demonstrar possível estereótipo de gênero quando da aplicação de referida lei. Para tanto, foi realizada pesquisa jurisprudencial, com as ferramentas disponíveis no *site* do citado Tribunal.

Breves apontamentos sobre o feminismo

Ao longo da história, em regra, a mulher sofreu constantemente com a imposição patriarcal acerca de seu papel social, fato que gerou diversos enfrentamentos, cada qual abordando conteúdo e vertentes políticas distintas, mas com o objetivo comum, qual seja, a equalização de direitos entre homens e mulheres. Surge, portanto, o movimento feminista para combater o sexismo, a misoginia e o patriarcado.

Nas origens do mundo moderno já era possível enxergar o início de uma discussão feminista a partir do Renascimento com as ideias iluministas, que consistiam novo entendimento sobre a vida do homem e sua função social, porém este desbravamento social não se estendia às mulheres. Ainda no Renascimento, grandes pensadores consideravam a mulher como “naturalmente inferior” ao homem.

Ao homem era atribuído o significado de representação da humanidade, como bem coloca o androcentrismo. A figura masculina, portanto, prevalecia sobre as mulheres. Integrantes da igreja católica e muitos estudiosos deste mesmo período defendiam que a mulher era destinada a obedecer aos homens, de modo a serem proibidas de exercerem qualquer tipo de poder dentro ou fora da família na qual se inseria.

Deste modo, como resposta ao que foi imposto por séculos, o movimento feminista surgiu, de certa forma, para equalizar as estruturas sociais, a fim de estabelecer a igualdade entre os sexos, e este fato se apresentou nas diversas vertentes do feminismo.

Para ilustrar as bases do que alguns chamam de “feminismo liberal”, será abordada sinteticamente a obra “A sujeição das mulheres”, de John Stuart Mill, escrita no ano de 1869, na Inglaterra. Importante salientar que a citada obra teve grande influência de Harriet Taylor, esposa de Mill, defensora dos direitos das mulheres, notadamente quanto ao sufrágio universal, ocupação de cargos no governo e igualdade entre os sexos. A obra “A sujeição das mulheres” foi escrita num período em que as mulheres não deveriam gozar da mesma liberdade que os homens, no contexto da chamada “era vitoriana”, reinado da Rainha Vitória, no Reino Unido (1838-1901), famosa pela rigidez nos costumes morais e sexuais. Não se trata de uma obra expressamente feminista, mas seus argumentos são a base do que se pode chamar “feminismo liberal”. A obra é dividida em quatro capítulos, cada qual abordando argumentos diversos para que, no fim das contas, a mensagem a ser dirigida concerne na necessidade de existir igualdade de direitos entre homens e mulheres, e um apelo para que a sociedade se permitisse experimentar a liberdade.

Logo no início, Mill deixa clara a sua intenção, explicando que o objetivo do ensaio é que “o princípio que regula as relações sociais existente entre os dois sexos – a subordinação legal de um sexo ao outro – está errado em si mesmo, e constitui agora um dos principais empecilhos

ao aprimoramento humano”¹ e que tal princípio deve ser “substituído por um princípio de perfeita igualdade, que não admita poder ou privilégio para um dos lados, nem a desabilitação do outro”². O autor assume o ônus de argumentar contra conceitos tidos como universais, verdadeiros em absoluto e arraigados em toda a sociedade. O domínio do homem sobre a mulher era tido como natural e aceito voluntariamente pela sociedade, com raras vozes de discordância e qualquer manifestação contrária era tida como antinatural. A educação feminina era baseada no modelo de submissão e desde criança a mulher aprendia que essa estrutura ocorria naturalmente, enquanto, do outro lado, os homens escreviam as leis para que essa estrutura não fosse destruída e para coibir qualquer tentativa de revolta por parte das mulheres.

Todas as causas, sociais e naturais, concorrem para fazer com que seja improvável que as mulheres se rebelem coletivamente contra o poder dos homens. Elas estão numa posição muito distante daquele das outras classes subjugadas, seus senhores requerem delas algo mais do que seu serviço. *Os homens não querem somente a obediência das mulheres, querem seus sentimentos. Todo homem, exceto os mais brutais, quer ter na mulher mais proximamente ligada a ele não uma escrava pela força, mas uma escrava voluntária, não meramente uma escrava, mas uma favorita. Eles, portanto, puseram em prática tudo que escravizasse suas mentes.* Para manter a obediência, os senhores de todos os outros escravos se baseiam no medo; ou medo deles mesmos ou medos de natureza religiosa. *Os senhores das mulheres queriam mais que simples obediência, e dirigiram toda a força da educação para alcançar seu propósito.*³

Para retirar tais amarras, o autor propõe nos capítulos posteriores que (i) o casamento deve ser dirigido pela vontade e consenso de ambos os sexos na divisão de tarefas, como ocorre nos contratos, e a mulher deve ter autonomia sobre sua propriedade; (ii) a educação das mulheres deve ser igual à dos homens, bem como sua liberdade e ainda, sugere a possibilidade da mulher exercer outros cargos (políticos, por exemplo, de onde vem a ideia do sufrágio feminino) e ter profissões que não somente aquelas permitidas pela lei da época; e, por fim, (iii) traz a reflexão de que a sociedade deve desaccorrenatar as mulheres dos mecanismos de submissão, servidão e lhes proporcionar a mesma educação, liberdade e meios de ações que os homens possuem, pois, no final das contas, deixar que as mulheres não gozem da liberdade e da fruição daquilo que livremente possam buscar, é jogá-las para a vala da eterna infelicidade e exclusão.

Se há algo de importância vital para a felicidade dos seres humanos é que eles possam fruir aquilo que habitualmente buscam. Esse requisito para uma vida plena não é perfeitamente garantido, ou é de todo negado, para grande parte da humanidade; e na falta dele muitas vidas são um fracasso, mesmo que aparentemente providas de todos os requisitos para o sucesso. Mas se circunstâncias que a sociedade ainda não está suficientemente capacitada a superar tornam mais fracassos, no presente, muitas vezes inevitáveis, a sociedade não deveria infligi-los a si mesma. A insensatez dos pais, a inexperiência própria da juventude ou a ausência de oportunidades externas para uma vocação compatível e sua ocorrência para as incompatíveis condenam numerosos homens a passar a vida fazendo algo relutantemente e mal, quando há outras coisas que poderiam fazer bem e com alegria. *Mas, quanto às mulheres, essa sentença lhes é efetivamente imposta por lei, e por costumes equivalentes à lei. O que, em sociedades incultas, a cor, a raça, a religião, ou, no caso de um país conquistado, a nacionalidade, representam para alguns homens, o sexo representa para todas as mulheres: uma exclusão peremptória de quase todas as ocupações honrosas, a não ser aquelas que não podem ser preenchidas por outros, ou que outros não achem que mereçam ser aceitas por eles.*⁴

¹ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017. p. 225.

² *Ibid.*

³ MILL, op. cit., p. 243. (grifo nosso).

⁴ *Ibid.*, p. 360. (grifo nosso).

Em resumo, o que podemos chamar de “primeira onda” do feminismo consistia em pautas que visaram a igualdade entre homem e mulher no que tange à autonomia da propriedade e o direito de gozar dela, bem como o acesso ao trabalho, educação igualitária e possibilidade de contratar de maneira independente.

Por sua vez, já adentrando no século XX, após o surgimento de outras doutrinas econômicas que se contrapunham ao liberalismo, o movimento feminista passou a abarcar pautas voltadas para a questão social e de classe, incorporando, dentre outros, alguns ideais marxistas. Trata-se de uma renovação do movimento, cujo objetivo seria também justificar os modos de opressão das mulheres, o que se daria, de acordo com esta corrente de pensamento, em razão da forma de atuar do sistema capitalista. Assim, para o movimento feminista anticapitalista, a libertação das mulheres apenas aconteceria em caso de significativa reestruturação da economia e da sociedade de classes.

As contribuições de Simone de Beauvoir acerca de seu livro publicado em 1949 “O segundo sexo” foram bastante significativas *tanto* para o movimento quanto para a própria esfera educacional das mulheres, embora no período de sua publicação tenha sido pouco reconhecido ou aclamado.

Partindo dos pressupostos estabelecidos pela autora em seu livro, houve grande adesão do movimento feminista. À época, o feminismo exalava um sentimento popular de desarticulação, visto que o objetivo sufragista já havia até então sido alcançado.

Como descrito pela autora em sua obra, o âmbito educacional se fazia dualista, de modo que a educação quando voltada para o público feminino sempre se manifestava em relação ao contexto doméstico e à função dos cuidados com o lar. Todavia, quando voltada para os homens, a educação era predominantemente direcionada a espaços de liderança e poder: “Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino”⁵. Dessa forma, a filósofa constrói argumento que visa desconstruir a ideia de que a sociedade define os papéis de gênero, que não vêm naturalmente. Alda Britto Motta, Cecília Sardenberg e Márcia Gomes abordam com precisão essa questão, na visão de Simone de Beauvoir:

Simone não dispunha do termo gênero, mas ela conceituou gênero, ela mostrou que ninguém nasce mulher, mas se torna mulher e, por conseguinte, ninguém nasce homem, mas se torna homem, ou seja: ela mostrou que ser homem ou ser mulher consiste numa aprendizagem. As pessoas aprendem a se conduzir como homem ou como mulher, de acordo com a socialização que receberam, não necessariamente de acordo com o seu sexo.⁶

Ainda durante o século XX, o movimento feminista experimentou novos ares, passando por diversas fases e linhas de pensamento. Com o passar do tempo, promoveu-se na sociedade um impulso pelo qual uma nova consciência coletiva nasce. Visível desta maneira, o movimento também se encaminhava a uma nova direção, o denominado “Feminismo Radical”. Esse se constituía tematicamente na sexualidade, nos temas sobre violência sexual e os direitos sobre o próprio corpo. Período marcado pelo lançamento de métodos contraceptivos como a pílula anticoncepcional, primeiramente comercializada nos Estados Unidos e depois na Alemanha.

Na contemporaneidade do século XXI, surge o feminismo negro, vertente idealizadora na

⁵ BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo – fatos e mitos*. Trad. Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980. p. 99.

⁶ MOTTA, Alda Britto da; SARDENBERG, Cecília; GOMES, Márcia. *Um diálogo com Simone de Beauvoir e outras falas*. Salvador: NEIM/UFBA, 2000. p. 23.

qual se discutem as experiências das feministas negras, as dificuldades pelas quais passaram e o racismo presente na sociedade. Na equivalência desta vertente no Brasil são explorados ainda temas como o genocídio da juventude negra e o preconceito contra as inúmeras religiões de matrizes africanas.

No Brasil, a questão do patriarcado e o movimento social de mulheres nos revela o desejo de maior participação social e política, todavia, também nos revela a reivindicação da autonomia do corpo feminino historicamente resificado. Em razão disto e de todo o movimento de mulheres, surgem as Delegacias Especiais da Mulher e, um pouco mais tarde, houve a conquista de uma legislação específica e protetiva da mulher, a tão reconhecida Lei Maria da Penha, responsável por criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Embora o feminismo conte com séculos de evolução e conquistas, ainda se trata de um movimento em construção e frequente desenvolvimento. Socialmente e juridicamente enfrentam-se empecilhos quanto à aplicabilidade, tendo em vista, a produção de um senso crítico deturpado criado pelo androcentrismo, este que atinge esferas como o Direito, onde também se fazem presentes estruturas organizadas pela ordem patriarcal.

Os estudos feministas constituem-se, assim, como um campo polêmico, plural, dinâmico e constantemente desafiado; um campo que tem o autoquestionamento como “marca de nascença”. Como consequência, isso implica um fazer científico que supõe lidar com a crítica, assumir a subversão e, o que é extremamente difícil, operar com as incertezas.⁷

Assim, resta notória a total interligação entre direitos conquistados e a luta das mulheres no movimento feminista, cada qual carregando em si a urgência de cada período histórico.

O impacto do feminismo no direito brasileiro: feminismo jurídico no Brasil

Dentre tantas lições sobre o direito, compreende-se como a ciência das leis regula a vida em sociedade. Na tradição *civil law*, a partir da norma positivada são estabelecidas as regras de conduta das pessoas no campo do direito privado, e as regulamentações administrativas, no campo do direito público. Essa construção pode refletir, ao que tudo indica, os anseios sociais.

O direito brasileiro experimentou os impactos do movimento feminista gradualmente. Até 1988, nosso sistema jurídico era totalmente voltado para a figura masculina, satisfazendo a vontade de parte da sociedade patriarcal, fato que foi positivado no Código Civil de 1916. Nessa legislação, a mulher encontrava-se em condição de subalternidade se comparada ao homem. O marido era denominado chefe da sociedade conjugal e sua mulher, a mera colaboradora; somente o marido poderia fixar domicílio, representar legalmente a família, administrar os bens comuns e os particulares da mulher em virtude do regime de bens adotado. Traduzia-se em um modelo de família cuja direção era absolutamente unificada, não permitindo em qualquer hipótese um sistema de cogestão conjugal.

A despeito do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) e da Lei do Divórcio (Lei 6.15/77) terem concedido certa emancipação à mulher, foi, notadamente, com o advento da Constituição Federal de 1988 que esse cenário se modificou. É estabelecido por cláusula pétrea que homens e mulheres são iguais perante a lei e que, portanto, merecem o mesmo tratamento (art. 5º, I). O Código Civil de 2002 reforçou esses preceitos, quando, por exemplo, no artigo 1.511, estabelece

⁷ LOURO, Guacira. *Epistemologia feminista e teorização social – desafios, subversões e alianças*. Coletânea Gênero plural. Curitiba: UFPR, 2002. p. 14.

a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, a interferência mínima do Estado no planejamento familiar (art. 1.565, §2º) e a direção da sociedade conjugal exercida por ambos os cônjuges (art. 1.567).

Como pode-se observar, diversos foram os impactos da luta pela igualdade no próprio ordenamento jurídico brasileiro, porquanto foi o movimento social o mote responsável por pressionar a sociedade patriarcal, sexista e misógina a rever conceitos e ideologias arraigadas para fins de alteração da estrutura social, mas também legislativa. Ademais, é nítido que a criação de uma nova perspectiva da atividade jurisdicional, pela interpretação do direito pelo viés da igualdade de gênero, foi resultado das lutas feministas, as quais sempre buscaram a garantia de um tratamento igualitário a mulheres e homens nos tribunais de modo a eliminar qualquer forma de discriminação contra as mulheres.

Porém, há uma distância considerável entre a positivação dos direitos em favor da mulher e a sua concretização no mundo dos fatos. Como visto, no campo legislativo, muito se avançou para a criação de mecanismos de proteção às mulheres. Os Tribunais brasileiros, embora relutantes na aplicação de tais mecanismos em alguns pronunciamentos esparsos, assimilaram a importância de se ter proteções específicas às mulheres e buscaram se adaptar à nova realidade legislativa. Ocorre que, em que pese os Poderes Legislativo e Judiciário, de maneira geral cumprirem o papel de tentar coibir a violência contra as mulheres, outros setores do Poder não tiveram e ainda não têm o mesmo empenho.

A lei existe, o Poder Judiciário se pronuncia cumprindo-a; todavia, não se pode afirmar que o sistema de proteção às mulheres funciona de forma plena e efetiva. Muitas mulheres são excluídas dessa proteção, seja porque são objeto de sucessivas ameaças no ambiente doméstico, ou seja, porque a autoridade policial competente não as atende adequadamente, subjugando uma possível situação de violência doméstica. Ademais, por vezes, a própria aplicação da lei não ocorre de forma estritamente consentânea com o que determina o ordenamento jurídico brasileiro.

Estas, dentre outras problemáticas no campo do direito, originam o que atualmente se denomina “feminismo jurídico”, um complexo que envolve a norma jurídica, sua interpretação, aplicação e seu alcance, em prol da igualdade de gênero.

Nesse ponto, ensina Salete Maria da Silva⁸:

O feminismo jurídico corresponde a um conjunto de críticas, teorizações, proposições metodológicas e atividades práticas desenvolvidas por juristas feministas em face do fenômeno jurídico, dentro ou fora do sistema de justiça. A proposta central deste tipo de feminismo é desenvolver reflexões e sobretudo ações que promovam transformações radicais no âmbito das normas, discursos e práticas jurídicas, tendo como foco a obtenção da igualdade de gênero.

Desta forma, o feminismo jurídico objetiva a efetivação do Direito, não apenas por meio do positivismo legal, mas também por meio da aplicação da lei, seus resultados práticos e, ao mesmo tempo, demonstrando à sociedade a compatibilidade entre a lei, sua aplicação e a conquista daquilo que se possa considerar justo a depender do caso concreto.

Importa mencionar a relevante relação entre o movimento feminista e a análise do Direito. Esse raciocínio pode ser extraído das lições de Salete Maria da Silva. A visão do Direito para o feminismo da “primeira onda”⁹, eminentemente liberal, não resolvia o problema e a opressão de

⁸ SILVA, Salete Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 4, n. 1, p. 83-102, jan./mar. 2018. p. 90. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv/83-102>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁹ O feminismo de *primeira onda*, no Brasil, século XX, reivindicou mormente o direito ao voto e à vida pública das mulheres. Nísia Floresta e Bertha Lutz são consideradas as pioneiras de referida onda do movimento feminista brasileiro.

todas as mulheres, tendo em vista que, neste período, acreditava-se que o Direito deveria pautar-se na neutralidade abstrata e universalmente, tratando todos de maneira igualitária sem considerar as peculiaridades de cada mulher, embora, por óbvio, defendia “a supressão das leis discriminatórias com relação às mulheres e lutava pelas reformas jurídicas”¹⁰.

A percepção da “segunda onda”¹¹ do feminismo é de que o Direito é masculino, por concebê-lo como um instrumento de dominação patriarcal, defendendo, em contraponto, “leis que reconheçam as especificidades e necessidades femininas, mas desconfia das reformas estritamente legais”¹².

Já a “terceira onda”¹³ do feminismo percebe o Direito como uma “tecnologia do gênero, isto é, como algo que tanto constrói o gênero como é construído por ele”¹⁴, pugnando por um direito que “respeite a diversidade sociocultural existente no mundo, inclusive entre as mulheres”¹⁵.

Assim, em um país marcado pela discriminação de gênero, faz-se mister que a sociedade entenda a relevância do feminismo jurídico na luta por respostas judiciais efetivas na investigação, sanção e reparação de violações dos direitos das mulheres.

Pretende-se sair do abstrato e, concretamente, efetivar os direitos das mulheres sob a ótica feminista. Em que pese a legislação positivar a igualdade e os discursos governamentais serem construídos nessa mesma direção, o Direito, compreendido não só pela legislação, mas também pela atividade jurisdicional, pode ser encarado por alguns como sexista, misógino e ainda fortemente patriarcal. O último tópico deste trabalho demonstrará se o Direito se manifesta ainda de forma retrógrada no Tribunal de Justiça de São Paulo.

A Lei Maria da Penha como resultado dos movimentos feministas

Foi o Projeto de Lei 4.559/2004 que deu origem à Lei 11.340/2006, conhecida por “Lei Maria da Penha”. Este processo legislativo foi fruto de diversas recomendações dadas ao Estado brasileiro, inclusive, pelo Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e pela forte influência de entidades feministas e de direitos humanos.

O caso Maria da Penha sofreu grande repercussão nacional e internacional. Maria da Penha Fernandes foi vítima em 1983 de duas tentativas de assassinato por parte de seu até então marido, Marco Antônio Heredita Viveros, ficou paraplégica em razão das agressões sofridas e só teve seu caso resolvido criminalmente após vinte anos. Diante da mora do Poder Judiciário, o caso foi encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por diversas organizações não-governamentais que lutam pelos direitos das mulheres, juntamente com a vítima. A fim de reparar socialmente a morosidade da justiça brasileira, a lei criada recebeu, simbolicamente, o nome de Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha tem como objetivo principal criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, já que os tipos de violências na lei designados ferem tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, bem como a

¹⁰ SILVA, op. cit., p. 88.

¹¹ O feminismo de *segunda onda* teve início nos anos 1970, justamente no período de crise da democracia. As reivindicações eram o trabalho da mulher e sua redução de jornada, medidas contra a violência doméstica e sexual, além de também ter lutado contra a própria ditadura militar. Foram as feministas as responsáveis pela criação, em 1975, do Movimento Feminino pela Anistia.

¹² SILVA, op. cit., p. 88.

¹³ O feminismo de *terceira onda* teve início da década de 1990, quando se inicia a discussão e contestação do pensamento feminista de primeira e segunda ondas. É o momento em que o feminismo negro começa a despontar e ganhar força, porquanto a opressão da mulher negra sempre se distinguiu das opressões vividas pela mulher branca.

¹⁴ SILVA, op. cit., p. 88.

¹⁵ Loc. cit.

Constituição Federal.

Alguns dos avanços trazidos por esta lei foi o aumento de pena em alguns crimes comumente sofridos pelas mulheres em âmbito doméstico, a exemplo da lesão corporal e a retirada da competência dos Juizados Especiais Criminais para julgamento destes casos.

Há anos, em decorrência da forte cultura patriarcal brasileira, busca-se a igualdade na forma de tratamento das mulheres, como preconiza a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que foi o pilar para a criação da Lei 11.340/2006 e continua sendo parâmetro para entender a eficácia e aplicação desta lei.

Embora tenha ocorrido a criminalização da violência doméstica, esta não é a única medida a ser tomada pelo Estado a fim de erradicar a violência sofrida pelas mulheres, tampouco para isentá-lo da responsabilidade pelas discriminações de gênero ocorridas na sociedade, já que o Brasil carece de implementação de políticas públicas para esse fim.

Várias foram as modificações introduzidas pela Lei Maria da Pena no direito brasileiro. O princípio da igualdade é mais uma vez realçado com o advento da legislação em comento, dando contornos à isonomia entre homens e mulheres. No ano de 2019, foi registrado 1 caso de agressão contra a mulher a cada 4 minutos¹⁶. Diante desse cenário catastrófico que persiste no país há anos, tornou-se necessária a criação de uma lei que tratasse especificamente dos casos de violência contra a mulher no ambiente doméstico; este fato traduz o respeito e a obediência ao princípio da igualdade material proposto pela atual Constituição Federal.

A Lei Maria da Pena ampliou o conceito de violência doméstica contra a mulher, não deixando-a restrita apenas à violência física, porquanto também considera a violência psicológica, sexual, patrimonial e moral, conforme se depreende do artigo 7º, incisos I a V. Outra alteração importante refere-se à criação de mecanismos específicos de defesa da mulher contra o agressor, tais como o afastamento do lar, a suspensão da posse ou restrição do porte de arma de fogo, proibição do contato com a vítima, prestação de alimentos, dentre outras previstas no artigo 22 de indigitada lei.

Vale destacar a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, conhecidos por JUFAMS, caracterizados por serem juizados especiais criminais competentes para julgar os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles com sanção inferior a dois anos.

A despeito de todas as inovações contidas expressamente na Lei, é de se notar que nem todas as regras e medidas protetivas são efetivamente praticadas. Muitas mulheres acabam sendo vítimas de violência doméstica, geralmente perpetrada por seus próprios companheiros de vida que persistem na prática da agressão em razão da não aplicação de medidas que os coibam da reiterada prática de violência.

Todavia, vale ressaltar que em que pese o avanço legislativo que se deu com o advento da Lei Maria da Pena, há duras críticas em relação ao conteúdo. Uma das críticas feitas à Lei Maria da Pena é que esta, a princípio, deveria ser aplicada apenas a mulher cisgênero, fato que viola o Princípio da Igualdade disposto no art. 5º da Constituição Federal¹⁷.

¹⁶ CUBAS, Marina Gama; ZAREMBA, Julia; AMÂNCIO, Thiago. Brasil registra 1 caso de agressão a mulher a cada 4 minutos. *Folha de S. Paulo*, 9 set. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/brasil-registra-1-caso-de-agressao-a-mulher-a-cada-4-minutos-mostra-levantamento.shtml>. Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁷ A despeito disso, aos poucos, surgem nos tribunais brasileiros decisões no sentido da aplicação da Lei Maria da Pena às mulheres transexuais. É neste sentido a decisão proferida pelo juiz Alexandre Machado de Oliveira, do Juizado de Violência Doméstica Contra a Mulher de Arapiraca (AL) em janeiro de 2020: “O alcance da Lei Maria da Pena às mulheres transgênero e transexuais, bem como o reconhecimento de outros direitos, a exemplo do uso de banheiro feminino, deve ser definido com base na leitura moralizante da Constituição. Nesse sentido devem ser lidas e interpretadas as cláusulas constitucionais que definem os pressupostos do Estado Democrático de Direito, que integra, politicamente, os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade”. Cf. ANGELO, Tiago. *Juiz determina aplicação da Lei Maria da Pena em favor de mulher trans*. ConJur, 26 jan. 2020. Disponível em:

Há que se refletir, ainda, a aplicação da legislação e o acesso à justiça. Neste caso, é possível trazer à discussão o próprio conceito de feminismo jurídico já abordado noutro tópico. A despeito de termos uma legislação protetiva fortemente positiva, é possível afirmar que há efetivo acesso à justiça para as mulheres vítimas de violência doméstica ou a legislação protetiva não passaria de uma carta de boas intenções? Levando-se em conta a estrutura jurídica brasileira, compreendendo delegacias de polícia e o próprio policiamento, sabe-se que nem todas as mulheres são atendidas adequadamente. Existe uma “filtragem de má vontade” por alguns profissionais no que concerne à confecção de um boletim de ocorrência para que se possa deflagrar as medidas protetivas. Desta feita, a legislação, em que pese um enorme avanço e, ainda, não obstante a tentativa de aperfeiçoamento pelas delegacias no atendimento dos casos de violência doméstica, muitas vezes a mulher agredida não participa, na prática, da proteção que lhe é conferida pela indigitada lei.

A aplicação da Lei Maria da Penha pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob a perspectiva do estereótipo de gênero

Como exposto amplamente nos tópicos anteriores, a Lei Maria da Penha instituiu um novo paradigma para os profissionais que atuam no sistema de justiça criminal, uma vez que contou com a participação de representantes dos movimentos feministas e inovou o tratamento do problema da violência doméstica e familiar contra a mulher como uma categoria “baseada no gênero” (art. 5º, LMP) e de agressão aos direitos humanos.

No entanto, o desafio apresentado neste artigo para a efetivação da cidadania das mulheres se refere à necessidade de diminuir a distância entre o progresso legislativo e o efetivo acesso à justiça, com a aplicação da norma sem qualquer discriminação de gênero, pois o que ainda se percebe é uma resistência cultural e, principalmente, institucional, para reconhecer a violência doméstica e familiar como crime para o qual devem ser aplicadas as medidas de punição, prevenção e proteção previstas na lei, sem qualquer estereótipo de gênero.

Por isso, este último tópico analisa a aplicação da Lei Maria da Penha pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, abordando as percepções e as decisões recorrentes dos operadores jurídicos sobre a lei, sobre a violência doméstica e familiar e sobre as mulheres que procuram os serviços e demandam seus direitos por meio da aplicação da norma.

Sabe-se que, sob a ótica da perspectiva de gênero, o ideal de proteção à mulher por parte do magistrado seria a construção de uma compreensão mais ampla e efetiva sobre o complexo contexto das relações domésticas e familiares, libertando-se de conceitos patriarcais estabelecidos pela sociedade e aplicando irrestritamente as medidas de proteção à integridade física e de natureza cautelar preconizadas na norma, as quais:

[...] não são instrumentos para assegurar processos. O fim das medidas protetivas é assegurar direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. E só. Elas não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Elas não visam processos, mas pessoas.¹⁸

Seguindo as teorias processuais, os autos criminais representam documentos efetivos de construção de fatos sociais, cristalizando percepções dos diversos atores envolvidos e construindo uma fonte privilegiada para acessar as representações que modulam as respostas das instituições jurídicas, especialmente do Judiciário.

<https://www.conjur.com.br/2020-jan-26/juiz-alagoas-aplica-lei-maria-penha-favor-mulher-trans>. Acesso em: 1 fev. 2020.

¹⁸ LIMA, Fausto Rodrigues de. Dos procedimentos – artigos 13 a 17. In: CAMPOS, Carmen Hein (org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 327-335. p. 329.

Neste sentido:

Desvendar sofisticados mecanismos socioculturais, econômicos, relacionais e simbólicos já institucionalizados em vários espaços subjetivos e institucionais da sociedade brasileira, os quais negam a possibilidade de poderes simétricos de gênero ao afirmar o masculino-violento sobre o corpo feminino.¹⁹

Assim, como supra referido, este tópico abordará a aplicação da Lei Maria da Penha no âmbito da atividade jurisdicional do Tribunal de Justiça Paulista, com o objetivo de buscar resultados que possam identificar se há estereótipos de gênero quando da aplicação da Lei 11.340 de 2006.

Para tanto, foi realizada pesquisa jurisprudencial, com os seguintes critérios de busca na plataforma de consulta jurisprudencial disponibilizada pelo do *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: **(i) filtros:** “Lei Maria da Penha” ou “Lei 11.340”; **(ii) classe:** “*habeas corpus criminal*”, “*habeas corpus cível*”, “*mandado de segurança criminal*”, “*apelação criminal*”, “*apelação cível*”, “*apelação em mandado de segurança*” “*agravo de instrumento*” e “*recurso em sentido estrito*”; **(iii) assunto:** **(iii.i)** “*direito penal - lesão corporal decorrente de violência doméstica – contra a mulher – contra pessoas não identificadas como mulher*”, “*violência doméstica contra a mulher*”, **(iii.ii)** “*direito civil: violência doméstica contra a mulher*” e **(iii.iii)** “*direito da criança e do adolescente: violência doméstica contra a mulher*”; **(iv) data de julgamento:** 01/01/2007 até 17/02/2020, dividido em quatorze períodos de um ano cada, limite permitido pela ferramenta disponível pelo *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo; **(v) origem:** 2º grau; **(vi) tipo de publicação:** acórdãos; e, **(vii) ordem por:** data da publicação.

O resultado da busca foi de **32.003 acórdãos**, nos seguintes períodos: **a)** 01/01/07 a 31/12/07: nenhum acórdão **b)** 01/01/08 a 31/12/08: nenhum acórdão; **c)** 01/01/09 a 31/12/09: **146 acórdãos**; **d)** 01/01/10 a 31/12/10: **562 acórdãos**; **e)** 01/01/11 a 31/12/11: **919 acórdãos**; **f)** 01/01/12 a 31/12/12: **1652 acórdãos**; **g)** 01/01/13 a 31/12/13: **2450 acórdãos**; **h)** 01/01/14 a 31/12/14: **3076 acórdãos**; **i)** 01/01/15 a 31/12/15: **5244 acórdãos**; **j)** 01/01/16 a 31/12/16: **5578 acórdãos**; **k)** 01/01/17 a 31/12/17: **4003 acórdãos**; **l)** 01/01/18 a 31/12/18: **2994 acórdãos**; **m)** 01/01/19 a 31/12/19: **4462 acórdãos**; e, **n)** 01/01/20 a 17/02/20: **917 acórdãos**. Diante do grande número de acórdãos, **foram selecionados 10 acórdãos por período para análise**.

De todos os julgados constatados na pesquisa, não é possível verificar estereótipos de gênero quando da aplicação da Lei Maria da Penha. A quantidade que garante a manutenção ou concessão das medidas protetivas em favor da mulher é muito superior aos acórdãos que não concedem ou revogam. É possível estimar que na grande maioria dos julgados pesquisados, as medidas protetivas foram garantidas, seja para mantê-las ou concedê-las. E as análises dos julgadores se concentram especificamente nas provas colhidas dos autos, sem juízo de valor negativo sobre a mulher.

As poucas teses que afastam a punição do réu basearam-se na falta de prova cabal da lesão (corporal), a prescrição, decadência ou, ainda, algum vício insanável de ordem processual, como ocorreu no caso dos autos da apelação nº 0012213-32.2007.8.26.0248, julgado em 13 de abril de 2011 pela Décima Segunda Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de lavra do Desembargador Amable Lopez Soto.

Interessante registrar que nos primeiros anos da aplicação da Lei 11.340/2006, a Primeira e a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

¹⁹ BANDEIRA, Lourdes. Prefácio. In: BLAY, Eva Alterman. *Assassinatos de mulheres e direitos humanos*. São Paulo: Editora 34, 2008. p. 7-13. p. 12.

estabeleceram que a Lei Maria da Penha é inconstitucional, pois violaria o princípio da igualdade e proporcionalidade. Tratam-se dos Recursos em sentido estrito nº 0000307-86.2007.8.12.0037, julgado em 26/09/2007, de lavra do Relator Desembargador Romero Osme Dias Lopes, e 0000315-63.2007.8.12.0037, julgado em 29/04/2008, cujo Relator foi o Desembargador Gilberto da Silva Castro.

Já o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve entendimento diverso, entendendo que a Lei Maria da Penha atende ao princípio da isonomia, “o qual pressupõe a existência de situações equivalentes, e na ausência dessas, busca atenuar desníveis por meio de tratamentos normativos diferenciados quando compatíveis com a Constituição”²⁰. Ressalta-se que a jurisprudência dos Tribunais, hodiernamente, é pacífica no sentido de que a Lei Maria da Penha é constitucional, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 19, do Distrito Federal, julgada em 09/02/2012, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio.

A importância da postura do Tribunal Paulista se dá quando confrontada com os julgados mais antigos. O texto “Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação”²¹, de Valéria Pandjarijan, aponta diversos exemplos em que os Tribunais brasileiros se mostraram indiferentes para a proteção da mulher, se valendo de argumentos os mais comezinhos para negar-lhe a tutela jurisdicional adequada. Um dos exemplos que chama a atenção se trata de um caso envolvendo estupro, em que o julgador negou a existência do crime, pois a resistência da mulher deveria ser enérgica, com toda a força possível, partindo da narrativa de uma mulher que se diz honesta:

O dissenso da vítima há de ser enérgico, resistindo ela com toda a sua força ao atentado. Não se satisfaz com uma posição meramente simbólica, um não querer sem maior rebeldia. Seria preciso, para a tipificação do estupro, que a vítima, efetivamente, com vontade incisiva e adversa, se opusesse ao ato. E a narrativa da querelante, posto que partida de mulher honesta, conduz à convicção de que não se utilizou ela de meios para evitar a consumação do atentado (RJTJSP 62/372).²²

Ao contrário do julgado acima, a postura do Tribunal Bandeirante é diversa. Há julgados em que há condenação baseada exclusivamente no depoimento da vítima: “Tratando de crimes cometidos no âmbito doméstico e sem a presença de testemunhas, deve ser conferida especial importância aos relatos da vítima, sendo perfeitamente viável embasar uma condenação com base nessa prova, ainda que solitária, se coerente e segura”²³. Não há juízo de valor do depoimento pelo fato de ser mulher. A *ratio decidendi* se dá pelo depoimento seguro e coeso, com respeito ao contraditório.

Nesse mesmo sentido, há julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reformou decisão interlocutória que não garantiu as medidas protetivas, tendo em vista somente a existência de declarações unilaterais da vítima e duas testemunhas não identificadas. No julgamento do agravo de instrumento nº 2069576-85.2019.8.26.0000, de relatoria da Desembargadora Angélica de Almeida, julgado em 18/09/2019, sedimentou que “há que ter relevância a palavra da vítima uma vez se mostrando coerente e verossímil”. E esse entendimento é importante, pois é difícil se quebrar o silêncio familiar por diversas razões. O

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0007025-29.2007.8.26.0581*. Relator: Desembargador René Ricupero, 03 de novembro de 2010.

²¹ PANDJIARJIAN, Valéria. *Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação*. Disponível em: www.tjmt.jus.br/file/estereotipos_Genero_Valeria_Pandjarjian. Acesso em: 20 nov. 2019.

²² *Ibid.*

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0000487-12.2014.8.26.0282*. Relator: Desembargador Alcides Malossi Júnior, 01 de setembro de 2016.

trecho abaixo do referido acórdão é de extrema importância para ilustrar o que se passa em muitos ambientes domésticos brasileiros e o quão é importante levar em consideração depoimento contundente e seguro da vítima, ainda que seja o único meio de prova:

Na maioria das vezes, ocorre entre as quatro paredes da casa, dificilmente presenciada por terceiras pessoas. Não se trata de ação esporádica e eventual. De outra parte, instala-se a chamada conspiração do silêncio. O grupo familiar tem dificuldade em romper o silêncio para exteriorizar a violência sofrida pela mulher. A própria mulher sente-se constrangida em dar a conhecer a agressão ou a humilhação a que é submetida pelo companheiro, marido, namorado, quando não, sente-se amedrontada, em face das consequências, que poderão advir do momento em que der visibilidade à violência sofrida. Há que ter em conta, ainda, que na violência doméstica, a mulher e o agressor, via de regra, estão ligados por vínculos afetivos, dependência emocional, laços sentimentais, sentimentos contraditórios. A violência de início, quase imperceptível, representada por ameaças verbais, atitudes humilhantes, lesões ligeiras - aparentemente sem significado - com passar do tempo torna-se constante e cada vez mais intensa. Chega ao ponto de tirar a vida da mulher. No âmbito do fenômeno social da violência contra a mulher, a Lei Maria da Penha - 11.340/06 representa conquista da sociedade brasileira, instrumento de ação afirmativa, que visa assegurar a tutela da mulher em sua dimensão de pessoa humana.²⁴

Registra-se que a postura do Tribunal Paulista é de prestigiar a Lei Maria da Penha, reconhecendo-a como importante instrumento para assegurar a tutela jurídica de proteção à mulher, vítima de violência.

Há que expor, ainda, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que aborda a questão do machismo na sociedade e a aplicação da Lei 11.340/06. Trata-se do caso de violência doméstica em que réu pleiteou a absolvição com base em excludente de culpabilidade da embriaguez voluntária ou aplicação do princípio da intervenção mínima.

O Tribunal de Justiça afastou tais teses defensivas uma vez que (i) não foi demonstrado que a embriaguez era fortuita e completa e (ii) o tipo de crime em questão é um dos que mais se espalha pela sociedade, possuindo “resquícios anteriores do ‘machismo’ tão arraigado em tempos passados, que, mesmo no caso, em que tenha um resultado em ferimentos de natureza leve, não pode deixar de sofrer reprimenda como dispõe a lei”, não se podendo falar em intervenção mínima do Estado²⁵.

No caso concreto acima, a resposta jurisdicional está em consonância com os preceitos estabelecidos pela Lei Maria da Penha, refletindo os anseios da sociedade quando de seu advento e traduzindo o impacto do movimento feminista no direito brasileiro. Ao fundamentar uma decisão judicial para afastar a intervenção mínima do Estado no caso concreto, como forma de mostrar à sociedade que os resquícios do machismo ainda se fazem presentes na sociedade, e que autorizam, de certa forma, um convívio de dominação de um sexo pelo outro através da violência, mostra para a sociedade que tal estrutura deve ser combatida e o agressor punido, ainda que o dano físico não seja considerado grande.

Na mesma linha, demonstrando o machismo arraigado na sociedade e que deve ser combatido, pode ser visto em julgamento referente à violência doméstica, em que foi mantido o aumento da pena imposta ao réu em 1/3, diante da gravidade exacerbada do crime, tendo em vista que as agressões ocorreram na frente do filho do casal. Para o julgador, a atitude do réu demonstra claro desprezo para com o bem-estar da criança e, ainda, aponta para a “grave disseminação da violência contra a mulher e o machismo estrutural em nossa sociedade, que

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2069576-85.2019.8.26.0000*. Relatora: Desembargadora Angélica de Almeida, 18 de setembro de 2019.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0052731-32.2014.8.26.0050*. Relator: Desembargador Alcides Melossi Júnior, 1 de fevereiro de 2018.

ocorre com frequência exatamente pela exposição de exatamente pela exposição de crianças a esta espécie de violência no seio familiar”²⁶.

Interessante, também, é a conduta que o Tribunal de Justiça Paulista teve com relação a um mandado de segurança impetrado por uma pessoa do sexo masculino, mas socialmente do sexo feminino. Para o Tribunal, a Lei Maria da Penha deve ser interpretada de forma extensiva, pois seu artigo 6º refere-se às mulheres que sofrem violência de gênero, “e é como gênero feminino que a impetrante se apresenta social e psicologicamente”²⁷. Continua o fundamento:

Tem-se que a expressão “mulher”, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano, dentre as quais GABRIELA não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo, e aqui GABRIELA pode ser considerada mulher. A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos.²⁸

Neste ponto, a desembargadora traz importante lição de Maria Berenice Dias, escrita na obra “Lei Maria da Penha na Justiça”, sobre a extensão da interpretação do artigo 6º da Lei 11.340/2006:

Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, que tenha identidade com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra ela no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência.²⁹

De outro lado, vale mencionar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde que a Lei 11.340 de 2006 foi sancionada, passou por algumas adaptações de ordem administrativa para garantir melhor tutela jurisdicional aos casos de violência doméstica. No ano de 2009, foi inaugurado o primeiro Juizado Central de Violência Doméstica. Em 2011, foi criado o Foro Central Familiar de Violência Doméstica contra a Mulher, além de serem instaladas mais seis varas especializadas. No ano seguinte, foi criada a Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Poder Judiciário (COMESP). Já no campo da atividade jurisdicional, o Judiciário Paulista, desde o ano de 2013 até junho de 2019, concedeu 475.824 medidas protetivas³⁰.

Como demonstrado na pesquisa jurisprudencial, o comportamento do Tribunal de Justiça Paulista, desde o advento da Lei Maria da Penha, é o de criar mecanismos, tanto de ordem administrativa para melhor exercício da atividade jurisdicional em atender os casos de violência contra a mulher, como na atuação dos desembargadores, cuja postura é sempre atenta para assegurar o direito da mulher e lhe entregar a tutela jurisdicional de proteção. Repita-se: os acórdãos encontrados demonstram que a tutela protetiva é garantida na maioria dos casos, sendo negada quando os autos não estão carregados de provas que permitam ao desembargador

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0001221-78.2015.8.26.0006*. Relator: Desembargador Sérgio Mazina Martins, 13 de setembro de 2017.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000*. Relatora: Desembargadora Ely Amioka, 8 de outubro de 2015.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.310/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58.

³⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *13 anos da Lei Maria da Penha: instrumento no combate à violência de gênero*. São Paulo, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=58406>. Acesso em: 18 fev. 2020.

conceder as medidas protetivas. Portanto, de acordo com a pesquisa jurisprudencial realizada, não há que se falar em estereótipos de gênero nos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando da aplicação da Lei Maria da Penha. Quanto às medidas protetivas não concedidas, tal fato ocorre, pois, via de regra, há vício insanável ou em razão da ocorrência de prescrição ou decadência, o que demonstra a força da referida lei e adesão do Tribunal em garantir amplamente sua eficácia em prol dos direitos das mulheres. Desta forma, o tribunal paulista se distancia cada vez mais de um passado em que o julgador buscava qualquer brecha, como uma forte resistência à concessão dos direitos pertencente à vítima.

De outro giro, há que se ressaltar que essa é a realidade das mulheres que puderam ter acesso ao Poder Judiciário, mas não de todas as vítimas de violência (crítica com base no feminismo jurídico), levando às muitas mulheres excluídas a crer que a legislação protetiva seja apenas uma carta de boas intenções, sem efetivamente poder exercer seus direitos que dela decorram e se valer das medidas protetivas quando mais necessitam para tentar minimizar a violência diária que experimentam. Todavia, não há como a pesquisa obter os dados de quantas pessoas tiveram negado seu acesso à justiça. O objeto deste tópico concerne aos casos que efetivamente puderam ser levados ao Tribunal de Justiça Paulista e os seus resultados.

Por fim, outro fato interessante de registrar é que a maioria dos desembargadores são homens, o que, por um lado, poderia levar a concluir, com base numa crítica construída pelo feminismo jurídico, que o sistema é sexista, tendo em vista o sexo dos julgadores e não há tantos espaços preenchidos pelas mulheres. O intérprete e aplicador da lei não sendo do sexo feminino, principalmente em casos que envolvem a aplicação de medidas protetivas às mulheres, pode fazer do sistema jurídico sexista. Contudo, em que pese a baixa representatividade das mulheres no cargo de julgadoras no Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, ainda assim esse não foi o fator determinante. Os resultados obtidos e demonstrados acima revelam que as medidas protetivas foram concedidas ou mantidas.

Efetivamente, portanto, o Tribunal cumpre o seu papel, nos anseios pelos quais a Lei Maria da Penha foi criada. A crítica do sistema como um todo deve ser direcionada aos demais componentes do Estado que, apesar de alguns avanços, ainda não consegue abarcar todas as mulheres vítimas de violência. O sistema não funciona adequadamente quando da constatação e do relato da violência ou, quando concedidas as medidas protetivas, de nada adianta se o agressor continua praticando seus atos contra as mulheres. São comuns, por exemplo, notícias como “Mulheres falam sobre dificuldades no cumprimento de medidas protetivas da Lei Maria da Penha em Montes Claros”³¹, “Lei Maria da Penha ainda não está sendo aplicada devidamente”³². É mais alarmante quando se constata que pouco mais da metade das mulheres não buscam denunciar o agressor e conseqüentemente se valer das medidas protetivas: “Maioria das mulheres não denuncia agressor à polícia ou à família, indica pesquisa”³³. Segundo consta na última notícia, 52% das mulheres se calam diante da agressão por medo das conseqüências, seja porque o agressor pode voltar a praticar a violência, seja porque, caso a punição seja efetivada, a sociedade poderá julgá-la por ter “prejudicado” tal agressor.

Esse o cenário catastrófico que faz concluir que o Direito, numa visão abarcada pelo

³¹ GORAIEB, Juliana. Mulheres falam sobre dificuldades no cumprimento de medidas protetivas da Lei Maria da Penha em Montes Claros. *GI*, Grande Minas, 20 ago. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/grande-minas/noticia/2018/08/20/mulheres-falam-sobre-dificuldades-no-cumprimento-de-medidas-protetivas-da-lei-maria-da-penha-em-montes-claros.ghtml>. Acesso em: 18 fev. 2020.

³² PESSOA, Adélia Moreira. *Lei Maria da Penha ainda não está sendo aplicada devidamente*. *ConJur*, 25 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-25/adelia-pessoa-maria-penha-nao-sendo-aplicada-devidamente>. Acesso em: 18 fev. 2020.

³³ ZAREMBA, Júlia. Maioria das mulheres não denuncia agressor à polícia ou à família, indica pesquisa. *Folha de S. Paulo*, 26 fev. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/maioria-das-mulheres-nao-denuncia-agressor-a-policia-ou-a-familia-indica-pesquisa.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2020.

feminismo jurídico, como um complexo que vai além da norma jurídica, ainda é sexista e misógino.

Conclusão

O impacto do feminismo no Direito é inegável. Não há como dissociar a construção do sistema jurídico que temos hoje sem a interferência dos movimentos feministas. A reviravolta do nosso ordenamento teve como uma de suas engrenagens justamente as pautas adotadas por tais movimentos sociais, em suas diversas feições.

No Direito brasileiro, a Lei Maria da Penha é produto de um enorme esforço do movimento feminista, da sociedade civil e da atividade legislativa, ainda que haja críticas ao texto legal. Há que se ressaltar, todavia, que, para o feminismo jurídico, a implantação de uma legislação voltada à proteção da mulher não necessariamente chega a todas as destinatárias, uma vez que há inúmeros casos em que algumas autoridades policiais não dão a devida atenção aos relatos das vítimas, o que inviabiliza o acesso à justiça. Ademais, há casos em que o ambiente doméstico está dominado pelo homem, impondo barreiras psicológicas à vítima, amedrontando-a para que não deflagre medida judicial adequada.

Através do feminismo jurídico, o Direito, como um sistema, pode ser falho, pois não é capaz de abarcar todas as vítimas e garantir a sua proteção. Nesse caso, o Direito pode ser encarado como sexista e misógino, se compreendido em sua ampla estrutura e não só ao corpo da lei. Aqui entende-se como a norma efetivamente aplicada e surtindo efeitos na sociedade que, em muitos casos, como já explicitado, o seu alcance não é completo, excluindo muitas mulheres da proteção estatal.

De outro lado, no que tange especificamente à atuação jurisdicional do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não é possível afirmar, com base na pesquisa jurisprudencial realizada, que existam estereótipos de gênero na aplicação da Lei Maria da Penha nos julgados, o que pode ser evidenciado pela enorme maioria dos julgados encontrados que concedem as medidas protetivas ou as mantêm quando concedidas em primeira instância. Tais medidas de proteção somente são negadas quando existir grave vício processual ou a impossibilidade de concessão, como no caso da prescrição ou decadência do Direito.

O Tribunal de Justiça Paulista, além de abraçar os anseios da Lei Maria da Penha, no âmbito administrativo promove diversas mudanças para que a lei possa ser aplicada a todas as vítimas, incentivando-as a quebrar o silêncio imposto pela ameaça do agressor, de modo a minimizar os aspectos que são criticados pelo feminismo jurídico, ou seja, a efetivação real da legislação, a proteção efetiva da vítima, não servindo a lei tão somente como uma carta de boas intenções.

Referências

- ANGELO, Tiago. *Juiz determina aplicação da Lei Maria da Penha em favor de mulher trans*. ConJur, 26 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-26/juiz-alagoas-aplica-lei-maria-penha-favor-mulher-trans>. Acesso em: 1 fev. 2020.
- BANDEIRA, Lourdes. Prefácio. In: BLAY, Eva Alterman. *Assassinatos de mulheres e direitos humanos*. São Paulo: Editora 34, 2008. p. 7-13.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo – fatos e mitos*. Trad. Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento nº 2069576-85.2019.8.26.0000*. Relatora: Desembargadora Angélica de Almeida, 18 de setembro de 2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0007025-29.2007.8.26.0581*. Relator: Desembargador Renê Ricupero, 03 de novembro de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0000487-12.2014.8.26.0282*. Relator: Desembargador Alcides Malossi Júnior, 01 de setembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0052731-32.2014.8.26.0050*. Relator: Desembargador Alcides Melossi Júnior, 1 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0001221-78.2015.8.26.0006*. Relator: Desembargador Sérgio Mazina Martins, 13 de setembro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Mandado de Segurança nº 2097361-61.2015.8.26.0000*. Relatora: Desembargadora Ely Amioka, 8 de outubro de 2015.

CUBAS, Marina Gama; ZAREMBA, Júlia; AMÂNCIO, Thiago. Brasil registra 1 caso de agressão a mulher a cada 4 minutos. *Folha de S. Paulo*, 9 set. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/brasil-registra-1-caso-de-agressao-a-mulher-a-cada-4-minutos-mostra-levantamento.shtml>. Acesso em: 20 jan. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.310/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GORAIEB, Juliana. Mulheres falam sobre dificuldades no cumprimento de medidas protetivas da Lei Maria da Penha em Montes Claros. *G1, Grande Minas*, 20 ago. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/grande-minas/noticia/2018/08/20/mulheres-falam-sobre-dificuldades-no-cumprimento-de-medidas-protetivas-da-lei-maria-da-penha-em-montes-claros.ghtml>. Acesso em: 18 fev. 2020.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Dos procedimentos – artigos 13 a 17. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 327-335.

LOURO, Guacira. *Epistemologia feminista e teorização social – desafios, subversões e alianças*. Coletânea Gênero plural. Curitiba: UFPR, 2002.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017.

MOTTA, Alda Britto da; SARDENBERG, Cecília; GOMES, Márcia. *Um diálogo com Simone de Beauvoir e outras falas*. Salvador: NEIM/UFBA, 2000.

PANDJIARJIAN, Valéria. *Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação*. Disponível em: www.tjmt.jus.br/file/estereotipos_Genero_Valeria_Pandjiarjian. Acesso em: 20 nov. 2019.

PESSOA, Adélia Moreira. *Lei Maria da Penha ainda não está sendo aplicada devidamente*. *ConJur*, 25 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-25/adelia-pessoa-maria-penha-nao-sendo-aplicada-devidamente>. Acesso em: 18 fev. 2020.

SILVA, Saete Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 4, n. 1, p. 83-102, jan./mar. 2018. p. 90. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv/83-102>. Acesso em: 25 jan. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *13 anos da Lei Maria da Penha: instrumento no combate à violência de gênero*. São Paulo, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=58406>. Acesso em: 18 fev. 2020.

ZAREMBA, Júlia. Maioria das mulheres não denuncia agressor à polícia ou à família, indica pesquisa. *Folha de S. Paulo*, 26 fev. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/maioria-das-mulheres-nao-denuncia-agressor-a-policia-ou-a-familia-indica-pesquisa.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2020.

Obras consultadas

CALAZANS, Myllena; CORTES, Íaris. *O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha*. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_3_criacao-e-aprovacao.pdf. Acesso em: 25 ago. 2019. p. 39-63.

DURAN, Camila Villard. *Como ler decisões judiciais*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4318162/mod_resource/content/1/Duran.%20Como%20ler%20decis%C3%B5es%20judiciais.pdf. Acesso em: 18 nov. 2019.

FEBERBAUM, Marina. *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. Feministas ressignificando o direito: desafios para aprovação da Lei Maria da Penha. *Direito & Práxis*, v. 8, n. 1, p. 616-650, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n1/2179-8966-rdp-8-1-0616.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2019.

OLSEN, Francis. *El sexo del derecho*. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-del-derecho.pdf>. Acesso em: 3 set. 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 65, p. 3-76, maio 2003. Disponível em:

http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF. Acesso em: 5 maio 2019.

SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 89, p. 153-170, 2010. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/3759>. Acesso em: 25 out. 2019.

SILVA, Saete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. Uma reflexão feminista sobre o conceito de justiça de gênero. *Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica*, v. 2, n. 1, p. 1-27, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/1086>. Acesso em: 12 dez. 2019.

A conquista dos direitos LGBT: uma análise a partir da historiografia do movimento social em prol da diversidade sexual e de gênero

MÁRCIA MARIA MENIN

Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil (UNIFIPA). Advogada.

LUÍS AUGUSTO GUAREIS DOS SANTOS

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

GUILHERME BARTHOLOMEU DOS SANTOS

ISABELLE ANASTÁCIO

JULIA CAMPOS DE OLIVEIRA

LAREN NASCIMENTO

MÁRIO QUIUDINI NETO

POLIANA ROSA DOS SANTOS

TÚLIO JOSÉ BRUNETTI

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente artigo científico tem como objeto a análise da situação vivenciada pela comunidade LGBT durante o período do regime militar brasileiro, notadamente marcado pelo conservadorismo e pela intensa repressão a qualquer forma de dissidência às políticas oficiais. Busca-se compreender, ademais, a participação desta comunidade específica nos movimentos sociais pela redemocratização do Brasil e pela conquista de direitos em prol da diversidade sexual e de gênero.

Palavras-chave: Homossexualidade. Gênero. Ditadura militar. Brasil. Direitos LGBT.

Abstract: The purpose of this scientific article is to analyze the situation experienced by the LGBT community during the period of the Brazilian military regime, notably marked by conservatism and the intense repression of any form of dissent from official policies. It also seeks to understand the participation of this specific community in social movements for the redemocratization of Brazil and for the conquest of rights in favor of sexual and gender diversity.

Keywords: Homosexuality. Genre. Military regime. Brazil. LGBT rights.

Introdução

O presente trabalho tem como objeto uma pequena análise historiográfica da conquista dos direitos da comunidade LGBT no Brasil a partir da análise do regime militar e do movimento social em prol da diversidade sexual e de gênero.

Inicialmente, para compreender a luta pela eficácia dos direitos da diversidade sexual e de gênero na atualidade, será necessário apresentar breve exposição sobre o período em que ocorre a ditadura como violadora de direitos, mas também como terreno em que se apresentou os então incipientes movimentos em prol da igualdade de direitos e o respeito à diferença em termos de sexualidade humana.

Neste período, a violação aos direitos humanos mostrava-se flagrantemente expressiva e violenta, porquanto, homossexuais e travestis configuravam corpos e afetos dissidentes, fato absolutamente rejeitado pela sociedade e pelo Estado conservadores.

Surgem os movimentos sociais e com eles, gradativamente, alguns direitos foram conquistados. Contudo, como será visto durante o trabalho, o Estado conservador há décadas se omite e deixa a cargo do Poder Judiciário a efetivação de medidas protetivas e medidas protetivas e garantidoras da dignidade da população LGBT. Nesse sentido, a efetiva participação de todos os Poderes do Estado poderá, quiçá, dar início a uma importante reversão ao quadro de LGBTfobia estrutural que desde sempre acomete o Brasil.

A ditadura no Brasil: breve relato histórico

O período da ditadura militar, instaurada no país de 1964 a 1985, foi marcado por sucessivas mudanças políticas, econômicas, sociais e culturais, bem como pela gradativa e intensa repressão político-social aos seus opositores. Historicamente, ela se divide em cinco fases: a primeira, de constituição do regime político ditatorial-militar nos governos Castello Branco e Costa e Silva (de 1964 a 1968); a segunda fase, de consolidação do regime realizada pelo governo Médici (de 1969 a 1974); a terceira fase, de transformação no governo Geisel (de 1974 a 1979); a quarta fase, de desagregação do regime ditatorial-militar com o governo Figueiredo (de 1979 a 1985); e, por último, a fase de transição da ditadura militar para um regime liberal-democrático com o governo Sarney (1985-1989).

Como sabido, ditaduras são bastante centralizadoras, uma vez que o poder fica extremamente concentrado nas mãos da pessoa ou grupo que governa o Estado, com pouca ou nenhuma abertura para o debate político. Os espaços de comunicação e deliberação costumam ser fortemente regulados ou suprimidos. Isso inclui a imprensa, os poderes legislativo e judiciário, que deixam de ser independentes, assim como são em um regime democrático e, ademais, há a proibição da existência dos próprios partidos políticos.

No caso do Brasil, em todo o período ditatorial, o fim das liberdades democráticas, a repressão e o terror como política de Estado foram formulados por meio de uma arquitetada estrutura legislativa que dava sustentação ao regime militar.

O grupo militar responsável por assumir o poder em 1964 vinha de uma tradição militar mais antiga que remontava à participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial. A participação nacional ao lado dos países aliados acabou sedimentando uma estreita vinculação entre oficiais norte-americanos e brasileiros, o que influenciou na criação da Escola Superior de Guerra (ESG) vinculada ao Estado Maior das Forças Armadas.

Foi justamente na ESG que se formularam os princípios da Doutrina de Segurança Nacional e alguns dos seus subprodutos, como, por exemplo, o Serviço Nacional de Informações (SNI). Essa doutrina transformou-se em lei no ano de 1968, com a publicação do Decreto-Lei n° 314/68, que tinha como objetivos principais identificar e eliminar todos aqueles que questionavam e criticavam o regime estabelecido.

De início, a nova estrutura de poder e de controle social se materializou com a publicação do Ato Institucional n° 1, que transformou a ordem jurídica até então estabelecida. No preâmbulo, os militares já enfatizavam essa nova realidade.

O ato institucional que é hoje editado se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído os meios indispensáveis à ordem de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar de modo direto e imediato os graves e urgentes problemas de que dependem a restauração da ordem interna e o prestígio internacional de nossa pátria.¹

Com esse primeiro ato de constituição do regime, foi institucionalizado o sistema de eleição indireta para Presidente da República, bem como foi dado poder ao Presidente para ditar a nova Constituição, fechar o Congresso, decretar estado de sítio, impor investigação sumária aos funcionários públicos contratados ou eleitos, abrir inquéritos e processos para apurar responsabilidades pela prática de crime contra o Estado ou contra a ordem política e social, suspender direitos políticos de cidadãos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos de deputados federais, estaduais ou vereadores.

¹ HELLER, Milton Ivan. *Resistência democrática: a repressão no Paraná*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 627.

Sabe-se que durante todo o período militar foram editados 17 atos institucionais, sendo o mais polêmico e violento o AI-5, publicado em 13 de dezembro de 1968, dado que suspendeu o princípio do *habeas corpus* e instituiu, de forma clara e objetiva, a tortura e a violência física contra os opositores do regime.

Partindo da característica repressiva deste sistema de governo, o primeiro ciclo de repressão foi originado em meio à turbulência do golpe de 1964 e teve, como base, principalmente, a retirada do âmbito político de pessoas vinculadas ao governo deposto de João Goulart. Fisicamente, a violência recaía apenas sobre os trabalhadores e camponeses que, aos olhos dos militares, poderiam acabar desenvolvendo um foco de combate e resistência contra o governo oficial. O segundo ciclo, datado de 1965 a 1966, desmontou o aparelho democrático do Estado, como as eleições diretas, o pluripartidarismo e a existência de organizações sociais livres. Finalmente, o terceiro ciclo iniciado com a edição do AI-5 que “realizou amplos expurgos em órgãos políticos representativos, universidades, redes de informação e no aparato burocrático do Estado, acompanhado de manobras militares em larga escala, com indiscriminado emprego da violência contra todas as classes”².

O manto dos atos institucionais e a autoridade absoluta dos militares serviriam como proteção e salvaguarda do trabalho das forças repressivas, independentemente dos métodos de ação utilizados. Para a efetivação, foram criados vários órgãos de repressão, como o SNI, os DOI-CODI, o CIEX, o CENIMAR, a CISA, além do fortalecimento dos DOPS em todos os Estados. Foram criados, ainda, os Inquéritos Policiais Militares (IPM), cujo objetivo era processar e criminalizar militantes e políticos que lutavam contra o regime militar.

Em linhas gerais, a principal reflexão a respeito da ditadura militar brasileira refere-se à forma como o regime autoritário foi desenvolvido no país. O modelo político foi articulado por uma notável ambiguidade, pois, mesmo no exercício de um regime de exceção, os dirigentes procuravam legitimá-lo e caracterizá-lo como um sistema de governo democrático, induzindo o povo de que a adoção de ações e comportamentos seriam, tão somente, em nome da defesa da democracia no país.

Contudo, constatou-se que, ao longo dos anos de permanência dos militares no poder, a existência de uma administração democrática foi apenas fictícia, haja vista o contundente papel repressor desempenhado pelos órgãos policiais e jurídicos a fim de suplantar possíveis distúrbios sociais que afetassem o andamento das atividades do Estado.

Em princípio, o golpe militar era visto como um movimento de curta duração e de alcance limitado. No entanto, com o decorrer dos primeiros dias, o comando militar se estruturava sobre pilares do autoritarismo e automeava-se salvador da democracia. O golpe se caracterizava como uma intervenção corretiva que se destinava a preservar valores democráticos, mas essa aparência democrática era apenas teórica. As punições foram as mais variadas e regulamentadas pelo combate à subversão e à corrupção.

O governo de Emílio Garrastazu Médici (1969-1974) representou o período de maior repressão, de arbitrariedade e de prepotência de todo o ciclo militar. Por outro lado, o chamado milagre econômico, que se processou entre os anos de 1968 e 1973, estigmatizado, principalmente, pelos grandiosos projetos públicos e pelo acelerado crescimento econômico, diminuiu o impacto causado pelas medidas de segurança utilizadas pelo governo. Além do que, pela ação de um *marketing* eficiente e uma censura forte, criou-se um clima de ufanismo em toda a nação, contribuindo, em grande medida, para o fortalecimento da imagem do presidente que angariou grande margem de prestígio, principalmente nas camadas populares.

² ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 141.

Foi no governo de Médici e, com menor ênfase no governo do General Ernesto Geisel (1974-1979), que os grupos identificados com as guerrilhas urbana e rural foram sendo progressivamente eliminados. A repressão desencadeada na época atingiu centenas, talvez milhares de pessoas envolvidas com a luta armada.

Com isso, é possível perceber, desde já, que os movimentos sociais se constituíram em elementos de grande relevância na história das conquistas democráticas no Brasil, como será abordado de forma mais específica nos próximos tópicos deste trabalho. São movimentos que nasceram da iniciativa popular, cujo objetivo teve origem e foi motivado pelas mazelas ocorridas no interior da sociedade, seja pela imposição de um regime autoritário, seja entre o universo do capital em detrimento ao trabalho, pela exclusão de certos grupos sociais, pela assimetria de gênero e de raça, dentre outros destemperos que causaram e ainda causam um impacto profundo nas instituições da sociedade.

Todo o esforço de democratização, de criação de uma esfera pública, de fazer política, enfim, no Brasil, decorreu, quase por inteiro, da ação das classes dominadas. Política no sentido em que a definiu Rancière: a da reivindicação da parcela dos que não têm parcela, a da reivindicação da fala, que é, portanto, dissenso em relação aos que têm direito às parcelas, que é, portanto, desentendimento em relação a como se reparte o todo, entre os que não têm parcelas ou partes do todo e os que não têm nada.³

Certo é que, durante o período de regime militar, muitos grupos resistiram ao autoritarismo imposto, à supressão dos direitos fundamentais, ao excesso de violência, ao aniquilamento da liberdade, à imposição da censura. Pode-se, assim, elencar alguns grupos sociais de destaque desse período, dentre os quais: os estudantes (União Nacional dos Estudantes - UNE); a Igreja Católica que, mesmo dividida entre as chaves “direita” e “esquerda”, contou com inúmeros religiosos (padres, freis, bispos, cardeais) na luta contra os militares com pregações e manifestações; os movimentos feministas; os sindicatos que lutavam com greves e manifestações; e os movimentos LGBT, objeto de estudo e análise do presente trabalho.

O movimento LGBT como mola propulsora para a aquisição de direitos

Os movimentos sociais se referem à ação coletiva de um grupo organizado que tem como objetivo alcançar mudanças sociais por meio do embate político, dentro de uma determinada sociedade e de um contexto específico. Na ação concreta, essas formas adotam diferentes estratégias que variam da simples denúncia, passando pela pressão direta (mobilizações, marchas, concentrações, passeatas, distúrbios à ordem constituída, atos de desobediência civil, negociações etc.) até as pressões indiretas. Faz parte desse conceito de movimentos sociais, os movimentos populares, sindicais e as Organizações Não Governamentais (ONGs).

No Brasil, sabe-se que tais grupos ganharam maior importância a partir da década de 1960, quando surgiram os primeiros movimentos de luta contra a política vigente, ou seja, em razão da insatisfação da população com as transformações ocorridas tanto no campo econômico quanto no campo social, embora, na década de 1950 os movimentos nos espaços rural e urbano adquiriram visibilidade, com destaque ao “Movimento dos Trabalhadores Sem Terra” (MST), “Movimento dos Trabalhadores Sem Teto” (MSTS) e os movimentos em defesa dos índios, negros e das mulheres.

Contudo, em qualquer período de atuação dos movimentos sociais, observa-se um

³ OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. *Os sentidos da democracia*. Políticas do dissenso e hegemonia global. Rio de Janeiro: Vozes, 2000. p. 60-61.

cenário em que se encontram entidades que buscam a mera integração dos excluídos, por meio da participação comunitária em políticas sociais exclusivamente compensatórias, e, ainda, é nítido o aparecimento de outras entidades, redes e fóruns sociais que buscam a transformação social por meio da mudança do modelo de desenvolvimento que impera no país, inspirados em um novo modelo civilizatório no qual a cidadania, a ética, a justiça e a igualdade social sejam imperativos, prioritários e inegociáveis.

Os atingidos pela repressão ditatorial eram os mais variados possíveis, desde os que se organizavam politicamente contra o regime, até estudantes que restavam vetados de cursos e leituras considerados subversivos. O regime também operava requintadamente contra a participação social e política de grupos historicamente marginalizados no Brasil, como a população LGBT, mulheres, negros e indígenas. As consequências dessa perseguição e as de sua resistência reverberam até hoje no estado democrático de direito brasileiro.

Ao se propor analisar o papel dos homossexuais nos movimentos sociais, objeto de estudo deste artigo, pretende-se ir além da conquista de direitos, uma vez que existe também, por trás de todo esse movimento, uma luta por reconhecimento perante a sociedade.

Se a ideia de uma “luta por reconhecimento” tem de ser entendida como um quadro interpretativo crítico de processos de evolução social, então é preciso, para concluir, uma justificação teórica do ponto de vista normativo pelo qual ela deve deixar-se guiar: descrever a história das lutas sociais como um processo gerido requer a antecipação de um estado último preliminar, de cujo ângulo de visão é possível uma classificação e avaliação dos fenômenos particulares.⁴

Por muito tempo, adotou-se a LGBTfobia como política de Estado, espalhada em uma época de forte discurso moralista e conservador. Essa política de Estado foi praticada por serviços de censura moral, o que inclui, como sabido, a própria polícia.

Assim, o regime ditatorial operava também na ambiguidade legislativa: embora não houvesse criminalização à sexualidade do indivíduo, a população LGBT era alvo de perseguições sistemáticas, arbitrárias, torturas, chantagens, prisões ilegais e massivas sob a acusação de contravenção de vadiagem ou atentado ao pudor.

Em meio ao contexto ditatorial, as formações de grupos sociais tinham como principal objetivo denunciar e resistir às imposições da ditadura civil-militar, em um cenário em que a homossexualidade era malvista inclusive pela esquerda revolucionária, a qual, bem como o restante da sociedade, reprimia e abafava toda prática sexual diversa da normativa. É nesse cenário que o movimento homossexual surge, mas suas premissas se confundem ao decorrer do tempo, pois se torna intrínseca a luta pelos seus direitos e a luta pelo fim da ditadura⁵.

O grupo “Somos de Afirmação Sexual” canaliza o início de uma articulação em prol da homossexualidade durante o regime ditatorial e que inicialmente era composto integralmente por homens gays e, posteriormente, receptivo às mulheres lésbicas, mesmo que com ressalvas. Marca-se, neste mesmo quadro, o surgimento do jornal “Lampião da Esquina”, grande aliado ao movimento homossexual, meio pelo qual as ideias e a vivência do movimento ganhavam publicidade, de forma explícita e naturalizada, auxiliando na organização e articulação dos membros destes grupos.

Dessa forma, o movimento para libertação sexual marcou certo pioneirismo nas lutas sociais da metade do século XX no Brasil e, a partir deste movimento, outras lutas acerca da diversidade sexual foram desenvolvidas, se diferenciando ainda das reivindicações acerca de

⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 269.

⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Da dissidência à diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da ditadura à democracia. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (org.). *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: UFSCar, 2014.

classe social ou dos problemas de distribuição de riqueza. Isto porque a premissa do movimento nunca fora a reivindicação de bens, mas sim o respeito e a liberdade de ser, ou seja, tratava-se de transferir para a esfera social a condição homossexual e consequentemente firmar identidades, o que é vetado no então período vigente.

Para fins de caracterização do movimento LGBT, Simões e Facchini expõem:

O desabrochar de um movimento homossexual no Brasil se deu no final da década de 1970, com o surgimento de grupos voltados explicitamente à militância política, formados por pessoas que se identificavam como homossexuais (usando diferentes termos para tanto) e buscavam promover e difundir novas formas de representação da homossexualidade, contrapostas às conotações de semvergonhice, pecado, doença e degeneração. Considerando tais características – de aglutinar pessoas dispostas a declarar sua homossexualidade em público e que se apresentavam como parte de uma minoria oprimida em busca de alianças políticas para reverter essa situação de preconceito e discriminação –, podemos dizer que o movimento político em defesa da homossexualidade no Brasil já completou trinta anos. O marco consagrado nessa historiografia particular é a formação do grupo Somos, em São Paulo, em 1978, na mesma época em que era lançado o *Lampião*, jornal em formato tablóide que se voltava para um enfoque acentuadamente social e político da homossexualidade, assim como de outros temas políticos afins e até então considerados “minoritários”, como o feminismo e o movimento negro.⁶

Respondendo a uma indagação sobre os direitos dos gays em uma entrevista, o filósofo Foucault chama a atenção para o aspecto criativo e extrajurídico dos movimentos LGBT, ao recordar dos importantes efeitos liberadores implicados nos movimentos políticos existentes. Por certo, ele reconhece que tais movimentos contribuíram para assegurar o direito do indivíduo de escolher sua sexualidade. No entanto, a despeito daqueles ganhos jurídicos, Foucault também afirma que seria preciso:

dar um passo adiante no sentido de estimular a criação de novas formas de vida, de relações, de amizade, na sociedade, na arte, na cultura, novas formas que se instaurem através de nossas escolhas sexuais, éticas e políticas. Devemos não somente nos defender, mas também nos afirmar, e nos afirmar não somente enquanto identidade, mas enquanto força criativa.⁷

No mesmo sentido, para Foucault, a modificação das possibilidades de vida é o que realmente importa na consideração daqueles movimentos:

Mais do que defender que os indivíduos têm direitos fundamentais e naturais, deveríamos tentar imaginar e criar um novo direito relacional que permitisse que todos os tipos possíveis de relações pudessem existir e não fossem impedidas, bloqueadas ou anuladas por instituições empobrecedoras do ponto de vista das relações.⁸

Não obstante às lutas nas ruas e seus bastidores por parte dos movimentos sociais em que se obtinha o envolvimento da população LGBT durante a ditadura militar, encontra-se a repressão que essas mesmas pessoas sofriam por parte do Estado brasileiro.

Exemplo dessa repressão eram as rondas policiais noturnas e prisões de travestis que existiam na cidade de São Paulo e que eram justificadas como averiguações, quando, na realidade, eram pretextos de saneamento das ruas, especialmente as do centro da cidade, consideradas as mais nobres. Ademais, as prisões eram implementadas sob o olhar preconceituoso e conservador que norteava o comando do Estado, altamente militarizado,

⁶ SIMÕES, Júlio; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009. p. 13.

⁷ FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. v. 3. p. 736.

⁸ *Ibid.*, p. 310.

rígido e corrupto, que plantava a ideia social de família tradicional. Com isso, a população LGBT era uma ameaça à imagem civilizatória que os militares pregavam e, em razão de tal ameaça, seria necessária atitude como a “higienização social”, isto é, a retirada da rua e, conseqüentemente, da sociedade, de pessoas com sexualidade divergente, fato que ocorreu, mormente com a população travesti.

Outro exemplo muito importante na história foi o chamado crime de vadiagem, previsto desde 1890, foi posteriormente associado principalmente às figuras consideradas subversivas no período militar, no caso, dentre outras, a população LGBT. Neste período, foi promulgada a Lei nº 6.416/1977, que vedava qualquer pagamento de fiança para o chamado crime de vadiagem, impossibilitando a soltura das pessoas injustamente presas. Tendo isso em vista, tal crime foi efetivamente útil para as bases do conservadorismo militar à época como forma de repressão e agressão à população travesti que, desde então, marginalizada pela sociedade, buscava seu sustento nas ruas.

Assim, é possível verificar que a trajetória do ativismo LGBT no Brasil é permeada por mudanças e reconfigurações substanciais motivadas tanto pelas dinâmicas internas da militância quanto pelos fatores sociais externos, como as próprias reconfigurações do Estado brasileiro ou fatos e tratativas internacionais no âmbito dos direitos humanos LGBT. O fato é que este movimento social, por meio de sua organização política, tem desenvolvido forte incidência em distintos setores da sociedade, como descrevem Júlio Simões e Regina Facchini:

As reivindicações do movimento LGBT têm ganhado maior visibilidade atualmente, a ponto de suscitar projetos de lei em todos os níveis do Legislativo, assim como a formação de Frentes Parlamentares em âmbito nacional e estadual. Suas estratégias se diversificaram de modo a incorporar a demanda por direitos através do Judiciário, o esforço pelo controle social da formulação e implementação de políticas públicas, a produção de conhecimento em âmbito acadêmico, a formação de igrejas para homossexuais, setoriais em partidos políticos e, não menos importante, a construção de alternativas de política lúdica, como as próprias paradas e a organização de saraus, festivais, e mostras de arte, assim como a apropriação de manifestações já bem mais antigas na chamada “comunidade”, como concursos de Miss Gay ou Miss Trans.⁹

Portanto, os movimentos LGBT atuam, efetivamente, na luta pela conquista de direitos e respeito, denunciando valores heteronormativos, os quais, durante muitos séculos, legitimam e fortalecem princípios e práticas que estão na base da opressão sexista, como a monogamia, a discricção e a negação de sujeitos e práticas mais dissidentes da heterossexualidade e da cisgeneridade.

A aquisição de direitos pela população LGBT

A conquista dos movimentos sociais¹⁰ muito contribuiu para evolução e reconhecimento de direitos que outrora eram tão desrespeitados. A luta por uma sociedade mais inclusiva e preparada para coibir preconceitos e discriminações imotivadas parte, em grande escala, da contribuição do Poder Judiciário que vem enfrentando com maestria sua função precípua de garantir o respeito e segurança jurídica a todos os cidadãos, independente de condições, como raça, credo, gênero.

⁹ Op. cit., p. 32.

¹⁰ Importa ressaltar que a partir dos anos 1990 houve uma maior organização em termos de movimento social e estruturação da população LGBTI. Em 1995 foi realizada a Primeira Parada Gay no Brasil, no Rio de Janeiro. Neste mesmo momento Marta Suplicy propunha projeto de lei que visava regulamentar a união civil entre pessoas do mesmo sexo o qual mais tarde foi retirado de pauta. Ademais, é neste período que surgem grupos militantes cuja nomenclatura se dava por siglas tais como, GLT Gays, Lésbicas e Travestis); GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais); GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes). No presente trabalho foi utilizada a sigla LGBT, mais atual, embora não constitutiva das diversas faces da sexualidade humana, em razão da análise historiográfica, notadamente, dos gays, lésbicas e travestis.

No que se refere em especial à temática do presente trabalho, é importante frisar o dever do Estado, através do Poder Legislativo, ao elaborar leis que punam atos motivados por homofobia e transfobia, alcançando-se, através de suas normas, o convívio harmônico dentro da sociedade, conscientizando a todos da necessidade do respeito às diferenças, independente da orientação sexual e identidade de gênero.

Nesse sentido, em primeiro momento, a Constituição Federal é base fundamental para que surjam legislações infraconstitucionais que tutelem a liberdade, a igualdade e a inclusão social e jurídica de pessoas LGBT.

Se anteriormente a sociedade já começava a discussão de temas com a articulação de alguns movimentos sociais, como o LGBT, ao fim da década de 1980 houve a propulsão desses movimentos devido ao conteúdo principiológico da nova Carta, bem como os direitos e garantias fundamentais nela previstos.

Consoante referida compreensão principiológica e estabelecida para fins de garantir direitos ao cidadão, a Constituição Federal de 1988 traz, preambularmente, a promessa de assegurar esses direitos para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos¹¹, pregando um ideal de respeito a uma sociedade diversa. Ademais, o artigo 5º corrobora como um importante aliado na defesa aos direitos humanos LGBTI, à luz o princípio da igualdade dos cidadãos de usufruir de tratamento isonômico perante a lei.

Já no âmbito internacional, há importante diploma concluído em 2007 e que versa sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos relacionando-a com identidade de gênero e orientação sexual. Chamado de Princípios de Yogyakarta, este documento foi redigido por 29 países, em novembro de 2006, na cidade de Yogyakarta, Indonésia, com o intuito de fazer uma intersecção dos princípios jurídicos internacionais sobre a aplicabilidade das normas no que diz respeito às violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual e identidade de gênero. Assim, introdutoriamente, trata-se de princípios que:

Refletem a aplicação da legislação de direitos humanos internacionais à vida e à experiência das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas e nenhum deles deve ser interpretado como restringindo, ou de qualquer forma limitando, os direitos e liberdades dessas pessoas, conforme reconhecidos em leis e padrões internacionais, regionais e nacionais.¹²

A despeito da existência de indigitado diploma que norteia os direitos LGBT em âmbito internacional, somente em 2011 é que houve o reconhecimento de tais direitos sob a perspectiva dos direitos humanos. Este fato se deu após relatório elaborado pelo Alto Comissariado da Organização das Nações Unidas, o qual, além de reconhecer os direitos LGBT como direitos humanos, trouxe um estudo acurado de leis discriminatórias relativas à identidade de gênero e orientação sexual.

Todavia, em território brasileiro, grande parte das conquistas de direitos referentes à população LGBT emanam do Poder Judiciário, o que demonstra que tal proteção carece de atuação legislativa, ante a existência de ideais conservadores, sobretudo pela forte bancada religiosa no Congresso Nacional. Toda e qualquer temática que tange à orientação sexual e identidade de gênero causam tensão no Poder Legislativo, prevalecendo sempre o

¹¹ “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 uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.).

¹² CORRÊA, Sonia Onufer; MUNTARBHORN, Vitit. (org.). *Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 18 jan. 2020.

conservadorismo que tem como sustentáculos principais a sociedade enraizada no cristianismo e no patriarcado.

Quanto às conquistas no âmbito do Poder Judiciário, destaca-se, dentre tantas outras, a interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, em razão do princípio da dignidade humana¹³. Trata-se do julgamento da ADPF 132 e a ADI 4277, que estabeleceu, em 2011, paridade de tratamento e estendeu aos casais homoafetivos a mesma proteção jurídica destinada à união estável entre homem e mulher, que é conferido pelos artigos 226, §3º, da Constituição Federal, e 1.723 do Código Civil. De forma inovadora, a Corte buscou atribuir ao texto constitucional uma interpretação coerente, não reducionista, do conceito de família como instituição, buscando a eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça, editou Resolução nº 175/2013, vedando aos cartórios recusar a celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Assim, no âmbito do direito, sobretudo o civil, no Brasil não há distinção entre as relações heterossexuais e homossexuais.

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2018, concedeu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 670422, com repercussão geral reconhecida, para autorizar a alteração do registro civil de pessoa transgênero, diretamente pela via administrativa, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo¹⁴.

A decisão foi proveniente de um recurso de pessoa transexual contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que autorizou a mudança do nome, condicionando a modificação do gênero à realização de cirurgia de transgenitalização. Ademais, o tribunal gaúcho havia determinado a inserção da palavra “transexual” no registro.

A mesma Suprema Corte, em junho de 2019, estabeleceu que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero passe a ser considerada crime. Tal decisão é proveniente de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS). Assim, em seu voto, o ministro Celso de Mello reconheceu a omissão do Poder Legislativo em resolver sobre a proteção penal da população LGBT¹⁵. Desta forma, em seu voto, o ministro afirma que deve haver enquadramento da homofobia e da transfobia nos tipos penais definidos em legislação existente - tal como a Lei Federal 7.716/89 que dispõe sobre os crimes de racismo - até que o Congresso Nacional elabore norma específica para o caso. Quanto à omissão legislativa, dez dos onze ministros também a reconheceram em seus votos.

¹³ Com efeito, antes mesmo dessa importante decisão do Judiciário, o Poder Legislativo, através da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), já reconhecia as relações homoafetivas no âmbito da aplicação dos casos de violência doméstica e familiar. Em seu artigo 5º, parágrafo único, há expressa previsão de que as relações pessoais independem de orientação sexual, bastando que a vítima seja uma mulher.

¹⁴ Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 761 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário. Vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. Nessa assentada, o Ministro Dias Toffoli (Relator) reajustou seu voto para adequá-lo ao que o Plenário decidiu na ADI 4.275. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos. Vencido o Ministro Marco Aurélio na fixação da tese. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, e, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente). Plenário, 15.8.2018. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 670422*. Possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>. Acesso em: 2 abr. 2020.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019.

Ainda no que tange à Suprema Corte, em maio do ano de 2020, por maioria dos votos, foi considerada inconstitucional a proibição de doação de sangue por homens homossexuais. Tal restrição de doação encontrava-se prevista nos dispositivos de normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Na decisão proveniente da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543 prevaleceu o voto do relator, ministro Edson Fachin, que dentre outras tantas análises e considerações ponderou:

Não se pode coadunar, portanto, com um modo de agir que evidencie um amiar desse princípio maior, tolhendo parcela da população de sua intrínseca humanidade ao negar-lhe, injustificadamente, a possibilidade de exercício de empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade e de pertencimento ao gênero humano. Dessa forma, o desate da questão posta perante esta Corte deve passar necessariamente pelo conteúdo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), pelos direitos da personalidade à luz da Constituição, pela fundação que subjaz aos direitos fundamentais de liberdade e igualdade (art. 5º, caput, CRFB), bem como pela cláusula material de abertura prevista no §2º do art. 5º de nossa Constituição.¹⁶

Já no âmbito do Poder Executivo, contrariamente, o Brasil intercala momentos de avanços e retrocessos. As primeiras iniciativas foram desenvolvidas nos anos 1990 somente pela área da saúde, tendo um impulso por parte do governo somente na década seguinte, influenciando os governos estaduais e municipais a criarem espaços de gestão que tinham como atribuição gerir a políticas afirmativas de direito da população LGBT.

Um bom exemplo de uma política que foi adotada em todo país são os Centros de Referência de atendimento especializado a essa população, fruto do Programa Brasil Sem Homofobia, lançado em 2004. Houve, ainda, por parte do governo federal, a incorporação da diversidade sexual como uma dimensão estruturante de outras políticas importantes, tais como educação, saúde, assistência social, entre outras.

O governo também incorporou a participação social na gestão e na formulação das políticas públicas voltadas a esse público, realizando em 2008, 2011 e 2016, conferências específicas com a presença de delegados de todos os estados. Criou espaços de gestão no âmbito do ministério de Direitos Humanos, como a coordenação Geral de Promoção de Direitos de LGBT (2009), o Conselho Nacional de Combate à Discriminação de LGBT (2010), o Sistema Nacional de Promoção de Direitos e Enfrentamento à Violência Contra LGBT (2013) e o Comitê Interministerial de Enfrentamento à Violência Contra LGBT (2015).

Apesar da visibilidade, há inúmeras críticas contra a efetividade dessas políticas, bem como a fragilidade pelas quais foram instituídas, já que são facilmente revogadas pelo chefe do Poder Executivo ou pelos seus auxiliares, tanto que, atualmente, algumas medidas tomadas pelo atual governo demonstram a vulnerabilidade dos direitos conquistados. A primeira delas veio com a edição da Medida Provisória de nº 870/19, que retira a população LGBT da lista de políticas e diretrizes do antigo Ministério dos Direitos Humanos, hoje, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, provocando um retrocesso ainda imensurável na luta pelo reconhecimento da identidade LGBT como sujeito de direito.

Portanto, mesmo diante do contexto atual no Brasil que é de flagrante desrespeito aos direitos da população LGBT, é possível afirmar que houve significativos avanços, mesmo que com a tímida participação do Poder Legislativo¹⁷.

¹⁶ Cf. o voto do relator ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADI5543.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

¹⁷ Importa ainda frisar que outros direitos foram reconhecidos ao longo do tempo. Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia, por meio da Resolução número 01, definiu que a homossexualidade não constitui doença, tampouco distúrbio ou perversão, e proibiu que profissionais oferecessem e participassem de eventos e serviços que propusessem tratamento e cura da homossexualidade. Por sua vez, através da Instrução Normativa do INSS nº 20/2007, os benefícios previdenciários de pensão por morte e auxílio-

É necessário que o Estado compreenda as especificidades e particularidades dos sujeitos que não se apresentam de acordo com o padrão estabelecido por uma sociedade patriarcal e conservadora. Assim, o Poder Legislativo e o Poder Executivo devem atuar pela normatização e efetivação dos direitos LGBT, assim como o Judiciário deverá continuar fazendo valer sua função de guardião dos direitos fundamentais.

Conclusão

Diante de todo o exposto, tendo em vista que as normas constitucionais e internacionais consagradoras dos direitos fundamentais afirmam valores de liberdade, igualdade e justiça, direitos supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, mostra-se inconcebível, na atualidade, qualquer tipo de discriminação que envolva orientação sexual e identidade de gênero, constituindo, destarte, flagrante desrespeito aos direitos fundamentais tão caros ao Estado Democrático de Direito.

É necessário que o Estado, responsável pela elaboração de políticas públicas, promova-as e impulse-as para que assim seja possível garantir a efetividade dos direitos da diversidade sexual em todos os âmbitos. Todavia, deve este mesmo Estado combater de forma efetiva a discriminação contra a comunidade LGBT, como visto, historicamente marginalizada e despida, por tantos anos, de qualquer medida protetiva e garantidora de dignidade.

Assim, resta nítida em razão das evidências apresentadas no presente trabalho, além da efetiva participação do Estado, a imprescindível educação em direitos humanos para que possa haver certa modificação estrutural em uma sociedade que sempre teve em seus espaços de poder uma burguesia branca, heterossexual e conservadora.

Referências

- ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 670422*. Possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>. Acesso em: 2 abr. 2020.
- CORRÊA, Sonia Onufer; MUNTARBHORN, Vitit. (org.). *Princípios de Yogyakarta*: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 18 jan. 2020.
- FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. v. 3.
- HELLER, Milton Ivan. *Resistência democrática: a repressão no Paraná*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Da dissidência à diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da ditadura à democracia. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (org.). *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: UFSCar, 2014.
- OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. *Os sentidos da democracia*. Políticas do dissenso e hegemonia global. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

reclusão também passam a ser dirigidos aos casais homossexuais. Em 2010, o Ministério da Fazenda estendeu o direito de declaração conjunta para os casais homoafetivos e, em 2016, a presidente Dilma Rousseff assinou decreto que permitiu transexuais e travestis usarem seu nome social em todos os órgãos públicos, autarquias e empresas estatais federais. Em 2019, o Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil decidiu, por unanimidade, que agressores de pessoas LGBT, em razão da Orientação Sexual, Identidade de Gênero e Expressão de Gênero, não poderão integrar os quadros da OAB.

SIMÕES, Júlio; FACCHINI, Regina. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

Obras consultadas

COWAN, Benjamin. Homossexualidade, ideologia e subversão no regime militar. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (org.). *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: UFSCar, 2014. cap. 1.

FERNANDES, Marisa. Lésbicas e ditadura militar: uma luta contra a opressão por liberdade. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (org.). *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: UFSCar, 2014. cap. 4.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*, v. 16, n. 47, maio/ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2019

GREEN, James N. *Quem é o macho que quer me matar?* Homossexualidade masculina, masculinidade revolucionária e luta armada brasileira dos anos 1960 e 1970. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33222.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (org.). *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: UFSCar, 2014.

MOREIRA, Adilson José. A construção jurídica de heterossexualidade. *Revista de Informação Legislativa*, ano 47, n. 188, p. 45-68, out./dez. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198712/000901833.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 jul. 2019.

MOREIRA, Adilson José. Cidadania sexual: postulado interpretativo da igualdade. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 48, p. 10-46, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Direito%2048%20-%20artigo%201.pdf>. Acesso em: 2 set. 2019.

OCANHA, Rafael Freitas. As rondas policiais de combate à homossexualidade na cidade de São Paulo. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan (org.). *Ditadura e homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: UFSCar, 2014. cap. 5.

OLIVEIRA, Glaucia da Silva Destro de. Construção, negociação e desconstrução de identidades: do movimento homossexual ao LGBT. *Cadernos Pagu*, n. 34, p. 373-381, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n34/a15n34.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2019.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Direito e Democracia*, v. 2, n. 2, p. 383-408, 2001. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2410/1645>. Acesso em: 12 set. 2019.

Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446 sob a ótica do direito à proteção integral de crianças e adolescentes¹

ANDERSON RENATO MENDES DE OLIVEIRA

CAROLAINE BIANCA PERES

HELOÍSA DE MELLO CID

HELOISA DE MELO PINOTTI

ISABELA BAPTISTA OLIVIO

LAURA GABRIELA ZERBINATTI

LORENA AMADIO SANTOS CARFARO TEIXEIRA

MATHEUS MENDES MARQUES

NATHÁLIA DE SOUZA DO NASCIMENTO

Graduandos do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ANA LETÍCIA BRAGION DOS SANTOS

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

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 do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). E-mail: anapolacchini@uol.com.br

Resumo: A presente pesquisa tem por temática a doutrina da proteção integral de crianças e de adolescentes, voltando-se, mais especificamente, à análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446 (STF, ADI 3446, 2019), ação em que se questionou a constitucionalidade de alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, (1990). A pesquisa bibliográfica e documental considera o dever que a sociedade brasileira possui em garantir e proteger os direitos das crianças e dos adolescentes, por meio de uma rede de proteção, e da aplicação desses argumentos no estudo de caso (ADI 3446).

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina da Proteção Integral. ADI 3446.

Abstract: The present research has as its theme the doctrine of the integral protection of children and adolescents, turning, more specifically, to the analysis of Unconstitutionality Law Action 3446 (STF, ADI 3446, 2019), an action in which the constitutionality of some provisions of the Statute of the Child and Adolescent, Law 8.069/1990, (1990) were questioned. Bibliographical and documentary research considers the duty that Brazilian society has in guaranteeing and protecting the rights of children and adolescents, through a protection network, and the application of these arguments in the case study (ADI 3446).

Keywords: Statute of the Child and Adolescent. Doctrine of the integral protection. Unconstitutionality Law Action 3446.

Introdução

Para Saeta, “a história dessa população revela um constante processo de maus-tratos, brutalidade, fome, abuso sexual, exploração no trabalho, privação do brincar, perambulação, extermínio, mortalidade precoce e negligência nos casos de deficiência²”.

Diversos instrumentos normativos foram construídos pela sociedade global e

¹ Este artigo é baseado na pesquisa “Hermenêutica, arte e direitos humanos: experiência para implantação de uma clínica de direitos humanos”, desenvolvida pelos discentes ao longo do ano de 2019, com o auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP (PESQDIR2019746).

² SAETA, Beatriz Regina Pereira; SOUZA NETO, João Clemente. A criança e o adolescente na sociedade brasileira. *In: NASCIMENTO, Maria Leticia; SOUZA NETO, João Clemente de (org). Infância, violência, instituição e políticas públicas*. São Paulo: Expressão e Arte, 2006. p. 17-41. p. 17.

brasileira ao longo do processo histórico com vistas a garantir a proteção aos direitos fundamentais de todos os seres humanos, inclusive de crianças e de adolescentes, considerados, historicamente, como cidadãos de segunda classe.

Atualmente, a proteção normativa estrutura formalmente uma doutrina, denominada de proteção integral a crianças e adolescentes, e estabelece um sistema de promoção de direitos. A construção dessa doutrina e desse sistema é resultado de um processo lento, gradativo e construído por atores e movimentos e diante de um contexto histórico muito peculiar, também, acompanhado por retrocessos.

Instrumentos normativos internacionais e nacionais, tais quais, a Convenção de Genebra de 1924, a criação da UNICEF em 1946, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e da Criança de 1959, Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969, os Pactos Internacionais dos Direitos Cívicos e Políticos e Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, as Regras de Pequim de 1985 e as Diretrizes de Riad de 1990 foram passos nessa caminhada e serviram de precedentes para a atual configuração do reconhecimento e das disputas por direitos desses sujeitos.

No Brasil, ainda sob o aspecto formal da positivação, identifica-se o Código Penal de 1830, sob o Império, seguindo-se para a Lei do Ventre Livre em 1871, para a Roda dos expostos instituída no Brasil no século XIX, a criação do Juizado de Menores em 1924, o Código Mello Mattos de 1927, o Código Penal de 1940, a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, o Serviço de Assistência a Menores em 1941, a Funabem em 1964 e o Código de Menores em 1979.

Com a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990³ e atos normativos posteriores, as ferramentas legais voltadas aos direitos da criança e do adolescente não apenas se tornaram mais específicas, como também estruturaram a doutrina da proteção integral que tanto conferiu às crianças e adolescentes a condição de sujeitos de direitos, dotando-os de autonomia e vontade; como também passou a tratá-los formalmente como pessoas em desenvolvimento.

Essa condição peculiar que os compreende como sujeitos, também considera o seu desenvolvimento, retira-os de uma invisibilidade jurídica generalizada e lhes confere um *locus* específico de reconhecimento e também de proteção e promoção. Esses sujeitos, sem distinções, devem ter sua opinião e necessidades consideradas tanto no cotidiano, como tendo em vista as ações estatais a serem implementadas.

Enumerar o caminho da positivação dos direitos das crianças e adolescentes pode levar à impressão de que as leis foram sendo instituídas gradativamente, evoluindo, a despeito do contexto social, econômico e político dos períodos em que foram estabelecidas. O que se observa, no entanto, é um processo que se dá historicamente e que se associa à atuação de agentes e movimentos. Da invisibilidade generalizada passaram ao reconhecimento da sua condição de sujeitos em razão dessas atuações.

Esse processo também inclui o fato de que algumas crianças e adolescentes saíam da invisibilidade para serem notados, não como sujeitos, mas como marginais, reflexo da imensa desigualdade social e econômica que assola a sociedade global e brasileira, refletindo diretamente na infância e juventude. Zapater, ao abordar o histórico da

³ BRASIL. Casa Civil. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 22 ago. 2019.

legislação sobre infância e juventude no Brasil, reforça essa noção de que crianças e adolescentes não eram vistos como “não pessoa”, mas quando menores de classes não dominantes, apesar da ausência da condição de sujeito, passavam a ser notados pelo Estado e pelo imaginário popular como uma categoria menor, composta por aqueles que eram denominados de “abandonados” e “delinquentes”⁴.

Destaca-se que, apesar desse processo de mudança de paradigmas formais ter se efetivado com as normas acima citadas, crianças e adolescentes ainda são percebidos por um olhar de distinção que reforça estereótipos e são mais suscetíveis a sofrerem violência.

A população brasileira, em 2019, era de 210.147.125 milhões de habitantes, sendo 65.600.982 entre 0 e 18 anos de idade⁵. Em 2018, segundo os dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), através da Pesquisa Nacional por Amostragem Domiciliar (PNAD)⁶, eram 65.600.982 crianças (17% desta população é composta por crianças).

O Fórum de Segurança Pública aponta as situações de violência às quais crianças e adolescentes estão submetidos⁷, alarmando para as violações de direitos e também para peculiaridades do sistema socioeducativo. Esses estudos são pensados e fundamentados ante a denominada doutrina da proteção integral e os números situam crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade e risco, estando mais suscetíveis às violações de direitos e de seu regular desenvolvimento.

Trata-se de parcela significativa da população brasileira, com peculiaridades específicas e que tem recebido, no âmbito internacional e nacional, regulamentação própria. A construção do arcabouço jurídico se deu, de fato, pelos sujeitos envolvidos em um processo que, desde a Constituição de 1988, reconhece as dimensões de desigualdade do país e a necessidade de enfrentamento dessas contingências e do contexto de violência e discriminação perante crianças e adolescentes.

No entanto, há aqueles que acreditam em uma solução em curto prazo para a situação de milhares de jovens que vivem à mercê de seus direitos. A premissa é a de que a propositura da ADI 3446 é reflexo desse pensamento, pois se encara a criminalidade, a violência e a miserabilidade entre crianças e jovens como um problema único, ignorando-se o fato de que tal problema está intimamente ligado à falta de efetivação dos direitos básicos garantidos pelo Estado.

A ação mencionada questiona dispositivos do ECA. Em síntese, alega a constitucionalidade da apreensão de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade econômica e social, e que a medida socioeducativa de internação possa ser ampliada no tempo e também estendida à menores de 12 anos. Aponta ainda para a limitação de atuação dos Conselhos Tutelares. Para tanto, indica que dispositivos previstos no ECA violariam a Constituição Federal.

Este artigo tem por objetivo analisar aspectos da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes a partir de um estudo de caso. Para tanto, procura compreender o contexto da doutrina da proteção integral para analisar a Ação Direta de

⁴ ZAPATER, Maira. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 35.

⁵ FUNDAÇÃO ABRINQ. *Observatório da Criança e do Adolescente*. Estratificação da população estimada pelo IBGE segundo faixas etárias. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/populacao/1048-estratificacao-da-populacao-estimada-pelo-ibge-segundo-faixas-etarias?filters=1,1627>. Acesso em: 13 mar. 2020.

⁶ IBGE. *PNAD continua 2018*: Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/2697-ic-ibge-educa/jovens/materias-especiais/20786-perfil-das-criancas-brasileiras.html>. Acesso em: 2 fev. 2020.

⁷ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Ano 13. São Paulo, 2019. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 13 mar. 2020.

Inconstitucionalidade nº 3446⁸, a partir da decisão do relator e de seus argumentos para julgá-la, e verificar o modo como o julgamento interpretou as normas constitucionais, nacionais e internacionais aplicáveis e que garantem a proteção integral das crianças e adolescentes.

A pesquisa é bibliográfica e documental e faz uso da doutrina e de documentos normativos para estabelecer categorias de análise da ADI 3446. A partir do método dedutivo, foi levantada, consultada e analisada a legislação acima indicada. Os aspectos históricos e sociais receberam um juízo analítico e tiveram amparo na doutrina especializada e nos documentos normativos indicados.

A partir do método de caso, a temática da infância e juventude é utilizada para analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446, tendo por referência a premissa da doutrina da proteção integral, a legislação nacional e as normas internacionais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é a ação que tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, que contraria a Constituição Federal. A ADI tem por fundamento o artigo 102, I, a da Constituição Federal, regulado pela Lei 9.868/99⁹ e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigos 169 a 178¹⁰.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3446 (ADI 3446) foi ajuizada em 2005 pelo Partido Social Liberal (PSL), a qual objetivava o questionamento quanto à constitucionalidade dos artigos 16, I; 105; 122, II e III; 136, I; 138 e 230 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Na ação, o PSL alegou que os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), artigos 16 (inciso I) e 230, ofendem cláusulas pétreas da Constituição Federal (artigo 5º, *caput*, e inciso LIV, e artigo 227). O inciso I do artigo 16 do Estatuto dispõe que o direito à liberdade da criança e do adolescente compreende, entre outros, o de “*ir e estar em logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais*”.

Por sua vez, o artigo 230 prescreve pena de detenção de seis meses a dois anos a quem “*privar a criança ou adolescente de sua liberdade, procedendo a sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente*”.

O autor da ação pleiteou que, em suma, as restrições ao direito à liberdade de crianças e adolescentes fossem mais amplas, permitindo que pudessem ser recolhidas pela polícia e apreendidas unicamente em razão de sua situação de vulnerabilidade econômica e social (ex. crianças em situação de rua). A ação também propôs que crianças pudessem ser submetidas a medidas socioeducativas e que se ampliassem as hipóteses de aplicação de medida socioeducativa de internação.

Propôs, ainda, a limitação na atuação dos Conselhos Tutelares. Nesse sentido, o autor pleiteou também a inconstitucionalidade dos artigos 105, 136 e 138 do ECA pois

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446. Relator: Min. Gilmar Mendes, 8 de agosto de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsp?seqobjetoincidente=2282474>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁹ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op. cit.*

estes, segundo afirmou, “entregam a um colegiado de leigos a apreciação do ato infracional, crime ou contravenção, embora praticado por criança”¹¹.

O artigo 105 refere-se ao comportamento de crianças ao praticarem atos reconhecidos pelo ECA como atos infracionais, sendo que os artigos 136 e 138 referem-se às competências do Conselho Tutelar.

Atualmente, o ECA estabelece que em caso de prática de ato infracional por criança as medidas protetivas do artigo 101 podem ser aplicadas. Por ato infracional entende-se conduta descrita como crime ou contravenção penal (ECA, artigo 103). Ao ser praticada por adolescente podem ser aplicadas as medidas previstas no artigo 112 do ECA, observadas a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. São medidas socioeducativas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional e qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. Segundo estabelece o ECA, a medida de internação não poderá ser superior a três anos.

Afirma a petição inicial que os dispositivos do ECA, ao atribuírem à criança a prática de ato infracional, “estabelecem procedimento diferente para a sua apuração, sujeitando-a a medidas apenas de proteção, diferentemente do que acontece com o adolescente”¹².

A Defensoria Pública da União ingressou no feito e diversas entidades de direitos humanos atuaram como *amici curiae*. O julgamento teve início na sessão do dia 7 de agosto de 2019, quando foi apresentado o relatório pelo ministro Gilmar Mendes. Em seguida, foram realizadas as sustentações orais dos representantes das entidades admitidas como *amicus curiae* e da Advocacia-Geral da União (AGU), além da manifestação da Procuradoria-Geral da República (PGR), todos se posicionando contrários aos pedidos formulados na ADI. O voto do relator pela improcedência da ação foi seguido por unanimidade pelos demais ministros presentes à sessão.

A doutrina da proteção integral e as normas aplicáveis à criança e ao adolescente na sociedade brasileira e sua dimensão sociojurídica

A doutrina da proteção integral, ou simplesmente a proteção integral, foi instituída formalmente pelo artigo 227 da atual Constituição brasileira de 1988, e basicamente reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, “estando em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”¹³. Tania Pereira afirma que:

ser sujeito de direitos significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos. O respeito à sua condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento indica um estado que necessariamente deve ser levado em conta.¹⁴

O Direito da Criança e do Adolescente constitui aquilo que se denomina microsistema, composto por leis especiais de abrangência interdisciplinar, “área de especialização dentro do nosso sistema jurídico, orientado por princípios constitucionais e

¹¹ Id., petição inicial, p. 16.

¹² Id., petição inicial, p. 15.

¹³ MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 58.

¹⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

entremeadas de regras públicas e privadas”¹⁵.

Ela veio para substituir o “direito do menor” e a doutrina da situação irregular referenciados nos Códigos de Menores. Da antiga doutrina da situação irregular, a doutrina da proteção integral vem concebida com caráter de Políticas Públicas e fundamentada no direito subjetivo.

A conjuntura político-social vivida nos anos 1980 de resgate da democracia e busca desenfreada por direitos humanos, acrescida da pressão de organismos sociais nacionais e internacionais, levou o legislador constituinte a promulgar a “Constituição Cidadã” e nela foi assegurado com absoluta prioridade às crianças, adolescentes e ao jovem 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.¹⁶

O artigo 6º da atual Constituição brasileira, ao enumerar os direitos sociais, traz de forma quase exata a descrição de Maciel, mostrando a importância destes direitos para o direito e para a sociedade, enquanto o artigo 227 discorre sobre o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem estes direitos fundamentais.

Os direitos da criança e do adolescente contam na atualidade com um arcabouço jurídico protetivo e de promoção ao direito à convivência familiar e comunitária. Esse processo partiu da exclusão e da culpabilização da pobreza, seguindo pela institucionalização indiscriminada até alcançar a doutrina da proteção integral que, na atualidade, resulta de um processo de lutas e que procura se afirmar e consolidar constantemente.¹⁷

A doutrina da proteção integral se assenta na concepção de acesso a direitos furtados historicamente desses sujeitos. Pereira afirma que:

A base doutrinária sobre a qual se assenta o novo Estatuto é o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Nesta perspectiva, propõe sua proteção integral pelo Estado, pela Sociedade, pela Família, sem qualquer tipo de discriminação, em consonância com os preceitos constitucionais, especialmente aqueles contidos no artigo 227. Ao contrário do Código de Menores em vigência, que estabelece o direito tutelar do menor, considerado objeto de medidas judiciais apenas quando em “situação irregular”, a norma proposta se dirige ao conjunto da população infantil e juvenil do Brasil. Vale dizer, à quase metade da população do País.¹⁸

A realidade de nossa cultura, opressora e autoritária, dificulta a implantação do bem-estar social delineado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). “Mediante a crença de que crianças e adolescentes pobres e sem proteção familiar adequada constituíam uma ameaça social, nasce uma visão dual sobre esses indivíduos, a qual persiste até hoje, e que oscila entre concebê-los como ‘problema social’ ou ‘caso de polícia’”¹⁹. Tal é um dos motivos elencados por Volpi ao alertar para a importância da

¹⁵ Id., p. 7.

¹⁶ MACIEL, op. cit., p. 62.

¹⁷ OLIVEIRA, Ana Paula Polacchini de et al. O direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária: diálogos entre direito positivo, história, cinema e literatura. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos Interdisciplinares*, Catanduva, v. 13, n. 1, p. 27-40, jan./dez. 2018, p. 38.

¹⁸ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei 5.172/1990*. Brasília, DF, 1990. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=934235907E882056F2192C4BFDE04A1.proposicoesWebExterno1?codteor=1147651&filename=Dossie+-PL+5172/1990. Acesso em: 21 ago. 2019. p. 540.

¹⁹ FUNDAÇÃO ABRINQ. *A criança e o adolescente nos ODS*. São Paulo, 2017. Disponível em: https://observatoriocrianca.org.br/system/library_items/files/000/000/021/original/A_Crian%C3%A7a_e_o_Adolescente_no_s_ODS_-_6_11_e_16pdf.pdf?1513183168. Acesso em: 21 ago. 2019. p. 57.

discussão dos direitos da criança e do adolescente. Aponta que o “alarme social produzido por infrações graves cometidas por adolescentes tendem a comprometer o conjunto das políticas para infância” e destaca que esses são “quantitativamente reduzidos se comparados com os cometidos por adultos e com o universo das infrações, conquanto distribuídos de forma desigual nos diferentes Estados”²⁰.

A desigualdade social, os estigmas e a história de confinamento, aliadas à corrupção, ao modelo econômico adotado e à fragilidade ou ausência de políticas sociais, são fatores que dificultam a garantia dos direitos da infância, dos adolescentes e das famílias.

Crianças e adolescentes eram vistos como marginais, infratores, menores sem família que usavam as ruas para sustentar os vícios. Eram pessoas em situação irregular. A família, por sua vez, era vista como um corpo incapaz de opinar e controlar o menor, integrá-los socialmente ou promovê-los. As leis que antecedem a doutrina da proteção integral usavam essa prerrogativa como argumento ideológico que permitiu e reforçou o desenvolvimento pelo Poder Público de políticas públicas para o controle e contenção social. Esse procedimento separava as chamadas famílias incapazes dos menores corruptos levando-os do convívio familiar ou ao trabalho.²¹

O Código Penal (imperial) de 1830, em seus artigos 10 a 13 e 18, graduava a responsabilidade dos menores de 21 em três faixas: os menores de 21 e maiores de 17 recebiam uma atenuante de menoridade, os maiores de 14 anos receberiam a *complicidade* (sic) e 2/3 da pena atribuída aos adultos, denominada de cumplicidade, e os menores de 14 poderiam ser responsabilizados se o juiz julgasse que tivessem discernimento²². Os menores cumpriam suas penas em Casas de Correção ou instituições disciplinares industriais e, na falta delas, seguiriam com os adultos. O caráter da pena ia para além da educação, tendo um caráter repressivo²³.

Segundo Saeta e Souza Neto, a Lei do Ventre Livre, de 28 de setembro de 1871, foi a primeira lei que procurou defender os direitos da criança. Embora não tenha salvaguardado todos os direitos da criança, ela iniciou um processo de libertação. Atualmente, alguns afirmam que a maioria das crianças negras que perambulam pelas ruas seja um resultado da Lei do Ventre Livre. Outros apontam que desde o século XVII esse quadro já era preocupante²⁴.

E, embora não tenha salvaguardado todos os direitos da criança, a lei desencadeou formalmente um lento processo de visibilidade e libertação no final do século XIX e que, ante diversas mudanças de fundamentos e caminhos, ainda está em curso.

A roda dos expostos, tradição portuguesa incorporada no Brasil no século XVIII nas Santas Casas de Misericórdia, em Salvador e no Rio de Janeiro, fez o tratamento de crianças e de adolescentes caminhar para a desproteção e o confinamento²⁵. Voltada majoritariamente para mulheres brancas que encaminhavam seus filhos ilegítimos por razões morais e religiosas. “A preocupação de interná-los visava protegê-los do envolvimento com prostituição, pederastia e vadiagem”²⁶.

Com mortalidade entre 50 e 70%, a institucionalização era tomada de insalubridade, endemias e epidemias, péssima qualidade da água, focos transmissores de doenças em

²⁰ VOLPI, Mário (org.). *O adolescente e o ato infracional*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 15.

²¹ OLIVEIRA *et al.*, op. cit., p. 38.

²² “Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos”.

²³ PEREIRA, op. cit., p. 8.

²⁴ SAETA; SOUZA NETO, op. cit.

²⁵ Id.

²⁶ Id., p. 21.

águas paradas, má nutrição das nutrízes, carência alimentar, higiene precária, falta de vacinas e aglomeração urbana. Os dois instrumentos já anunciavam uma história de estigmatização e consumida por recortes de classe e raça.

Seguindo-se a importação de cultura da época, o Brasil instituiu os Juizados de Menores a partir de 1924. A atuação do primeiro Juiz de Menores foi para além de julgamentos. Mello Mattos foi também o nome atribuído ao primeiro Código de Menores do Brasil, editado em 1927²⁷ e foi, ainda, responsável por várias instituições de assistência, abandono e delinquência.

Para Pereira, o Código “representava uma abertura significativa do tratamento à criança para a época, preocupado em que fosse considerado o estado físico, moral, mental da criança, e ainda, a situação social, moral e econômica dos pais” e, ainda, fixando a trabalhar a partir dos 12 anos²⁸. Para tanto, permitia a internação entre 3 e 7 anos e o recolhimento de abandonados.

Apesar dessa intenção, a imagem de delinquentes, abandonados, marginais e desvalidos se fazia consolidar, retirando crianças da esfera da família para serem melhor criadas em caso de “falhas” das famílias.

Pelo Código, reconhecia-se o sistema de rodas em seu artigo 15 e estabelecia no artigo 4º que “a recusa de receber a autoridade, encarregada da inspeção ou qualquer pessoa delegada ou autorizada em virtude de lei, era punida com as penas do crime de desobediência, e em caso de injúria ou violência com as do crime de desacato” (sic).

Considerava a categoria de menores abandonados os menores de 18 anos, vadios, mendigos e libertinos. Ainda tratava dos infantes expostos, aqueles abandonados até os 7 anos.

O Código do Menor caminhou na linha do “confinamento, da privação de direitos e não da proteção”²⁹. Juizes assumiram funções para além da jurisdição, atuando como instrutores e educadores de crianças. Posteriormente, o Código Penal altera a idade para imputabilidade em 1940 para 18 anos, interferindo na aplicação do Código de Menor.

Um novo Código de Menores só viria a ser editado em 1979³⁰, com o que instituiu a doutrina da situação irregular, substituindo a anterior, denominada de doutrina do direito penal do menor. Instituiu uma legislação de assistência, proteção e vigilância. A situação irregular era conferida a todos os que não tivessem subsistência, saúde e instrução obrigatória, em ambiente contrário aos bons costumes, autor de infração, que não tivesse representantes.

Nesse ínterim, foram instituídos o SAM, em 1941, e a Funabem, em 1964³¹. O serviço e as instituições davam aplicação à legislação em vigor, categorizando crianças e adolescentes na situação de violação de direitos e executavam ações de confinamento e controle.

Conforme se verifica, os instrumentos normativos estabeleceram a doutrina do direito penal do menor, passando pela doutrina da situação irregular até que a doutrina da

²⁷ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 17.943-A de 12 de outubro de 1927*. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943AImpressao.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

²⁸ Op. cit., p. 9-10.

²⁹ SAETA; SOUZA NETO, op. cit., p. 22.

³⁰ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n° 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Brasília, DF, 1979. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 18 nov. 2019.

³¹ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n° 4.513, de 1º de dezembro de 1964*. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Brasília, DF, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm. Acesso em: 18 nov. 2019.

proteção integral passa a ser construída e adotada.

A falta de políticas sociais bem estabelecidas no Brasil, articuladas com a sociedade civil e circunscritas nas relações produtivas, delineia um quadro de política do mal-estar social, que compreendemos num contexto de desenvolvimento desigual/combinação. Isso significa que não acreditamos que exista uma política de bem-estar e outra do mal-estar social desarticuladas. Um olhar para a história da infância no Brasil deixa perceber que lutar para a melhoria da qualidade de vida das crianças e adolescentes significa também conquistar uma sociedade mais democrática, livre e equitativa.³²

O ser humano é entendido como um complexo biopsicossocial, ou seja, não deve ser analisado somente pelo aspecto social, mas também de acordo com a questão econômica do país, de acordo com alguns juristas do início do século XX.

A partir dos anos 1970, iniciou-se a formação de grupos e forças sociais a fim de pressionar o Estado e transformar a realidade social até então conhecida.

Em meados dos anos 1980, o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) se organizou e, através do protagonismo das próprias crianças e jovens desamparados pelas políticas públicas, lutavam e pressionavam o Estado a desenvolver medidas reparadoras e transformadoras.³³

Pelo menos 140 entidades ligadas à criança e ao adolescente³⁴ atuaram favoravelmente à edição do ECA. Pereira aponta para o intenso debate a partir da década de 1980 e a articulação de movimentos que fez nascer o Fórum Nacional Permanente de Direitos da Criança e do Adolescente³⁵.

Foi discutido em todo o País, através de sucessivas versões e incorporação de contribuições, não apenas de juristas, juizes e procuradores, mas também de movimentos e entidades ligados aos direitos da criança e do adolescente que desde a Constituinte vêm lutando por uma legislação moderna e justa. Na verdade, o texto constitucional, no que se refere a essa questão específica, resultou da fusão de duas emendas populares que trouxeram ao Congresso Nacional as assinaturas de quase duzentos mil eleitores de todo o País, e de mais de um milhão e duzentas mil crianças e adolescentes.³⁶

Essa luta propunha a alteração do Código do Menor e estendeu-se por dez anos contínuos, até que se deu a elaboração da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inclusive, ante necessidade de proteção ainda maior à criança, ao adolescente e à família, houve a interação de políticas sociais. Caminhou-se para a criação do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC).

O PNCFC contextualiza a situação da criança e do adolescente, estabelece princípios, estratégias, objetivos e diretrizes para contribuir para a:

formulação e implementação de políticas públicas que assegurem a garantia dos direitos das crianças e adolescentes [...]. Constitui um marco nas políticas públicas no Brasil, ao romper com a cultura da institucionalização de crianças e adolescentes e ao fortalecer o paradigma

³² SAETA; SOUZA NETO, op. cit., p. 18-19.

³³ Id., p. 29.

³⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS, op. cit., 1990, p. 540.

³⁵ Op. cit., p. 17.

³⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS, op. cit., 1990, p. 540.

O PNCFC é “resultado de um processo participativo de elaboração conjunta, envolvendo representantes” do Estado e da sociedade civil³⁸. O plano traçou um perfil da situação de crianças e de adolescentes, procurando desconstruir estigmas e preconceitos já criados e apontar conceitos e ações a serem desenvolvidas para o enfrentamento de vulnerabilidades³⁹.

Esse sistema se mantém em constante movimento. A Constituição de 1988 e o ECA aparecem como sustentação jurídica para legitimar e impulsionar o protagonismo social na luta pelos direitos humanos. Desde a edição do ECA, em 1990, foram diversas as alterações promovidas em sua redação original. O debate sobre a lei e sobre sua aplicação é permanente e os grupos envolvidos têm agido para implementá-la, avaliá-la e, em muitas situações, até para modificá-la.

Ao levantar os projetos de lei do Senado em tramitação, foram empregados os termos “estatuto, criança, adolescente, internação, projeto de lei e tramitação” e “estatuto, criança, adolescente, liberdade, projeto de lei e tramitação”. Foram localizados 8 projetos entre os anos de 1990 e 2019. Em relação à Câmara, foram analisados os 22 projetos de lei atualmente em tramitação com o filtro “infância e juventude”, também entre os anos de 1990 e 2019. Conclui-se que há, atualmente, 8 projetos de lei no Senado Federal e outros 339 projetos que estão em análise na Câmara dos Deputados.

O ECA, desde a sua edição, tem passado por diversas alterações. Verifica-se, nesse caso, seja por aquelas já promovidas, seja pelas diversas medidas em tramitação, que aspectos relacionados à liberdade e ao cuidado de crianças e de adolescentes não são objeto de um permanente debate, muitas vezes associado a concepções anteriores à doutrina da proteção integral.

Normas internacionais de proteção aos direitos de crianças e adolescentes

Diversos documentos internacionais servem de referência para a doutrina da proteção integral. A Declaração de Genebra de 1924 foi, segundo Amin, o primeiro instrumento de tutela de uma proteção especial à criança⁴⁰. A Assembleia Geral das Nações Unidas reunida em Paris em 1946 instituiu o Fundo das Nações Unidas para a Infância. O objetivo era cooperar, promover práticas de transformação de realidades de violação, atuando em diversas frentes⁴¹.

Essa já seria uma iniciativa objetiva para além das recomendações típicas do *soft law* e já anunciava o caminho que viria futuramente: da especialização de normas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948⁴². Referida Convenção é um instrumento de direitos humanos e considera como criança em seu artigo 1º “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF, 2006.

³⁸ Id.

³⁹ Id.

⁴⁰ AMIN, Andréia Rodrigues. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59.

⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Forense; Método, 2020. p. 246.

⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*. Aprova a Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em: 27 ago. 2019.

Apesar de se situar ainda no âmbito do *soft law*, trata-se de um novo paradigma global, um documento que estabelece diretrizes para a proteção do ser humano pela ordem jurídica, devendo este ser reconhecido em todos os lugares como pessoa. Com a DUDH, estabeleceu-se a universalidade dos direitos humanos e, além disso, inspirou muitas constituições; é um “ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações”⁴³.

A DUDH, ao estabelecer os direitos fundamentais a todo e qualquer ser humano, se orientou também em face da proteção da infância ao dispor em seu artigo XXV que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social”.

Os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais incrementaram o debate sobre o valor dos tratados compondo a Carta Internacional de Direitos Humanos.

Esses Tratados, mesmo que de caráter geral, passam a reconhecer expressamente aspectos importantes dos direitos no âmbito da infância. Dispõe o artigo 24 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. 2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome. 3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.⁴⁴

O Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais⁴⁵ estabeleceu em seu artigo 10 sobre a proteção de crianças e adolescentes e dispôs expressamente em seus artigos 11 e 13 sobre o enfrentamento ao trabalho infantil⁴⁶, bem como à mortalidade e mortalidade infantil, e estabeleceu a necessidade de garantir o efetivo desenvolvimento de crianças.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional de proteção dos direitos humanos dos países-membros da Organização dos Estados Americanos, também prevê a garantia da liberdade pessoal e de justiça social, com o respeito aos direitos humanos essenciais, objetivando uma proteção internacional⁴⁷.

O Pacto, em seu artigo 19, dispõe sobre os direitos da criança, afirmando que “toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”⁴⁸.

As mencionadas convenções introduzem no sistema internacional pós-guerra dispositivos importantes para a proteção da infância e juventude, seja no sistema global com a Carta Internacional dos Direitos Humanos, seja no sistema regional com o Pacto de San Jose. O Brasil ratificou e incorporou os documentos em 1977 e 1992,

⁴³ Id., p. 13.

⁴⁴ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

⁴⁵ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 591 de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

⁴⁶ As Recomendações e Convenções da Organização Internacional do Trabalho também apontam para o enfrentamento ao trabalho infantil.

⁴⁷ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *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, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

⁴⁸ Id.

respectivamente.

Apesar das contribuições dos mencionados tratados, somente com o reconhecimento internacional de grupos vulneráveis é que esses passaram a ter ferramentas específicas de proteção.

A Declaração dos Direitos da Criança de 1959 já anunciava essa preocupação⁴⁹. Apesar de seu caráter de *soft law* (não imperativo), promovia um direcionamento para os direitos humanos na infância ao estabelecer diretrizes mínimas para seu desenvolvimento.

As Regras de Pequim são editadas tendo em vista essa mesma premissa, vulnerabilidades e enfrentamentos. Verifica-se que, no plano internacional, após a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 demonstrar preocupação com os direitos fundamentais desse grupo específico, as discussões se intensificaram. A proteção de crianças em conflitos armados e o tratamento de menores em conflito com a lei são os primeiros pontos que ensejam a edição de normas internacionais específicas.

As Regras de Pequim para a Administração da Justiça de Menores, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/33 de 29 de novembro de 1985, têm o objetivo de alcançar repercussão mais articulada de diretrizes capazes de engendrar um maior comprometimento com a observância dos direitos das crianças e dos adolescentes⁵⁰, devendo ser aplicadas de forma compatível com cada sistema jurídico. O documento institui princípios e estratégias para oferecer proteção e ainda condições mínimas para a construção de um sistema voltado à infância e juventude, especialmente quanto aos jovens em conflito com a lei. Nesse caso, a intervenção mínima e a necessidade de minimizar danos são evidenciadas pelas Regras aprovadas pela ONU.

Por sua vez, a Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças com particular referência à colocação em lares de guarda, nos planos nacional e internacional de 1986⁵¹, reforçou os direitos civis de crianças e de adolescentes bem como o dever de zelo estatal para que estes sejam cuidados no âmbito de uma família. A mencionada convenção abordou direitos civis básicos e a convivência na família, em lares de guarda e também tratou da adoção.

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e entrou em vigor, internacionalmente, em 2 de setembro de 1990. No Brasil, a incorporação se deu em 23 de outubro de 1990⁵². O artigo 16 dispõe que “os governos deverão adotar medidas para fomentar a união e a harmonia na família e desencorajar a separação dos filhos de seus pais, a não ser quando circunstâncias que afetem o bem-estar e o futuro dos filhos não deixem outra opção”⁵³.

A Convenção ampara-se em quatro fundamentos⁵⁴: não discriminação, interesse superior da criança, sobrevivência e desenvolvimento e opinião. Esses fundamentos dão o

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1386 (XIV) da Assembleia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959*. Aprova a Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Pequim*: regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores. Brasília, DF, 2016. (Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi). Disponível em: <https://www.dease.sc.gov.br/documentos/leis-internacionais/79-regras-de-pequim-1/file>. Acesso em: 27 ago. 2019.

⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças, com particular referência à colocação em lares de guarda, nos planos nacional e internacional de 1986*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-sobre-os-principios-sociais-e-juridicos-relativos-a-protacao-e-ao-bem-estar-das-criancas-com-particular-referencia-a-colocacao-em-lares-de-guarda-nos-planos-nacional-e-internacional.html>. Acesso em: 27 ago. 2019.

⁵² BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁵³ Id.

⁵⁴ MAZZUOLI, op. cit., p. 249.

tom no modo de como o sistema passa a ser construído.

Ainda em 1990 os Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, chamados de Princípios Orientadores de Riad⁵⁵, reforçaram os dispositivos previstos na Convenção dos Direitos da Criança.

Esses documentos normativos internacionais apontam os caminhos e olhares da sociedade global, de considerar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e que merecem amparo não apenas da família e da sociedade, como do Estado, por intermédio de ações efetivas de enfrentamento às desigualdades.

A improcedência da ADI 3446

O PSL pleiteou que, em suma, fosse restringido o direito à liberdade de crianças e adolescentes, permitindo que pudessem ser recolhidas pela polícia e apreendidas unicamente em razão de sua situação de vulnerabilidade econômica e social (ex. crianças em situação de rua). A ação também propôs que crianças pudessem ser submetidas a medidas socioeducativas e que se ampliassem as hipóteses de aplicação de medida socioeducativa de internação.

O partido pediu também a inconstitucionalidade dos artigos 105, 136 e 138 do ECA pois estes, segundo afirmou, “entregam a um colegiado de leigos a apreciação do ato infracional, crime ou contravenção, embora praticado por criança”. Diz ainda que apesar de os dispositivos atribuírem à criança a prática de ato infracional, “estabelecem procedimento diferente para a sua apuração, sujeitando-a a medidas apenas de proteção, diferentemente do que acontece com o adolescente”.

O julgamento teve início na sessão do dia 7 de agosto de 2019, quando foi apresentado o relatório pelo ministro Gilmar Mendes. Em seguida, foram realizadas as sustentações orais dos representantes das entidades admitidas como *amicus curiae* e da Advocacia-Geral da União (AGU), além da manifestação da Procuradoria-Geral da República (PGR), todos se posicionando contrários aos pedidos formulados na ADI.

Ao apresentar seu voto, o ministro Gilmar Mendes não verificou qualquer inconstitucionalidade nos artigos suscitados pelo requerente, argumentando que, além do prescrito estar de acordo com nossa CF/88 e com direito constituído em cláusula pétreia, está intimamente ligado e de acordo com as regras de vários tratados internacionais, aos quais o Brasil aderiu e ratificou, são eles: artigos 1º e 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), artigo 16 da Convenção sobre os Direitos da Criança, das Regras de Pequim para a Administração da Justiça de Menores e artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Através da apresentação de dados estatísticos, resultantes de pesquisas e estudos a respeito de crianças e adolescentes que vivem em situação de rua, mostra-se escancarada a triste realidade em que vivem milhares de crianças em nosso país, sustentando o Ministro que, embora haja avanços previstos na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas demais normas de direito internacional, ainda há uma enorme parcela de crianças e adolescentes que vivem privados de seus direitos mais básicos previstos em lei.

Ressaltou que tal situação pode ser ainda mais agravada caso ocorra o cerceamento

⁵⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Doc. das Nações Unidas n.º A/CONF. 157/24 (Parte I), 1990*. Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - (Princípios Orientadores de Riad) – 1990. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/principios-das-nacoes-unidas-para-a-prevencao-da-delinquencia-juvenil-principios-orientadores-de-riad.html>. Acesso em: 12 nov. 2019.

completo do direito de liberdade desses menores. É importante, segundo Gilmar Mendes,

[...] analisar a realidade das crianças e adolescentes brasileiros que podem ser afetados pelo julgamento dessa ação e os impactos que a decisão do STF, neste caso, pode produzir sobre a vida dessas pessoas.⁵⁶

Conforme dados do IBGE, em 2002, dos 61 milhões de habitantes do Brasil, 28 milhões eram crianças e adolescentes de famílias que recebiam renda mensal *per capita* igual ou inferior a 120 reais⁵⁷. Pochmann e Amorin, ao construir o atlas da exclusão social em 2003, já apontaram a violência e a desigualdade e seus reflexos na juventude e em seu desenvolvimento e acesso a direitos⁵⁸. Reiteram essa condição dez anos depois⁵⁹.

Segundo o PNCFC⁶⁰, em 2006 um total de 4.073 crianças e adolescentes foram vítimas de negligência, sendo que 923 delas possuíam de 0 a 6 anos de idade, 2.574 de 7 a 14 anos de idade e 576 de 15 a 18 anos de idade.

O relator reforçou esses números com dados de 2015 e concluiu que:

apesar dos avanços previstos na Constituição de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas normas de Direito Internacional, ainda existe um enorme contingente de crianças e adolescentes que se encontram privados dos direitos mais básicos previstos pelas normas nacionais e internacionais, situação que pode ser agravada com o completo cerceamento do direito de liberdade dos menores.⁶¹

Diante do contexto, o relator observou que a exclusão da norma do ECA, poderia resultar em violações a direitos humanos e fundamentais “agravando a situação de extrema privação de direitos aos quais são submetidos as crianças e adolescentes no país, em especial para aqueles que vivem em condição de rua”⁶².

Com relação ao artigo 230 do ECA, que prevê pena de seis meses a dois anos de prisão para quem privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente, o relator também não verificou qualquer inconstitucionalidade. Para o ministro, a invalidação desse tipo penal representaria “verdadeiro cheque em branco para que detenções arbitrárias, restrições indevidas à liberdade dos menores e violências de todo tipo pudessem ser livremente praticadas”.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes destacou que a atuação do Conselho Tutelar nos casos de atos infracionais praticados por crianças não representa qualquer ofensa à Constituição da República nem viola a garantia da inafastabilidade da jurisdição. Afirmou que “Trata-se de órgão que permite a participação direta da sociedade na implementação das políticas públicas definidas no artigo 227 da Constituição, voltadas para a promoção e proteção da infância”⁶³. Finalizou dizendo que a atuação do Conselho Tutelar não exclui a apreciação de eventuais demandas pelo Poder Judiciário.

Em suma, o relator verificou a importância de se analisar a realidade e o contexto em que vivem as crianças e jovens que seriam afetados negativamente com a procedência da ação.

Crianças e adolescentes, segundo a doutrina da proteção integral, gozam de direitos

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 6.

⁵⁷ SAETA; SOUZA NETO, op. cit., p. 32.

⁵⁸ AMORIN, Ricardo; POCHMANN, Márcio (coord.). *Atlas da exclusão social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2013.

⁵⁹ GUERRA, Alexandre; POCHMANN, Márcio; SILVA, Ronnie Aldrin (org.). *Atlas da exclusão social no Brasil: dez anos depois*. São Paulo: Cortez, 2014. v. 1.

⁶⁰ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, op. cit.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 7.

⁶² Id., p. 9.

⁶³ Id., p. 18.

fundamentais, com liberdade e dignidade, têm direito ao desenvolvimento e acesso a facilidades e oportunidades para tanto. Esse desenvolvimento deve alcançar as dimensões física, mental, moral, espiritual e social (CF, art. 227, ECA, artigo 3º).

O artigo 6º do Estatuto estabelece que na interpretação do ECA “levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

O ECA ainda prescreve em seu artigo 100 que as necessidades pedagógicas e o fortalecimento de vínculos devem ser levados em consideração na aplicação de medidas, bem como elenca uma lista de princípios que devem servir de referência para tanto. Dentre esses princípios estão a intervenção mínima e a obrigatoriedade da informação.

Tais dispositivos são melhor compreendidos à luz do processo histórico que culminou com a construção da doutrina da proteção integral e oferecem referências para a efetivação do artigo 227 da CF. É preciso considerar, ainda, a aplicação imediata dos direitos e garantias individuais, prevista no §1º. do artigo 5º da CF, e os objetivos e fundamentos da República que consideram a cidadania e a dignidade, bem como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem discriminação de qualquer natureza.

Há ressalvas ao exercício da liberdade de qualquer cidadão, mas a privação de liberdade de crianças e de adolescentes é uma exceção. Isso porque o direito à liberdade de crianças e adolescentes perpassa pelo seu desenvolvimento e, como tal, a educação para a liberdade deve superar o antagonismo entre hostilidade e repressão.

Por sua vez, o Sistema Nacional Socioeducativo Sinase⁶⁴, como conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, tem dentre seus objetivos a integração social.

As Regras de Pequim, ao se referir à justiça de menores, tal como no Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁵, aponta, no artigo 1.3, a necessidade de mobilizar recursos disponíveis e atores para promover o bem-estar da criança e do adolescente, reduzir a necessidade da intervenção legal e tratar de modo efetivo, equitativo e humano a situação de conflito com a lei.

Por sua vez, o item 4, que trata da responsabilidade penal, estabelece que nos casos de responsabilização para jovens “seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual”.

O item 10 das Diretrizes de Riad exige dos Estados que implementem “políticas preventivas que facilitem uma socialização e integração bem sucedida de todas as crianças e jovens”.

Considerações finais

Com o presente estudo, buscou-se levantar e basear a análise em fontes doutrinárias, dispositivos normativos de caráter nacional e internacional, assim como dados estatísticos que refletem o cenário atual da sociedade brasileira.

Foi possível obter resultados, através do levantamento e análise das legislações existentes sobre os direitos da criança e do adolescente, assim como das doutrinas

⁶⁴ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012*. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit.

específicas que serviram de amparo para uma abordagem histórica e social quanto à importância da garantia à proteção integral. Embora os direitos humanos sejam inerentes a todos os seres humanos, inclusive às crianças e adolescentes, muitos ainda são privados dos direitos mais básicos que são positivados.

Há legislação específica visando a garantia dos direitos aos menores, que se encontram em fase especial de desenvolvimento, todavia, há extrema ineficácia estatal para garantir tais direitos a todos.

A ADI 3446, ora analisada, pode ser considerada uma tentativa de subtração de direitos previstos constitucionalmente, deixando de considerar a raiz problemática que está na falta da efetivação de direitos às crianças, adolescentes e, sobretudo, aos familiares desses. Concluindo, direitos não devem ser restringidos quando não plenamente satisfeitos por ausência de eficácia estatal. É o oposto que deve ocorrer.

Com a Convenção sobre os Direitos da Criança ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990⁶⁶ e com a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente no mesmo ano, o Brasil passou a adotar a doutrina da proteção integral da criança. São princípios, regras, procedimentos, agentes e objetivos que visam garantir a crianças e adolescentes tanto os mesmos direitos que qualquer outro ser humano, como especial proteção nas circunstâncias quanto ao seu desenvolvimento, atribuindo ao Estado a edição de políticas públicas transversais de atenção à infância.

Conclui-se, por fim, através da análise de todo material consultado e estudado, que o relator buscou manter a garantia à proteção da infância e juventude, à qual o Brasil se comprometeu em seus dispositivos legais e ratificação em tratados e convenções internacionais. Embora a realidade demonstre, através de dados e pesquisas, que enorme parcela de crianças e jovens não estão efetivamente protegidos, a aplicação de condutas severas como as propostas na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446⁶⁷, ora analisada, não solucionaria de fato o problema em questão, podendo ser encarada como uma espécie de limpeza social.

Tal limpeza busca apenas ocultar e reprimir um distúrbio social, quando este na verdade é resultado de uma grave falha na eficácia estatal em garantir às crianças, adolescentes e suas famílias, os direitos e proteções que são assegurados em inúmeros documentos normativos.

Referências

AMIN, Andréia Rodrigues. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AMORIN, Ricardo; POCHMANN, Márcio (coord.). *Atlas da exclusão social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2013.

BRASIL. Casa Civil. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm#art266. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 591 de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *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.

⁶⁶ BRASIL, op. cit., 1990.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit.

Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 17.943-A de 12 de outubro de 1927*. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012*. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964*. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. Brasília, DF, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Brasília, DF, 1979. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3446. Relator: Min. Gilmar Mendes, 8 de agosto de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoocidente=2282474>. Acesso em: 10 ago. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei 5.172/1990*. Brasília, DF, 1990. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=934235907E88205E6F2192C4BFDE04A1.proposicoesWebExterno1?codteor=1147651&filename=Dossie+-PL+5172/1990. Acesso em: 21 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Pequim: regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores*. Brasília, DF, 2016. (Coordenação: Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi). Disponível em: <https://www.dease.sc.gov.br/documentos/leis-internacionais/79-regras-de-pequim-1/file>. Acesso em: 27 ago. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Ano 13. São Paulo, 2019. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 13 mar. 2020.

FUNDAÇÃO ABRINQ. *A criança e o adolescente nos ODS*. São Paulo, 2017. Disponível em: https://observatoriocrianca.org.br/system/library_items/files/000/000/021/original/A_Crian%C3%A7a_e_o_Adolescente_nos_ODS_-_6_11_e_16pdf.pdf?1513183168. Acesso em: 21 ago. 2019.

FUNDAÇÃO ABRINQ. Observatório da Criança e do Adolescente. *Estratificação da população estimada pelo IBGE segundo faixas etárias*. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/populacao/1048-estratificacao-da-populacao-estimada-pelo-ibge-segundo-faixas-etarias?filters=1,1627>. Acesso em: 13 mar. 2020.

GUERRA, Alexandre; POCHMANN, Márcio; SILVA, Ronnie Aldrin (org.). *Atlas da exclusão social no Brasil: dez anos depois*. São Paulo: Cortez, 2014. v. 1.

IBGE. *PNAD contínua 2018*: Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/2697-ie-ibge-educa/jovens/materias-especiais/20786-perfil-das-criancas-brasileiras.html>. Acesso em: 2 fev. 2020.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Forense; Método, 2020.

OLIVEIRA, Ana Paula Polacchini de *et al.* O direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária: diálogos entre direito positivo, história, cinema e literatura. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares*, Catanduva, v. 13, n. 1, p. 27-40, jan./dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1386 (XIV) da Assembleia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959*. Aprova a Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*. Aprova a Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças, com particular referência à colocação em lares de guarda, nos planos nacional e internacional de 1986*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-sobre-os-principios-sociais-e-juridicos-relativos-a-protecao-e-ao-bem-estar-das-criancas-com-particular-referencia-a-colocacao-em-lares-de-guarda-nos-planos-nacional-e-internacional.html>. Acesso em: 27 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Doc. das Nações Unidas n.º A/CONF. 157/24 (Parte 1), 1990*. Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - (Princípios Orientadores de Riad) – 1990. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/principios-das-nacoes-unidas-para-a-prevencao-da-delinquencia-juvenil-principios-orientadores-de-riad.html>. Acesso em: 12 nov. 2019.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAETA, Beatriz Regina Pereira; SOUZA NETO, João Clemente. A criança e o adolescente na sociedade brasileira. In: NASCIMENTO, Maria Leticia; SOUZA NETO, João Clemente de (org). *Infância, violência, instituição e políticas públicas*. São Paulo: Expressão e Arte, 2006. p. 17-41.

VOLPI, Mário (org.). *O adolescente e o ato infracional*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ZAPATER, Máira. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Obras consultadas

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *Diretrizes nacionais para o atendimento as crianças e adolescentes em situação de rua*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/publicacoes/DIRETRIZESNACIONAISsituaoderua.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MOVIMENTO nacional de meninos e meninas de rua. *Psicologia, Ciência e Profissão*, v. 8, n. 1, p. 14, 1988. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931988000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 mar. 2020.

THÉRY, Irène. Novos direitos da criança: a poção mágica? In: ALTOÉ, Sônia (org.) *A lei e as leis: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 2007.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e as medidas socioeducativas em meio aberto no município de Catanduva-SP¹

THAYSE MASTROCOLA SOARES

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal.

Resumo: O presente trabalho considera a temática da municipalização do cumprimento de medidas socioeducativas por adolescentes infratores, sob a ótica do direito à assistência social. Nesse sentido procura compreender o direito à assistência social nos termos dos artigos 203 e 204 da Constituição Federal de 1988. Trata-se de um direito social cuja efetivação é garantida pela descentralização político-administrativa, promovida pela atuação conjunta dos entes federativos que assumem a função de proteção social brasileira e promovem a democratização e acessibilidade dos cidadãos aos seus direitos, buscando suprir as vulnerabilidades, os riscos sociais e as violações de direitos. Assim considerando, o estudo busca analisar os meios de controle social e as formas de cumprimento das medidas socioeducativas pelo adolescente infrator e quais são os mecanismos utilizados pelos programas de atendimento socioeducativo de prestação de serviços à comunidade (PSC) e de liberdade assistida (LA) na busca pela ressocialização destes adolescentes, no município de Catanduva, interior do Estado de São Paulo, conforme preveem o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE, BRASIL, 2012).

Palavras-chave: Assistência social. Ato infracional. Medidas socioeducativas.

Abstract: The present work considers the theme of municipalization of compliance with socio-educational measures by adolescent offenders, from the perspective of the right to social assistance. In this sense, it seeks to understand the right to social assistance under the terms of articles 203 and 204 of the 1988 Federal Constitution. It is a social right whose realization is guaranteed by political-administrative decentralization, promoted by the joint action of the federative entities that assume the role Brazilian social protection and promote the democratization and accessibility of citizens to their rights, seeking to address vulnerabilities, social risks and rights violations. Thus, the study seeks to analyze the means of social control and the forms of compliance with socio-educational measures by the offending adolescent and what are the mechanisms used by the social and educational assistance programs for the provision of services to the community (PSC) and assisted freedom (LA) in the search for the re-socialization of these adolescents, in the municipality of Catanduva, in the interior of the State of São Paulo, as provided for in the Statute of Children and Adolescents (BRASIL, 1990) and the National System of Socio-Educational Assistance (SINASE, BRASIL, 2012).

Keywords: Social assistance. Infringing acts. Educational measures.

Introdução

A partir da Constituição Federal de 1988, sob o Estado Democrático de Direito, a assistência social foi definida como política pública, dever do Estado e direito do cidadão, nos termos dos artigos 6º, 194, 203 e 204 da Constituição Federal. As ações das políticas de assistência social devem ser voltadas a todos aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade e de risco. Desta forma, no âmbito da assistência social são oferecidos serviços de proteção social que visam prevenir as violações de direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna e fortalecer os vínculos familiares e comunitários, atendendo, assim, toda população que enfrenta essas situações no seu cotidiano.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve no Brasil uma importante mudança de paradigma relacionada à criança e ao adolescente, a qual se consolidou com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) instituído pela Lei nº 8.069/1990². A referida lei colocou as crianças e os adolescentes como preocupação central da sociedade, passando então a ser conhecidos e respeitados como sujeitos de direitos.

¹ Este artigo resulta de trabalho de conclusão de curso intitulado “O Estatuto da Criança e do Adolescente e as medidas socioeducativas em meio aberto no município de Catanduva-SP”, desenvolvido ao longo do ano de 2019, sob a orientação da Professora Ana Paula Polacchini de Oliveira.

² BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

Atualmente, com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio que rege o Estatuto é o da proteção integral, o qual se baseia em dois pilares. O primeiro diz respeito ao reconhecimento do adolescente como pessoa em desenvolvimento e o segundo é caracterizado pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Verifica-se que o ordenamento jurídico prevê que o menor de dezoito anos é inimputável e estará sujeito à legislação infraconstitucional do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de uma presunção absoluta, razão pela qual aos autores de atos infracionais, ou seja, indivíduos na faixa etária de doze anos completos a dezoito anos incompletos, poderão ser aplicadas medidas socioeducativas definidas como uma medida jurídica de natureza educativa, cujo viés é pedagógico.

Ademais, os adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas encontram-se, segundo a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), em situação de risco, e figura, segundo o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)³, a responsabilidade da política de assistência social no âmbito municipal assistir os adolescentes nas medidas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida.

Outrossim, no município de Catanduva, Estado de São Paulo, o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) realiza o atendimento socioeducativo inserido no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) aos autores de atos infracionais.

Dos direitos da criança e do adolescente

Importante consignar que com o advento da Constituição Federal de 1988, após a luta de movimentos sociais pela efetivação e reconhecimento dos direitos inerentes a crianças e adolescentes, e seguindo os textos internacionais, as crianças e os adolescentes passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, ou seja, titulares de direitos fundamentais e sociais estabelecidos nos artigos 5º e 6º da Carta Magna. Além disso, foram reconhecidas como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, as quais faziam jus a uma proteção especial que levasse em conta essa característica peculiar, para alcançar a finalidade de ampliar a igualdade de oportunidades e erradicar qualquer forma de discriminação e violação de direitos. Frisa-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 seguiu os mesmos moldes estabelecendo suas diretrizes para a proteção especial do referido público.

Ressalta-se que a proteção especial do Estatuto da Criança e do Adolescente é fruto do anseio pela justiça social de várias categorias, as quais sofreram grande resistência de alguns setores antes da sua promulgação em 1990. Vale elencar que o Estatuto rege-se pela Doutrina da Proteção Integral, originada da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989. A doutrina supracitada está ligada ao princípio da universalização dos direitos, haja vista que abrange o conjunto de direitos que são assegurados a todas as crianças e adolescentes.

No entanto, cumpre destacar que durante a vigência do Código de Menores⁴ de 1979, a legislação menorista que antecedeu o Estatuto da Criança e do Adolescente, o público infantojuvenil era considerado objeto passivo da lei, no contexto da Doutrina da Situação Irregular, e não havia distinção entre criança e adolescente, pois tratava apenas da denominação “menor”, bem como não havia a observância de direitos fundamentais.

A Doutrina da Situação Irregular foi introduzida pelo Código de 1927 e se estabeleceu no Código de Menores de 1979, o infrator era rotulado de objeto e não havia a observância do

³ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)*, [...]. Brasília, DF: 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

⁴ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o código de menores. Brasília, DF: 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

devido processo legal. A referida doutrina foi marcada pela ausência de políticas adequadas e pela prática do assistencialismo, os menores vitimados pela pobreza e desamparo ou vítimas de violências se incluíam na categoria de menores “abandonados”, de acordo com o artigo 26 do Decreto n. 17.943-A/27. Já a expressão “delinquente” era tratada no referido Código para se referir aos menores apontados como autores ou cúmplices de ato qualificado como crime ou contravenção, conforme previa o artigo 68 do referido Decreto.

Desta forma, as Recomendações Internacionais juntamente com a iniciativa da população fizeram emergir a necessidade da criação de políticas públicas voltadas a proteção destes indivíduos que tinham seus direitos oprimidos e eram apenas considerados objeto passivo pela legislação brasileira.

Neste enfoque destaca-se a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Trata-se de um tratado internacional de direitos humanos que consagrou a proteção ao público infante-juvenil, assegurando e reconhecendo a condição de sujeito de direitos.

Assim sendo, nota-se que a Doutrina da Proteção Integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude preconizam pelo desenvolvimento físico e moral de todas as crianças e adolescentes. A Constituição Federal determina em seu artigo 227 que constitui dever da família, da comunidade em geral e do Estado assegurar às crianças e aos adolescentes os seus direitos fundamentais.

Ademais, cabe ao poder público o papel de elaborar e implementar políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes, com a finalidade de proteger o público infante-juvenil de todas as violações de direitos e situações de riscos pessoais e sociais que possam afligir sua integridade física e moral, devendo observar o princípio da prioridade absoluta na execução de todos os planos, programas e ações.

Desta forma, tal garantia deve ser observada em todos os seguimentos da sociedade, seja na implementação de políticas públicas preventivas para resguardar direitos, na elaboração de orçamentos ou no oferecimento de serviços, uma vez que a Constituição Federal garante prioridade absoluta à infância e adolescência.

Vale enfatizar que o princípio do superior interesse da criança deve nortear todas as interpretações legislativas relacionadas aos direitos da criança e do adolescente, seja para elaboração de políticas públicas ou deslinde de conflitos, resguardando sempre os direitos fundamentais da população juvenil.

A despeito da aplicação do referido princípio, esclarece Amin:

Interesse ou melhor interesse não é o que o Julgador ou aplicador da lei entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende a sua dignidade como pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível.⁵

Importante destacar que as crianças e os adolescentes são seres em desenvolvimento, motivo pelo qual precisam de cuidados e de proteção especial, haja vista que dependem dos adultos para a satisfação de suas necessidades básicas.

Segundo aponta Pereira:

A Doutrina Jurídica da Proteção Integral, ou seja, os direitos inerentes a todas as

⁵ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48-49. p. 75.

crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram, e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado e recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando de consideração especial, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais.⁶

Outrossim, a política de atendimento voltada ao público juvenil deve ser desenvolvida por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios da integração, visando a articulação de todas as políticas setoriais das áreas da saúde, educação, assistência social, dentre outras, com o objetivo de promover ações para assegurar todos os direitos humanos de crianças e adolescentes.

O artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente trata das ações da política de atendimento⁷.

As políticas sociais básicas de que trata o inciso I do artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente se caracterizam pela satisfação do mínimo necessário para atender todas as crianças e os adolescentes. Cabe elencar alguns exemplos da referida política, ressaltando aquelas relacionadas à saúde, à educação, à habitação, à cultura, à profissionalização, ao lazer e ao transporte.

Segundo estabelece Ishida no que tange à proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, nota-se que:

O sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente constitui em um conjunto articulado de pessoas e instituições, abrangendo os Conselhos Municipais, os Conselhos Tutelares, o Juiz, o Promotor da Infância e da Juventude, professores e diretores de escolas etc. Não existe hierarquia, como ocorria anteriormente com o Juízo de Menores. Essa proteção à criança e ao adolescente se dá também com a efetivação das políticas públicas.⁸

A despeito do inciso II do artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata dos serviços, programas, projetos e benefícios da política de atendimento, nota-se que as ações são desenvolvidas para superar e prevenir situações marcadas por violações de direitos.

De acordo como o artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a municipalização é uma das diretrizes da política de atendimento.

Segundo o entendimento de Tavares, em relação à municipalização, destaca-se o seguinte trecho: “Municipalizar o atendimento consiste em confirmar o poder de decisão – e, conseqüentemente, a responsabilidade – do Município e da comunidade na estruturação da política de atendimento local”⁹.

No que tange às entidades de atendimento, nota-se que conforme disposto no artigo 90 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as entidades de atendimento são responsáveis pelo planejamento e execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de orientação e apoio sócio familiar, abrangendo o programa de

⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar (atualização)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 22.

⁷ Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

I - políticas sociais básicas;

II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências;

III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;

IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;

V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente [...].

⁸ ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 19. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 293.

⁹ TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 459-526.

atendimento das medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, dentre outros.

É relevante frisar que as entidades de atendimento são denominadas governamentais ou não governamentais, seja de direito público ou de pessoa jurídica de direito privado. Todavia, nota-se que qualquer que seja a sua natureza, as referidas entidades devem ter seus respectivos programas registrados no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), nos termos do artigo 90, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) é um órgão deliberativo e controlador das ações que compõem a política de atendimento, responsável por fiscalizar o funcionamento das entidades e programas.

Importante consignar que nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.242/91, compete ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) elaborar as diretrizes da política de atendimento da criança e do adolescente, bem como atuar na fiscalização das referidas políticas.

Já em nível estadual, os responsáveis pelo gerenciamento das políticas são os Conselhos Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONDECA).

No âmbito municipal são mantidos os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), bem como os Conselhos Tutelares.

Adolescente autor de ato infracional

De acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Conforme preceitua o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o ato infracional refere-se a toda conduta descrita como crime ou contravenção penal, quando praticada por adolescentes. No entanto, às crianças poderão ser aplicadas somente medidas de proteção, já aos adolescentes autores de atos infracionais serão aplicadas medidas socioeducativas, as quais devem ser precedidas de um processo judicial que tramitará na Vara da Infância e Juventude.

Segundo Ishida: “a doutrina que trata sobre os jovens em conflito com a lei, conceitua como crime o fato típico e antijurídico”, visto que os adolescentes são inimputáveis e, portanto, não se enquadram no requisito da culpabilidade, a qual é um pressuposto para aplicação da pena¹⁰.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 228 que são inimputáveis os menores de dezoito anos. Desta forma, a Carta Magna estabeleceu o limite de idade para a imputabilidade penal, tutelando a referida menção como uma garantia constitucional voltada à criança e ao adolescente. O ordenamento jurídico prevê que o menor de dezoito anos é inimputável e, portanto, está sujeito à legislação especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim sendo, as crianças e os adolescentes não praticam crime, mas sim ato infracional equiparado a crime ou contravenção penal, nos termos do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, no campo da infância e juventude adota-se o critério biológico, tendo em vista que é aplicada tanto às crianças como aos adolescentes a presunção absoluta da incapacidade, isto é, de entender e determinar-se¹¹.

Nota-se que sobre os adolescentes recai a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, para tanto é necessário considerar a presunção do legislador de que o menor de dezoito anos ainda não está plenamente desenvolvido, razão pela qual não é totalmente

¹⁰ Op. cit., p. 338.

¹¹ ISHIDA, op. cit., p. 339.

responsável pelos seus atos.

Segundo dispõe o artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”.

A medida socioeducativa é aplicável ao adolescente que pratica ato infracional análogo a crime ou contravenção, nos termos do artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Importante consignar que as modalidades de medidas socioeducativas estão previstas nos incisos I a VI, do art. 112, do Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam, advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. Ressalta-se também que o referido rol é taxativo.

Em relação aos requisitos para escolha da medida socioeducativa, caberá ao Magistrado da Vara da Infância e da Juventude decidir pela imposição da medida socioeducativa que melhor se amolde ao caso concreto, devendo para tanto observar a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade do ato praticado, nos termos do artigo art. 112, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme preceitua o parágrafo 2º, do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado”.

Nos termos do inciso VII do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Magistrado poderá aplicar as medidas de proteção previstas no artigo 101, incisos I a VI¹² do mesmo dispositivo quando verificada a prática de ato infracional.

Infere-se do artigo 114 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a imposição das medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida previstas nos incisos III e IV do artigo 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração.

As medidas socioeducativas são aplicadas aos adolescentes entre doze e dezoito anos em razão de atos infracionais cometidos. Excepcionalmente, estas poderão ser cumpridas entre os dezoito e os vinte e um anos, quando o ato infracional foi cometido antes dos dezoito anos. Acerca da temática, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o cumprimento das medidas socioeducativas poderá ocorrer até os 21 anos de idade.

Neste sentido é a Súmula nº 605 do STJ:

A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos.¹³

Da mesma forma prevê o artigo 121, parágrafo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente no sentido de que o adolescente deverá ser liberado compulsoriamente do cumprimento de quaisquer medidas quando completar vinte e um anos de idade.

Das medidas socioeducativas em meio aberto

O presente artigo tem por objetivo analisar as medidas socioeducativas em meio aberto,

¹² Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

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

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

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

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

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

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). Súmula nº 605. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 de março de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 mar. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA>. Acesso em: 20 ago. 2019.

quais sejam, a medida de prestação de serviços à comunidade e a medida de liberdade assistida.

A despeito da medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade (PSC), é importante destacar que consiste em tarefas gratuitas de interesse gerais que o adolescente autor de ato infracional realizará, por período não superior a seis meses, e serão cumpridas em entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais, conforme preceitua o artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, de acordo com o parágrafo único do artigo mencionado acima, as referidas tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, tendo em vista que as tarefas não poderão prejudicar a frequência à escola ou a jornada normal de trabalho do adolescente infrator que se encontra em cumprimento da medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade.

Torna-se oportuno salientar que as entidades públicas ou privadas onde as tarefas serão realizadas devem ser preparadas para receber o adolescente autor de ato infracional, colocando-o a salvo de qualquer tipo de discriminação ou preconceito, bem como de atividades degradantes ou inadequadas. As mencionadas entidades deverão operar de forma interligada com o Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto e acompanhar as atividades desenvolvidas pelos adolescentes em suas respectivas dependências¹⁴.

Cumprir enfatizar que as instituições onde será prestado o serviço comunitário devem estar previamente definidas por meio de parcerias interinstitucionais.

Nesta perspectiva, é fundamental que as entidades públicas ou privadas sejam adequadas para atuarem no cumprimento das atividades comunitárias vinculadas à medida, visando propiciar tarefas variadas, em um ambiente acolhedor e de forma a estabelecer uma boa convivência com os adolescentes infratores durante o cumprimento da medida, não sendo permitidas atividades fora do contexto educativo e de cunho constrangedor¹⁵.

Ressalta-se, ainda, que será de competência das referidas entidades enviarem, periodicamente, relatórios das atividades exercidas pelo adolescente durante o cumprimento da medida.

Nesse diapasão cumpre aqui ressaltar o seguinte trecho retirado do Caderno de Orientações Técnicas do Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto, publicado pelo Ministério do Desenvolvimento Social, a saber: “É necessário que a execução de PSC seja organizada na rede de entidades parceiras públicas ou privadas, onde o adolescente desenvolverá suas atividades, que não se confundem com atividades laborais”¹⁶.

É de se destacar, inclusive, que, conforme o disposto no parágrafo 2º do artigo 112, em nenhuma hipótese será admitida a prestação de trabalho forçado, em conformidade com o artigo 5º inciso XLVII, alínea c, da Constituição Federal de 1988.

É relevante frisar que a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade busca despertar um senso cívico no resgate de princípios morais, uma vez que o adolescente em cumprimento da medida tem a oportunidade de estabelecer novos convívios sociais.

Segundo o disposto no Caderno de Orientações Técnicas do Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto, no que concerne à medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade: “A medida, portanto, tem um caráter pedagógico e sua execução deve

¹⁴ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Serviço de medidas socioeducativas em meio aberto*. Brasília, DF: 2016. (Caderno de Orientações Técnicas). Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/caderno_MSE_0712.pdf. Acesso em: 25 set. 2019. p. 26.

¹⁵ Loc. cit.

¹⁶ Op. cit., p. 25.

partir das novas experiências vivenciadas e do convívio do adolescente com outros grupos”¹⁷.

Neste sentido, vale enfatizar que as tarefas prestadas gratuitamente visam à responsabilização do adolescente, à vivência de valores de coletividade e estimulam o convívio com ambientes de trabalho.

Por outro lado, a medida socioeducativa de liberdade assistida (LA) possui a finalidade de acompanhar e orientar o adolescente infrator no prazo mínimo de seis meses.

Denota-se o disposto no artigo 118, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “a liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente”.

Infere-se do parágrafo 1º do artigo 118 que a autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

Nos termos do §2º do referido dispositivo: “a liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor”.

No que concerne à medida de liberdade assistida, vale o registro do seguinte trecho publicado pelo Caderno de Orientações Técnicas do Serviço de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto, a saber: “trata-se de uma medida socioeducativa que implica em certa restrição de direitos, pressupõe um acompanhamento sistemático, no entanto, não impõe ao adolescente o afastamento de seu convívio familiar e comunitário”¹⁸.

Frisa-se que os adolescentes submetidos à medida de liberdade assistida receberam o acompanhamento do setor técnico, na promoção social do adolescente e de sua família, no que concerne aos seus estudos e sua profissionalização. Desta forma, o Centro de Referência Especializado em Assistência Social (CREAS) é a unidade pública prevista pela Lei n. 12.435/11¹⁹, incumbindo, além de outras funções, o cumprimento da liberdade assistida²⁰.

Desta forma, menciona-se o seguinte julgado: “A prorrogação da liberdade assistida é admissível, mesmo após o vencimento do prazo fixado para a sua vigência desde que enseje causa justa”²¹.

Com efeito, cabe ressaltar que: “para realizar o acompanhamento das medidas socioeducativas de LA e de PSC deve-se considerar o perfil do(a) adolescente, suas necessidades, interesses e o contexto em que vive”²².

Ademais, tanto na prestação de serviço à comunidade quanto na liberdade assistida, o técnico de referência deverá acompanhar o adolescente durante todo o seu período de cumprimento, encaminhando periodicamente à autoridade judiciária relatórios circunstanciados. Em caso de não cumprimento dos termos das medidas aplicadas de liberdade assistida e de prestação de serviço à comunidade, o Magistrado da Vara da Infância e da Juventude poderá optar pela substituição da medida.

As medidas socioeducativas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, nos termos do artigo 99 do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive cumuladas com as medidas de proteção, previstas nos incisos I a VI do artigo 101 do referido dispositivo²³.

Nota-se que com a consolidação do Estatuto da Criança e do Adolescente passou a vigorar

¹⁷ Op. cit., p. 26.

¹⁸ Loc. cit.

¹⁹ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011*. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Brasília, DF: 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12435.htm. Acesso em: 30 jul. 2019.

²⁰ ISHIDA, op. cit., p. 392.

²¹ SÃO PAULO (Tribunal de Justiça). *C. Esp. AI 20.332-0*. Relator: Ney Almada, 20 de outubro de 1994 apud ISHIDA, op. cit., p. 388.

²² BRASIL, op. cit., 2016, p. 27.

²³ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Sinase - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*. Comentários à lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 15.

no Estado Democrático de Direito um sistema de responsabilização específico frente aos casos que envolvem a prática de atos infracionais. O referido sistema é diferenciado, uma vez que atende essas pessoas que se encontram em peculiar condição de pessoas em desenvolvimento e que são o futuro da nossa sociedade.

Vale ressaltar que o objetivo da aplicação das medidas socioeducativas não é a punição, ou seja, a ideia de castigo como repressão a uma conduta infratora, tendo em vista que as medidas socioeducativas visam reinserir os adolescentes infratores na sociedade, buscando inibir a reincidência e resguardar os seus direitos fundamentais.

Destacam-se as três principais finalidades das medidas socioeducativas, previstas na Lei nº. 12.594/2012, quais sejam: responsabilização, integração social e desaprovação da conduta infratora.

Ademais, as medidas socioeducativas têm caráter pedagógico, considerando que pretendem desenvolver a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, protegendo a sua formação moral.

Sistema nacional de atendimento socioeducativo

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) foi aprovado em 2006, pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e instituído pela Lei nº 12.594/2012, promulgada em 18 de janeiro de 2012, a qual regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes autores de ato infracional.

Ressalta-se que o SINASE propõe a articulação dos três níveis de governo para o desenvolvimento de programas de atendimento voltados aos adolescentes em conflito com a lei.

Além disso, a “Lei do SINASE” regulamenta o cumprimento das medidas socioeducativas, bem como estabelece princípios e regras específicas para o acompanhamento pedagógico do adolescente autor em conflito com a lei.

Centro de referência especializado de assistência social (CREAS)

Em 2004, o atendimento a adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto foi definido como serviço continuado pela Proteção Social Especial de Média Complexidade, conforme estabelecido na Política Nacional de Assistência Social, e, com a aprovação da Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB/SUAS), em 2005, os municípios iniciam o processo de adesão a este novo modelo socioassistencial²⁴.

No ano de 2009, com a aprovação da Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais (Resolução nº 109 do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS), o serviço de proteção social a adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade e de liberdade assistida (LA) passou a ser caracterizado como serviço socioassistencial de caráter continuado no Sistema Único de Assistência Social.

O Centro de Referência Especializado de Assistência Social é um equipamento que desenvolve ações que têm por objetivo a garantia de direitos. Refere-se a um órgão descentralizado responsável pela promoção e controle de políticas do poder público, que oferta programas de atendimento na área da assistência social. Além disso, é responsável pela gestão do serviço de proteção social a adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade.

Ressalta-se que o serviço de medidas socioeducativas em meio aberto realiza o acompanhamento e orientação do adolescente em conflito com a lei, e oferta de um

²⁴ BRASIL op. cit., 2016, p. 10.

atendimento especializado, baseado na escuta qualificada, no acompanhamento dos adolescentes e de suas famílias de forma integrada aos demais serviços socioassistenciais e às políticas setoriais de educação, saúde, trabalho, cultura, esporte e lazer.

Conforme preceitua o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, o Centro de Referência Especializado de Assistência Social:

É unidade pública estatal de prestação de serviços especializados e continuados a indivíduos e famílias com seus direitos violados. Deve articular os serviços de média complexidade do SUAS e operar a referência e a contrarreferência com a rede de serviços socioassistenciais da Proteção Básica e Especial, com as demais políticas públicas e instituições que compõem o Sistema de Garantia de Direitos, bem como com os movimentos sociais. Ciclo de vida: diferentes etapas do desenvolvimento humano (infância, adolescência, juventude, idade adulta e terceira idade), ou do desenvolvimento familiar.²⁵

Assim sendo, o Centro de Referência Especializado de Assistência Social volta o seu atendimento à população que se encontra em situação de risco pessoal e/ou social, cujos vínculos familiares já foram rompidos ou estão extremamente fragilizados, como é o caso do adolescente em cumprimento de medidas socioeducativas.

Diagnóstico e análise das medidas socioeducativas em meio aberto do município de Catanduva-SP

De acordo com o Censo de 2010 (IBGE), no que tange à população, o município de Catanduva conta com 7.803 pessoas de 10 a 14 anos; 5.087 pessoas de 15 a 17 anos; 3.488 pessoas de 18 a 19 anos e 9.376 pessoas de 20 a 24 anos²⁶.

Constatou-se, por meio de entrevistas realizadas com a equipe técnica do Centro de Referência Especializado de Assistência Social, do município de Catanduva²⁷, que para o cumprimento da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade (PSC) o equipamento de assistência social conta com o apoio da rede municipal. Os serviços são prestados nas entidades do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) do município; na Secretaria de Assistência Social (SEMAS); na Secretaria Municipal de Esportes Lazer e Turismo (SMELT); no Conjunto Esportivo e na Estação Cultura. Para tanto, efetuam uma triagem individual e direcionam a prestação de serviço em horário compatível com a disponibilidade do adolescente. Além disso, quanto à medida de prestação de serviços à comunidade, são realizados atendimentos psicossociais, quinzenalmente, pela equipe técnica multidisciplinar do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS).

Em relação à medida socioeducativa de liberdade assistida, a equipe técnica atende semanalmente os adolescentes, realizando acompanhamento e orientação psicossocial. Também são ofertados projetos e cursos profissionalizantes nas organizações da sociedade civil inscritas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), como os programas Cidadão do Futuro e CAIC Jovem, bem como os ofertados pela Prefeitura de Catanduva.

Ademais, o equipamento técnico direciona para a Secretaria Municipal de Saúde os

²⁵ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

²⁶ Dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística de Catanduva, interior do Estado de São Paulo.

²⁷ Visitas realizadas ao Centro de Referência Especializado de Assistência Social do município de Catanduva-SP (29/08/2019, 24/09/2019 e 07/11/2019). Entrevistas com a equipe técnica responsável pela execução dos programas de medidas socioeducativas em meio aberto (PSC e LA) e fornecimento de dados quantitativos das medidas municipalizadas, referentes ao período de Janeiro/Julho de 2019.

adolescentes dependentes de substâncias psicoativas para serem atendidos no grupo do Amor Exigente e no Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas (CAPS), instalados no referido município.

Importante ressaltar que mensalmente são realizadas reuniões socioeducativas com os adolescentes infratores e suas famílias, oportunidade em que especialistas abordam temas que foram estabelecidos nos cronogramas anuais de planejamento das medidas socioeducativas em meio aberto. Entre os assuntos abordados estão a vulnerabilidade de bairro; o *bullying*; doenças; o uso de substâncias psicoativas; situações de riscos, dentre outros. Os temas escolhidos para as reuniões passam por revisão a cada trimestre, considerando a necessidade do público atendido.

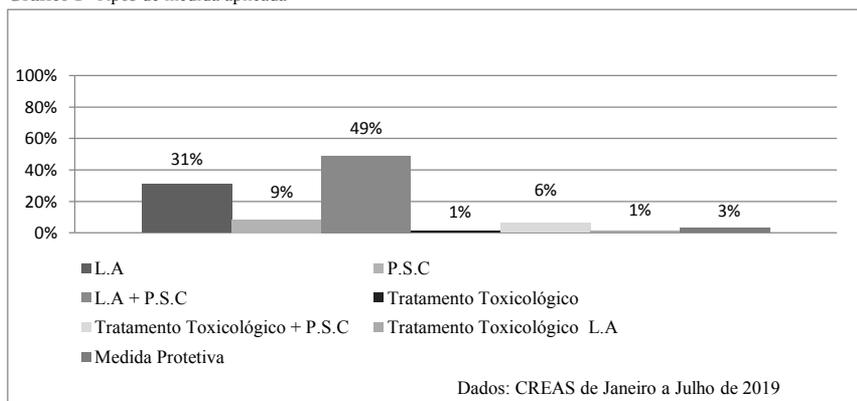
Por fim, vale destacar que a equipe técnica realiza orientações e desenvolve atividades socioeducativas que visam promover a inserção social e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. Também demonstra a relevância do ensino escolar, diante do índice alto de evasão escolar dos adolescentes infratores, principalmente nas séries finais do ensino fundamental, o que dificulta inclusive o ingresso do adolescente em instituições que ofertam cursos profissionalizantes.

Além disso, são distribuídos bancos de currículos dos adolescentes que estão cumprindo medidas em meio aberto, caracterizando uma das prioridades do município.

No primeiro semestre do ano de 2019, no que concerne ao atendimento socioeducativo em meio aberto, foram acompanhados 94 adolescentes pela equipe técnica do município.

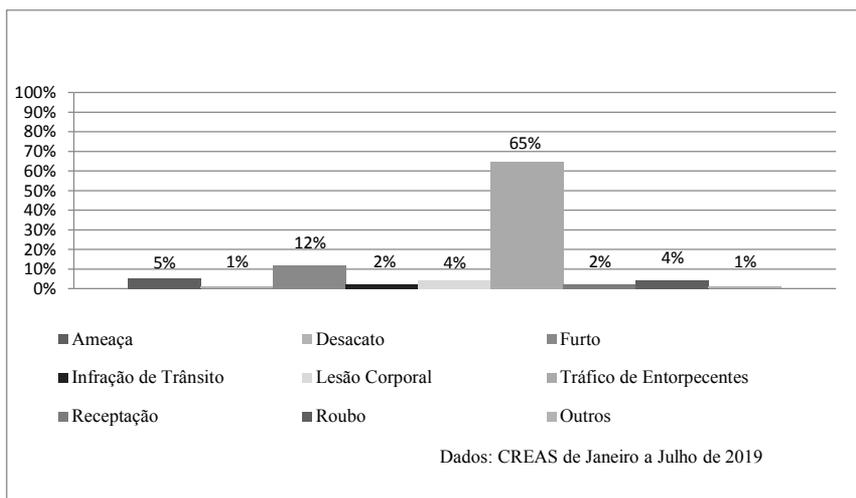
Os dados coletados pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) sobre os adolescentes foram retirados do Plano Individual de Atendimento (PIA) e estão anexados nos prontuários dos mesmos. O público selecionado para a coleta de dados apresentados por meio das representações gráficas foram os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa ao longo do ano de 2019, meses de referência Janeiro a Julho.

Gráfico 1 -Tipos de medida aplicada



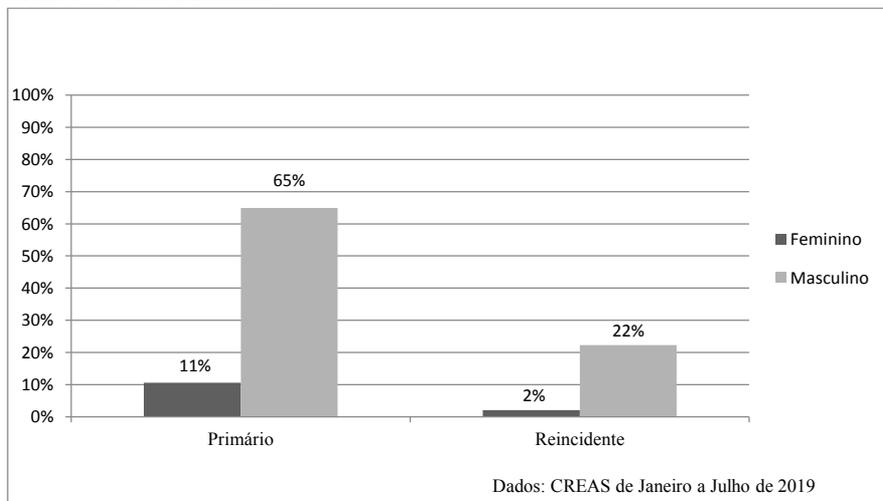
O Gráfico 1 se refere à medida socioeducativa aplicada, dos adolescentes que foram acompanhados pelo programa: 31% encontram-se em cumprimento medida socioeducativa de liberdade assistida (L.A); 9% medida de prestação de serviço à comunidade (P.S.C); 49% prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida (P.S.C + L.A); 1% tratamento toxicológico; 6% tratamento toxicológico cumulado com prestação de serviços à comunidade; 1% tratamento toxicológico cumulado com liberdade assistida; e 3% medida protetiva.

Gráfico 2 - Atos infracionais



O Gráfico 2 trata dos adolescentes com idade entre 12 a 21 anos incompletos, que estão sendo acompanhados pelo programa. O tráfico de entorpecentes aparece como ato infracional mais praticado (65%), o que mostra a necessidade de uma ação preventiva envolvendo as áreas de educação e segurança pública.

Gráfico 3 – Vivência infracionária



O Gráfico 3 demonstra a vivência infracionária dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa: dos 87% do sexo masculino, 65% são primários e 22% reincidentes; dos 13% do sexo feminino, 11% são primários e 2% reincidentes.

Diante do exposto, vale enfatizar a relevância da implementação de políticas públicas voltadas à proteção das crianças e dos adolescentes, como educação, segurança pública, dentre outras, uma vez que são sujeitos de direitos que demandam prioridade absoluta.

Desta forma, é fundamental o investimento em projetos sociais e cursos profissionalizantes para despertar novas perspectivas que possam contribuir para o desenvolvimento pessoal e profissional do adolescente autor de ato infracional, buscando assegurar todos os seus direitos

fundamentais, e propiciar, por meio de práticas restaurativas, a autonomia e a participação social do adolescente e de sua família.

Considerações finais

O presente artigo buscou enfatizar o papel da medida socioeducativa em meio aberto como um processo pedagógico que visa desenvolver a responsabilização e reintegração social do adolescente que pratica ato infracional, tendo em vista que as ações da rede que oferta os serviços de proteção social são executadas com a finalidade de despertar qualidades morais, éticas e profissionais, contribuindo para o desenvolvimento do adolescente, por meio da promoção de medidas restaurativas fundamentadas no pleno exercício da cidadania.

Não obstante, o adolescente em conflito com a lei muitas vezes é estigmatizado pela sociedade, o que dificulta a sua inserção na comunidade.

Assim considerando, antes de construirmos quaisquer pré-julgamentos é preciso contextualizar a situação do adolescente com outros elementos e ressignificar a sua conduta dentro de um contexto mais amplo de vulnerabilidade pessoal, familiar ou social. É necessária uma análise crítica sobre a situação que envolve um adolescente em conflito com o ordenamento jurídico. Para tanto, deve-se buscar os reais motivos das vicissitudes sociais, diante dos mecanismos de enfrentamento a tais violações de direitos que são objeto da política pública de assistência social e referentes a um desígnio do Estado Democrático de Direito, que preza por condições dignas de existência, em referência ao princípio da dignidade da pessoa humana expresso na Carta Magna.

Desta forma, reprimir uma conduta infratora de modo a exercer a exclusão social não é o melhor caminho. Ela deve ser contextualizada sob a ótica da prevenção às situações de vulnerabilidade e responsabilização, e inclusão social nos casos em que o conflito já estiver instaurado, uma vez que é fundamental o enfrentamento das situações marcadas pelo risco pessoal e social. Essa foi a razão pela qual se buscou, no presente estudo, evidenciar a relevância da implementação de políticas públicas voltadas à proteção das crianças e dos adolescentes, bem como destacar o papel das ações socioassistenciais durante o processo socioeducativo.

Importante destacar que a escolarização é um elemento estruturante do sistema socioeducativo, razão pela qual estar inserido na escola e participar de cursos profissionalizantes são pilares essenciais para a ressocialização do adolescente, considerando a sua condição peculiar de pessoa em fase de desenvolvimento, incentivando, assim, o seu protagonismo na sociedade e a realização de sonhos e projetos de vida.

Além disso, o processo socioeducativo busca o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, haja vista a importância do apoio familiar na vivência do adolescente, tanto em relação ao resgate de valores que contribuem para o seu crescimento, quanto para a superação socioemocional e afetiva.

Ademais, para superar as violações de direitos é necessário o engajamento dos mais diversos órgãos, serviços e setores da Administração Pública, motivo pelo qual devem assumir as responsabilidades designadas pelo ordenamento jurídico, de forma a garantir a proteção integral e a prioridade absoluta das crianças e dos adolescentes.

Ressalta-se, ainda, que é fundamental a articulação conjunta de todas as políticas públicas que compõem o Sistema de Garantia de Direitos.

Referências

- AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48-49.
- BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)*. [...]. Brasília, DF: 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm. Acesso em: 12 out. 2019.
- BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o código de menores. Brasília, DF: 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.
- BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n° 12.435, de 6 de julho de 2011*. Altera a Lei n° 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Brasília, DF: 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112435.htm. Acesso em: 30 jul. 2019.
- BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Serviço de medidas socioeducativas em meio aberto*. Brasília, DF: 2016. (Caderno de Orientações Técnicas). Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/caderno_MSE_0712.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). Súmula nº 605. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 de março de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 mar. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA>. Acesso em: 20 ago. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.
- ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 19. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2018.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar (atualização)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RAMIDOFF, Mário Luiz. *Sinase - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*. Comentários à lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 459-526.

Acolhimento familiar e institucional de crianças e adolescentes sob a ótica do direito à convivência familiar e comunitária¹

ASHELEY SHIRLEY DA SILVA

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito.

Resumo: O presente trabalho trata do direito fundamental das crianças e adolescentes que se encontram em situação de vulnerabilidade social e pessoal e que, por inúmeras circunstâncias, tiveram os seus vínculos familiares afetados ou rompidos, ocasionando o afastamento da sua família de origem (natural). Nesses casos, conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), essas crianças e adolescentes são encaminhados para uma família substituta, de modo temporário ou definitivo, para assegurar-lhes a proteção integral, nos termos do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Assim considerando, esse trabalho analisa um aspecto de materialização do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes e identifica a efetivação da garantia deste direito, quando crianças e adolescentes são inseridos em acolhimento familiar e institucional, e aponta as políticas sociais existentes que acompanham o tema em questão.

Palavras-chave: Direito fundamental à convivência familiar e comunitária. Acolhimento familiar e institucional.

Abstract: This paper deals with the fundamental right of children and adolescents who are in a situation of social and personal vulnerability and who, for countless circumstances, had their family ties affected or broken, causing the removal of their (natural) family of origin. In such cases, as provided for in the Child and Adolescent Statute (ECA), these children and adolescents are referred to a surrogate family, either temporarily or permanently, to ensure their full protection under Article 19 of the Child Statute. Considering this, this paper analyzes an aspect of materialization of the fundamental right to family and community life of children and adolescents and identifies the effectiveness of the guarantee of this right, when children and adolescents are inserted in family or institutional care and points out the existing social policies that follow the theme in question.

Keywords: Fundamental right to family and community living. Family and institutional welcoming.

Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069/1990², é regido pelo princípio da proteção integral que se baseia em dois pilares: o de reconhecimento de crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento e o princípio do melhor interesse.

A referida lei colocou as crianças e os adolescentes como preocupação central da sociedade, do Estado e da família, sendo respeitados como sujeitos de direitos.

Este artigo concebe a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e faz uso da doutrina da proteção integral para promover uma análise do direito à convivência familiar e comunitária, bem como a importância da entidade familiar no desenvolvimento físico e psicológico da criança e do adolescente.

Todos os indivíduos têm o direito de crescer em uma família, mas nem sempre será possível que a criança ou o adolescente tenha o direito de exercer a convivência familiar em sua família de origem, podendo romperem-se os vínculos afetivos por inúmeras circunstâncias, assim, tem-se a modalidade da inserção desses sujeitos em uma família substituta.

Com efeito, o presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade do direito à convivência familiar e comunitária, previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, acerca da inserção de crianças e adolescentes nos acolhimentos familiar e institucional.

Além disso, se busca compreender a efetiva garantia dos direitos fundamentais das

¹ Este artigo resulta de trabalho de conclusão de curso intitulado “Acolhimento familiar e institucional de crianças e adolescentes sob a ótica do direito à convivência familiar e comunitária”, desenvolvido ao longo do ano de 2019, sob a orientação da Professora Ana Paula Polacchini de Oliveira.

² BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

crianças e adolescentes quando inseridos excepcionalmente em família substituta e, mais especificamente, analisar os mecanismos utilizados para o seu deferimento, bem como verificar quais foram as modificações e os progressos demonstrados e preconizados pela legislação vigente.

Nesse sentido, trata da política de atendimento em face do acolhimento familiar e institucional, analisando-se, ainda, os modelos de acolhimento institucional. Assim, verificaram-se quais são as políticas de atendimento aplicadas para preservação do direito à convivência familiar e comunitária. Discute, também, a aplicação da medida de proteção de acolhimento familiar e quais são os reflexos jurídicos perante o direito fundamental da convivência familiar e comunitária, haja vista a preservação do vínculo familiar quando retirados de sua família de origem, pois proporciona inúmeras vantagens à criança ou adolescente.

Esse direito fundamental da criança e do adolescente merece cuidado especial, considerando aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social e pessoal e que, por inúmeras circunstâncias, tiveram os seus vínculos familiares rompidos. Consequentemente, com o afastamento da sua família de origem (natural), serão encaminhados para uma família substituta capaz de prover-lhes o crescimento e desenvolvimento pessoal e assegurar-lhes a proteção integral.

Criança e adolescente como sujeitos de direitos e a doutrina da proteção integral

A criança e o adolescente são indivíduos que necessitam conviver em um ambiente harmonioso, que contenha amor e compreensão para o seu pleno desenvolvimento, entendimento este consagrado na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, a qual reconheceu efetivamente as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e não apenas como meros objetos. Assim, estes devem ser respeitados como pessoas em condição de desenvolvimento e considerados aptos para exercerem seus direitos e deveres fundamentais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 foi a primeira legislação aprovada de acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente prevendo a proteção integral, considerada uma conquista construída historicamente no decorrer de um longo processo.

Ademais, a referida lei representou um novo paradigma ético de direitos, em todas as suas dimensões. Para tanto, é resultante de discussões e movimentos populares que passaram a denunciar violações de direitos em face das crianças ou adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado, ainda, como a superação do Código de Menores, que se dirigia à infância como aqueles em situação irregular, a quem se aplicavam penas.

A doutrina da situação irregular refere-se à situação de irregularidade em que se encontravam os menores de dezoito anos, bem como aqueles que viviam em situação de abandono ou em decorrência de condutas praticadas no seio familiar, sendo vítimas de maus tratos. A referida doutrina foi marcada pela ausência de políticas adequadas e pela prática do assistencialismo, tratando apenas do “menor abandonado” e do “menor delinquente”.

A doutrina da situação irregular que ocupou o cenário infanto-juvenil por quase um século era restrita. Limitava-se a tratar daqueles que se enquadravam no modelo predefinido de situação irregular, estabelecido no art. 2º do Código de Menores³.

³ AMIN, Andrea Rodrigues. O período pós-Constituição de 1988. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.).

Ressalte-se que os indivíduos acreditavam que o menor era uma ameaça para o meio social onde estavam inseridos e, deste modo, constantemente eram discriminados sob a alegação de apresentarem risco à sociedade.

Os menores que estivessem em situação irregular, como mencionado anteriormente, poderiam ser retirados do núcleo familiar ou, aquele que tivesse cometido infrações penais poderia ser privado de sua liberdade, visto que esta medida possuía caráter de recuperação e controle sob as crianças e os adolescentes.

Salienta-se ainda que, nessa época, as crianças e os adolescentes eram tratados como meros objetos da intervenção e repressão do Estado, não sendo respeitados como sujeitos de direitos. Na doutrina da situação irregular as crianças e os adolescentes eram submissos à vontade do Estado.

Assim, para que a referida lei fosse aplicada e surtisse efeitos, era necessário o cumprimento de certos requisitos e, além disso, deveria ser submetida à decisão de um magistrado, denominado como o juiz de menores, ou seja, o referido Código concedia poder absoluto aos juízes, considerando que poderiam aplicar a medida de internação em qualquer caso, para os menores em situação irregular, incluindo os que cometessem ato infracional. Observa-se que as crianças e os adolescentes não eram considerados sujeitos de direitos, não havendo a observância dos direitos fundamentais.

Entretanto, a doutrina da proteção integral teve início após o término do Código de Menores e encontra-se prevista no artigo 227 da Constituição Federal de 1990, tratando-se de um princípio aplicado ao direito da criança e do adolescente no sistema judicial infanto-juvenil.

Destaca-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710⁴, de 21 de novembro de 1990, trata-se de um tratado internacional de direitos humanos, o qual consagrou a proteção ao público infanto-juvenil e reconheceu as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

Segundo Ishida, a doutrina da proteção integral é “baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes. Foi anteriormente prevista no texto constitucional, no art. 227, instituindo a chamada prioridade absoluta”⁵.

Além disso, também se encontra efetivamente regulamentado no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, sendo este uma das principais normas que dispõe sobre as medidas de proteção destinadas às crianças e/ou adolescentes.

A doutrina da proteção integral prevê que independente da situação ou condição socioeconômica deve receber o mesmo tratamento legal, ou seja, veda-se qualquer discriminação entre a criança e o adolescente.

A criança e o adolescente são detentores de todos os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico, além daqueles previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, independente do meio familiar em que estão inseridos ou de sua situação familiar, não devendo haver discriminação racial ou social.

Cabe ao Estado, à sociedade e a família proporcionar-lhes meios adequados de convivência e de proteção para que possam desenvolver-se em ambiente saudável.

Desta forma, a doutrina da proteção integral está estritamente incorporada aos textos do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Constituição Federal de 1988, bem como ao texto da

Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 60.

⁴ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.* Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 30 out. 2019.

⁵ ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência.* 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 23.

Declaração dos Direitos da Criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece medidas de proteção à criança e ao adolescente sempre que seus direitos forem violados ou ameaçados, tendo em vista que a criança e o adolescente são indivíduos que vivem em constante fase de desenvolvimento psicológico, físico e moral.

Direito à convivência familiar e comunitária

O direito à convivência familiar e comunitária infanto-juvenil é uma garantia constitucional prevista também no artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Além disso, toda criança e todo adolescente têm o direito de serem criados e educados no seio de sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta, nos termos do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para tanto, nota-se a dificuldade na consolidação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, quando há necessidade de serem inseridos em família substituta, para que outra entidade familiar, que não a sua de origem ou a família extensa, seja capaz de prover e garantir condições dignas de sobrevivência em um núcleo familiar regido por amor, cuidado e responsabilidade desses membros na busca pela preservação do direito à convivência familiar.

A preconização do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à convivência familiar e comunitária é uma importante mudança que influenciou no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

O governo, através de pesquisas, tentou entender porque, como e quem são as crianças e os adolescentes que estavam fora da convivência familiar. Para ocorrência deste feito, o Departamento da Criança e do Adolescente (DCA) do Ministério de Justiça (MJ), a Secretaria de Estado de Assistência Social (SEAS) do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) e o Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF) reuniram-se, no primeiro semestre de 2002, com a finalidade de discutir os dados apresentados pela Caravana da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados sobre os programas de abrigo e perceberam a necessidade de novos integrantes para formação do plano⁶.

Na referida discussão, tentaram identificar quais eram as ações a serem priorizadas, entre elas: a realização de um censo nacional de crianças e adolescentes em abrigos e práticas institucionais e a elaboração de um Plano de Ação para o seu reordenamento.

Tornou-se importante que estes indivíduos não estivessem na presença de guardiões descompromissados em assegurar-lhes o bem-estar necessário ao seu desenvolvimento, pois a criança e o adolescente são indivíduos que necessitam conviver em um ambiente harmonioso e que contenha afeto, amor e compreensão para o seu pleno desenvolvimento.

Assim sendo, conclui-se que a família é o lugar onde as crianças e os adolescentes devem ser criados e educados, de modo que haja a garantia constitucional do direito a convivência familiar e comunitária.

Importante consignar ainda que o tema família não é considerado uma tarefa fácil, vez que se encontra em constantes transformações, modificando-se em decorrência do tempo, assim como os indivíduos que dela fazem parte. Deve levar-se em consideração que a composição familiar ocorre por meio de indivíduos que possuem características pessoais distintas, bem como suas próprias particularidades. Assim, é composta por indivíduos diferentes que formam

⁶ OLIVEIRA, Ana Paula Polacchini de *et al.* O direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária: diálogos entre direito positivo, história, cinema e literatura. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares*, Catanduva, v. 13, n. 1, p. 27-40, jan./dez. 2018. Disponível em: http://unifipa.com.br/site/documentos/revistas/direito/dir_2018_vol13_n1.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

o grupo familiar. Além disso, o termo família pode ser definido como a ligação de um ou mais indivíduos, ligados biologicamente ou afetivamente, formando uma entidade familiar. O membro da família molda-se durante a convivência familiar e adequa-se neste ambiente, uma vez que a criança e o adolescente mantêm seus vínculos afetivos e íntimos e se conhecem internamente por meio dessa convivência.

Dessa forma, nota-se que a família tem papel essencial na vida da criança e do adolescente, considerando-se que ela é capaz de mediar suas relações e socialização com o mundo, impondo-lhes limites e regras para que possam conviver em sociedade. Posto isto, preservando-se os vínculos afetivos, é notório que haverá a garantia do direito à convivência familiar e comunitária.

O Plano acima mencionado, aprovado pelo CNAS e CONANDA em Dezembro de 2006, chama a atenção para a necessidade de desmistificar a idealização de uma dada estrutura familiar como sendo a “natural”, abrindo-se caminho para o reconhecimento da diversidade das organizações familiares no contexto histórico, social e cultural.

Nesse sentido, segundo o entendimento de Lépore e Lehfeld “família natural é a comunidade formada pelos pais (família biparental) ou qualquer deles (família monoparental) e seus descendentes. Trata-se dos arranjos familiares clássicos e inquestionáveis”⁷.

Entre os modelos de entidade familiar, tem-se a família extensa, a qual se caracteriza como aquela formada além da unidade apenas entre pais e filhos, quando se têm outros parentes com os quais a criança e o adolescente possuem vínculos de afinidade e afetividade. É formada por parentes próximos ressaltando a necessidade de reconhecer outros tipos de vínculos que pressupõem obrigações mútuas, de caráter simbólico e afetivo, nos termos do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, parágrafo único.

Cumprе ressaltar que a modalidade de família extensa é formada em prol da proteção da criança e do adolescente que se encontrem em atual situação de risco ou vulnerabilidade. Desta forma, insere-se a criança e o adolescente em família extensa como forma de se evitar a institucionalização e promove-se a garantia dos direitos fundamentais da criança e dos adolescentes, preconizados no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual reconhece a importância da relação parental, ou seja, os membros da família para formação da personalidade.

Além do mais, existem situações em nosso campo jurídico nas quais a criança ou o adolescente não pode ou não deve permanecer sob a guarda da família de origem, devendo ser retirado da companhia de seus genitores. Deste modo, há em nosso ordenamento jurídico possibilidade de inserção em uma família substituta.

A família substituta é aquela que a partir de certo momento e por algum motivo especial passa a substituir a família biológica da criança e do adolescente. Com isso em vista, preceitua o artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente.

Torna-se importante esclarecer que a guarda somente será concebida em hipóteses peculiares, quando se tornar necessária para suprir a ausência dos pais ou responsáveis ou quando houver a impossibilidade de sua permanência junto à família natural. A guarda é instituto jurídico previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e refere-se à colocação de crianças ou adolescentes que se encontrem em situação de risco em família substituta, nas

⁷ LÉPORE, Paulo Eduardo; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. *Direito à convivência familiar de crianças e adolescentes e os novos valores do eudemonismo e da socioafetividade*. Disponível em: https://www.franca.unesp.br/Home/stae/eixo1_003.pdf. Acesso em: 7 ago. 2019.

situações fáticas em que os pais tenham ou não sido destituídos do poder familiar.

Por outro lado, a modalidade de inserção da criança ou do adolescente por meio da concessão da tutela ocorre nas situações fáticas em que é necessária a designação de um tutor para que este exerça poder familiar, tendo como responsabilidade a tutela dos bens do tutelado, cabendo à administração dos bens em prol da criança e adolescente, desde que, em todos os casos, seja levado em consideração seu melhor interesse.

Nesse sentido, de acordo com o art. 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a tutela será deferida a pessoa de até 18 anos incompletos. Além disso, prevê o parágrafo único do mencionado artigo que o deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda, e poderá ser revogada a qualquer tempo. A tutela é o encargo conferido por lei a uma pessoa capaz, para cuidar de pessoa do menor, administrar seus bens e representá-lo ou assisti-lo nos atos da vida civil, conforme artigo 1.728 do Código Civil de 2002.

Já o instituto da adoção é um ato solene, pelo qual um casal, uma família ou apenas uma pessoa, toma para si (de forma legal) uma criança a fim de cuidar, educar, dar afeto e proporcionar as mesmas coisas que faria uma família de sangue, ou seja, a adoção é o meio pelo qual se confere à criança ou adolescente, que não pôde continuar no seio de sua família biológica ou não sabe o paradeiro da mesma, o direito de ser colocada no seio de uma nova família que busca uma filiação adotiva como alternativa para um projeto parental. Não se distingue mais em nenhum aspecto os filhos adotivos e os biológicos, possuindo os mesmos direitos, inclusive sucessórios, desligando-os de quaisquer vínculos com os pais biológicos, nos termos do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Além disso, depois de concretizada a adoção esta é irreversível, conforme se denota no art. 39, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim sendo, a família substituta é aquela que assume o lugar da família de origem, em casos necessários e excepcionais.

Política de atendimento e o acolhimento

O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 tipifica a medida de acolhimento como uma das normas gerais responsável por estabelecer políticas de atendimento dirigidas à proteção dos direitos infanto-juvenis. Assim, analisa-se o acolhimento familiar e institucional de crianças e adolescentes, definindo quais são as políticas de atendimento e os mecanismos utilizados para que as crianças e adolescentes sejam inseridos na modalidade de acolhimento familiar.

Preliminarmente, foram criadas as primeiras instituições de amparo à criança, chamadas de Casas dos Expostos, ou Roda dos Expostos, surgidas em Salvador em 1726, no Rio de Janeiro em 1738 e em Recife em 1789, que tinham como objetivo proteger a moral das famílias, dando um fim caridoso aos frutos das uniões ilícitas. Desta forma, o abandono tornou-se menos tolerado e a criança começou a ocupar um lugar de importância nas decisões políticas.

Pois bem. A política de atendimento se volta para as crianças e os adolescentes enquanto sujeitos e regulamenta uma série de direitos e garantias ao atendimento desses usuários, dentre eles o direito ao convívio familiar e comunitário.

Observa-se que quando houver violação dos direitos da criança ou adolescente, seja por omissão da sociedade ou do Estado, haverá aplicação de algumas medidas de proteção. Entre estas medidas de proteção estão o acolhimento familiar ou institucional, aplicáveis tão somente nas situações em que há risco ou violação de direitos praticados pelos genitores, ausente ainda à família extensa.

O acolhimento familiar ou institucional somente será estabelecido por determinação

judicial, também em situações excepcionais, de caráter temporário e transitório, seja para o retorno à família de origem ou para a colocação em família substituta. Nos termos do artigo 101, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são *medidas provisórias e excepcionais*, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.⁸

Para tanto, o Estado deve instituir programas que viabilizem o acolhimento por famílias ou o serviço de acolhimento institucional para desenvolvimento e eficácia da medida.

O documento intitulado como “Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária” promoveu mudanças no plano familiar, influenciando as alterações do Estatuto da Criança e do Adolescente e os programas de acolhimento familiar e institucional, bem como os modos de se documentar, incentivar e acompanhar a adoção no Brasil.

Nesse sentido, destaca-se o trecho retirado do mencionado Plano:

É importante ressaltar que, mesmo decidindo-se pelo afastamento da criança ou adolescente da família, deve-se perseverar na atenção à família de origem, como forma de abreviar a separação e promover a reintegração familiar. Nesse sentido, os Programas de Apoio Sócio-Familiar devem articular-se com os serviços especializados de prestação de cuidados alternativos, para garantir a continuidade do acompanhamento da criança ou do adolescente e de sua família, durante o período de acolhimento e após a reintegração à família de origem. Somente quando esgotadas as possibilidades de reintegração familiar é que se deverá proceder à busca por uma colocação familiar definitiva, por meio da adoção.⁹

Deste modo, verificando os projetos e programas sociais de atendimento destinados a esses indivíduos, estes devem assegurar-lhes os direitos fundamentais promulgados no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo um convívio familiar e comunitário com dignidade a toda criança e adolescente, independente da entidade familiar, seja na família de origem ou na inserção destes em uma família substituta, desde que mantenham um vínculo de filiação e afetividade entre os membros.

No que tange à política de atendimento, ressalte-se que os direitos expressos na Constituição Federal de 1988 devem ser respeitados e efetivados entre as esferas governamentais que devem assumir a função de proteção social, promovendo-lhes a acessibilidade dos direitos previstos constitucionalmente.

Além do mais, prevê o Plano Nacional de Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária que, em função do direito à convivência familiar e comunitária, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a excepcionalidade e a provisoriedade do acolhimento institucional, obrigando que se assegure a preservação dos vínculos familiares e a integração em família substituta quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem, expressos nos artigos 92 e 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰.

Aquele que acolhe deve assumir o compromisso e a responsabilidade, dando atenção, carinho, aconchego; e ajudar a criança e o adolescente a serem capazes de satisfazer as próprias

⁸ BRASIL, op. cit. (grifo nosso).

⁹ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019. p. 41.

¹⁰ Id.

necessidades, tornando-se responsáveis por sua própria vida¹¹.

É importante notar que, após a promulgação da Lei de adoção 12.010/2009, estabeleceu-se a obrigatoriedade da intervenção do Poder Judiciário sempre que houver a necessidade de encaminhamento de crianças e adolescentes para entidades de acolhimento, seja institucional ou familiar. A presente medida tem como objetivo a preservação do melhor interesse da criança ou do adolescente.

Nas situações de risco e de fragilização desses vínculos familiares, as estratégias de atendimento deverão esgotar as possibilidades de preservação de tais vínculos, aliando o apoio socioeconômico à elaboração de novas formas de interação, referências afetivas no grupo familiar. O Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza a reinserção familiar como medida de ressocialização.

Assim sendo, sob a tutela do superior interesse das crianças e adolescentes, sem que haja o exaurimento das anteriores medidas de proteção, não se podem abarrotar as instituições de acolhimento institucional, pois o encaminhamento desenfreado e sem critérios mínimos e razoáveis de execução e análise prévia demonstra o desconforto das autoridades competentes em exigir políticas públicas municipais consistentes e necessárias, exatamente para proteger os superiores interesses infanto-juvenis, nos respectivos núcleos familiares¹².

Cumprido ressaltar que o direito a convivência familiar e comunitária é considerado um dos pilares do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, pois tem como intuito a garantia do desenvolvimento pleno do indivíduo e do meio familiar onde se encontra efetivamente inserido.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) aprovaram, em 2006, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, complementando e regulamentando a garantia de direitos já enunciados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária é resultado de “um processo participativo de elaboração conjunta, envolvendo representantes de todos os poderes e esferas de governo, da sociedade civil organizada e de organismos internacionais”¹³.

Esse direito é idealizado como algo primordial para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, sendo que ele deve estar associado ao seu contexto sociocultural e principalmente a sua família.

É imprescindível destacar que as crianças e adolescentes não podem ser retiradas de seu núcleo familiar sob o argumento de questões e problemas econômicos, visto que esta não é justificativa plausível para a retirada do núcleo familiar.

Cabe ao poder público proporcionar e garantir que a família tenha meios de subsistência, por meio de políticas públicas, quando restar comprovado que os pais não possuem condições financeiras para criarem e educarem seus filhos em meios dignos de sobrevivência.

É um dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais, entre eles o direito fundamental da convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de negligência ou qualquer tipo de violação de direito.

Assim, quando uma criança é retirada de seu seio familiar deve, sobretudo, ser preservado

¹¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *O “acolhimento” e o “melhor interesse da criança” como princípios norteadores da proteção da infância e juventude*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Acolhimento%20Familiar.pdf. Acesso em: 5 ago. 2019.

¹² SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A convivência familiar e comunitária e o acolhimento institucional*. São Paulo: Ed. Pillares, 2014. p. 172.

¹³ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, op. cit.

o direito a convivência familiar e comunitária. Ela deve ser inserida em um ambiente familiar capaz de lhe preservar sua integridade física e moral, acolhendo-a como em sua família natural, até que sejam reestabelecidos os vínculos familiares com a família de origem que por violação de direitos foram suspensos.

O afastamento desses jovens da família natural ocorrerá desde que estejam sofrendo violência familiar, em situação de abandono ou algum tipo de negligência por quem tinha o dever de lhes proporcionar bem-estar social e garantir os direitos fundamentais preconizados na Constituição Federal de 1988, bem como no Estatuto da Criança e Adolescente de 1990.

Desta forma, a concretização do direito à convivência familiar e comunitária se deu por meio do Plano Nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, estabelecendo que:

A importância da convivência familiar e comunitária para a criança e o adolescente está reconhecida na Constituição Federal e no ECA, bem como em outras legislações e normativas nacionais e internacionais. Subjacente a este reconhecimento está a ideia de que a convivência familiar e comunitária é fundamental para o desenvolvimento da criança e do adolescente, os quais não podem ser concebidos de modo dissociado de sua família, do contexto sociocultural e de todo o seu contexto de vida.¹⁴

O programa de acolhimento familiar é destinado para crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade ou em situação de risco. Este programa encontra-se consolidado no direito fundamental da convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes. Nesta hipótese de acolhimento familiar, as crianças e os adolescentes são acolhidos em um ambiente familiar diverso da sua família de origem, porém têm a oportunidade de viver em um contexto social e familiar diverso do habitual.

Por outro lado, o acolhimento institucional, ou seja, a inserção de crianças e adolescentes em casa lar ou em abrigos não consegue garantir o direito fundamental à convivência familiar e comunitária e a proteção integral da criança e do adolescente, como se verifica no acolhimento familiar.

É notório que o acolhimento institucional ainda é priorizado em detrimento do acolhimento familiar. No entanto, deve ser considerado juridicamente o vínculo afetivo proporcionado pelo acolhimento familiar, pelo qual se estabelecem laços de afeto e de confiança pela família.

O acolhimento institucional, embora seja um instrumento de extrema importância em situações de negligência e violação dos direitos das crianças e adolescentes, não é o ideal para que essas crianças e adolescentes se desenvolvam.

As crianças e adolescentes apenas são encaminhadas ao acolhimento institucional quando possuem seus direitos violados, na maioria das vezes causados por negligência, abandono, maus tratos, abuso sexual, entre outros, que são considerados fatores que colocam em risco a vida dessas crianças e adolescentes.

Após a identificação dessa violação de direitos, e como última alternativa de proteção, a criança e/ou adolescente é encaminhado ao acolhimento institucional como forma de evitar que sejam causados mais danos a esse usuário. O acolhimento institucional implica na identificação de diversas expressões da questão social quando há violação dos direitos das crianças e adolescentes na sociedade.

Por fim, denota-se que o acolhimento institucional prolongado e transferências para diversas entidades fazem com que a criança tenha maiores dificuldades em sua capacidade de

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, op. cit., p. 30.

adaptar-se às novas realidades e à diversidade¹⁵.

Considerações finais

Considerando o tema abordado, foi necessário um resgate histórico breve e com base em pesquisa bibliográfica, explicitando a história de construção dos direitos das crianças e adolescentes na sociedade até a contemporaneidade e que culminou com a doutrina da proteção integral, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, na condição de pessoas em desenvolvimento.

A partir do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) foram assegurados às crianças e adolescentes seus direitos, em especial, o direito à convivência familiar e comunitária como prioridade absoluta.

É notório que a família, a sociedade e o Estado têm o dever e a responsabilidade de atender todas as necessidades da criança e do adolescente e garantir os direitos fundamentais preconizadas na legislação vigente. Além disso, o presente trabalho buscou tratar das diversas implicações referentes ao acolhimento institucional e familiar de crianças e adolescentes.

Cumprir registrar que, para o deslinde de questões, tais como as apresentadas acima, o parâmetro melhor para a definição da situação deve, antes de tudo, ser o do interesse da criança e do adolescente, ou seja, o que deve nortear o julgador é o princípio da primazia do interesse do menor.

Nesse sentido, no que tange ao acolhimento de crianças e adolescentes, nota-se que o ambiente familiar, isto é, o “acolhimento familiar”, provoca menores consequências nos casos em que há a necessidade de retirada da família nuclear, pois lhes proporciona a oportunidade de conviverem em ambiente familiar harmonioso e regido por afetividade entre seus membros.

Ademais, é importante destacar que a falta de vínculos estáveis e duradouros, bem como a insuficiência de estímulos adequados, trazem prejuízos à criança e ao adolescente, quando os pais ou responsáveis não são capazes de prover seu pleno desenvolvimento físico, moral e psicológico.

Assim sendo, a durabilidade da institucionalização pode acarretar problemas para o desenvolvimento psicológico e físico da criança ou adolescente, quando há necessidade de retirada da criança ou adolescente do núcleo familiar, fato que deve representar o seu melhor interesse e o menor prejuízo ao seu processo de desenvolvimento, a fim de que todos os empenhos devam ser tomados para garantir que o abrigo se dê no menor tempo possível, inclusive garantindo o seu retorno para sua família de origem ou excepcionalmente para uma família substituta.

No mais, demonstrou-se, ainda, a importância da família, tendo em vista que ela é a primeira a proporcionar a garantia de socialização, proteção e cuidados. Viver em família, além de direito, é condição fundamental para o desenvolvimento infantil, para a criação de vínculos afetivos e a construção de identidade social, indispensáveis para a formação da pessoa humana.

Quando a criança é institucionalizada, esta é privada da convivência familiar, de todo relacionamento interpessoal específico de um ambiente familiar. Assim, entende-se que é necessário superar a cultura de que, havendo problemas familiares, o melhor lugar para crianças e adolescentes é uma instituição onde podem ter melhores condições de vida.

É importante que se promova o fortalecimento, a emancipação e a inclusão social das famílias, por meio do acesso às políticas públicas e às ações comunitárias antes de se considerar

¹⁵ PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 483.

a hipótese do afastamento, assegurando à família o acesso à rede de serviços públicos que possam potencializar as condições de oferecer à criança ou ao adolescente um ambiente seguro de convivência.

O profissional técnico do juízo e do município devem esgotar todas as outras possibilidades de medida de proteção para que, dessa forma, possam diminuir ou evitar o processo de crianças e adolescentes institucionalizados, através de ações que venham preservar, fortalecer e apoiar a convivência familiar e comunitária, garantindo-se, assim, direito constitucional da criança e do adolescente.

No entanto, não podemos esquecer que o acolhimento institucional em alguns casos é reflexo da falta de políticas e programas de atenção à família e que, historicamente, continuam deixando crianças e adolescentes vulneráveis a todas as formas de riscos sociais.

Portanto, a necessidade é que sejam contempladas como sujeitos de direitos, em especial a ênfase é dada à garantia do direito à convivência familiar e comunitária, que representa uma das principais privações a que são submetidas as crianças e os adolescentes nas entidades que os acolhem.

Referências

AMIN, Andrea Rodrigues. O período pós-Constituição de 1988. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 30 de out. 2019.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *Plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LÉPORE, Paulo Eduardo; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. *Direito à convivência familiar de crianças e adolescentes e os novos valores do eudemonismo e da socioafetividade*. Disponível em: https://www.franca.unesp.br/Home/stae/eixo1_003.pdf. Acesso em: 7 ago. 2019.

OLIVEIRA, Ana Paula Polacchini de *et al.* O direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária: diálogos entre direito positivo, história, cinema e literatura. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares*, Catanduva, v. 13, n. 1, p. 27-40, jan./dez. 2018. Disponível em: http://unifipa.com.br/site/documentos/revistas/direito/dir_2018_vol13_n1.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O "acolhimento" e o "melhor interesse da criança" como princípios norteadores da proteção da infância e juventude*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Acolhimento%20Familiar.pdf. Acesso em: 5 ago. 2019.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A convivência familiar e comunitária e o acolhimento institucional*. São Paulo: Ed. Pillares, 2014.

Práticas para redução/eliminação do passivo trabalhista: como utilizar os programas de *compliance* para evitar ações judiciais trabalhistas¹

KLEBER HENRIQUE SACONATO AFONSO

Advogado. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Especialista e Pós-graduado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto-SP (FEA-RP/USP). Graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ADRIANO ANTÔNIO DE OLIVEIRA

BRUNO DA SILVA RODRIGUES

IGOR MELHADO GARDINAL

ISABELLE GALVANI PEREIRA

LARISSA PEDRASOLI

LUCAS BAISSO CESARINO

LUCAS CÔRREA LEITE

LUIZ HENRIQUE RAMOS DE LIMA

MARIA EDUARDA MARCOS

MATHEUS APARECIDO LOURENÇANO

THALES HENRIQUE DOS SANTOS

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: Sempre que uma empresa, ou empregador pessoa física, deixa de cumprir um direito ou deixa de recolher um dos encargos sociais, está-se gerando um passivo trabalhista. O possível descumprimento da legislação trabalhista pelo empregador pode resultar em demandas judiciais, e até mesmo possíveis multas administrativas perante o Ministério do Trabalho, o que poderia ter seu impacto reduzido, ou até mesmo evitado, se práticas de prevenção fossem utilizadas. Sem essa organização o empregador acaba por despende quantias significativas para o pagamento dos direitos trabalhistas obtidos pelo empregado junto à Justiça do Trabalho, em razão da inobservância à legislação que regulamenta as relações de trabalho e emprego. Nesse sentido, o presente artigo visa analisar a importância do *compliance* trabalhista para evitar os conflitos judiciais.

Palavras-chave: *Compliance*. Direito do trabalho. Passivo trabalhista. Código de conduta. Canal de denúncia.

Abstract: Whenever a company or individual employer fails to comply with a duty or fails to collect one of the social charges, labor liabilities are being generated. A possible failure by the employer to comply with labor laws can result in judicial demands, and even possible administrative fines before the Ministry of Labor, which could have its impact reduced, or even avoided, if prevention practices were used. Without this organization, the employer ends up spending significant amounts for the payment of labor rights obtained by the employee from the Labor Court, due to non-compliance with the legislation that regulates labor and employment relations. In this sense, this article aims to analyze the importance of doing work to avoid judicial conflicts.

Keywords: Compliance. Labor law. Labor liabilities. Code of conduct. Channel denunciation.

Introdução

As mudanças na legislação trabalhista são frequentes e, recentemente, houve expressiva

¹ O presente artigo é resultado do estudo desenvolvido no projeto de pesquisa intitulado “Práticas para redução/eliminação do passivo trabalhista: como utilizar os programas de *compliance* para evitar ações judiciais trabalhistas”, no ano de 2019, sob orientação do Professor Mestre Kleber Henrique Saconato Afonso, com auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP, PESQDIR2019697.

alteração de diversos dispositivos, principalmente da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela Lei nº 13.467/2017², também denominada de Reforma Trabalhista. A par disso, é fundamental que os empregadores estejam sempre atualizados quanto aos seus direitos e obrigações, o que implica a necessidade de uma boa gestão administrativa.

O passivo trabalhista³ afeta as finanças da empresa e também pode gerar efeitos em futuras negociações junto a outras empresas, já que as responsabilidades trabalhistas serão transferidas para a empresa sucessora, em caso de fusão, cisão, incorporação e alienação.

Encontrar as causas que geram os passivos nesta área, e medi-los, é de extrema importância para a adoção de medidas capazes de corrigir as irregularidades, com o fim de evitar que os empregados acionem a Justiça do Trabalho para reparação dos direitos violados.

O *compliance* tem como essência manter a atividade empresarial em conformidade com as leis, os regulamentos internos e externos da organização empresarial, respeitando a ética, a cultura empresarial e as boas práticas de governança corporativa. Essa nova cultura organizacional pode ser uma excelente ferramenta para as relações laborais.

Sob esse prisma, este estudo tem por objetivos identificar as causas mais comuns que levam ao surgimento do passivo trabalhista e, com isso, buscar formas para a conscientização da organização empresarial visando sua redução. Pretende-se, ainda, demonstrar de que forma o *compliance* trabalhista pode ser utilizado como ferramenta preventiva para formação do passivo.

Para ser efetivo e exitoso, o programa de *compliance* trabalhista deve, necessariamente, atuar em duas frentes, na criação de políticas e procedimentos internos que visem o cumprimento da legislação e jurisprudência trabalhista, e na manutenção da vigilância permanente quanto ao cumprimento das normas. Assim, é necessário que a empresa, ou empregador pessoa física, mapeie as especificidades de cada grupo organizacional, criando um ambiente transparente, sadio e respeitoso no trato interpessoal entre todos os funcionários.

Nesse sentido, a exemplo, devem ser coibidas atitudes preconceituosas, abusos hierárquicos, além de obediência aos procedimentos para contratações, desligamentos e, claro, no trato entre os colegas. Ampliando-se, ainda, para as práticas adotadas na gestão empresarial ética, na qual deve haver obediência à legislação, de forma a não suprimir/violar direitos trabalhistas.

Num país considerado como um dos maiores litigantes na Justiça do Trabalho, a empresa precisa fazer com que o setor de gestão trabalhe em conjunto com o departamento jurídico, visando, especialmente, a redução do passivo trabalhista decorrente das indenizações e multas administrativas. A adoção de medidas práticas internas, como o programa de *compliance* trabalhista, é de extrema importância para a condução dos negócios com ética e integridade, melhorando o ambiente empresarial.

Neste sentido, o presente estudo tem como objetivo a investigação sobre a possibilidade de instituição de um programa de *compliance* nas empresas, bem como explorar ferramentas a serem utilizadas para a sua concretização e como essa prática pode contribuir para diminuição dos riscos quanto à formação do passivo trabalhista, mormente pela criação de instrumentos

² BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

³ [...] a) passivo trabalhista normal que abrange o pagamento de obrigações da empresa com o funcionário como, por exemplo: salário, pagamento de férias, fundo de garantia, entre outros; b) passivo trabalhista oculto, este gerado quando não é efetuado o recolhimento dos encargos sociais ou não é realizado o cumprimento de algum direito trabalhista; neste caso, a legislação é ignorada, acarretando desequilíbrio contábil, além de gerar prejuízos à empresa que poderiam ser evitados. Cf. MARTINS, Pablo Luiz; ANDRADE, Rodrigo. Importância da gestão do passivo trabalhista: estudo de caso em uma empresa no sul de Minas Gerais. *Revista Acadêmica São Marcos*, v. 4, 2. ed., p. 9-24, jan. 2015. p. 12.

como um código de ética e disciplina, treinamentos, canais de comunicação entre os empregados e empregadores, além do canal de denúncia.

A metodologia utilizada foi a dedutiva, através de revisão bibliográfica de doutrinas relacionadas ao tema em específico, bem como de artigos científicos sobre *compliance* voltados à área do Direito do Trabalho.

Considerando que as empresas são resultados de uma ficção jurídica e que o homem é o cerne das relações de trabalho, tem-se que a força de trabalho é fundamental para a realização dos fins empresariais, de modo que o *compliance* pode ser visto como um comportamento da empresa e diz respeito aos empregadores e a cada um de seus empregados, na medida em que o cumprimento das normas internas e externas deve ser por eles observado, sem exceção.

E, através dessa dinâmica empresarial, as ações tomadas pelos participantes na relação de emprego merecem cada vez mais atenção na área de *compliance*, o que decorre não apenas dos comandos externos – legislação – mas, também, dos elementos internos diretamente relacionados com os direitos e deveres dos empregadores e empregados, tornando essencial o estudo aprofundado sobre o instituto, já que a utilização das ferramentas de um programa de integridade claramente previnem o descumprimento de normas e, como consequência, previnem ações judiciais trabalhistas.

Apontamentos históricos e conceituação do *compliance* trabalhista

A expressão “compliance” foi migrada da língua inglesa e, no seu entendimento, quando voltada ao Direito Penal, se trata de um conjunto de regras direcionado à proteção do mercado de ações. Esse conceito empregado era abstrato e pouco reconhecido no passado, porém, nos anos 2000, com escândalos de grandes proporções na área das finanças, passou a ter maior reconhecimento.

Como exemplo de tais abalos na área financeira, os marcos que foram atribuídos como base de entendimento se originaram dos casos Enrom e WorldCom. No entanto, esses dois preceitos partiram da desregulamentação do mercado que era feita nos Estados Unidos da América, sendo regulamentado pelo *U. S. Bank Act* e os demais bancos comerciais. Contudo, no ano de 1999, com a implosão do mercado americano, foi aberta a possibilidade de maior facilitação de concessões de títulos imobiliários, já que haviam se extinguido as ressalvas asseguradas aos bancos, permitindo que as instituições financeiras aumentassem seus serviços a clientes comerciais e de investimento. Com a liberação, os títulos imobiliários, ampliadores de mercado, geraram concupiscência dos agentes de mercado, surgindo as fraudes⁴.

Nesse ponto, as empresas citadas anteriormente fizeram-se marcos devido a um dos seus colaboradores e sua equipe acabarem com um esquema de fraude na WorldCom. Já na Enrom, seu capital sofreu importante diminuição depois da descoberta de balanços inflados, desvalorizando suas ações e causando a dispensa de milhares de empregados. Decorrente destes problemas iniciou-se a preocupação e necessidade para que a legislação trouxesse disposições com a finalidade de se prevenir situação de fraude e corrupção como as que ocorreram nos Estados Unidos e se espalharam por todo o mundo, acompanhando o mercado de ações.

Não sendo diferente, o mercado de ações brasileiro adotou diversas normas para o capital financeiro nacional, vinculado ao internacional. Entretanto, partindo do governo americano, estipulou-se que as empresas deveriam seguir as regras impostas e proporcionar clareza em seus relatórios e balanços, formando o *compliance* e, através disso, a justiça americana, por meio de investigações, produziu grandes operações para punir corporações fraudulentas, como

⁴ CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Revista Fórum, 2018. p. 422.

também, puniu os executivos de tais corporações.

Vislumbrando os avanços das investigações, as empresas utilizaram o princípio da inocência inversamente ao que se espera, ou seja, para burlar a lei, já que empresas e clientes se uniam em conluio, para que os advogados das empresas fossem direcionados aos clientes e, com isso, não havia espaço para as investigações. Todavia, com os acontecimentos terroristas chocantes nos Estados Unidos, o poder de investigar foi reformulado e novas normas foram empregadas a fim de minar as fraudes e manobras dos advogados, criando políticas de comando, controle, administração e transparência para as empresas, desfavorecendo o poder dos advogados que era utilizado em benefício das empresas que representavam.

Em 1998, a chamada Lei da Lavagem e Ocultação de Bens, de nº 9.613, de 13 de março de 1998⁵, impõe a um grande número de empresas do sistema financeiro e do comércio de determinados bens elencados na própria lei um conjunto de obrigações bastante amplo. Mais precisamente em seu art. 10, inciso III, é fixado o dever de adoção de políticas internas e procedimentos de controle de suas operações, transferindo do poder público ao privado uma gama de responsabilidades preventivas até então não exigidas e nem cobradas das organizações de direito privado.

Em 09 de julho de 2012, a Lei nº 12.683⁶ modifica a Lei nº 9.613/1998 e aprofunda essas exigências, ampliando esses poderes internos das empresas, os quais já haviam sido instituídos pela Lei nº 9.613/1998, conforme referido no parágrafo anterior.

O *compliance* está diretamente ligado à Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846)⁷, aprovada em 2013 no Brasil e que cuida da responsabilização empresarial por atos contra a administração pública. Foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015 que concede às empresas um desconto de até 20% no valor da multa prevista, acaso possua e aplique os programas de integridade⁸.

Em abril de 2015, a CGU exarou a Portaria nº 909/2015⁹ e define critérios de avaliação dos programas de *compliance* para efeito de cominação das multas, fixando três eixos de avaliação: a dimensão de seu programa e proporcionalidade com a estatura da empresa, o histórico de sua atuação e a utilização específica no caso objeto da intervenção do Poder Público, de modo a revelar a efetividade do programa na contenção dos danos ou a sua reparação.

Assim, os programas de *compliance* ganharam um grande incentivo para o seu desenvolvimento no Brasil e, muito embora se apliquem a diversas áreas de relevância para atendimento às normas legais e éticas, o foco do presente artigo será o *compliance* na esfera do Direito do Trabalho.

O *compliance* trabalhista tem como papel estabelecer na empresa um programa voltado à observância dos critérios legais relacionados à contratação dos funcionários, demissões, relação interpessoal entre os empregados e demais colaboradores, efetivo cumprimento às normas de saúde e segurança do trabalho, regulamentação da terceirização dos serviços, dentre outros.

⁵ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

⁶ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

⁷ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.846, 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

⁸ BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Portaria nº 909, de 7 de abril de 2015*. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://repositorio.egu.gov.br/handle/1/34001>. Acesso em: 30 maio 2020.

Tem-se, portanto, que através dos programas de integridade as empresas utilizam de diversas ferramentas para alterar a cultura organizacional.

Sônia Mascaro Nascimento entende que o conceito de *compliance* aplicado ao Direito do Trabalho consiste em procedimentos da empresa que visam à satisfação do cumprimento de leis, portarias, normas regulamentares, regulamentos, normas internacionais, convenções e acordos coletivos, de forma que haja o cumprimento da ética e da moral na microsociedade que constitui a empresa. Em termos exemplificativos práticos, o *compliance* compreende condutas antidiscriminatórias, além de condutas que visam evitar o assédio moral e processual, a corrupção, as condutas antissindicais e os relacionamentos entre gestores e geridos¹⁰.

O objetivo do *compliance* é promover um ambiente de trabalho saudável, ético e íntegro que respeite os valores intrínsecos ao ser humano e que efetivamente busque o bem da coletividade. Isso porque, com a sua implementação, cria-se uma conscientização de integridade, de forma que o que é pregado pela alta direção é de fato o que se pratica.

Desse modo, trata-se de uma ferramenta voltada ao conceito de responsabilidade social empresarial, a qual pode ser vista tanto como uma forma de gestão empresarial, como resultado da pressão organizada por sociedades políticas e pela legislação que protege os direitos humanos, preocupada com a melhoria das condições de trabalho e com a preservação de um meio ambiente para as presentes e futuras gerações, sem perder de vista o foco empresarial que é inovar e ganhar competitividade¹¹.

Diante disso, o *compliance* trabalhista pode ser definido como um estudo de controles internos e outras medidas que podem e devem ser acolhidas por todas as empresas que lidem com a força de trabalho, em suas mais diversas formas, para o fim de prevenção ao descumprimento de normas trabalhistas, cuja inobservância acarreta punições tanto nas esferas cível e penal, como trabalhista e até previdenciária.

Sob a ótica do Direito do Trabalho, é fácil notar que a própria legislação estabelece regulamentações que dão suporte para a implementação do *compliance* e, neste sentido, assim é a lição de Alice Monteiro de Barros:

a) a *função de tutela*, decorrente da condição de hipossuficiência do empregado; b) a *função econômica*, uma vez que tem como foco a realização de valores, c) a *função social*, com um objetivo de preservar o valor universal da dignidade humana; e d) as funções *conservadora e coordenadora*, esta na medida em que coordena interesses entre capital e trabalho e aquela decorrente da intenção estatal de conter os movimentos operários reivindicatórios.¹²

Voltado às relações trabalhistas o *compliance* possui duas dimensões: a punitiva e a preventiva. Sobre o assunto, assim leciona Rosana Kim Jobim:

No Direito do Trabalho o *compliance* assume um duplo significado: a) preventivo, através do treinamento do conteúdo das regras relevantes ao *compliance* e a obrigatoriedade de obediência de conduta, com os processos internos; e b) repressivo, por meio de ferramentas de controle. Esse duplo significado pode ser constatado na legislação laboral nacional, conforme se observa na CLT, art. 75, *caput*, e art. 153, *caput* e parágrafo único, os quais preveem penalidades ao empregador em caso de descumprimento dos dispositivos referentes a “Duração do Trabalho” e “Férias Anuais”, demonstrando o caráter repressivo da norma; já os dispositivos que tratam da “Segurança e Medicina do Trabalho” mostram-se alinhados com um caráter mais preventivo, ainda que em adição ao repressivo,

¹⁰ NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Lei anticorrupção sob a ótica do compliance trabalhista*. Mascaro Nascimento Advocacia Trabalhista, São Paulo, 30 out. 2014. Disponível em: http://www.mascaro.com.br/noticia/noticias_site/lei_anticorruptao_sob_a_otica_do_compliance_trabalhista_artigo_de_sonia_mascaro_nascimento_no_site_do_juseconomico.html. Acesso em: 25 maio 2020.

¹¹ JANONI, Daniella; GIEREMEK, Rogéria. *Relações de trabalho e compliance*. Administradores.com, 1 fev. 2013. Disponível em: <https://administradores.com.br/noticias/relacoes-de-trabalho-e-compliance-parceria-necessaria>. Acesso em: 23 maio 2020.

¹² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 99-100. (grifo do autor).

O caráter punitivo do *compliance* designa um conjunto de ações empresariais voltadas à proteção das corporações, baseado em normas proibitivas de inúmeras condutas e ações e que cria um certo risco aos trabalhadores. À medida que se ampliam as normas de garantia dos investidores, aumentam as regras de imposição de condutas e a possibilidade do estabelecimento de sanções aos trabalhadores de nível gerencial.

A cultura do *compliance* impôs um punitivismo empresarial cominando com sanções pedagógicas e com a finalidade de promover a qualificação crescente de seus empregados. Essa cultura ainda acaba por legitimar outra conduta empresarial discutível em relação aos seus empregados. A empresa que tudo quer ver e conhecer, a pretexto de realizar suas políticas de prevenção de más práticas, muitas vezes converte-se em uma instituição panóptica, com o propósito de fiscalizar a vida de seus empregados e demais colaboradores para além da própria relação de emprego.

Cria-se, então, uma espécie de direito penal do trabalho, em que a presunção de inocência e garantia da privacidade e intimidade acabam por desaparecer. Portanto, cumpre assim criar a cultura do *compliance* contendo os autorreivindicados poderes privados, para que não firam as garantias constitucionais e os direitos individuais fundamentais do cidadão trabalhador.

Embora sejam importantes os reforços dos poderes de investigação das empresas, é imprescindível que a cultura do *compliance* esteja fundamentada não só na investigação e sanção, vigiar e punir. Devem estar estabelecidas garantias e limites em relação ao comportamento fiscalizatório e punitivo de forma exagerada e abusiva, inclusive os praticados em nome da política do *compliance*.

As empresas não devem abrir mão de seu poder disciplinar, mas a ampliação deste poder deve ser seguida de responsabilidade, para que todos conheçam seus deveres, obrigações e seus respectivos limites. É importante que o *compliance* seja uma ferramenta preventiva, que haja transparência nas ações dos trabalhadores e no processo investigatório.

Para que o programa *compliance* seja eficiente, não deve estar restrito aos aspectos criminais, aos interesses dos investidores ou do mercado financeiro. Ele deve abranger todas as relações sociais de todos os processos do estabelecimento. É plenamente possível tratar através do *compliance*, seguindo todo o sistema normativo da integridade trabalhista, não apenas nos que diz respeito à intervenção de órgãos públicos ou controles externos, mas deve também atingir os controles internos das empresas.

Neste sentido, é possível o *compliance* abranger outras searas, como tributária, ambiental, contratual, etc. O programa de integridade deve ser amplamente divulgado para todos os interessados, os riscos abrangidos e fiscalizados devem ser conhecidos por todos, não somente pela equipe gestora do programa. O pleno conhecimento deste programa e os riscos por ele fiscalizados valorizam a transparência e a confiança dos envolvidos com os valores da empresa.

Os programas de *compliance* não devem ser tratados somente como instrumento de gestão das empresas, mas como uma ferramenta que sirva de segurança para aqueles que realizam negócios ou contratos com a empresa, garantindo transparência de que suas afirmações sejam verídicas e aferíveis. Além de aferir ilícitos de origem econômica, o *compliance* coopera para reduzir ou eliminar os índices de acidentes e doenças ocupacionais, promovendo o desejo constitucional de impor a melhor condição social da classe trabalhadora.

Além disso, os programas podem ser altamente eficientes não apenas para a prevenção de

¹³ JOBIM, Rosana Kim. *Compliance e trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 34-35.

acidentes ou doenças ocupacionais, mas de situações de violência simbólica ou real no ambiente de trabalho, no que diz respeito a episódios de assédio, moral ou sexual, aproximando a solução dos conflitos do trabalho de seu nascedouro, tanto no tempo quanto no espaço.

Fica claro que o *compliance* tem como desígnio a criação e execução de procedimentos voltados à prevenção, descoberta e reparação das condutas praticadas em desconformidade com as normas, mas também se mostra como razão para amenização dos riscos e responsabilidades originadas do descumprimento das leis e demais normatizações, visando manter a boa imagem da empresa. Nesse sentido:

No mundo corporativo, *Compliance* está ligado a estar em conformidade com as leis e regulamentos internos e externos à organização. E, cada vez mais, o *Compliance* vai além do simples atendimento à legislação, busca consonância com os princípios da empresa, alcançando a ética, a moral, a honestidade e a transparência, não só na condução dos negócios, mas em todas as atitudes das pessoas.¹⁴

A preocupação com o efetivo cumprimento da legislação nacional e internacional tem ganhado cada vez mais relevância, isso porque o descumprimento de tais normas pode ocasionar efeitos prejudiciais à reputação e à imagem da empresa, mormente quando a conduta do agente significar violação a padrões socialmente aceitos, razão pela qual há uma tendência de que o mercado passe a exigir condutas legais e éticas, o que requer das empresas um novo comportamento.

Veja-se a lição de Flávio Carvalho Monteiro de Andrade e Isadora Costa Ferreira:

A propósito, a imagem da organização vem sendo cada vez mais considerada como algo inerente e indispensável à sua sustentabilidade, algo que pode levá-la ao sucesso ou ao fracasso, e o *compliance* vem sendo visto nesse cenário como um dos mais relevantes mecanismos de proteção à imagem e à reputação da organização perante os stakeholders em geral, pois tem o poder de evitar atos que possam gerar danos, ao melhorar os índices de cumprimento de normas internas e estatais.¹⁵

Portanto, torna-se necessário que as empresas se esforcem para que cada vez mais desenvolvam sistemas internos para controle das condutas de seus dirigentes e trabalhadores, a fim de evitar sua exposição negativa, o que também acarretará consequências na diminuição quanto ao descumprimento da legislação, em especial a trabalhista, e, com isso, os efeitos na redução dos litígios perante a Justiça do Trabalho.

Funções e finalidades dos programas de *compliance*

O programa de *compliance* possui importância jurídica, não havendo necessidade de apresentação de normas técnicas e específicas, pois o que se busca são as implicações jurídicas, os conflitos e as devidas soluções apresentadas pelo *compliance* para as empresas. Tal programa visa, de acordo com Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão¹⁶, “garantir que as políticas públicas sejam implantadas com maior eficiência”, isto é, trata-se de um instrumento regulatório que serve para prevenir o descumprimento de normas e obrigações legais.

Diferentemente das sanções tradicionais, o *compliance* busca a mudança da conduta e dos comportamentos, sendo estes observados pelos administradores e funcionários da empresa para evitar, assim, o ilícito. Por consequência da abrangência cada vez maior desse programa, tem-se

¹⁴ GIOVANINI, Wagner. *Compliance: a excelência da prática*. São Paulo: Editora Independente, 2014. p. 20.

¹⁵ ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de; FERREIRA, Isadora Costa. *Compliance trabalhista: compreendendo a prevenção de risco trabalhista por meio de programa de integridade*. *Revista Síntese*, ano 28, n. 331, p. 73-84, jan. 2017. p. 74.

¹⁶ Op. cit., p. 53.

adotado outras reações normativas nos EUA, depois na Europa e espalhando, posteriormente, ao Brasil, adotando, assim, num conceito chamado de direito de *compliance*, no qual o regulador (administrador) se torna espectador dos atos da empresa, analisando o que é feito, o que está sendo feito e o que será feito, além de ter funções preventivas.

Contudo, o programa de *compliance* é criticado sob o viés de que haveria uma ilegítima prevenção de irregularidades, citando-se, principalmente, os problemas decorrentes quanto aos fatos comunicados pela empresa às autoridades, pois o setor de *compliance* dentro da empresa – devendo ser visto como independente – fica, ainda, subordinado ao empregador.

Por isso, na Alemanha, foi adotado, dentro do art. 130 da Lei das Infrações Administrativas, que a omissão de comunicação, bem como a omissão do programa implica numa multa de até um milhão de euros. Além disso, no mesmo país, há uma norma do instituto de auditores que define os princípios e métodos para auditoria do programa de *compliance*, evitando, assim, a prática de infrações.

No Brasil, o debate sobre tal programa ainda é escasso, havendo apenas previsões sobre suas formas e efeitos dentro da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

A função base do *compliance* é justamente a proteção, para evitar que as regras sejam descumpridas, usando de medidas organizacionais preventivas para assim fazê-lo. Tais medidas mostram-se viáveis, uma vez que protegem não apenas a empresa em caráter financeiro, mas também em relação à reputação da empresa perante o mercado, o que demonstra ser extremamente vantajoso. Empresas, empregados e administradores resguardados de sanções civis e em perfeita harmonia em suas relações empregatícias.

Quanto à função de orientação e informação dos programas de *compliance*, enquadram-se nas técnicas de conscientizar os incluídos nas relações empregatícias das situações de risco e do cumprimento das regras como forma indispensável de evitar conflitos. Em relação às funções de garantia de qualidade e fomento à inovação, estão presentes os objetivos de aperfeiçoamento com base na satisfação de clientes com produtos ou serviços prestados pela empresa. Por fim, e com a devida importância igual às demais, a função de monitoramento, tão necessária quanto as funções de criação do código de conduta, pois apenas a existência de um código de conduta a ser seguido não é suficiente para resguardar as relações empregatícias. Deste modo, treinamentos e supervisões recorrentes são objetivos de referida função.

Como já mencionado anteriormente, a função protetiva é a base dos programas de *compliance*, não por evitar apenas as sanções civis e como forma de governança interna, mas também por ser a proteção da empresa, administradores e empregados em diversas outras áreas.

Este programa pode acarretar perigo para as empresas, pois pode ser baseado em falsas premissas e até mesmo ser mal executado, conseqüentemente, acaba por estabelecer uma cultura punitiva, uma vez que sua má execução pode acarretar o agravamento das sanções, de modo que resulte em penalidades maiores do que aquelas que seriam aplicáveis em sua ausência. Outra consequência é o *compliance officer*, que pode mascarar a indevida transferência de responsabilidade dos administradores da empresa, bem como as falhas nos programas de *compliance*, que podem estimular inspeções e auditorias internas e excessivamente agressivas, que desrespeitam os direitos fundamentais dos trabalhadores, violam a sua privacidade e realizam interrogatórios que determinam a autoincriminação.

Importante salientar que o simples fato de o trabalhador estar em uma posição de subordinação não o priva de seus direitos fundamentais, todavia, estes não são absolutos e devem ser colocados na balança, na hipótese de direito-dever do empresário de controlar a atividade de sua empresa, deste modo, segundo o Tribunal Constitucional Espanhol, a ponderação deve ser feita a partir do juízo de proporcionalidade.

O principal desafio é redefinir a cultural empresarial, de modo que a primeira condição de

eficácia de um programa de *compliance* é a criação de uma cultura de cumprimento, em que a administração e os empregados atuam em conformidade com o direito. Ocorre que as empresas visam o lucro e agem conforme os parâmetros de benefícios/perdas, e não com o justo/injusto, sendo o direito fator de perturbação.

Assim, na esfera das relações de trabalho o *compliance* possui duas vertentes do poder patronal: o poder de organização do negócio e o poder disciplinar sobre quem trabalha. Sabe-se que o mundo do trabalho se caracteriza pelo alto índice de ilicitude, que os economistas insistem em nominar “informalidade”. Decorrente disso, ampla é a discussão no que se refere ao sentido e alcance das políticas de *compliance* nas relações de trabalho, criando novas perspectivas tanto para empresas, quanto para a própria classe trabalhadora, em suas relações individuais e coletivas, impulsionando também uma perspectiva de transparência e verdade.

Deste modo, o *compliance* possui o papel importante de estabelecer o desenvolvimento das atividades empresariais de forma justa para todos os participantes, tendo como consequência a proteção da imagem e reputação das empresas, o que deriva da criação de programas de integridade, já que, assim, as empresas mantêm suas atividades baseadas na transparência e no cumprimento das normas, evitando o envolvimento em situações capazes de prejudicar sua reputação e, com isso, incorrer em sanções por violações à legislação e demais regulamentos normativos, como, por exemplo, regimento interno e normas coletivas. Nota-se que o *compliance* é importante ferramenta a ser utilizada pelas empresas para a adequação de suas condutas à legislação, tanto nacional quanto internacional.

Aplicação do *compliance* trabalhista

Tendo em vista a diversidade de atividade econômica de cada empresa e suas peculiaridades, não existe uma fórmula exata a ser seguida quando da implementação de um programa de *compliance*, de modo que cabe à organização avaliar os riscos presentes e, com isso, encontrar um modo de reduzi-los, adotando operações e procedimentos seguros que valorizem e promovam condutas de acordo com a legislação e com os padrões éticos, revitalizando a cultura organizacional.

Contudo, alguns instrumentos devem ser utilizados neste processo de implementação, como a criação de um código de conduta, treinamento, canais de denúncia, entre outros que serão descritos a seguir.

De início, é necessária a realização do mapeamento das principais áreas de risco, examinando as características da empresa, tais como: atividade preponderante e atividades complementares; número total de empregados; setores e números de empregados em cada setor; setores terceirizados; prestadores de serviços; entidade sindical que represente a empresa e normas trabalhistas internas, assim como proceder à escolha do setor responsável pela área de *compliance*. Cabe a este criar as regras, estabelecer as formas de controle e os procedimentos a serem adotados, tendo como objetivo minimizar a ocorrência de práticas em desrespeito à legislação.

Logo, para se criar um programa de *compliance* eficaz se faz necessária a montagem de uma equipe, tendo como primeiro pilar a coordenação por um *compliance officer*, que deverá fiscalizar o cumprimento de todo o regulamento interno, bem como das leis externas.

O segundo pilar é a análise de leis que se enquadrem em determinada categoria ou até mesmo em todas as categorias que a empresa abrange, nesse caso será necessária a contratação de um profissional do Direito. Como terceiro pilar, é necessária a contratação de um profissional da área contábil, para fazer os cálculos e analisar as possíveis medidas a serem tomadas para corte de gastos e redução de encargos tributários, trabalhistas e administrativos.

Ainda, como quarto pilar, a participação efetiva dos empregados e dos empregadores com

um sistema de coleta de sugestão, críticas e denúncias, feito através do anonimato, para garantir a segurança daqueles que deram a sugestão, fizeram a crítica ou a denúncia. O quinto pilar deverá ser o oferecimento de treinamentos e cursos aos empregados e empregadores, para erradicar qualquer tipo de erro existente anteriormente à instalação do sistema de *compliance*.

Por fim, mas não menos importante, o sexto pilar é a autonomia do sistema de *compliance*, desta forma, o *compliance officer* ou os profissionais indicados no segundo ou terceiro pilares não podem ser subordinados ao presidente, CEO ou administrador da empresa, a fim de garantir a qualidade do serviço prestado.

Ao mesmo tempo em que é implantado o programa de *compliance*, a empresa também precisa criar um código de conduta, documento este que irá representar a missão e os valores adotados pela empresa. Através do código de conduta a empresa indicará aos seus empregados e terceiros qual é o comportamento esperado, devendo, também, constarem no código as sanções aplicáveis em caso de desrespeito ao programa de integridade.

Nesse sentido:

Ressalta-se, ainda que: a) a elaboração dos códigos de ética deve dar-se internamente, ou seja, no âmbito da própria organização e de preferência com a participação das pessoas envolvidas no processo, tais como empregados, clientes e sócios, expressando sua cultura e clima organizacional (por este viés, entende-se que quando há participação ativa de todas as pessoas envolvidas no processo há um indicativo de maior adesão); b) os códigos de ética não são exaustivos e nem poderiam ser, na medida em que é impossível prever todas as situações, todavia, independentemente de seu conteúdo, sua eficácia depende de seu desenvolvimento e atualização, bem como do monitoramento do seu cumprimento e da tomada de medidas sancionatórias em caso de desconformidade.¹⁷

A divulgação do código de conduta e de ética constante aos empregados é de extrema importância para que as regras ali estabelecidas tenham efetividade, razão pela qual a divulgação deve ser feita de modo claro e acessível a todos, até mesmo alocado em áreas de acesso comum da empresa, como refeitórios.

Mas não basta apenas informar seus empregados, tendo em vista que para ser efetivo o programa de *compliance* a informação deve ser alicerçada no treinamento constante, para que os regramentos normativos sejam compreendidos e colocados em prática. Assim leciona Rosana Kim Jobim:

O treinamento é considerado um dos principais focos por parte das empresas que visam a implementação de um programa de *compliance* e, assim como os programas não podem ser fixos, devendo se amoldar a cada tipo de empresa, o treinamento também não, pois dependerá, em grande parte, do tipo de trabalho envolvido.¹⁸

O Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei nº 12.846/2013, trata sobre a necessidade de “treinamentos periódicos sobre o programa de integridade” (art. 42, inciso IV), ou seja, o treinamento permanente na organização é imprescindível para que o programa de *compliance* seja exitoso.

Da mesma forma, outra importante ferramenta do programa de *compliance* a ser implementada pelas empresas são os canais de denúncia que, na lição de Rosana Kim Jobim:

Os canais de denúncia têm por objetivo central a redução de perdas e a educação dos funcionários acerca dos tipos de atividades fraudulentas, permitindo maior identificação dos sinais que indiquem essas atividades, além de clarificar a análise

¹⁷ JOBIM, op. cit., p. 63.

¹⁸ Ibid., p. 54.

de relatórios de controle. De forma sistemática, as seguintes contribuições podem ser atribuídas aos canais de denúncia: a) tornam a empresa mais protegida contra eventos de fraude e comportamentos antiéticos; b) fornecem transparência aos processos de negócios e às relações entre os diversos agentes da governança; c) inibem desvios de conduta e melhoram o ambiente de trabalho; e d) suportam a atuação da Auditoria interna com informações relevantes, atualizadas tempestivamente.¹⁹

Há que se observar a necessidade de proteção sobre a pessoa do denunciante e, diante de tal preocupação, acrescenta-se que a empresa deve implementar canais de denúncia acessíveis e confiáveis para que os funcionários e demais interessados possam fazer as denúncias sem que sofram retaliações, especialmente no caso em que for constatada a impropriedade da denúncia. O canal de denúncia deve ainda preservar o sigilo e a identidade e, por fim, gerar um *feedback* ao denunciante.

Portanto, o sigilo e o anonimato são fundamentais para garantir tranquilidade e a confiança necessárias a fim de incentivar o empregado ou interessado a fazer a denúncia e, com isso, o programa de integridade possa efetivamente trazer resultados positivos aos empregadores e empregados.

Considerações finais

Pode-se concluir, portanto, que se torna necessário o estudo aprofundado dos controles internos e de outras medidas adotadas pelos empregadores com o fim de prevenção de descumprimentos da legislação trabalhista e, mais do que isso, para que os resultados encontrados possam servir de exemplo a empregadores que ainda não sejam adeptos de tais práticas.

A demanda judicial é desgastante para ambas as partes – empregado e empregador – e na medida em que a empresa cumpre integralmente as normas trabalhistas todos são beneficiados, inclusive a sociedade, já que haverá redução no acionamento do Poder Judiciário Trabalhista, o que possibilitará um julgamento mais célere e adequado aos anseios dos jurisdicionados que, efetivamente, necessitem da tutela jurisdicional estatal.

Em razão disso, é que se mostra ser imprescindível que as empresas se preocupem com os programas de *compliance*, dado a importância de se evitar a ocorrência de passivos trabalhistas, tanto do ponto de vista do empregador, que implica a redução do impacto financeiro decorrente das indenizações e multas administrativas por inobservância dos direitos trabalhistas, quanto do empregado, tornando-se desnecessário o ingresso com reclamação perante a Justiça do Trabalho.

Em tempos de tantas alterações legislativas, é muito importante a adoção de um programa de *compliance* por parte das empresas, já que, assim, todos – sócios, diretores, funcionários e terceiros – estariam em conformidade com as regulamentações.

O programa de *compliance* tem se mostrado um importante aliado para a empresa que não quer arcar com gastos extras, como taxas e multas, já que a sua adoção significa estar de acordo com as normas, controles internos e externos, e com políticas anticorrupção na esfera fiscal, contábil, trabalhista, jurídica e ética, evitando, assim, condutas antiéticas e escândalos de corrupção a partir de comportamentos de honestidade, gerando uma boa administração da empresa.

Importante ressaltar que a adoção do programa de *compliance* traz inúmeros benefícios não só para a empresa, mas também para o empregado, já que há maior eficiência das atividades, bem como a qualidade do serviço. Há economia de recursos (evitando despesas

¹⁹ Ibid., p. 67.

como multas legais), além do fortalecimento da credibilidade e da confiança da marca, aumentando, assim, o interesse de possíveis investidores e fornecedores. Além disso, diz-se que o *compliance* é a sustentabilidade do negócio, pois há a prevenção de riscos, ou seja, a empresa impede a geração de futuros problemas por causa de condutas internas.

Cumpre, ainda, destacar que o *compliance* trabalhista não é o mesmo que a auditoria trabalhista, isso porque o *compliance* é o que busca estabelecer procedimentos e tarefas cotidianas, ações e treinamentos com o objetivo de conscientizar a equipe sobre a correta execução de todas as atividades inerentes a ela, denotando uma melhor organização e um melhor funcionamento cultural e ético da empresa. Deste modo, faz o regramento, estabelecendo normas internas e externas que possibilitam o enquadramento de harmonia no ambiente de trabalho, enquanto que a auditoria é a responsável por fiscalizar se as normas estabelecidas pelo *compliance* vêm sendo seguidas, bem como busca identificar erros e oportunidades de melhorias com o objetivo de tornar os processos mais eficientes.

Pode-se dizer, portanto, que o *compliance* é um sistema mais abrangente e prévio, uma vez que através dele são checadadas leis externas, instituídas medidas e regulamento interno. Por outro lado, de forma posterior, a auditoria fiscalizará todo esse sistema criado e observará onde estão os erros do negócio.

Infere-se, assim, que os sistemas de *compliance* são ferramentas que permitem às empresas o estabelecimento de normas de conduta com a finalidade de orientar a prestação de serviços, de modo que esta ocorra em observância às normas trabalhistas, seja na formação, vigência e término do contrato de trabalho, de modo a abranger as condutas discriminatórias, as condutas antissindicais, a corrupção, o assédio moral e processual, e os relacionamentos entre os gestores e geridos.

Logo, o objetivo do *compliance* trabalhista é proporcionar um ambiente de trabalho saudável, íntegro, ético, que atribua a devida importância aos valores essenciais do ser humano, consubstanciados na adoção de boas práticas, com a correta aplicação da legislação, em especial a trabalhista, no âmbito nacional e internacional. Do mesmo modo, sejam as normas coletivas observadas, assim como estatutos e códigos de ética e de conduta, tudo isso para que seja implementada uma nova cultura organizacional, a qual traz benefícios não só à empresa, como também aos empregados.

Referências

ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de; FERREIRA, Isadora Costa. Compliance trabalhista: compreendendo a prevenção de risco trabalhista por meio de programa de integridade. *Revista Síntese*, ano 28, n. 331, p. 73-84, jan. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 12.846, 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Portaria nº 909, de 7 de abril de 2015*. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/34001>. Acesso em: 30 maio 2020.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Revista Fórum, 2018.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance: a excelência da prática*. São Paulo: Editora Independente, 2014.

JANONI, Daniella; GIEREMEK, Rogéria. *Relações de trabalho e compliance*. Administradores.com, 1 fev. 2013. Disponível em: <https://administradores.com.br/noticias/relacoes-de-trabalho-e-compliance-parceria-necessaria>. Acesso em: 23 maio 2020.

JOBIM, Rosana Kim. *Compliance e trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

MARTINS, Pablo Luiz; ANDRADE, Rodrigo. Importância da gestão do passivo trabalhista: estudo de caso em uma empresa no sul de Minas Gerais. *Revista Acadêmica São Marcos*, v. 4, ed. 2, p. 9-24, jan. 2015.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Lei anticorrupção sob a ótica do compliance trabalhista*. Mascaro Nascimento Advocacia Trabalhista, São Paulo, 30 out. 2014. Disponível em: http://www.mascaro.com.br/noticia/noticias_site/lei_anticorruptao_sob_a_otica_do_compliance_trabalhista_artigo_de_sonia_mascaro_nascimento_no_site_do_juseconomico.html. Acesso em: 25 maio 2020.

Obra consultada

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

Sistemas *civil law* e *common law* e o Código de Processo Civil: a observância dos precedentes sob o olhar da súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de conhecimento de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP e do Instituto Municipal de Ensino Superior de Catanduva-SP. Advogado.

CARINA ALAMINO TRIDA

Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP. Advogada.

MARCUS VINICIUS DOS SANTOS NOVAES

Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Cândido Mendes (RJ). Pós-graduando em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP. Advogado.

BRUNO FERREIRA DA SILVA

JÚLIA GAVIOLI BARDELLA

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a utilização das jurisprudências e dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, cujo papel se tornou evidenciado com o advento do Código de Processo Civil de 2015 através dos artigos 926, 927 e 928. Para tal abordagem, a pesquisa apresenta, ainda que de forma sucinta, as diferenças e peculiaridades de dois sistemas jurídicos, a saber, *common law* e *civil law*. Assim, observa-se a flexibilização do sistema jurídico nacional que, inobstante seja adotante do *civil law*, passa a aceitar a postura dos precedentes em uma clara presença de um sistema jurídico híbrido. Nesse aspecto, destaca-se a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça e a sua aplicação enquanto jurisprudência defensiva em face aos artigos do Código de Processo Civil acima mencionados, e também o papel do *distinguishin* e *overruling* na norma processual. Por fim, após a explanação dos pontos acima elencados, chega-se ao entendimento da importância de uma análise crítica e ponderada da aplicação da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, enquanto precedente obrigatório, a fim de que se possa garantir a finalidade recursal no ordenamento jurídico e a manutenção da efetividade da tutela jurisdicional.

Palavra-chave: Código de Processo Civil. Precedentes. Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: The present work aims to analyze the use of the jurisprudence and precedents in the Brazilian legal system, whose role became evident with the advent of the Civil Procedure Code of 2015 through the articles 926, 927 and 928. For this approach, the research presents, albeit succinctly, the differences and peculiarities of two legal systems, known as common law and civil law. Thus, there is a flexibilization of the national legal system that, despite being an adopter of civil law, starts to accept the position of precedents in a clear presence of a hybrid legal system. In this regard, Precedent 7 of the Superior Court of Justice stands out and its application as defensive jurisprudence in the face of the articles of the Civil Procedure Code mentioned above, and also the role of distinguishin and overruling in the procedural rule. Finally, after explaining the points listed above, the understanding of the importance of a critical and thoughtful analysis of the application of Precedent 7 of the Superior Court of Justice is reached, as a mandatory precedent, in order to guarantee the appeal purpose in the legal order and the maintenance of the effectiveness of judicial protection.

Keywords: Civil Procedure Code. Precedents. Precedent 7 of the Superior Court of Justice.

Introdução

No ordenamento jurídico existem dois sistemas que são adotados pelos países, quais sejam, *civil law* e *common law*. Através destes, há, no primeiro, a utilização da lei como premissa fundamental para a conclusão e validade da decisão judicial, e, no segundo, inobstante a lei também seja utilizada como elemento da decisão, nota-se a predominância da aplicação de casos concretos como fonte do direito.

Ou seja, por um lado tem-se o *civil law* cuja segurança jurídica estaria atrelada à obediência irrestrita da “letra da lei” sem a interferência ou interpretação particular dos

operadores do direito, por outro, está o *common law*, que objetiva a garantia da segurança jurídica através da padronização dos entendimentos manifestos nos julgados, trazendo uma previsibilidade no julgamento de outras demandas, bem como a vinculação dos chamados precedentes judiciais.

É um tanto complexo pensar a lei como algo estático e imutável. O desenvolvimento das sociedades e a evolução das relações criam a necessidade de se repensar os próprios limites e reavaliar entendimentos outrora inquestionáveis, sempre buscando a maior eficácia e eficiência da lei.

Partindo dessa perspectiva de atualização e tendo como critérios devidamente elencados na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, a harmonização do Código de Processo Civil e da Constituição Federal, o contexto social no qual referido código se encontra, a simplificação da norma, o maior rendimento a cada processo e a maior coesão ao sistema nacional, o Código de Processo Civil de 2015 foi criado trazendo uma nova visão às questões processuais.

Assim, o novo Código de Processo Civil surge com institutos inspirados no “direito estrangeiro” como mencionado ainda no tópico destinado à exposição de motivos, levando em conta “a época em que vivemos” e a “interpenetração das civilizações”.

Nesse sentido, a premissa da qual o presente trabalho parte consiste na análise do fato de que, embora o Brasil seja adepto ao sistema jurídico do *civil law*, tendo como sustentação a lei codificada para as decisões judiciais, surgem elementos no direito processual brasileiro que demonstram a flexibilização quanto à efetiva utilização da lei como fonte única do direito, notadamente em relação ao regramento processual civil atual.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, foi reservado no Livro III, que trata sobre os processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais, um capítulo de disposições gerais, no qual se encontram os artigos 926, 927 e 928 que possibilitam, sumariamente, a análise de que o regramento processual visa estabelecer preceitos que modificam a predominância da lei para pacificação das lides.

É importante salientar que essa prévia análise emana do fato de que os artigos 926, 927 e 928 do Código de Processo Civil, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente perante os tribunais, estabelece, além da edição de súmulas correspondentes a sua jurisprudência e a consideração acerca das circunstâncias fáticas que ensejaram sua criação, a observância aos precedentes previstos no artigo 927, como fundamentos vinculantes.

Importante salientar também a busca dos referidos artigos em adequar sua aplicação aos entendimentos trazidos pelas súmulas, como por exemplo a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça que será oportunamente analisada.

Diante dessas circunstâncias, o presente trabalho tem por objetivo observar a sistemática na normatização das leis nos sistemas do *civil law* e *common law*, bem como o papel dos precedentes e das jurisprudências em cada um deles. Ademais, e tendo como pano de fundo o advento do Código de Processo Civil de 2015, busca-se entender os objetivos de uniformização das jurisprudências no ordenamento jurídico brasileiro, levando à reflexão de sua efetividade e de sua aplicabilidade em consonância à Súmula 7 do STJ.

O sistema jurídico do *common law* e *civil law*

Com o decorrer da história da humanidade, as sociedades foram percebendo a necessidade de criar normas ou padronizar condutas que pudessem tornar viáveis as relações de seus membros.

Nesse aspecto e levadas em conta as singularidades culturais, religiosas e de costumes

sobre as quais se fundam as leis de cada nação, surgiram sistemas legais, cada qual com suas particularidades e seu contexto histórico. Dentre esses, destaca-se para o desenvolvimento do presente artigo os sistemas do *common law* e do *civil law*.

Como abordado nas linhas acima, esses sistemas partem de premissas e entendimentos distintos acerca da aplicação das leis, bem como da influência dos precedentes e jurisprudências nas normas e principalmente nas decisões judiciais.

Assim, para que se possa traçar um perfil da introdução dos precedentes no direito processual brasileiro, principalmente com o advento do Código de Processo Civil em 2015, tema do presente estudo, necessário entender as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos acima mencionados.

O sistema do *common law*

O *common law*, também chamada de direito inglês ou direito anglo-saxão, é considerada a base legal do Reino Unido, Estados Unidos, Austrália, Canadá, entre outros. Esse sistema surge com o término da era tribal marcada pela conquista normanda e a instalação do feudalismo na Inglaterra iniciado no ano de 1066. A partir desse momento, criam-se as Cortes Reais de Westminster, que passariam a centralizar as decisões e a desenvolver um sistema cuja aplicação abrangesse os cidadãos com procedimentos e remédios comuns e aplicados de forma equânime e uniforme a todos ingleses. Surge assim a ideia central do *common law*.

Para que essa uniformização de entendimento ocorresse, por um lado, tinha-se a preocupação com a regulamentação de um direito material e, por outro, a necessidade de se organizar os processos judiciais a serem adotados.

Assim, nas palavras de Rene David¹:

Enquanto no continente os juristas concentravam a sua atenção principalmente na determinação dos direitos e obrigações de cada um (regra substantiva do direito), os juristas ingleses concentravam a sua atenção nas questões de processo.

Na criação de um sistema comum, surge, então, o termo *Remedies precede rights*. Segundo essa concepção, as garantias processuais precederiam os direitos e não o inverso como ocorre no *civil law*. Assim, com regras processuais bem estabelecidas e a inegável presença de um viés formal no direito, os ingleses levaram seu sistema jurídico à vinculação jurisprudencial por meio dos *writs* que são as ordens emitidas pelo tribunal. Para que um direito pudesse ser validado, primeiro seria necessário encontrar o remédio processual pertinente.

Ou como esclarece²:

A cada *writ* corresponde, de fato, um dado processo que determina a seqüência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades da sua administração, e os meios de fazer executar a decisão.

Para cada litígio, haveria um *writ* adequado. E, nos casos em que não houvesse a paridade *litígio-writ* os ingleses poderiam recorrer ao *equity*, fundamentados na equidade de cada caso. Desse modo, era patente a presença de um direito formalista, apegado às regras processuais que conduziram à produção jurisprudencial da época.

Assim e como observado até os dias atuais, o *common law* trouxe um sistema jurídico

¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Herminio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 363.

² Loc. cit.

fundado na estabilidade e consistência jurisprudencial. Essas decisões passam a ter força vinculante, conferindo valor aos costumes quando esses acabam por se tornar um precedente. Dessa maneira, a função do precedente acaba sendo a de pautar o comportamento dentro do sistema judicial.

É importante salientar que ainda que se fundamente o sistema do *common law* na adoção de precedentes, as nações que deles se valem também contam com a presença de um ordenamento jurídico escrito, ou seja, com a criação escrita e formal das normas legais. É o que acontece, por exemplo, nos EUA, que não deixa de ter legislação material e que serve de fundamentos nos julgamentos processuais. A interpretação dada àquela lei pelo juiz vinculará as próximas decisões.

A formação do *civil law*

O sistema *civil law* adotado pelo Brasil, também denominado sistema de direito romano-germânico, teve origem na Europa Ocidental no começo do século XII, de onde se extrai a justificativa para a utilização no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a sua colonização por um país europeu, no caso, Portugal.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier³, o direito que existe nos países de *civil law* é fruto de dois momentos históricos: o primeiro, no século XI, que seria a descoberta dos textos jurídicos romanos, os quais consistiam em textos de leis e comentários de juristas, inexistindo uma absoluta harmonia; o segundo derivaria da Revolução Francesa, no século XVIII, movimento responsável pelas feições que o direito tem hoje nos países de *civil law* e marco através do qual a lei passou a ser vista como expressão legítima da vontade do povo e o juiz devia decidir com base nos textos do direito positivo e nada mais.

O *civil law*, também conhecido como família romano-germânica, segundo René David apud Ana Carolina Borges de Oliveira⁴, “se caracteriza pelo fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta, ligadas a preocupações morais e de justiça; além de elaborarem seus direitos visando a regulação das relações entre os cidadãos”.

A aplicação do *civil law*, como sistema jurídico, basicamente, consiste na utilização pelo ordenamento jurídico de normas escritas, publicadas e documentadas em diplomas próprios, sistematizados pela codificação do direito e por meio do qual se estabelece o positivismo jurídico como prioridade, de tal modo que a norma jurídica constitui elemento fundamental para a caracterização da legitimidade das decisões judiciais.

Assim, a utilização da lei como fonte única para a decisão judicial é o que caracteriza o sistema jurídico do *civil law* em que se estabeleceu um sistema baseado em códigos normativos, razão pela qual a conclusão adotada nas decisões judiciais depende da interpretação da lei para aplicação ao caso concreto, isto é, decorre do direito codificado.

Importante consignar, nessa perspectiva, que a relevância e consistência do referido sistema jurídico, considerando a norma jurídica como ponto fundamental da decisão, versa sobre a efetivação do regime democrático em virtude da criação da lei consolidar-se por representantes do povo, através do Poder Legislativo, bem como pelo fato de que a norma codificada possui um caráter abrangente que dificilmente não compreenderá a aplicação para uma situação fática.

³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*, v. 893, ano 99, p. 33-45, mar. 2010. p. 35.

⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas do *civil law* e do *common law*. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 6, n. 10, p. 43-68, jan./jun. 2014. p. 46.

O advento do Código de Processo Civil e a análise dos artigos 926, 927 e 928 do Código de Processo Civil

Inobstante o *civil law* seja o sistema adotado, tendo como base a predominância da norma escrita, era possível observar, no ordenamento jurídico brasileiro, uma mitigação no que diz respeito à utilização da norma jurídica como premissa basilar, mas que somente se consolidou com a aplicação do sistema dos precedentes vinculantes pelo Novo Código de Processo Civil.

A partir da referida flexibilização, nota-se que o sistema jurídico brasileiro, “embora ainda predominantemente embasado no *civil law*, passou a ser, de certa forma, híbrido, já que, tal como nos países do *common law*, os precedentes e súmulas vinculantes se erigem em verdadeira fonte formal do direito”⁵.

Com a finalidade de garantir a isonomia e a segurança jurídica aos jurisdicionados, tendo em vista o risco de surgirem decisões judiciais conflitantes acerca de matérias jurídicas análogas postas à apreciação, o Código de Processo Civil de 2015, prezando pela uniformidade e estabilidade da jurisprudência, atribuiu aos tribunais encargo de promoverem a uniformização da jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, através dos mecanismos instituídos nos artigos 926, 927 e 928⁶.

Dentre tais mecanismos, está o dever dos juízes e tribunais observarem, conforme o artigo 927 do Código de Processo Civil: (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. Tratam-se dos denominados precedentes vinculantes.

Assim, fica latente a preocupação comum dos juízes que atuam nos sistemas do *common law* e do *civil law* em garantir a efetividade dos precedentes em seu ordenamento jurídico. E, nesse aspecto, com base no que afirma Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza, elucida Dulce Anne Freitas Feitosa⁷:

Tanto os magistrados do *common law* quanto os de *civil law* têm preocupação com precedentes, apenas a atitude deles[42] frente aos mesmos é que muda. Enquanto juízes de *common law* buscam estabelecer uma comparação entre o precedente e o caso a julgar a partir dos chamados “fatos materiais”; os juízes do *civil law* adotam o precedente como um pronunciamento em forma de regra, tratando-o de forma abstrata, como norma.

Destacam-se, dentre os precedentes vinculantes, o incidente de assunção de competência, instaurado quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária, envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, nos termos do artigo 947 e seguintes, do Código de Processo Civil; o incidente de resolução de demandas repetitivas, instaurado quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, conforme artigo 976 do referido Diploma, e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, nos termos do artigo 1.036, quando houver a

⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶ *Ibid.*

⁷ FEITOSA, Dulce Anne Freitas. A história da força normativa do precedente judicial no *common law* e a conformidade da tradição brasileira com o sistema de precedentes vinculantes. *Revista Jus Navigandi*, ano 24, n. 5837, 25 jun. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73795>. Acesso em: 3 abr. 2020. p. 1.

multiplicidade de tais recursos com fundamento em idêntica questão de direito.

Para o cumprimento do objetivo de manter a uniformidade da jurisprudência, de acordo com os parágrafos 1º e 2º, do artigo 926, tem-se, ainda, como mecanismo atribuído aos tribunais, a edição de súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante, observando-se, para tanto, as circunstâncias fáticas dos precedentes que lhe deram origem.

Relevante destacar, a propósito, o que caracteriza o precedente. Conforme conceitua Alexandre Freitas Câmara⁸, trata-se de um “pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior”.

Todavia, a utilização do precedente não afasta o dever de fundamentação da decisão judicial esculpido no artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, sob pena de nulidade.

Aliás, o §1º, do artigo 927, do Código de Processo Civil, ao estabelecer a utilização dos precedentes mencionados no *caput*, determina a observância do disposto no artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, cujo teor aponta, dentre os elementos da decisão judicial, a necessidade de identificação pelo julgador quanto aos seus fundamentos determinantes para invocar precedente ou enunciado de súmula, demonstrando que o caso se ajusta àqueles fundamentos, bem como a imprescindibilidade de demonstração em relação à distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento a fim de deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte.

Por sua vez, os §§3º e 4º, do artigo 927, do Código de Processo Civil, visam instituir, no que tange à hipótese de futura modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, a possibilidade de haver modulação dos efeitos da referida alteração, desde que demande interesse nacional ou tenha como objetivo a garantia da segurança jurídica.

Observa-se, desta forma, que, ao serem instituídos de maneira concreta os precedentes nos artigos 926, 927 e 928 do Código de Processo Civil, houve uma alteração substancial no sistema do *civil law*, entendendo, nas palavras de Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso⁹ que:

Neste novo universo, a entrega de justiça se dá pela sinergia de órgãos e de instâncias diversas, de modo a evitar retrabalho, como, por exemplo, pelo aproveitamento da fundamentação e de teses de julgamento desenvolvidas pelos tribunais. É nesse ambiente que o papel da jurisprudência e o uso pragmático de precedentes se tornam indispensáveis para a entrega de uma prestação jurisdicional que possa conciliar justiça do caso concreto com duração razoável do processo. Trabalhar com precedentes, todavia, exige o domínio de conceitos, técnicas de decisão e categorias que não fazem parte da rotina de juizes formados na tradição romano-germânica.

Ratio decidendi e obiter dicta

Antes de uma abordagem mais explicativa do sistema de uniformização de precedentes no Código de Processo Civil, é preciso fazer uma abordagem comparativa e diferenciar o sistema adotado pela legislação brasileira e o que ocorre no sistema de precedentes no *commom law*.

Os países aderentes ao *common law*, em regra, utilizam as decisões das Cortes como elemento normativo, as quais possuem força de lei. Como já falado, os países do sistema *common law* são de origem anglo-saxônica, ou seja, de origem inglesa.

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 432.

⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. p. 12.

No *common law* o precedente surge do caso concreto, lembrando que o *common law* surge do direito natural ou direito consuetudinário, onde a normatividade que regula a relação emerge de decisão judicial que resolve o *case* e, desta decisão, vincula os demais juízes hierarquicamente inferiores ao Tribunal¹⁰.

No processo civil brasileiro, diferente do que ocorre nos países de origem do *common law*, determinadas decisões já nascem com o valor de precedente por determinação legal, ou como alude Alexandre Freitas Câmara, são “precedentes de propósitos” ou “precedentes vinculantes dolosos”¹¹.

Como já destacado, o que vincula, em regra, as decisões, é a *ratio decidendi* e não a *obiter dictum*, esse último sendo elementos que podem ser dispensáveis para a fundamentação, utilizados como mera retórica¹².

Afirma Daniel Amorim Assumpção Neves:

Conforme ensina a melhor doutrina, a *ratio decidendi* (chamado de *holding* no direito americano) é o núcleo do precedente, seus fundamentos determinantes sendo exatamente o que vincula. Distingue-se da fundamentação *obiter dictum*, que são prescindíveis ao resultado do julgamento, ou seja, fundamentos que, mesmo se fossem em sentido invertido, não alterariam o resultado do julgamento.¹³

Todavia, nos casos especificados pelo Código de Processo Civil como precedentes “dolosos” (art. 927), independe da especificação da *ratio decidendi* como meio de se reconhecer como precedente, pois a legislação quis que aquela determinada decisão judicial já nascesse com o valor de precedente¹⁴, contudo, nada impede de a decisão abranger as suas fundamentações essenciais para caracterizar a *ratio decidendi*.

Análise da aplicação do *distinguishin* e *overruling* no Código de Processo Civil de 2015

É certo que pretendeu o legislador, quando da edição do novel Código de Processo Civil, dentre as grandes alterações principiológicas e procedimentais, apresentar elementos para que, no plano de fundo, trouxesse a credibilidade do Poder Judiciário, pois como demonstrado no tópico anterior, positivou a ideia de decisões que vinculassem os demais tribunais e juízes de primeiro grau a essas decisões (presentes no escopo do art. 927 e seus incisos, do CPC).

Em contrapartida, de certo que as decisões judiciais com caráter vinculante não são *ad eternum*, ou seja, podem não ser aplicadas ao caso concreto e, ainda, podem ser alteradas por um novo entendimento. Porém, as alterações deverão atender, em atenção ao seu caráter especial, procedimentos próprios¹⁵.

Existem, dentro do *common law*, duas hipóteses em que o precedente judicial vinculante deve ser aplicado com adaptações ao sistema de precedentes brasileiro, sendo a primeira a distinção – *distinguishin* – e, a segunda, a superação – *overruling* –, como será demonstrado a seguir de forma detalhada e sua aplicação ao processo civil brasileiro, evitando assim o engessamento do direito, como ensina Luiz Guilherme Marinoni:

O precedente não é sinal de “engessamento” do direito, mas de estabilidade. A

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 33.

¹¹ Op. cit., p. 444.

¹² MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudências e súmulas no Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 245, ano 40, p. 333-349, jul. 2015. p. 343.

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. (volume único). p. 1402.

¹⁴ Id., p. 1403.

¹⁵ CÂMARA, op. cit., p. 442.

corde, em verdade, tem o dever de revogar o precedente que foi superado diante da evolução da sociedade, de uma nova concepção geral do direito, ou, ainda, que se mostra claramente equivocada – o que é excepcional.¹⁶

Tem-se como conceito de distinção – ou *distinguishin* – que determinado precedente não será aplicado ao caso concreto quando este versar sobre circunstâncias dissemelhantes às delineadas no precedente:

Trata-se de hipótese de não aplicação do precedente no caso concreto sem, entretanto, sua revogação. Dessa forma, é exclusiva a aplicação do precedente judicial apenas para o caso concreto em razão de determinadas particularidades fáticas e/ou jurídicas, mantendo-se o precedente válido e com eficácia vinculante para os outros processos.¹⁷

Obviamente, quando se fala de processo, tem-se uma relação complexa com situações peculiares a cada processo, mas o resultado final – subsunção do fato à norma jurídica –, segundo a ideia de coerência, integridade e segurança jurídica que pretende a lei processual atribuir ao precedente (art. 926, *caput*), deve ser o mesmo, senão se estaria contrariando a ideia traduzida no código.

Nessa esteira, ensina Humberto Theodoro Junior:

O primeiro problema, portanto, a ser enfrentado pelo julgador obrigado a respeitar o precedente é o da constatação da ocorrência, ou não, de igualdade entre a causa pendente de julgamento e o precedente invocado. As causas, obviamente não se apresentam como entidades simples. Ao contrário, são sempre complexas e integradas por múltiplos elementos subjetivos e objetivos, fáticos e jurídicos. Essa grande complexidade faz que a igualdade absoluta entre diversas demandas seja realmente impossível de se configurar.

Não é, de tal sorte, a completa identidade que impõe a prevalência do precedente. É no plano lógico-jurídico que se localiza a necessidade de uniformidade de solução judicial. Se se tem de seguir, necessariamente, o mesmo plano racional para equacionar a solução de diversas demandas, é óbvio que não se deve conviver com decisões contraditórias. Mesmo que as demandas não se apresentem completamente iguais, o quadro lógico-jurídico, sendo o mesmo, não pode ser desviado das conclusões iguais. A ordem jurídica é sistemática e ávida de coerência interna. Daí que a meta a ser alcançada pela técnica dos precedentes é, sobretudo, a de evitar a contradição entre os julgamentos dos tribunais e juízes, quando produto de um mesmo esquema lógico-jurídico de resolução. A observância do precedente, em tal situação, é imperiosa como remédio não só de uniformização jurisprudencial, mas sobretudo como exigência de impedir a crise inaceitável dos julgamentos contraditórios.¹⁸

Nota-se que, para aplicação do precedente, deve haver uma identidade da situação posta a julgamento em relação à resposta daquela demanda, visto que, havendo ligação com o caso, deverão ser aplicadas as razões de decidir do precedente para dar o real elemento pretendido pela legislação processual civil.

Por outro lado, se o magistrado verificar que o caso posto em tela nada se amolda à gama de precedentes sobre a matéria, deverá proceder com a continuidade deste, pois não há identidade do caso em tela com o precedente, devendo apresentar a tutela jurisdicional ao caso concreto.

Constata-se que, diante da existência de um precedente, é imprescindível analisar se aquele se amolda ao caso concreto, visto que, havendo semelhanças, aplica-se o precedente, todavia, por decorrência lógica, se há peculiaridades no caso que levam a solução distinta, distante do

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ética dos precedentes*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 105.

¹⁷ NEVES, op. cit., p. 1405.

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de processo civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3. p. 768.

precedente, deve ocorrer aí a distinção – ou *distinguishing*¹⁹.

Embora a legislação processual não tenha adotado um regramento específico – como no caso de *overruling* – para distinção do precedente, verifica-se perante uma análise de todo o código que é possível o juízo – em sentido amplo da palavra – promover a distinção do caso concreto. Destaca-se que a distinção deve ocorrer na cognição do processo, com debate amplo e profundo quanto à aplicação ou não do precedente, respeitando o contraditório e não transformando o juiz em reproduzidor de precedente²⁰.

Outro trecho do código que aborda a distinção está no art. 1.037, §9º, do CPC, que se encontra na subseção que trata do julgamento de recursos extraordinário e especiais repetitivos, onde afirma que “demonstrada distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo”.

Assim, para que se tenha a aplicação da superação do precedente judicial ao caso concreto, é necessário que essa distinção ocorra de forma sólida e objetiva, demonstrando as situações fáticas-jurídicas da distinção²¹.

Por outro lado, há o *overruling* – superação – que consiste no meio mais crucial, como foi visto alhures, propriamente no art. 926, CPC, na medida em que é necessário que os Tribunais mantenham seus precedentes estáveis, evitando a ocorrência de mudanças, a fim de fornecer segurança jurídica e previsibilidade do direito.

A superação do precedente ocorre quando o julgamento vinculante, de maneira integral ou parcialmente, por razões de alteração legislativa, sociais ou sócio-econômicas²², não traduz mais a realidade revelada no precedente. Destaca-se, ainda, que, embora o capítulo XV (do arts. 520 e 521) do Projeto de Lei do Novo CPC, aprovado pela Câmara dos Deputados Federais, cujo teor tratava exclusivamente sobre os precedentes, especialmente no art. 521, §7º²³, tenha sido retirada do projeto, é possível observar a influência da alteração econômica, política ou social referente à matéria tratada na tese vinculante para ensejar sua modificação.

Como ensina Daniel Mitidiero, a superação “constituiu a resposta judicial ao desgaste da sua congruência e coerência sistêmica”²⁴, evitando assim o engessamento do direito, bem como reconhece a necessidade de uma coerência da matéria fática-jurídica na atualidade para a manutenção da aplicabilidade do precedente.

Cabe esclarecer que a superação da tese vinculante não se traduz em rescisão daquele julgado para aquele caso, quer dizer que para casos futuros será adotada a nova tese, como ensina Alexandre Câmara:

Percebe-se, porém, que a superação do padrão decisório não acarreta a rescisão do julgamento. Em outras palavras, aquela decisão ou enunciado de súmula que servia como padrão decisório vinculante era, também, o julgamento de um (ou o extrato do julgamento de vários) caso(s) concreto(s). Superado o padrão decisório, não será mais aquela tese aplicada no julgamento de casos futuros, mas o caso concreto que por meio daquela decisão se julgou continuará submetido àquela mesma decisão.²⁵

¹⁹ Id., p. 346.

²⁰ MITIDIERO, op. cit., p. 345.

²¹ Id., p. 346.

²² FPPC, enunciado 322: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”. Cf. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados*. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://institude.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

²³ “Art. 521. [...] A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação da norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referentes à matéria decidida”.

²⁴ Op. cit., p. 347.

²⁵ Op. cit., p. 445.

O Código de Processo Civil, considerando a peculiaridade da observância dos precedentes e a necessidade de manter estáveis e coerentes as decisões judiciais, estabeleceu um procedimento especial para possibilidade de alteração da tese vinculante.

O art. 927, §2º, do CPC, determina que, havendo a possibilidade de alteração de precedente, é fundamental a designação de audiência pública, com a participação da sociedade e de órgãos que possam contribuir para o debate e rediscussão da tese, ensejando o contraditório. No parágrafo seguinte (§3º) é facultado aos tribunais a modulação dos efeitos da tese e, por fim, no §4º, determina que a modificação do precedente deverá ter, destaca-se, fundamentação adequada e específica, com observância da segurança jurídica, da proteção, confiança e isonomia.

Outro ponto importante cinge-se sobre quem pode promover a superação do precedente. Como visto na distinção, qualquer magistrado pode reconhecer a distinção e deixar de aplicar o precedente, desde que faça por decisão fundamentada (art. 489, §1º, VI, do CPC).

Como se vê, o legislador apresentou hipóteses em que o precedente não será aplicado. Todavia, em razão de ser vinculante, ou seja, dando um caráter normativo ao precedente, não pode o magistrado ou o tribunal deixar de aplicar o precedente sem a respectiva fundamentação, tudo isso visando ao não engessamento do direito, muito pelo contrário, para sua evolução e, principalmente, a previsibilidade e segurança jurídica das decisões judiciais.

Utilização do precedente de modo adequado

Como visto no tópico anterior, o magistrado tem o dever de fundamentar suas decisões, ainda que for para seguir o precedente, apresentando elementos que situem o caso concreto com a adequação do precedente e, por óbvio, em caso que deixa de aplicar o precedente, devendo ser também de forma fundamentada.

Durante toda a exposição dos tópicos acima, verifica-se que o intuito da uniformização das decisões judiciais é evitar que decisões antagônicas sejam proferidas em casos cuja resolução deveria ser idêntica, nesse sentido, esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves:

Ao exigir uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, o art. 926, *caput*, do CPC busca eliminar a instabilidade nociva dos entendimentos de nossos tribunais, em especiais dos superiores, quando o desrespeito aos requisitos exigidos pelo dispositivo legal ora comentando é ainda mais nocivo.²⁶

Ainda, Luiz Guilherme Marinoni destacou seu inconformismo na introdução de seu livro “A Ética dos Precedentes”, dizendo:

Há algum tempo me incomodava a variação das decisões, muitas vezes de um mesmo colegiado, acerca de uma mesma questão de direito. Como sempre me preocupei com o senso comum a respeito do funcionamento da “justiça”, ficava sobremaneira inquieto ao ouvir alunos e outras pessoas indignados com o fato de a tutela de um direito ser conferida a um e não a outro sujeito em situações idênticas.²⁷

De fato, a inconsistência e harmonia entre os julgadores sobre o tema é algo sem explicação. A explicação se encontrava como uma conduta inevitável com leis de cláusulas abertas, com margem de interpretação, mas impossível de se contentar. Assim, a proposição do CPC vem no sentido de que haja uma uniformização e, conseqüentemente, privilegiando a segurança jurídica, isonomia, previsibilidade do direito.

²⁶ Op. cit., p. 1388.

²⁷ Op. cit., p. 13.

Em contrapartida, até a chegada do Código de Processo Civil de 2015, muito se falava em jurisprudência defensiva utilizada pelos Tribunais para evitar o julgamento de processos em razão de vícios formais. Contudo, o código atual veio também com o intuito de eliminar esse mal, com o princípio da primazia do julgamento do mérito²⁸. Em especial, destaca-se a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Ela prevê que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Desse modo, a esse tribunal superior cabe somente julgamento quanto à revalorização de prova que venha a ter consequências jurídicas, não possuindo competência para julgamento ou análise apenas de provas/fatos, visto que não deve atuar como terceira instância.

Um parêntese precisa ser feito nesse ponto, por determinação da Constituição Federal (art. 104, III, da CF), que cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar decisões que violam ou dar interpretação à legislação infraconstitucional, noutras palavras e de acordo com a interpretação da Súmula 7, ao STJ apenas cabe análises puramente de direito, não podendo se fazer reanálise de provas acostadas aos autos.

Em julgamento do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2011, em agravo regimental no recurso especial de processo advindo do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Relator, Ministro Marco Buzzi, abordou que o reexame de prova é uma “reincursão no acervo fático probatório mediante a análise detalhada de documentos, testemunhos, contratos, perícias, dentre outros. Nestes casos, o relator não pode examinar mera *questio facti* [...]”²⁹.

O Ministro ainda ressaltou que a reavaliação da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso reconhecido nas instâncias ordinárias, o que é aceito diante de recurso especial.

Conclui-se que deve estar devidamente demonstrada a prevalência da questão de direito, ainda que ligada ao fato que se quer valorar legalmente como prova, ou seja, fato que venha a ter implicações jurídicas.

No entanto, a Súmula 7 acaba sendo aplicada como uma jurisprudência defensiva, negando recursos equivocadamente por um exacerbado apego formal, vezes carente de fundamentação.

A exemplo, diante da falta de fundamento legal expresso, mesmo que relatado no corpo do recurso, alguns são admitidos e outros não, gerando justamente insegurança jurídica. O Código de Processo Civil de 2015 preza pelo julgamento do mérito, intensificando a correção de vícios sanáveis, com o objetivo de garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Negar conhecimento a recurso é atitude correta – e altamente recomendável – toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando em motivos de não conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento.³⁰

Ainda, a título exemplificativo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que recursos não assinados são passíveis de serem regularizados nas instâncias ordinárias. E, através do recurso especial, a mesma falha acarreta a inadmissibilidade.

Certamente é preciso que os tribunais filtrem os recursos a serem admitidos, porém, com cautela. Faz-se relevante que o Superior Tribunal de Justiça respeite suas próprias decisões,

²⁸ BERTO, Alexandre Fontana *et al.* As técnicas conferidas ao relator no Novo Código de Processo Civil. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares*, Catanduva, v. 12, n. 1, p. 35-50, jan./dez. 2016.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo Eletrônico* 226. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_226_capQuartaTurma.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

³⁰ VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo*, v. 254, p. 1-26, abr. 2016. p. 5.

garantindo a segurança jurídica em matéria de direito federal.

Nesse ponto que surge a preocupação quanto à utilização adequada dos precedentes, devendo sempre observar a necessidade de um viés humanista de sua aplicação, tendo em vista que há atrás de cada capa de um processo pessoas, muitas vezes socialmente e economicamente hipossuficientes³¹, efetivando, assim, o intuito da uniformização dos precedentes, qual seja, a previsibilidade do direito, segurança jurídica e isonomia, inclusive, o *distinguishin* e *overruling* se mostram elementos essenciais para efetivação dos princípios processuais, evitando o engessamento do direito. É preciso ter em mente que mesmo com a existência de uma vinculação de precedentes, não se equipara – e nem poderia se equiparar – ao engessamento do direito. Resta muito claro no CPC que o intuito na adoção de um sistema de precedentes é a sua uniformização, evitando que, por exemplo, um Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e um Magistrado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tenham decisões totalmente antagônicas sobre uma mesma matéria. Por outro lado, é preciso deixar claro que nenhum magistrado está necessariamente vinculado aos precedentes, pois se vislumbrado no caso concreto que as nuances são distintas do que restou definido em um precedente, por óbvio, não pode ser aplicado aquele caso concreto, devendo ser aplicada a distinção ou superação do precedente, com a devida fundamentação.

Necessário, portanto, a relativização acerca da aplicação do precedente, a fim de evitar injustiças, mediante indicações do conteúdo amplamente abordado nos autos pelo Tribunal que demonstrem a distinção ou a superação do determinado precedente, bem como a manifestação sobre o mérito. Ademais, há de se lembrar que o próprio CPC veio com o intuito de privilegiar o julgamento do mérito, prestando a efetiva tutela jurisdicional.

Assim, o precedente vinculante vem com o objetivo de trazer previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica nas decisões judiciais, todavia, o precedente não pode ser sinônimo de engessamento do direito. Nessa trilha, não pode a Súmula 7 do STJ ser utilizada como objeto de não conhecimento de recursos destinados ao STJ que discutam a distinção ou superação do precedente, devendo ser relativizada a aplicação e ainda, aplicada de forma adequada o precedente, efetivando o princípio do julgamento do mérito, trazendo segurança jurídica.

Conclusão

O Brasil, apesar de ter adotado o sistema jurídico denominado *civil law*, segundo o qual a norma jurídica é o elemento fundamental para a caracterização da segurança jurídica, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, referido sistema foi relativizado quanto à utilização da lei em sentido estrito, diante da aplicação semelhante ao sistema *common law*, ao aplicar o sistema dos precedentes que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência e garantir segurança jurídica aos jurisdicionados.

Dispõem os arts. 926 e seguintes do CPC decisões proferidas que deverão vincular aos demais tribunais, circunstância que permite inferir que, paralelo ao positivismo característico do *civil law*, deve-se garantir a observância dos referidos precedentes, assemelhando-se ao *common law*.

Nessa perspectiva, o cerne da questão decorre do fato de que, respeitada a observância dos precedentes, o que demonstra a relativização em relação ao efetivo emprego da lei como fonte única do direito, a aplicação dos precedentes como fundamento para as decisões judiciais acaba por imobilizar a efetiva concessão da tutela jurisdicional, notadamente se observada a utilização da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, conforme tratado linhas acima.

³¹ BERTO, Alexandre Fontana *et al.* Abordagem da jurisprudência sob o viés humanístico. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares*, Catanduva, v. 12, n. 1, p. 51-69, jan./dez. 2016.

O conteúdo da referida Súmula, ao estabelecer que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial, é utilizado como fundamento para negar seguimento a inúmeros recursos especiais interpostos pelo fato de não ser admitido tal reexame.

No entanto, a aplicação da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, como precedente obrigatório a ser observado pelos tribunais, nos termos do artigo 927 do CPC, depende da análise acerca das particularidades da discussão e que demonstrem a imprescindibilidade do conhecimento do recurso especial, visto que, inobstante sejam consideradas as razões de decidir do precedente para sua aplicação ao caso concreto, existem situações jurídicas postas à apreciação que, via de regra, além de distinguir-se do precedente utilizado (Súmula 7/STJ), dependem da ponderação específica sobre a questão jurídica analisada.

Respeitada a observância dos precedentes instituída pelo Código de Processo Civil, com a finalidade de uniformizar a jurisprudência de forma que atenda sempre a necessidade de segurança jurídica, a questão é que tal elemento processual não pode implicar no engessamento do direito.

Dessa forma, buscou-se demonstrar que o precedente pode ser submetido à distinção quando identificado que as razões de decidir possuem peculiaridades que impossibilitem sua aplicação ao caso concreto. Quando também a observância de tal precedente ocasionar manifesta violação à ordem jurídica, principalmente porque o recurso especial é interposto para evitar negativa de vigência ou contrariedade à lei federal ou tratado, de tal modo que se revela fundamental a ponderação acerca do *distinguishin* e *overruling* para efetivação dos princípios processuais e evitar, conseqüentemente, a imobilidade do direito.

Conclui-se, portanto, que, diante da observância da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, por configurar precedente obrigatório, é necessário que os Tribunais, em especial o Superior Tribunal de Justiça, ao analisarem o seguimento do recurso especial, levem em consideração as circunstâncias do caso concreto para verificar a inaplicabilidade da referida Súmula como óbice para o seguimento do apelo nobre, através do *distinguishin* e *overruling*, para garantirem a finalidade do recurso especial no ordenamento jurídico, assim como a efetividade da tutela jurisdicional.

Referências

- BERTO, Alexandre Fontana *et al.* Abordagem da jurisprudência sob o viés humanístico. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares*, Catanduva, v. 12, n. 1, p. 51-69, jan./dez. 2016.
- BERTO, Alexandre Fontana *et al.* As técnicas conferidas ao relator no Novo Código de Processo Civil. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares*, Catanduva, v. 12, n. 1, p. 35-50, jan./dez. 2016.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo Eletrônico* 226. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_226_capQuartaTurma.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FEITOSA, Dulce Anne Freitas. A história da força normativa do precedente judicial no common law e a conformidade da tradição brasileira com o sistema de precedentes vinculantes. *Revista Jus Navigandi*, ano 24, n. 5837, 25 jun. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73795>. Acesso em: 3 abr. 2020.
- FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados*. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Ética dos precedentes*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudências e súmulas no Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 245, ano 40, p. 333-349, jul. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. (volume único).

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas do civil law e do common law. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 6, n. 10, p. 43-68, jan./jun. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de processo civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo*, v. 254, p. 1-26, abr. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*, v. 893, ano 99, p. 33-45, mar. 2010.

Obras consultadas

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 263-285, 2016.

Nulidade da decisão judicial no Código de Processo Civil: paradoxo entre a legislação e o cotidiano forense¹

ALEXANDRE FONTANA BERTO

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

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Pós-graduado em direito de família e sucessões pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogado.

LARISSA PEDRASOLI

LUANA ALVES PORTO

NATAN LIMA CAMARGO

VICTOR HENRIQUE STAUSER OLIANI

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O objetivo deste trabalho é trazer uma reflexão acerca dos avanços do Código de Processo Civil com relação à fundamentação de decisão judicial e o comportamento do Poder Judiciário frente às alterações legislativas. Atualmente, tramitam cerca de 80 milhões de processos no Brasil, o que interfere no comportamento dos julgadores quando pronunciam suas decisões que, muitas vezes, não seguem a determinação da legislação instrumental. Busca-se a máxima celeridade em detrimento do dever de fundamentação da decisão. Há, portanto, um paradoxo entre a previsão legislativa no que concerne à fundamentação da decisão, a nulidade como consequência e o cotidiano forense que, frequentemente, não atendem a esses requisitos legais.

Palavras-chave: Dever de fundamentação. Atuação do julgador. Paradoxo.

Abstract: The objective of this work is to bring a reflection about the advances of the Code of Civil Procedure in relation to the reasoning of the judicial decision and the behavior of the Judiciary in the face of legislative changes. Currently, about 80 million cases are processed in Brazil, which interferes with the behavior of the judges when they pronounce their decisions which, many times, do not follow the determination of the instrumental legislation. We seek maximum speed to the detriment of the duty to state reasons for the decision. There is, therefore, a paradox between the legislative provision with regard to the reasoning of the decision, nullity as a consequence and the forensic routine, which often do not meet these legal requirements.

Keywords: Obligation to state reasons. Judge's performance. Paradox.

Introdução

Este trabalho busca demonstrar, do ponto de vista sistêmico, a dicotomia entre as determinações da legislação instrumental com relação à decisão judicial, que se mostram mais exigentes quando do advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) e a atividade jurisdicional, no que tange às manifestações dos Tribunais brasileiros em suas decisões, que parecem ser justificadas pelo grande número de processos que percorrem pelos órgãos estatais de justiça.

De um lado, para o exercício dos atos processuais, deve-se observar a formalidade prescrita em lei, sob pena de não ser considerados válidos, a depender do caso. Característica marcante do atual CPC é a flexibilidade procedimental, traduzida na oportunidade concedida às partes para corrigir seus atos, adequando-os à formalidade imposta pela legislação ou, ainda,

¹ O presente artigo é resultado do estudo desenvolvido no projeto de pesquisa intitulado “Nulidade da decisão judicial no Código de Processo Civil: paradoxo entre a legislação e o cotidiano forense”, no ano de 2019, sob orientação do Professor Mestre Alexandre Fontana Berto, com auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP, PESQDIR2019757.

em sua aceitação, caso consiga atingir o objetivo pelo qual foi praticado. Trata-se de um novo modelo de processo que visa buscar a resolução do mérito da demanda.

Todavia, a legislação instrumental traz regulamentação mais severa com relação à decisão judicial, estabelecendo nova roupagem quanto ao dever de fundamentação. A legislação anterior determinava, de forma genérica, que a decisão judicial deveria ser fundamentada.

É de se ressaltar que o Código vigente estabelece, objetivamente, o que não se considera uma decisão fundamentada, listando diversas situações que ocorriam com certa frequência, como a utilização genérica de dispositivo de lei, invocar enunciado de súmula sem correlacionar com o caso, utilizar de motivos que servem para justificar qualquer decisão, dentre outras. Caso tais requisitos não forem observados, a consequência é aquela já prevista pela Constituição Federal no artigo 93, IX, qual seja, a nulidade do ato.

De outro giro, os números da justiça assustam a todos da comunidade jurídica, principalmente na informação de que, no ano de 2018, o Poder Judiciário tomou conta de aproximadamente 79 milhões de processos. São dados alarmantes que muito prejudicam a atividade jurisdicional, que cada vez mais é cobrada para dar respostas rápidas aos litígios.

É com base nesse cenário que o presente trabalho visa trazer uma reflexão acerca do atual sistema judicial: a existência de um paradoxo entre o cotidiano forense, notadamente no Estado de São Paulo, e as previsões legislativas quanto ao dever de fundamentação e o sistema de nulidades.

Justiça brasileira em números

As informações que serão utilizadas para a elaboração deste tópico foram extraídas do Relatório “Justiça em Números”, de 2019², ano base 2018, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. Esse relatório demonstra todos os dados que envolvem a atividade jurisdicional como um todo, desde os aspectos administrativos, orçamentários, desempenho, comparações dos últimos anos do sistema judiciário, tanto em sua eficiência e transparência quanto na sua acessibilidade perante a sociedade.

Pois bem. Os primeiros dados importantes de se abordar é com relação ao número de pessoas envolvidas no Poder Judiciário. No ano de 2018, 450.175 pessoas empenharam sua força de trabalho, sendo que 18.141 eram magistrados, o que representa apenas 4%; 272.138 eram servidores (79,7% lotados na área judiciária e 20,3% na área administrativa), representando a maioria com 60,5%; 73.926 eram terceirizados, 64.609 eram estagiários, representando 14,4%; 21.361 eram conciliadores, juízes leigos e voluntários, que representam o percentual de 4,75%³.

Dos 18.141 magistrados, “74 são ministros (0,4%); 15.618 são juízes de direito (86,1%); 2.304 são desembargadores (13%); e 145 são juízes substitutos de 2º grau (0,8%)”⁴.

Nos Tribunais Superiores “existem 35 magistrados convocados, fora da jurisdição (7 no TST, 10 no TSE e 18 no STJ), e nos demais tribunais, 335 juízes em tal situação”⁵.

Já com relação ao número de processos, no ano de 2018, segundo o relatório em análise, os órgãos jurisdicionais finalizaram o ano com 78,7 milhões de processos em trâmite. E esses números já foram piores, já que em anos anteriores, como 2015, havia cerca de 100 milhões de processos. O número de processos só conseguiu se estabilizar no ano de 2017, atingindo uma redução considerável no ano de 2018. Muito se deve ao desempenho da Justiça do Trabalho,

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2019*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 7 mar. 2020.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

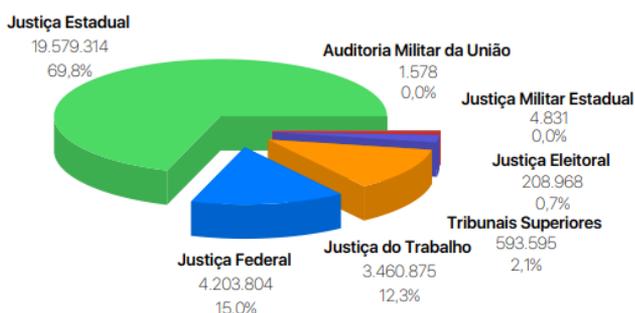
com redução do estoque concernente a 656 mil processos.

Após a breve análise dos gráficos, fica evidente que essa redução é advinda de um trabalho em conjunto, proporcionado pela queda de processos novos e pela ascensão dos processos baixados (aqueles remetidos a outras instâncias superiores ou inferiores ou que são arquivados em definitivo ou em processos que tiveram decisões transitadas em julgado, com início da liquidação ou cumprimento de sentença, ou, ainda, execução). Em números, no ano de 2018 foram 31,9 milhões de processos baixados contra 28,1 milhões de processos novos.

É importante ressaltar que a justiça estadual possui em absoluto a maioria estatística e percentual de casos novos, atingindo a marca de 69,8% do montante total, e referente aos processos pendentes o percentual é ainda maior, configurando a justiça estadual responsável por 80% do montante total.

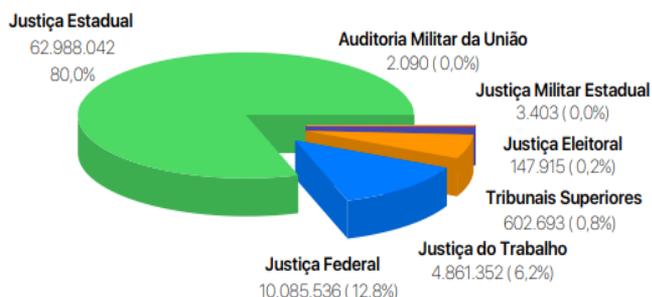
O Gráfico 1⁶ demonstra com mais clareza a relação do percentual de processos novos, por ramo de justiça.

Gráfico 1 – Casos novos, por ramo de justiça



Já o Gráfico 2⁷ nos mostra os casos pendentes, por ramo de justiça, revelando que a justiça comum possui 80% do total.

Gráfico 2 – Casos pendentes, por ramo de justiça



Dos 78,8 milhões de processos, mais da metade trata da fase de execução (54,2%). Desse percentual, 73% referem-se à execução fiscal, o grande fator de congestionamento do Poder Judiciário. O processo de execução representa 55,6% do acervo processual da justiça comum.

Esse número, historicamente, tende a crescer. Há diversos motivos que tornam o processo

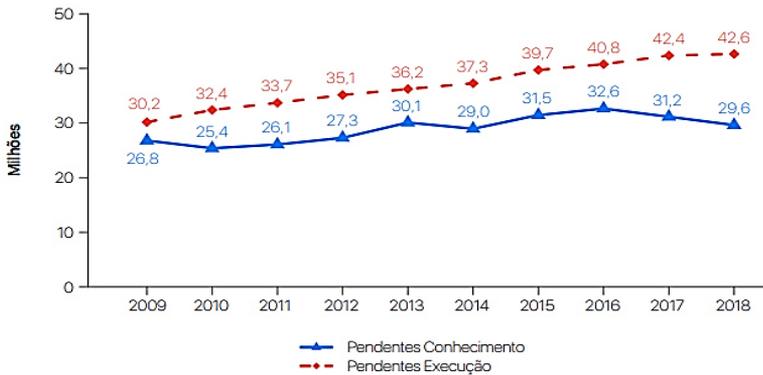
⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

de execução ineficaz; todavia, não se trata do objeto deste trabalho e será tema de futura investigação a ser desenvolvida pelo grupo de pesquisa.

O Gráfico 3⁸ ilustra a crescente marcha dos processos de execução que estão pendentes, enquanto os processos de conhecimento pendentes tendem a diminuir.

Gráfico 3 – Série histórica dos casos pendentes nas fases de conhecimento e execução



Outro dado importante a ser levado em conta é o tempo de duração do processo.

Com relação às varas estaduais, o tempo médio para prolação da sentença no processo de conhecimento é de dois anos e quatro meses, ao passo que nos processos de execução esse tempo é maior: seis anos e um mês. E a razão é que, como o processo de execução tende a se extinguir, seja pela satisfação do crédito ou pela impossibilidade de encontrar bens que possam satisfazer a execução ou o cumprimento de determinada obrigação, etc., o tempo tende a ser maior. Levando em conta dados gerais de processos, seja pela classe, seja pelo órgão jurisdicional, o tempo médio de duração dos processos é de quatro anos e dez meses, ao passo que o tempo para baixa dos processos é de dois anos e quase doze meses, e a média geral para a prolação da sentença é de dois anos e dois meses. O Gráfico 4⁹ ilustra melhor tais números.

Gráfico 4 – Série histórica do tempo médio de duração dos processos



⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

Os números de processos novos e pendentes continuam exorbitantes; a demanda que a sociedade emprega para o estado é desumana. Todavia, mesmo em meio a uma quantidade de processos que foge muito à normalidade, o Judiciário tem conseguido diminuir o número de processos pendentes, apresentando melhores números nos últimos anos, mostrando ser possível, em longo prazo, apresentar uma justiça mais célere e eficiente.

Sistema de nulidades no CPC

Após o advento do CPC de 2015, há discussão se a Jurisdição pertence tão somente ao Estado ou se ela pode ser exercida, também, por outros órgãos, como as Câmaras Arbitrais, os Centros de Mediação e Conciliação, dentre outros, que surgiram com o intuito de solucionar extrajudicialmente os conflitos.

Segundo ensina Cândido Rangel Dinamarco, o estudo da ciência processual acerca da jurisdição deve passar não só pela jurisdição exercida pelo juiz estatal, mas, também, por “aquela que se exerce no processo arbitral, sabendo-se que a arbitragem é um processo e, tanto o quanto o processo conduzido pelos juízes, insere-se desenganadamente na teoria geral do processo”¹⁰.

Não pretendemos entrar nessa discussão. O que se pretende esclarecer é que ambas as teorias colocam o Estado como detentor ou um dos detentores da Jurisdição. Posto isto, levando em conta as duas teorias citadas, o fato é que, ao trazer para si o exercício da Jurisdição, o Estado positiva um instrumento que serve para sua atuação jurisdicional e também é endereçado aos sujeitos de direito, para quebrarem a inércia estatal para que entregue ou não a tutela do direito. Esse instrumento é o processo, ferramenta essencial para o Estado Democrático de Direito.

Evidente que a discussão sobre o que é o processo também demanda aprofundamento. Para este artigo científico busca-se apenas ilustrar, de maneira singela, qual o papel do processo no Estado de Direito. Partindo da premissa inicial, se o Estado fornece um instrumento para os citados fins, é necessário que haja regras formais para zelar e assegurar a discussão do direito. Para o pronunciamento estatal sobre um determinado direito, são necessárias a realização de certos atos, cadenciados e harmônicos, através dos quais a lei impõe certos requisitos. A não observância de tais requisitos pode ocasionar uma das mais severas sanções do direito, qual seja, a nulidade, tornando sem efeito determinado ato processual. E esse sistema encontra lógica justamente pela segurança às partes do processo, bem como para que o Estado possa exercer a atividade jurisdicional, evitando-se arbitrariedades.

O sistema de nulidades e os atos processuais são intimamente ligados. E isso porque, o exercício de determinado ato processual, caso não observada as formalidades de lei, pode ser declarado nulo. Esses elementos, intimamente ligados, podem dar ensejo a grandes teses, pois os assuntos são quase intermináveis. Para o fim deste artigo científico, serão abordados apenas alguns aspectos relevantes ao objeto central.

O primeiro ponto a ser destacado é que um sistema processual estabelece diversos atos processuais harmônicos e concatenados, que visam levar a discussão do direito a uma solução, mediante decisão judicial, via de regra, reservando-lhes uma fórmula a ser seguida. Para preservá-los, deve contar com um sistema de nulidades, de modo que os atos processuais praticados que não seguirem a fórmula estabelecida, deverá ser descartado do processo, seja pela declaração de nulidade ou anulabilidade ou, ainda, a depender da situação jurídica processual, ineficaz. Assim, o sistema processual pode caracterizar-se como “rígido” ou

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil I*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 454.

“flexível”, a depender do seu regramento quanto à formalidade dos atos e a sanção prevista quando não atingida tal formalidade. Diz-se um sistema mais rígido, quando a legislação estabelece consequências mais drásticas uma vez não observadas as formalidades. Um sistema mais flexível é aquele que permite à parte “consertar” o ato, adequando-o às formalidades exigidas ou, ainda, aproveitando tal ato, caso ele atinja a finalidade estabelecida.

Para detectar essa diferença, faz-se necessário trazer alguns apontamentos históricos do processo civil.

Há de se destacar que nem sempre o direito processual era tratado como um “ramo autônomo” do direito. Era sempre vinculado ao direito material. Nesse ponto, ensina José Carlos de Araújo Almeida Filho que, até o século XIX, não era o processo uma ciência. Era, na verdade, “dependente do direito material, a partir do século XIX há uma quebra de paradigma e o processo passa a ser um fim em si mesmo. As quebras de paradigmas são necessárias e sustentam o nosso sistema”¹¹. Também sobre o assunto:

Até o século XIX, o direito processual viveu o que se convencionou chamar de sua fase sincrética. Ele era visto como simples meio de exercício de direitos, donde surgiu, para lhe designar, a tão criticada expressão direito adjetivo. Naquela época, absolutamente não se reconhecia a autonomia da relação de direito processual frente à relação de direito material, tampouco, por consequência, a autonomia do direito processual como ciência.¹²

Desse modo, há uma percepção acerca de necessidade de mudança do pensamento sincrético do direito processual. A doutrina buscou determinar a importância da afirmação da autonomia científica do direito processual, para que o processo passasse a ser um fim em si mesmo, tomando a consciência da função instrumental das formas no processo. E quando se iniciou o estudo do processo como “autônomo”, o apreço às formalidades foi demasiadamente elevado, tendo em vista que só assim poderia ser encarado como estudo científico.

O formalismo processual vem do contexto de normatização das condutas humanas, de modo que o ordenamento jurídico pudesse, através de um processo regrado, ditar as regras e organizar as relações no âmbito social. Assim, o formalismo, como norte do ordenamento jurídico, tem grande importância no exercício da tutela jurisdicional. Não há como negar que o formalismo é o mapa que orienta o processo, como o cérebro de todo o trâmite processual, todavia, diversos são os julgadores que se prendiam ao formalismo excessivo e se desviavam do principal objetivo jurídico: a solução da lide e o alcançar da finalidade dos atos jurídicos.

Nota-se que no seio do positivismo exegético oitocentista, período conhecido como paleojustitivismismo, vigorou uma solução formalista em relação à interpretação judicial, reduzindo a atividade jurisdicional a um ato de conhecimento de um texto normativo com sentido unívoco a ser descoberto, com cunho meramente declaratório da *mens legis* ou da *mens legislatoris*, uma operação verdadeiramente silogística e subsuntiva da questão de fato à questão de direito. Ao juiz era expressamente vedado criar direito, devendo simplesmente descobrir e declarar o direito criado pelo Parlamento, representativo da vontade soberana do povo.¹³

De fato, a chamada justiça do positivismo desencadeou uma séria crise “prisional” da

¹¹ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. A teoria geral dos atos processuais praticados por meios eletrônicos, a partir de um novo CPC: uma nova ideia acerca da instrumentalidade das formas no procedimento eletrônico. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n. 190, p. 267-276, abr./jun. 2011. p. 272.

¹² GELLI, Mario Felipe de Lemos. Reflexões sobre instrumentalidade, efetividade e reformas processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, n. 1, p. 191-206, out./dez. 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23666>. Acesso em: 7 mar. 2020. p. 1.

¹³ ZANETI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? *Revista de Processo*, v. 257, p. 2-13, 2016. p. 3. (grifo do autor).

aplicabilidade das normas, em que havia a pura e simples aplicação do descrito em lei, sem a analogia das demais circunstâncias, como a eficácia dos atos processuais, mesmo no decorrer de um vício no mesmo.

Nas chamadas sociedades primitivas, o processo e seu formalismo excessivo amparavam as necessidades da época, como prevenir tumultos, bem como evitar as justiças naturais ou “justiça com as próprias mãos”. O exacerbado uso do formalismo no Brasil se restou sem questionamentos doutrinários, o que fincou nas raízes nacionais a tradição de uma interpretação judicial formalista.

Todavia, com o passar dos anos, certos valores ligados ao formalismo foram cedendo espaço para outros valores que privilegiavam o direito discutido, de modo a se analisar o mérito da demanda. Mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Poder Judiciário admitia o tão famoso “princípio da instrumentalidade das formas”, de modo a afastar a invalidade de determinado ato processual por não ter seguido algum critério legal, mas que estava apto a produzir efeitos. O vício era mínimo e não acarretava prejuízos às partes. Estava previsto no artigo 244: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Tal redação está presente no artigo 277 do atual Código de Ritos.

Com a constante caminhada do processo civil rumo à análise de mérito, Natasha Brasileiro de Souza e Marcos Antonio Striquer Soares ditam que “surgiram novas aspirações para um processo menos formalista e mais flexível”¹⁴. Por meio dessa perspectiva, a reforma, baseada em amplos questionamentos doutrinários e jurisprudenciais, visou afastar o processo de articulações meramente técnicas e formais, para que fosse inserido na realidade político-social do país em que este está inserido, de modo que a solução de conflitos pudesse ser analisada de uma perspectiva diferenciada, com a possibilidade de inserção do sistema amplo e articulada com garantias formais, bem como a utilização de mecanismos que trouxessem a eficiência dos atos, mesmo sem a formalidade dos mesmos.

O Código de Processo Civil de 2015 consagrou um sistema processual que privilegia a análise do mérito da demanda do que a forma. No capítulo destinado às normas fundamentais do processo civil, é consagrado no artigo 4º o princípio da primazia do mérito: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. É com esse espírito que os institutos de direito processual foram moldados na atual legislação processual.

Ressalta-se que, nesse sistema do atual Código, o que se buscou não foi a extinção de todas as formalidades que moldam o processo, mas sim uma flexibilização dos mesmos, para que atos que tenham defeitos com capacidade de produzir efeitos possam seguir com o andamento do processo, sem o seu conseqüente prejuízo, de modo que o NCPC/2015 procura colocar uma nova ótica no que diz respeito aos mecanismos que geram a justiça nacional.

Esse contexto de primazia do mérito tem influência do que se chama hoje de “processo civil constitucional”. A reforma do Código de Processo Civil se pautou no amparo das regras processuais com os direitos estabelecidos na carta magna, para que não houvesse disparidade entre ambos, ocorrendo respeito à norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico, humanizando o processo e estabelecendo prioridades no que concerne ao devido andamento do processo, tendo em vista que nos anos em que vigorou o código de 1973 havia um excesso por parte daquele que aplicava a lei, não visando à justiça material, mas apenas o caráter instrumental. Buscou-se quebrar paradigmas enraizados na cultura jurídica da sociedade

¹⁴ SOUZA, Natasha Brasileiro de; SOARES, Marcos Antonio Striquer. O formalismo processual e o princípio da adaptabilidade do procedimento. *Scientia Iuris*, v. 16, n. 2, p. 83-106, dez. 2012. p. 91.

contemporânea, na qual a formalidade dos atos se via mais relevante do que a própria finalidade do ato. Batistella declara que:

[...] o processo moderno deve ater-se a sua finalidade e a efetividade da justiça, razão de sua existência! Por isso, a importância do princípio da instrumentalidade das formas está em sua carga axiológica, sendo o principal vetor do processo civil moderno, concedendo ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica justa, sem que o seu direito deixe de ser tutelado pelo simples defeito de forma.¹⁵

A problemática a se perceber é como manter a formalidade do processo, sem que o formalismo exacerbado tome poder sobre o sistema legal, impedindo o devido andamento processual e o “desafogar” do Judiciário. Desse modo, importante compreender a relevância da eficácia dos atos e o alcançar de sua finalidade, para que haja um entrelaçamento dos princípios constitucionais e processuais, a fim de acarretar maior harmonia jurídica, consequentemente, total igualdade dos polos (jurídico e social).

Traçada resumidamente a trajetória do ordenamento processual, desde a concepção científica do processo civil, passando pela codificação mais rígida para flexível com o advento do Código de Processo Civil vigente, é necessário trazer alguns apontamentos sobre atos processuais.

Conforme ensina a processualista Bianca Mendes Pereira Richter, o ato processual “é uma espécie de ato jurídico, um fato no mundo real, que se manifesta em determinadas condições de lugar e tempo, observando elementos e requisitos, ou seja, uma forma”¹⁶. De acordo com a lição de José Joaquim Calmon de Passos, os atos processuais “são os atos jurídicos praticados no processo pelos sujeitos da relação processual ou pelos sujeitos do processo, capazes de produzir efeitos processuais e que só no processo podem ser praticados”¹⁷. Observa, ainda, que não há ato processual praticado fora do processo e nem que todos os atos praticados no processo são considerados atos processuais.

O processualista Humberto Theodoro Junior declara que para exercer atos processuais é necessário que seja praticado no processo, e somente nele possa ser praticado, apresentando efeito imediato¹⁸.

Para a prática de determinado ato processual, é preciso seguir as formalidades exigidas pelo Código de Processo Civil. Aí que o sistema de nulidades é importante: caso o ato processual não seja praticado segundo os comandos legais, poderão ser declarados nulos. Ora, para produzir os seus efeitos, os atos processuais deverão atender às exigências que a lei impõe. Isto é, a lei assegura às partes que, ao praticar os atos processuais dentro das formalidades legais impostas, haverá a produção de efeitos, assegurando o direito. De acordo com o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁹, a formalidade representa segurança jurídica, ou seja, respeitando as formas legais, obter-se-á o resultado pretendido.

Adentrando, neste ponto, especificamente sobre o sistema de nulidades, como ensina Teresa Arruda Alvim, seu motivo de existência é para “evitar que o ato inválido produza efeitos programados ou para fazer cessar os efeitos que eventualmente já estejam sendo produzidos”²⁰. E a primeira ressalva a se fazer concerne à validade e à eficácia. Teresa Arruda Alvim ensina

¹⁵ BATISTELLA, Sergio Renato. *O princípio da instrumentalidade das formas e a informatização do processo judicial no Brasil*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S9%C3%A9rgio%20Batistella.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2019.

¹⁶ RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Nulidade processual pela falta de intervenção do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, ano 102, v. 930, p. 239-278, abr. 2013. p. 243.

¹⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 53.

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 625.

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 600.

²⁰ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 111.

que a nulidade é relacionada com o problema de validade, enquanto que a eficácia se relaciona com a produção de efeitos²¹.

Já os vícios que podem atingir o ato processual se classificam em: meras irregularidades, nulidades absolutas, nulidades relativas e inexistência.

Os atos meramente irregulares apresentam-se como um vício de menor gravidade, pois não causa prejuízo às partes ou ao processo. Nesse caso, a inobservância das regras não é relevante para a validade do ato, ou seja, são regras superficiais. Desse modo, a mera regularidade não gera nulidade do ato, é considerado válido e, assim, produz seus efeitos normalmente.

Os atos considerados inexistentes consideram-se não realizados. De acordo com Humberto Theodoro Junior²², nesse caso, “não se pode sequer falar de ato jurídico viciado, pois o que há é um simples fato, de todo irrelevante para a ordem jurídica. Falta-lhe um elemento material necessário à sua configuração jurídica”.

Entrando especificamente sobre o sistema de nulidades, é importante esclarecer que o sistema demanda aprofundamento, o que não é viável para a confecção de um artigo científico. Aqui, serão abordados alguns aspectos relevantes somente.

Dentro de tais elementos relevantes acerca do sistema de nulidades, há que se destacar o conceito de nulidade absoluta e relativa, acerca do exercício do ato processual. A nulidade absoluta diz respeito ao não preenchimento dos requisitos essenciais para o ato ser válido. Sendo assim, esse ato não está apto para produzir seus efeitos. Importante ressaltar que a nulidade absoluta está diretamente ligada com o interesse público, logo o juiz poderá decretá-la de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição e não estará sujeita a preclusão.

De outro lado, com relação as nulidades relativas, embora o ato processual seja viciado, é capaz de produzir efeitos, tendo em vista o interesse meramente privado.

Desse modo, essa espécie de nulidade depende de provocação da parte prejudicada, que deverá requerer a sua invalidação no primeiro momento em que tiver conhecimento do vício, pois está sujeita a preclusão. Nesse sentido, segundo ensina Humberto Theodoro Júnior²³:

O traço que mais distingue a nulidade absoluta da relativa, em matéria de processo civil, é o da iniciativa: a nulidade absoluta é decretável de ofício pelo juiz, enquanto a relativa depende de provocação da parte prejudicada. [...] Em síntese, pode-se dizer que as nulidades relativas ocorrem quando se violam faculdades processuais da parte (cerceamento do direito ao contraditório e ampla defesa), e as absolutas quando se ofendem regras disciplinadoras dos pressupostos processuais e condições da ação.

Esses apontamentos acerca do sistema de nulidades e atos processuais são importantes para o próximo tópico, acerca da decisão judicial. Ressalta-se, mais uma vez, que o tema exige uma abordagem maior e aqui é feito de maneira sucinta, tendo em vista a natureza deste trabalho que demanda explicações mais curtas e diretas.

Decisão judicial e o dever de fundamentação

De início, destaca-se que o Diploma Processual Civil, em que pese ter um caráter mais flexível com relação aos atos processuais, há certa ânsia ao tornar o trabalho do magistrado mais detalhado, quando do pronunciamento de uma decisão judicial, notadamente no que tange ao dever de fundamentação. Podemos reparar em artigos como o 489, as novas exigências acerca das necessidades e obstáculos que têm o juiz para proferir seus pronunciamentos e, dessa

²¹ Ibid., p. 110.

²² Op. cit., p. 760.

²³ Op. cit., p. 763.

forma, conseguir atingir o ideal decisório sob pena de nulidade da decisão.

Antes de adentrar ao cerne deste tópico, é necessário esclarecer que o Código de Processo Civil estabelece, em seu artigo 203, três pronunciamentos do juiz: sentença, decisão interlocutória e despacho. A sentença é pronunciamento de exclusividade do juiz de primeiro grau, e é o ato pelo qual se põe fim à fase cognitiva do processo de conhecimento, com ou sem resolução do mérito, ou, ainda, extingue a execução. Já a decisão interlocutória consiste em ato que possui carga decisória, mas que não põe fim ao processo. Os despachos são atos que visam conduzir a marcha do processo. Há, ainda, a decisão monocrática, de autoria de um julgador no âmbito dos Tribunais, sejam os Superiores, sejam os Estaduais ou Regionais, bem como os acórdãos, que é o julgamento colegiado, prolatado nos Tribunais, conforme prescreve o artigo 204 do Código de Processo Civil.

Ainda sobre a sentença, nem sempre o conceito é como conhecemos hoje. Já não é apenas o ato que coloca “ponto final” do processo, mas, também, pode vir a definir o fim de apenas uma das fases. A Lei 11.232/2005 que alterou a redação do artigo 162, §1º, do Código de Processo Civil de 1973, estabelecia que a sentença era o ato do juiz que ensejava algumas das situações previstas nos artigos 267 e 269 (julgamento sem ou com resolução do mérito). Já o artigo 203, como mencionado, trouxe um conceito mais abrangente, não se limitando a um ato com o conteúdo dos artigos 485 e 487 (sentença proferida sem ou com resolução do mérito), do atual Código de Processo Civil, mas, também, “há de ter a função de pôr fim à fase cognitiva do procedimento comum ou à execução”²⁴. Ademais, importante frisar que a sentença como ato “encarta a atividade de ‘concreção’, por força da qual o juiz torna concreto o preceito abstrato da norma para regular o caso *sub judice*”²⁵.

Traçadas algumas linhas sobre o conceito de sentença, é necessário apontar seus requisitos. Aqui, entramos na análise das formalidades que a legislação impõe ao julgador, ao pronunciar a sentença, ou seja, os elementos que tal ato processual deve possuir para ser considerada válida e produzir efeitos.

Pois bem.

Prescreve o artigo 489, incisos I, II e III, do CPC, que os elementos essenciais da sentença são o relatório, a fundamentação e o dispositivo.

No relatório, deverá conter “os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”, conforme determina o inciso I, do citado artigo 489. Como ensina o processualista Renato Montans de Sá, “a existência do relatório é a garantia que o magistrado leu e tomou conhecimento dos atos e provas trazidas pelas partes ao longo do processo que está decidindo”²⁶.

Já no dispositivo, segundo dispõe o inciso III, do artigo 489, do CPC, “o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”. Trata-se da parte decisória da sentença, em que o julgador pronuncia a declaração, a constituição ou a condenação da parte. Conforme ensina o professor Arruda Alvim, “é na parte decisória da sentença (*decisum*) que o juiz decide o pedido, a lide, o mérito, que, por vezes, se apresenta sob forma de itens (= questões)”²⁷. Vale dizer, também, que é a parte dispositiva que forma o título executivo judicial, que embasará o cumprimento de sentença.

A fundamentação foi deixada propositalmente por último, pois trata-se do cerne deste

²⁴ ALVIM, op. cit., p. 37.

²⁵ FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 269.

²⁶ MONTANS DE SÁ, Renato. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 739.

²⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1.013.

tópico e merece atenção especial. Trata-se, sem dúvidas, de uma das partes mais importantes e delicadas da sentença.

Como ensina uma das maiores influências do processo civil brasileiro, o italiano Enrico Tullio Liebman, “a sentença vale para todos como formulação da vontade concreta do Estado para o caso decidido”²⁸. Por isso, o Estado Democrático de Direito, ao incorporar para si a Jurisdição, tem o dever de justificar seus atos. Fundamentar a decisão é ato de motivar, justificar as razões pelas quais o Estado-Juiz proferiu tal pronunciamento. Nelson Nery Júnior, numa das obras mais importantes sobre princípios, nos ensina que a motivação das decisões judiciais “surge como manifestação do estado de direito, anterior, portanto, à letra da norma constitucional que a refira expressamente”²⁹. A fundamentação da decisão judicial pode ser vista em diversos aspectos, “que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas na CF 5^o”³⁰.

Neste ponto, segundo Rodrigo Ramina de Lucca³¹:

O dever de motivação é, antes de tudo, uma garantia jurídica. Isso significa que, de um lado, trata-se de uma automutilação imposta pelo Estado ao seu poder jurisdicional, obrigando-se a justificar formalmente a sua atuação e eventual ingerência na esfera jurídico-patrimonial do indivíduo (dimensão subjetiva das garantias). De outro, é um instrumento técnico e institucional que protege os direitos e faculdades do indivíduo do arbítrio e da antijuridicidade (dimensão objetiva das garantias). Mais especificamente, realiza o direito de todo indivíduo de conhecer as razões pelas quais sua pretensão foi insatisfeita (autor) ou pelas quais a pretensão da outra parte foi satisfeita (réu).

Assim, a fundamentação ou motivação das decisões judiciais, segundo ensina José Cretella Neto, “garante às partes verdadeiro acesso à *ratio* do Poder Judiciário, isto é, permite-lhes conhecer as razões de Direito sobre as quais se funda a tutela jurídica buscada, amparando ou rejeitando a pretensão deduzida”³².

Ademais, a fundamentação tem duas funções básicas: a função endoprocessual, a qual servirá de respaldo às partes envolvidas no processo, para que essas conheçam a forma de raciocínio desenvolvida pelo juiz ao decidir de dada maneira. Já em sua função extraprocessual, o instituto da fundamentação tem o objetivo de prestar contas à sociedade/público para, dessa forma, fazer o controle da atividade jurisdicional.

Por óbvio, a fundamentação está intimamente ligada à atuação do julgador, pois a ele é atribuído tal ônus. Por isso, é de se esperar integridade do julgador ao pronunciar a decisão judicial. Neste ponto, Lênio Streck faz algumas afirmações acerca da conduta ética que é esperada por parte do julgador:

A *integridade* quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do Direito um “jogo limpo” (*fairness* — que também quer dizer tratar todos os casos equanimente). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o drible da vaca hermenêutica* na causa ou no recurso, do tipo “segundo minha consciência, decido de outro modo”. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento (lembremos do artigo 10 do CPC) que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia

²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 138.

²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 325.

³⁰ *Id.*, p. 327.

³¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. (Coord. Fredie Didier Jr. Coleção Eduardo Espinola). p. 82.

³² CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 254.

Portanto, sempre que esse magistrado escolher, por motivos adversos, ir à contramão do que vem sendo decidido pelos tribunais a respeito de casos semelhantes (*treat like cases alike*)³⁴, ou até mesmo do que lhe é esperado em um caso inusitado, deve este provar a superioridade de seus argumentos em relação aos quais abriu mão e também a correlação entre sua escolha e o caso concreto.

Por exemplo, diante de um conflito entre normas, é imprescindível que o juiz, ao fazer sua escolha, expresse o motivo de sua decisão de forma completa, a fim de esclarecer seus argumentos para, dessa forma, tornar compreensível e fundamentada a decisão. Quando o juiz não o faz, diz-se estarmos diante de ausência de fundamentação, uma espécie de freio democratizante em uma sociedade que é passível de falibilidade.

O dever de fundamentação é previsto no art. 93, IX da Constituição Federal, sendo, dessa forma, um dever constitucional a ser cumprido. O Código de Processo Civil reproduz a citada norma em seu artigo 11, no Capítulo relacionado às normas fundamentais do processo civil, dispondo que “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Essa norma é complementada pelo artigo 489, §1º, do mesmo Código. Tal dispositivo não indica o que se considerada uma decisão fundamentada, mas, sim, o que não é considerada a fundamentação de uma decisão judicial. O legislador elenca diversas situações, das quais muitas eram praticadas no passado. Assim, não se considera fundamentada a decisão que (i) “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”; (iii) “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”; (iv) “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”; (v) “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; e (vi) “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Como se vê, o legislador infraconstitucional limita e impõe um ônus mais detalhado ao julgador do que a Codificação anterior. O Estado Democrático de Direito atinge, assim, a atuação do magistrado que carrega, agora, além do dever de julgar, o dever de fundamentar adequadamente. É possível, a partir dessa lógica, fazer uma analogia ao francês Montesquieu que em sua obra “*Do Espírito das Leis*”³⁵ consagra o *sistema de freios e contrapesos*.

O magistrado tem sua decisão, agora, controlada pelo dever de fundamentação correta, uma das formas que a soberania popular encontra, no judiciário, para gozar de seus direitos previstos na Carta Magna. Evita-se, desta forma, a arbitrariedade.

Fica evidente que o legislador ao editar o Novo Código de Processo Civil teve como intenção primordial a busca pela celeridade, mas, não a todo custo, diante da preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, criou amarras *neoprocessualistas*³⁶ que desafiam a atuação dos magistrados, bem como desafiam e afrontam a superlotação do Poder Judiciário.

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC*. ConJur, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 30 dez. 2019. (grifo do autor).

³⁴ “Trate de forma igual casos semelhantes”. Referência à *common law*, sistema jurídico adotado pelos EUA.

³⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

³⁶ “Neo”, do grego *néos*, “novo”. Novas formas que o legislador processual civil encontrou na tentativa de efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Se a legislação influencia diretamente o cotidiano forense, portanto, é pertinente indagar se a estrutura judiciária brasileira suporta e é adequada aos novos requisitos processualistas.

Por fim, caso a decisão judicial não seja pronunciada fundamentada e motivadamente, deverá ser considerada nula. É o que determinam os já citados artigos 93, IX, da Constituição Federal e 11, do Código de Processo Civil. A falta de fundamentação da decisão judicial acarreta a sua nulidade.

Nulidade da decisão judicial no Código de Processo Civil: paradoxo entre a legislação e o cotidiano forense

Entramos no tema central deste trabalho. Como foi explanado, o Código de Processo Civil vigente é pautado pela flexibilidade dos atos processuais, visando a análise do mérito da demanda. Todos os institutos processuais foram moldados de forma a atender ao julgamento de mérito, deixando a tecnicidade em segundo plano. A decisão judicial, ao revés, ganhou nova roupagem no que tange ao dever de fundamentação.

A legislação dita regramentos minuciosos sobre a fundamentação. Em todo o Código se vê a necessidade de uma decisão fundamentada. Mas, como balancear o que determina a legislação processual frente aos números da justiça brasileira? Noutras palavras, como é possível equacionar um processo célere, que tenha decisões fundamentadas nos moldes propostos pelo legislador, e, de outro lado, observar uma fila de cerca de 80 milhões de processos? Essa equação nos parece, hoje, impossível. É de se concluir que ou o processo terá um julgamento adequado, mas demorado, ou terá um julgamento menos demorado, com déficit de fundamentação.

Vale registrar que “Durante o ano de 2018, foram proferidas 32 milhões de sentenças e decisões terminativas, com aumento de 939 mil casos (3%) em relação à 2017. Registra-se, também, crescimento acumulado de 36,8% da produtividade em 10 anos”³⁷, conforme aponta o Relatório do Conselho Nacional de Justiça.

O sistema não se mostra eficiente, quando observados os números no primeiro tópico deste trabalho. Na prática forense, o que vemos é uma atuação que muitas vezes foge dos propósitos do legislador, quando da fundamentação da decisão judicial. E os motivos são inúmeros, notadamente a superlotação de processos, já explanada. O Judiciário não dá conta desse trabalho e, como reposta ao cumprimento de metas para finalizar processos, chega-se a superar as disposições legislativas.

Um exemplo claro é o artigo 252, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com redação dada pelo Assento Regimental nº 562/2017 e, portanto, posterior ao CPC, que autoriza o relator ratificar os fundamentos da decisão recorrida:

Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento.

Certamente esse tipo de dispositivo afronta o artigo 489, §1º, do CPC. Trata-se da chamada decisão *per relationem*, que ocorre, segundo ensina a grande processualista Teresa Arruda Alvim, “quando o juiz assume, como sua, motivação de outra decisão do mesmo ou de outro processo”³⁸.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit.

³⁸ ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?* 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 211.

É sabido que a motivação *per relationem* é cabível, todavia, é necessário que o julgador não faça tão somente menção aos fundamentos da decisão que se refere, mas, também, “é necessário que o juiz exprima um juízo de idoneidade (próprio) a respeito da motivação da outra decisão”³⁹ e que “o ideal seria reduzir o quanto possível o caráter genérico e ambíguo dos critérios de valoração acerca da suficiência da motivação da sentença, considerando-se inadmissível a motivação, pura e simplesmente, *per relationem*”⁴⁰.

Nesse ponto, importante o que traz a lição do grande professor Cândido Rangel Dinamarco: “Os tribunais têm por insuficientemente motivados os acórdãos que, ao negarem provimento a um recurso, limitando-se a dizer que o ato de primeiro grau de jurisdição fica mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos”⁴¹. Todavia, o autor pontua que no processo civil moderno há que se encontrar o equilíbrio sobre a motivação do que é essencial ao processo: “a regra do equilíbrio é essa: motiva-se no essencial e relevante, dispensa-se relativamente a motivação no periférico e circunstancial”⁴².

Trata-se de mecanismo que pode ajudar quanto ao tempo, mas, de outro lado, prejudicará na qualidade da prestação jurisdicional, notadamente porque na grande maioria dos julgados, não há um “juízo próprio” acerca da fundamentação, a que alude a professora Teresa Arruda Alvim.

Outro exemplo que podemos encontrar nos Tribunais, sobretudo superiores, é a tese de que o julgador não é obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, em flagrante afronta já citado artigo 489, §1º, IV, do CPC, que dispõe que não se considera fundamentada a decisão judicial que não enfrenta todos os argumentos deduzidos pelas partes. Essa a tese pacífica no STJ, que pode ser retratada no seguinte julgado, constante no Informativo 585⁴³:

Mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra decisão que não se pronuncie tão somente sobre argumento incapaz de infirmar a conclusão adotada. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC/2015, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo inciso IV do §1º do art. 489 do CPC/2015 [“§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”] veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo STJ, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão.

Interessante abordar a temática acerca da fundamentação de que o juiz não é obrigado a se manifestar de todos os argumentos das partes. É um entendimento que já se aplicava de há muito e é o exemplo típico do que José Cretella Neto chama de “jurisprudência afrouxadora”⁴⁴. Sobre esse tema, o autor explica que os julgados que carregam essa mensagem de que o juiz não é obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos trazidos pelas partes vem da obra do grande Mário Guimarães denominada “O juiz e a função jurisdicional”; todavia, a citam parcialmente, traindo o pensamento que é totalmente oposto⁴⁵. Eis a frase sempre utilizada: “Não precisa o juiz reportar-se a todos os argumentos trazidos pelas partes. Claro que se o juiz acolhe um argumento bastante para a sua conclusão, não precisará dizer se os outros, que

³⁹ ALVIM, op. cit., 2018, p. 211.

⁴⁰ Loc. cit.

⁴¹ Op. cit., p. 376.

⁴² Loc. cit.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no MS 21.315-DF*. Relatora: Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), 8 de junho de 2016.

⁴⁴ Op. cit., p. 263.

⁴⁵ Loc. cit.

objetivam o mesmo fim, são procedentes ou não”⁴⁶. Todavia, a frase tem a seguinte continuação: “Mas se não é aceita a argumentação adversa, deverá o prolator, por ética pelo menos, responder a cada uma das objeções que repeliu”⁴⁷. Para Cretella Neto, ao invés da expressão “por ética”, deve-se ler “em cumprimento ao dever de prestar tutela jurisdicional refinada e diferenciada à parte, que inclui a apreciação de todos os seus argumentos”⁴⁸.

Outro exemplo que podemos encontrar refere-se à jurisprudência defensiva ou “afrouxadora do dever de fundamentar” no âmbito da admissibilidade do Recurso Especial, com relação ao artigo 1.025, do CPC. Um dos requisitos de admissibilidade do citado recurso é o prequestionamento da matéria impugnada. Segundo Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, trata-se da necessidade “da prévia submissão da questão (infra)constitucional aos tribunais inferiores (previamente questionadas), a fim de que a mesma seja passível de conhecimento pelos Tribunais de Superposição (STF, STJ, TST, etc.)”⁴⁹.

O artigo 1.025 do Código de Processo Civil prescreve o seguinte comando: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”. Portanto, segundo a legislação instrumental, quando a parte interpõe os embargos de declaração contra um acórdão que será alvo posteriormente do Recurso Especial, considera-se prequestionada a matéria, ainda que o Tribunal não tenha se manifestado sobre a questão. Trata-se do que chamamos de “prequestionamento ficto”.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça não admite a interposição do Recurso Especial se o Tribunal de origem não enfrentar a questão, mesmo se opostos embargos de declaração para tanto e ainda a omissão do referido Tribunal. É o que está sedimentado no enunciado da Súmula 211: “Inadmissível o Recurso Especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

Ademais, no campo “jurisprudência em teses” do STJ, na Edição nº 31 (item 1), o entendimento é de que “O STJ não admite o ‘prequestionamento ficto’, que ocorre com a mera oposição de embargos declaratórios, sem que o Tribunal de origem tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas”⁵⁰. Trata-se de mais uma afronta à legislação processual e está intimamente ligada ao princípio da motivação, tendo em vista que o julgador está vinculado à lei e não pode contrariá-la.

Nesse caso, a parte deverá alegar a afronta ao artigo 1.022, II, do Código de Processo Civil, posto que, em sede de embargos de declaração com fundamento em omissão, esta ainda persiste, caso contrário, o recurso não será conhecido por falta de prequestionamento.

Os embargos de declaração parecem ser realmente mal vistos pelos julgadores. Aqui, interessante abordar tal temática. E isso porque, parecem ter se tornado lei morta em nosso ordenamento processual. Um desabafo que é compartilhado por alguns dos autores deste artigo está estampado na obra de José Cretella Neto aos embargos de declaração com fundamento no artigo 1.022, II, do Código de Processo Civil (quando há omissão na decisão judicial). Em sua esmagadora maioria, quando cabíveis e protocolados dentro do prazo, são recebidos, porém,

⁴⁶ GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 350.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 350.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 263.

⁴⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte *et al.* *Comentários ao CPC de 2015: execução e recursos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1105.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Edição nº 31. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2031:%20RECURSO%20ESPECIAL%20-%20ADMISSIBILIDADE>. Acesso em: 7 mar. 2020.

rejeitados, com o seguinte teor padronizado pelas Varas e Tribunais⁵¹: “Não precisa o juiz reportar-se a todos os argumentos trazidos pelas partes. Claro que se o juiz acolhe um argumento bastante para a sua conclusão, não precisará dizer se os outros, que objetivam o mesmo fim, são procedentes ou não” e que conhecidos os declaratórios posto tempestivos, todavia, “nego-lhes provimento, pois ausentes os requisitos do art. 535, incisos I e II, do CPC, não havendo contradição, omissão ou obscuridade na decisão” e muitas vezes tal decisão vem seguida da seguinte frase: “O que o embargante pretende, na verdade, é modificar o julgado, ou seja, conferir-lhe caráter infringente, finalidade para qual não se prestam os embargos de declaração”. Claramente esse tipo de decisão não é fundamentada, afrontando o princípio da motivação.

Ora, nesse caso, sendo os declaratórios utilizados para que o julgador manifeste sobre algo que deixou de apreciar/motivar/fundamentar é ainda pior a segunda decisão vir desacompanhada, também, da fundamentação pertinente ao que foi apontado no recurso.

Tais situações expostas não são críticas desarrazoadas ao Poder Judiciário, pois ocorrem diariamente em nosso mundo jurídico. São situações que fogem dos comandos normativos acerca do dever de motivação. Todavia – e por isso o motivo de se ter um tópico exclusivo para o assunto – entendemos a situação catastrófica do Poder Judiciário quanto aos indicativos dos dados colhidos do CNJ e é de se entender que grande parte deste problema consiste no número alarmante de processos a serem julgados. Importante, nesse ponto, os ensinamentos de Araken de Assis⁵²:

Em primeiro lugar, nenhum reparo técnico merece o art. 489, §1º, do NCPC. Bem entendidos seus incisos, e corretamente aplicados, qualificarão as decisões judiciais, atendendo às finalidades do direito fundamental processual. Ademais, os vícios aí verberados não se deviam, no direito anterior, à negligência e à imperícia da pessoa investida na função judicante nos misteres do seu ofício, mas à numerosidade dos feitos. O art. 489, §1º, do NCPC mostra-se praticável se o juiz der toda atenção a um processo de cada vez e, existindo dezenas de milhares de feitos a seu cargo, retardará a prestação jurisdicional. Não é justo negar, entretanto, a razoável expectativa de o NCPC resolver os litígios de massa (v.g. no incidente de resolução de causas repetitivas) e, diminuída a numerosidade criar o panorama propício à cabal aplicação da motivação suficiente. É aposta alta, ambiciosa e, infelizmente, a lei abriga o ovo da serpente. Ao prever o julgamento do mérito pelo órgão *ad quem*, após decretar a invalidade da sentença pelo descumprimento da motivação suficiente (art. 1.013, §3º, IV, do NCPC) – na verdade, pela falta de motivação; porém, aplicando-se a regra ao mais, também incide no menos (insuficiência) – abertamente, convida o órgão judiciário de primeiro grau a desobedecer ao art. 489, §1º, do NCPC.

Eis o paradoxo existente entre a legislação processual e a atuação do julgador. A legislação processual é sofisticada quando trata da fundamentação, tendo a nulidade como consequência caso não atendida; todavia, diante das grandes dificuldades enfrentadas pelos julgadores, as decisões muitas vezes não seguem as diretrizes estabelecidas pela legislação processual.

A lei impõe um ônus impossível de ser cumprido em todos os processos, pondo em xeque o sistema de nulidades inclusive.

Conclusão

Diante do que foi exposto neste trabalho, é possível chegar às seguintes conclusões:

1. a justiça brasileira lida diariamente com um número de processos que sua estrutura não consegue suportar, não conseguindo entregar uma justiça célere e eficiente, tendo em vista os

⁵¹ CRETELLA NETO, op. cit., p. 270.

⁵² ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: fundamentos e distribuição de conflitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1. (parte geral). p. 446.

números alarmantes divulgados pelo Relatório “Justiça em números”, do Conselho Nacional de Justiça;

2. o Código de Processo Civil de 2015 possui um modelo mais flexível que permite a correção do ato processual viciado;

3. a legislação processual, diferentemente do Código anterior, impõe critérios mais rígidos para a fundamentação da decisão judicial, indicando situações em que não são consideradas motivadas, sob pena de nulidade;

4. mesmo se consideradas as novas normas sobre a fundamentação da decisão judicial, o comportamento dos Tribunais é diverso, adotando práticas que fogem ao comando normativo processual; e,

5. há, desta forma, um paradoxo existente entre o que a legislação processual civil prevê acerca do dever de motivação da decisão judicial e o que, muitas vezes, é realizado na prática forense, impulsionada sobremaneira pelas condições de todo o Judiciário, como os números exacerbados acerca da quantidade de processos em tramitação, bem como o tempo de duração do processo e a necessidade de atingir metas, o que faz perder a qualidade da prestação jurisdicional.

Referências

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. A teoria geral dos atos processuais praticados por meios eletrônicos, a partir de um novo CPC: uma nova ideia acerca da instrumentalidade das formas no procedimento eletrônico. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n. 190, p. 267-276, abr./jun. 2011.

ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?* 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: fundamentos e distribuição de conflitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1. (parte geral).

BATISTELLA, Sergio Renato. *O princípio da instrumentalidade das formas e a informatização do processo judicial no Brasil*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Batistella.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no MS 21.315-DF*. Relatora: Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), 8 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Edição nº 31. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=ED1%C7%C3O%20N.%2031:%20RECURSO%20ESPECIAL%20-%20ADMISSIBILIDADE>. Acesso em: 7 mar. 2020.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2019*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 7 mar. 2020.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil I*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GELLI, Mario Felipe de Lemos. Reflexões sobre instrumentalidade, efetividade e reformas processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 1, n. 1, p. 191-206, out./dez. 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23666>. Acesso em: 7 mar. 2020.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. (Coord. Fredie Didier Jr. Coleção Eduardo Espinola).

- MONTANS DE SÁ, Renato. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte et al. *Comentários ao CPC de 2015: execução e recursos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Nulidade processual pela falta de intervenção do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, ano 102, v. 930, p. 239-278, abr. 2013.
- SOUZA, Natasha Brasileiro de; SOARES, Marcos Antonio Striquer. O formalismo processual e o princípio da adaptabilidade do procedimento. *Scientia Iuris*, v. 16, n. 2, p. 83-106, dez. 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC*. ConJur, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisducao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 30 dez. 2019.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ZANETI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? *Revista de Processo*, v. 257, p. 2-13, 2016.

A tutela de urgência como instrumento efetivo de garantia da jurisdição: efeitos da concessão por juízo incompetente

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de concentração de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Doutorando no programa de doutorado em Filosofia do Direito da PUC-SP. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

EMILYN THAIRE DE FARIA MARION

ISABELLE GALVANI PEREIRA

PAOLA DE OLIVEIRA BERTO

Graduandas em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente estudo tem por objetivo a análise da possibilidade de concessão de tutela de urgência por juiz absolutamente incompetente, visando demonstrar a necessidade de um novo enfoque sobre o assunto, em face da devida efetivação do direito controvertido. Para tanto, faz-se uma análise sobre o entendimento da doutrina e a jurisprudência pátria que, mesmo na vigência do CPC de 1973, já conferiam interpretação diversa da legislação no sentido de não impedir que o juízo, ainda que absolutamente incompetente, apreciasse e concedesse tutela de urgência, de modo a resguardar o perecimento do direito pleiteado. Em seguida, promove um estudo sobre a situação atual, que foi totalmente modificada com o CPC de 2015, o qual prevê expressamente a conservação dos efeitos das decisões proferidas por juízo incompetente até que outra seja proferida, se o caso, por juízo competente.

Palavras-chave: Processo civil. Competência. Tutela provisória.

Abstract: The present study aims to analyze the possibility of granting emergency relief by an absolutely incompetent judge, aiming to demonstrate the need for a new focus on the subject, in view of the due enforcement of the contested right. Therefore, an analysis is made on the understanding of the doctrine and the domestic jurisprudence that, even under the 1973 CPC, already gave a different interpretation of the legislation in the sense of not preventing the court, although absolutely incompetent, appreciate and grant urgent protection, in order to safeguard the perishing of the right claimed. Then, promotes a study on the current situation, which was completely modified with the 2015 CPC, which expressly provides for the preservation of the effects of decisions rendered by an incompetent court until another one is rendered, if the case, by competent court.

Keywords: Civil procedure. Jurisdiction. Provisional guardianship.

Introdução

No Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), a incompetência era dividida em relativa e absoluta, sendo tais acepções mantidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Apesar das definições das divisões serem mantidas pelo novo CPC, os efeitos da decisão proferida por juiz absolutamente incompetente sofreram significativas modificações, em especial ao disposto no §2º do artigo 113, CPC/1973, segundo o qual os atos decisórios proferidos por juízo incompetente eram nulos.

Com a entrada em vigor do CPC/2015 a nulidade dos atos processuais foi transformada, sobretudo pela redação do §4º do artigo 64, que prevê a possibilidade de conservação da decisão proferida por juízo absolutamente incompetente. Sob essa nova premissa dos atos processuais, o novo CPC permite o aproveitamento das decisões que visem à satisfação de direitos, ainda que provenientes de órgãos judiciais sem competência. Frisa-se que tal situação já era consagrada pela jurisprudência através do princípio da *translatio iudicii*¹.

¹ Na audaciosa conjuntura do CPC/2015, a nulidade dos atos processuais proferidos pelo juízo incompetente foi remodelada, sobretudo

Diante desse novo cenário, o presente estudo tem por objetivo promover uma análise do instituto da competência, em especial a incompetência absoluta, demonstrando, ainda, uma comparação em relação à tutela antecipada prevista no CPC/1973 e as tutelas provisórias no CPC/2015, além de analisar os requisitos da tutela de urgência e a sua importância para resguardar o perecimento do direito.

Além disso, o estudo fará uma abordagem do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de concessão da tutela de urgência por juiz absolutamente incompetente, como meio de efetivação da tutela jurisdicional e satisfação das garantias constitucionais.

Para tanto, utilizou-se do método dedutivo, ao abordar as alterações promovidas no processo civil com a entrada em vigor do CPC/2015, partindo da análise dos princípios constitucionais, bem como dos princípios específicos que regem o processo, sobretudo da incompetência absoluta e tutela de urgência, para, em seguida, promover uma análise da doutrina e jurisprudência.

Competência absoluta e relativa

Para se conceituar competência, faz-se mister uma breve análise a respeito de jurisdição, que é a manifestação do poder estatal, una, exercida em todo o território nacional para atuar a vontade concreta do ordenamento jurídico. Para que seu exercício seja possível, é distribuída por diversos órgãos jurisdicionais distintos, com limites e funções determinadas por lei.

A competência, por sua vez, é a autoridade de exercer a jurisdição dentro de tais limites. Nesse sentido, segundo Fredie Didier Jr.:

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência jurisdicional é o poder de exercer a jurisdição nos limites da lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição; é a medida da jurisdição; a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos.²

Sobre o tema, apresentam-se também as lições de Humberto Theodoro Júnior:

A definição da competência se faz por meio de normas constitucionais, de leis processuais e de organização judiciária.

Os critérios legais levam em conta a soberania nacional, o espaço territorial, a hierarquia de órgãos jurisdicionais, a natureza ou o valor das causas, as pessoas envolvidas no litígio.

Na Constituição Federal encontra-se o arcabouço de toda a estrutura do Poder Judiciário nacional. Ali se definem as atribuições do Supremo Tribunal Federal (art. 102), do Superior Tribunal de Justiça (art. 105) e da Justiça Federal (arts. 108 e 109), bem como das justiças especiais (Eleitoral, Militar e Trabalhista) (arts. 114, 121 e 124).

A competência da justiça local, ou estadual, assume feição residual, ou seja, tudo o que não toca à Justiça Federal ou às Especiais é da competência dos órgãos judiciários dos Estados.³

Assim, a competência apenas delimita a jurisdição dos órgãos, não retirando, de forma alguma, seu poder jurisdicional. Ademais, pode ser classificada em competência absoluta, fixada para atender principalmente ao interesse público, e competência relativa, que visa atender preponderantemente ao interesse particular.

No que diz respeito à competência absoluta, esta é determinada de acordo com o interesse

pela previsão inserta no seu artigo 64, §4º. Para tanto, hodiernamente há hipótese de conservação da decisão judicial (ato discricionário) ainda que proferida por juízo absolutamente incompetente. Nesse contexto, o aproveitamento de atos de definição e satisfação de direitos que provenham de órgãos judiciais incompetentes foi consagrado pela jurisprudência como princípio da *translatio iudicii*. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial. 355.099/PR*. Relatora: Min. Denise Arruda, 2008.

² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 197-198.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 215.

público, ou seja, constitui-se matéria de ordem pública e, por isso, não pode ser modificada, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Outrossim, é assim considerada quando fixada em razão da matéria (*ratione materiae*), ou seja, em decorrência da natureza da ação; em razão da função ou atividade do órgão julgador; ou em razão da pessoa (*ratione personae*), ou seja, das partes do processo.

Já a competência relativa está sujeita à manifestação das partes, que diz respeito ao interesse privado e é fixada em razão do valor da causa e da territorialidade, ou seja, de acordo com a circunscrição territorial. Ademais, o juiz não pode reconhecê-la de ofício, devendo ser alegada pelas partes, dentro do prazo, sob pena de preclusão.

De acordo com a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Absoluta é a competência insuscetível de sofrer modificação, seja pela vontade das partes, seja pelos motivos legais de prorrogação (conexão ou continência de causas). Trata-se de regra fixada em atenção ao interesse público. Relativa, ao contrário, é a competência passível de modificação por vontade das partes ou por prorrogação oriunda de conexão ou continência de causas, porque atende principalmente ao interesse particular.⁴

Portanto, nota-se que as regras de competência definem situações nas quais a competência não pode, em nenhuma hipótese, ser objeto de derrogação ou prorrogação pelas partes, sendo ela absoluta, e outras circunstâncias nas quais a competência, por ser relativa, está sujeita à manifestação das partes.

Incompetência absoluta

A incompetência absoluta se reveste de matéria de ordem pública, de modo que, sendo ela material ou funcional, pode ser arguida por qualquer das partes, pelo Ministério Público e, até mesmo, pelo interveniente, devendo, ainda, ser analisada de ofício pelo juiz e, se o caso, declará-la, independentemente de provocação. Logo, o magistrado tem o dever de declarar a incompetência absoluta.

Sobre o assunto, assim lecionada Humberto Theodoro Júnior:

[...] como a competência absoluta não admite prorrogação, o juiz pode declarar-se incompetente a qualquer momento e até mesmo de ofício. Pela mesma razão, o réu poderá, também, alegar a incompetência absoluta em qualquer fase do processo, inclusive nos graus superiores de jurisdição (art. 64, §1º), visto que da omissão a seu respeito na preliminar de contestação não decorre modificação da competência legal improrrogável. Para tanto, lançará mão de simples petição. O reconhecimento dessa incompetência, portanto, não está sujeito à preclusão.⁵

Importante ressaltar que mesmo na hipótese de alegação quanto à incompetência absoluta deve ser garantido o contraditório, ou seja, o juiz deve sempre ouvir a parte contrária antes de emitir decisão acerca da incompetência, seja ela absoluta ou relativa (art. 64, §2º, do CPC). Aplicável, portanto, o princípio fundamental quanto à vedação de decisão surpresa (art. 9º do CPC).

As novas disposições processuais trazidas pelo CPC/2015 apresentaram modificações sobre incompetência do juízo, especialmente no que diz respeito à forma de alegação, nos termos que disciplinam os artigos 64, 65 e 66 do diploma processual referido.

De acordo com o teor do artigo 64, a incompetência absoluta pode ser arguida em preliminar de contestação ou, ainda, existe a possibilidade de alegação em qualquer tempo ou grau de

⁴ Ibid., p. 230.

⁵ Ibid., p. 269.

jurisdição, podendo, inclusive, ser declarada de ofício pelo juiz, conforme complemento pelo §10 do mencionado dispositivo legal, sendo certo que, em qualquer das hipóteses, a parte contrária deverá sempre ser ouvida (§2º do art. 64, do CPC/2015).

Nas lições de Fredie Didier Jr., a incompetência absoluta:

[...] pode ser alegada a qualquer tempo, por qualquer das partes, podendo ser reconhecida *ex officio* pelo órgão julgador (art. 64, §1º, CPC). Pode, inclusive, ser alegada como preliminar de contestação pelo réu (art. 64, *caput*, CPC).

Trata-se de defeito grave; uma vez transitada em julgado a última decisão, ainda será possível, no prazo de dois anos, desconstituí-la por ação rescisória, com base no art. 966, II, CPC.

A regra de competência absoluta não pode ser alterada pela vontade das partes. Não se admite negócio processual que altere competência absoluta.

[...] Competência em razão da matéria, da pessoa e funcional são exemplos de competência absoluta. A competência em razão do valor da causa também pode ser absoluta, quando extrapolar os limites estabelecidos pelo legislador. Em alguns casos, a competência territorial também é absoluta.⁶

Assim, uma vez reconhecida a incompetência:

[...] o juiz remeterá os autos ao juízo competente, e, salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos da decisão proferida pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo órgão realmente detentor da competência (art. 64, §3º). Trata-se de regra inovadora, uma vez que o Código revogado inquina de nulidade os atos decisórios (CPC/1973, art. 113, §2º). A legislação atual, portanto, adota entendimento diverso: as decisões proferidas pelo juízo competente apenas serão invalidadas: (i) se o próprio juiz incompetente revogá-las; ou, (ii) se o magistrado destinatário proferir outras sobre a mesma questão.⁷

Nota-se que, tratando-se de incompetência absoluta, considerada como matéria de ordem pública que transcende aos interesses das partes, o legislador, ao instituir a nova sistemática processual, de forma acertada manteve a regra que estava prevista no CPC/1973 (*caput* do art. 113), para permitir a alegação da incompetência absoluta a qualquer tempo e grau de jurisdição, assim como do dever do magistrado em identificar e declarar de ofício (§1º do art. 64, do CPC/2015).

Tutela antecipada no CPC de 1973

Diante da normatização prevista no CPC/1973, a tutela antecipada, como então era denominada, consistia na antecipação dos efeitos da sentença. Tinha-se, portanto, como uma técnica processual utilizada nas situações processuais em que a parte não poderia aguardar o término do processo, diante da natureza urgente.

Por força da Lei nº 8.952/1994 foi introduzida a possibilidade de antecipação da tutela definitiva, a chamada tutela antecipada. A doutrina assim a conceituava:

Diz-se na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder a parte um provimento que, de ordinário, somente deveria decorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada sentença definitiva.

Justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida.⁸

O instituto da tutela antecipada surgiu com a finalidade de proteger os direitos do autor da ação nos casos em que havia necessidade de urgência no cumprimento da tutela jurisdicional para

⁶ Op. cit., p. 206.

⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 269.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. *Revista de Processo*, v. 742, p. 40-56, ago. 1997. p. 45.

que o direito não fosse colocado em situação de risco.

Transcreve-se os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:

Se a realidade da sociedade contemporânea muitas vezes não comporta a espera do tempo despendido para a cognição exauriente da lide, em muitos casos o direito ao devido processo legal somente poderá se realizar através de uma tutela de cognição sumária. Quem tem direito à adequada tutela tem direito à tutela antecipatória, seja a tutela antecipatória fundada nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor seja a tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do Código de Processo Civil. É necessário observar que o legislador infraconstitucional, para atender ao princípio constitucional da efetividade, deve desenhar procedimentos racionais, ou seja, procedimentos que não permitam que o autor seja prejudicado pela demora do processo.⁹

Dessa forma, extrai-se que a inclusão do regime de antecipação de tutela no ordenamento jurídico veio com o objetivo de garantir que o autor deixasse de ser prejudicado, sob pena de ver seu direito perecer, em razão da morosidade do processo judicial, de modo que a tutela antecipada surgiu para tornar eficaz e ágil a prestação jurisdicional.

Para o deferimento de tal procedimento era necessário o preenchimento de determinados requisitos, os chamados pressupostos de admissibilidade que estavam previstos no artigo 273 do CPC/1973, que assim dispunha:

Art. 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida na inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

§1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§3º A efetivação da tutela antecipada obedecerá, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A.

§4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§5º Concedida ou não a antecipação de tutela, prosseguirá o processo até o final do julgamento.

§6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Sobre a tutela antecipada, Daniel Amorim Assumpção Neves ensina que:

A antecipação é dos práticos que seriam gerados com a concessão definitiva da tutela pretendida pelo autor e não da tutela jurisdicional em si. Portanto, não se antecipa a tutela constitutiva ou declaratória, da mesma forma não se antecipa a tutela condenatória, mas sim os efeitos que essas tutelas geram no plano dos fatos.¹⁰

É certo, portanto, que o provimento antecipatório se afigura como uma medida que reflete a necessidade imediata de atuação do Poder Judiciário frente a situações graves que justificam a urgência, de modo a evitar a ocorrência de maiores danos ao direito da parte que requereu a medida.

Tutelas provisórias no CPC de 2015

O novo CPC determinou que, via de regra, o provimento jurisdicional produzirá efeitos após

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 109.

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 439.

o trânsito em julgado da sentença que o pronuncie, sendo esta então uma tutela definitiva.

Todavia, o diploma processual civil de 2015 não deixou de observar os casos em que provimento jurisdicional antecipado se faz necessário, para ser concedido antes que o processo percorra todo sistema judicial. Assim, para essas ocasiões, em que há a concessão antecipada do pedido, seria proferida uma tutela provisória, com base no Livro V, artigo 294, do CPC/2015.

Portanto, esse instituto é configurado como o provimento jurisdicional concedido antes do trânsito em julgado da sentença. Apresentado tal concessão, estaremos diante de uma tutela provisória.

Cassio Scarpinella Bueno faz uma análise muito interessante sobre esse dispositivo processual:

É correto entender a tutela provisória, tal qual disciplinada pelo CPC de 2015, como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu.¹¹

Esta tutela é diferenciada, pois a cognição do juiz é sumária, fundamentada na verossimilhança ou em evidência, motivo pelo qual ela terá natureza provisória, podendo a qualquer instante ser revogada ou modificada, como disciplina o artigo 296 do CPC/2015.

Sua finalidade também é ponto crucial para seu deferimento, dado que ela visa afastar o perigo que a tutela final corre, antecipando os efeitos da sentença ou impondo medidas protetivas que garantem o provimento final, ou redistribuir o ônus da demora, quando o direito perseguido for evidente. A concessão dessa medida cumpre a função de trazer maior efetividade ao processo.

Nessa análise inicial cumpre pontuar que a tutela provisória não se trata de um julgamento antecipado do mérito. Isto pois, a tutela provisória tange uma tutela especial, que é proferida em caráter provisório e sumário, cujos efeitos podem ou não perdurarem durante todo o processo e que, necessariamente, será substituída pelo provimento final, sendo esta última revestida de autoridade e definitividade, elementos que configuram a coisa julgada material.

De forma muito clara, Fredie Didier Jr. trata sobre essa cognição sumária:

A cognição sumária conduz aos chamados juízos de probabilidade; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões provisórias. Tem por objetivos assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela antecipada cautelar, em que há cognição sumária do direito acautelado) ou realizar antecipadamente um direito (tutela antecipada satisfativa). Caracteriza-se, principalmente, pela circunstância de não ensejar a produção da coisa julgada material. É ambiente propício à cognição sumária a possibilidade de tutela provisória, seja ela satisfativa ou cautelar (arts. 294-311, CPC).¹²

Já o julgamento antecipado do mérito trata-se do verdadeiro e efetivo exame, em que há o exaurimento do exame da causa, sendo proferida decisão com peso de coisa julgada material. Ele se dá de forma antecipada, pois não é necessário abrir a fase de instrução processual, ou porque é dispensada a produção de provas, ou porque o réu é revel, nos termos do artigo 355 do CPC/2015.

A classificação das tutelas pode se dar por sua natureza, fundamentação ou momento de requerimento.

As tutelas poderão ser, de acordo com sua natureza, antecipadas ou cautelares; quanto à sua

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 389. (grifo nosso).

¹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 507. (grifo nosso).

fundamentação, de urgência ou evidência; e conforme o momento da concessão, antecedente ou incidental.

Tutela provisória de urgência

A tutela provisória de urgência, conforme visto acima, é uma medida classificada de acordo com seu fundamento. A possibilidade da mesma ser deferida de ofício pelo juiz não foi prevista no texto legal processual, sendo então o primeiro requisito a requisição pela parte interessada.

Dentro da tutela de urgência há uma subclassificação, sendo ela tutela de urgência antecipada e tutela de urgência cautelar. Entretanto, essa diferenciação não existe ao falarmos nos casos de suas concessões, pois o mesmo motivo embasa tanto uma quanto a outra. Cumpre pontuar, entretanto, suas diferenças.

O momento da concessão da tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipada, pode se dar de forma antecedente ou incidental, isto é, antes da formulação do pedido de tutela provisório ou depois da requisição deste.

A possibilidade de se propor em dois momentos distintos se dá apenas as tutelas de urgência, não cabendo a tutela de evidência, sendo plausível requisitar esta última de forma incidental.

Os pressupostos mínimos para a concessão dessa tutela foram trazidos no artigo 300, CPC/2015. Assim, observando o magistrado, no caso concreto, que há a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, poderá conceder a tutela de urgência, seja ela cautelar ou antecipada.

Neste momento o juiz formará seu convencimento analisando as alegações, se elas são plausíveis ou não, se são verossímeis e prováveis ou não. O requerente também deverá ser o titular do direito, e este último estará sob ameaça, assim como a clareza da necessidade de proteção desse direito.

Além desses elementos, é requisito imprescindível o *periculum in mora*. As tutelas de urgência apenas serão deferidas se houver o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Caso não seja demonstrado pelo requerente o perigo existente, não há razão pela qual se conceda tal medida.

Todavia, como a cognição é superficial, essa análise não será feita de modo aprofundado, não sendo caso de absoluta certeza da ameaça, do perigo, mas sim fundar-se-á em receio demonstrado.

O texto do artigo 300, §1º, CPC/2015, permite ainda ao magistrado condicionar o deferimento da tutela à prestação de caução, que tem por fim, enquanto contracautela, garantir que caso haja eventuais danos, esses serão ressarcidos pela caução. Isto traz à autoridade judicial mais segurança, observadas as circunstâncias em que ela decide pela concessão do pedido do requerente.

O juiz poderá fixá-la em qualquer caso de deferimento, independentemente da fase do processo que ela seja concedida, visto que a medida será apreciada de forma sumária e pode trazer danos ao réu.

O dispositivo não deixou de evocar aqueles que são economicamente hipossuficientes que, neste caso, não se exigirá a caução, dada a inviabilidade de ser ela prestada. Tal ressalva é muito pertinente, pois o ônus financeiro não deve ser barreira de acesso à justiça, sendo tal dispositivo consonante ao tratado no artigo 5º, incisos XXXV e LVVIV, da Magna Carta.

Importante ponto a ser tratado tange à concessão liminar ou mediante audiência de justificação, isto porque, a tutela de urgência poderá ser proferida no limiar do processo, sem a oitiva prévia da parte oposta, ou após justificação prévia (art. 300, §2º, do CPC).

A justificação prévia deve ser entendida como a designação de audiência para o requerente produzir prova, seja ela oral ou não, dos elementos que caracterizam a urgência.

Essa outorga não fere o contraditório e a ampla defesa, porque há a sua postergação e não sua eliminação total. Concedida a tutela, o réu será citado e intimado de sua concessão, para que tome as medidas que entenda serem necessárias.

Não obstante, interpretando o magistrado que cabe o estabelecimento do contraditório, a citação da parte contrária equivalerá ao indeferimento da tutela provisória de urgência, sendo tal decisão agravável de instrumento.

O legislador trouxe no artigo 302 do CPC/2015 que, sem prejuízo das responsabilizações por dano processual previstas no CPC nos artigos 79 a 81, o requerente da tutela de urgência irá reparar os prejuízos que a efetivação da tutela de urgência causar à parte contrária, quando, nos termos dos seus quatros incisos:

- D) a sentença lhe seja desfavorável;
- II) quando, no prazo de cinco dias da concessão da tutela, não for informados dados necessários para citação da parte oposta;
- III) houver a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
- IV) o magistrado reconhecer a prescrição ou decadência, neste caso independentemente de pedida da parte.

O parágrafo único do referido dispositivo legal determina ainda que a indenização, sempre que possível, será líquida nos próprios autos em que a medida foi proferida. Caso não seja possível, a postulação será feita em outros autos, não sendo o caso de um novo processo para tal finalidade.

Em linhas gerais, o dispositivo garante nos casos de a tutela de urgência não prevalecer a restituição dos danos causados à parte contrária, determinado liquidamente nos próprios autos, sempre que possível.

Sempre o magistrado se guiará a luz do princípio da proporcionalidade, computando o peso das consequências que se darão com o deferimento ou não daquela medida.

Tutela provisória de urgência cautelar

A tutela de urgência cautelar é delimitada a partir do artigo 305 até o artigo 310 do CPC/2015, sendo ela um mecanismo que tem por fim obter um provimento acautelatório que preserve o direito material buscado.

Importante esclarecer que ela tem cunho instrumental, ou seja, seu objeto não é mérito da questão, mas sim os instrumentos que assegurem que ele seja efetivado e que o processo também corra de maneira fluida. Ela possui caráter acessório em relação a eficácia da tutela principal.

O artigo 305, do CPC/2015, dispõe sobre a petição inicial, apontando que o autor deverá trazer a lide, seu fundamento e a exposição preliminar do direito que ele objetiva assegurar, bem como demonstrar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Recebida a inicial, o magistrado determinará a citação do réu para que este, dentro de 5 (cinco) dias, conteste o pedido e designe as provas que pretende produzir, nos termos do artigo 306, do CPC/2015. Assim, havendo a contestação, o parágrafo único do artigo 307, do mesmo diploma legal, determina o prosseguimento do processo pelo procedimento comum.

Entretanto, o *caput* do artigo 307, do CPC/2015, estabelece que havendo a ausência de contestação, os fatos alegados pelo autor para requerer a concessão da tutela cautelar, presumir-se-ão verdadeiros, cabendo ao juiz, dentro dos 5 (cinco) dias seguintes tomar uma decisão. O ônus de provar o alegado não é afastado pela falta de contestação da parte contrária, devendo o requerente sim comprovar o que invoca.

Continua o diploma processual, em seu artigo 308, efetivada a tutela cautelar o autor deverá formular o pedido principal, nos mesmos autos, no prazo de 30 (trinta) dias. Esse pedido principal é o bem que ele busca recair os efeitos da tutela jurisdicional, que não ultrapassa assegurar sua

oportuna fruição.

Outro ponto a tratar sobre o pedido principal é a possibilidade aduzida no parágrafo segundo do artigo 308, do CPC/2015, que permite ao autor aditar a causa de pedir no momento do pedido de tutela principal, o que, em outras palavras, viabiliza ao requerente apresentar justificativas diversas daquelas utilizadas para fundamentar o pedido da tutela cautelar.

Após apresentação do pedido principal, as partes serão intimadas para audiência de conciliação ou mediação, por seus advogados ou pessoalmente, dispensando nova citação do réu, nos moldes do §3º do artigo 308, do CPC/2015. Caso não haja autocomposição, o parágrafo seguinte do dispositivo legal referido estipula que o prazo para contestação será contado na forma preconizada do artigo 335, do diploma legal em análise, isto é, sendo negativa a autocomposição, o réu poderá oferecer defesa no prazo de 15 dias.

Caminho diverso desse é oferecido no parágrafo do artigo 308, do CPC/2015, pois, a critério da parte requerente, o pedido principal e o pedido da cautelar podem ser apresentados juntos. Neste cenário, o procedimento comum será adotado, determinado a citação do réu para comparecimento em audiência de conciliação ou mediação, sem prejuízo do recurso que caiba da decisão que concede ou não a tutela cautelar.

No âmbito das tutelas de urgências cautelares concedidas antecipadamente, os incisos I, II e III do artigo 309, do CPC, trazem as hipóteses em que a eficácia da tutela cessará. Assim, encerram os efeitos da medida quando: “I- o autor não deduza o pedido principal no prazo legal; II- a tutela não seja efetivada em 30 (trinta) dias; III- magistrado julga improcedente o pedido principal do autor ou quando extingue o processo sem resolução do mérito”.

Essa cessão não impede o autor de requerer novamente, reformulando seu pedido desta vez, porém, deverá ser novo o fundamento que embasa o pedido, salvo os casos em que for conhecida a decadência e a prescrição (art. 309, parágrafo único, do CPC/2015).

Havendo o indeferimento do pedido da tutela de urgência cautelar, o artigo 310, do CPC/2015, afirma que o autor não fica impedido de oferecer o pedido principal, nem a recusa influi no julgamento do pedido principal, salvo se a razão pela qual não houve o deferimento seja a decadência ou prescrição.

Tutela provisória de urgência antecipada

A tutela de urgência antecipada respalda o caso de risco contemporâneo à proposição da ação. Com as alterações trazidas pelo CPC/2015, a parte poderá protocolar uma inicial de forma sucinta. A exigência da urgência coeva ao protocolo é o divisor de águas desta espécie de tutela antecipada.

O novo CPC instituiu do zero um procedimento próprio para aqueles que buscam a tutela provisória antecipada, como explica Cassio Scarpinella Bueno:

O que o art. 303 faz é criar verdadeiro *procedimento* a ser observado por aquele que formula pedido de tutela provisória antecipada antecedentemente fundamentada em urgência. Um procedimento tão especializado que até poderia estar alocado, no CPC de 2015, dentre os procedimentos especiais do Título III do Livro I da Parte Especial. Tão sofisticado (ao menos do ponto de vista teórico) que ele pode ser entendido como caso de “tutela jurisdicional *diferenciada*”, expressão que, a despeito de pomposa, conduz à distinção *procedimental* por vezes eleita pelo legislador para obtenção de tutela jurisdicional levando em conta especificidades do direito material.¹³

Em tal caso, em que a urgência é contemporânea ao protocolo da ação, o *caput* do artigo 303, do CPC/2015, concede ao requerente a prerrogativa de limitar sua petição inicial ao pedido

¹³ Op. cit., p. 406. (grifo do autor).

da tutela antecipada, expondo a lide, o direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Concedida a tutela provisória, o parágrafo 1º do artigo 303, do CPC/2015, manda o autor aditar a inicial, complementando sua argumentação, juntando novos documentos e o pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias, caso o juiz não estipule prazo maior, sob pena de o processo ser extinto sem resolução do mérito.

Assim, depois de concedida a tutela, nos termos do inciso II e III, do parágrafo primeiro do artigo 303, do mesmo diploma legal, o réu deverá ser citado e intimado da concessão de tal tutela, para audiência de conciliação ou mediação. Caso as partes não cheguem a um denominador comum, o réu deverá apresentar contestação, observando o prazo tratado no artigo 335.

Todavia, concluindo o juiz que não há elementos suficientes para concessão da tutela requerida, ele determinará a emenda da inicial em até 5 (cinco) dias, como diz o parágrafo sexto, do artigo 303, do CPC/2015, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

Ponto controverso sobre a tutela de urgência antecipada permeia a doutrina e a jurisprudência, pois, segundo o inovador artigo 304, do CPC/2015, a tutela deixará de ser provisória e se tornará estável caso não haja a interposição de recurso pelo polo oposto, extinguindo-se o processo sem a resolução do mérito, imputando assim às partes, principalmente àquela que não respondeu em tempo hábil, o dever de conviver com uma decisão que não será passível de reforma.

A reversibilidade dos efeitos da tutela de urgência antecipada constituiu um dos elementos necessários para sua concessão, elencado no artigo 303, parágrafo terceiro, do CPC/2015, isto é, quando o juiz verificar perigo de irreversibilidade dos efeitos de sua decisão ele não concederá a tutela provisória.

A determinação de tal fator é complexa, pois há casos em que o retorno ao *status quo* não é impossível, mas sim muito difícil. Assim, diante dessa situação, o magistrado deverá, à luz do princípio da proporcionalidade, ponderar qual interesse é mais latente, afastando o risco mais grave, protegendo-o.

É importante constatar que, embora o Novo Código separe a tutela antecipada e cautelar, o mesmo passou a considerá-las em unidade, ou seja, como espécies do mesmo gênero. Portanto, o juiz, com o poder geral de cautela, concedido pelo código, analisando o caso concreto, está autorizado a conceder a medida que entenda ser mais adequada ao caso concreto, conforme dispõe o artigo 297 e parágrafo único do artigo 305, ambos do CPC/2015.

Tutela de evidência

A evidência é um dos fundamentos da tutela provisória, assim como a tutela de urgência, contudo, ao se falar da tutela de evidência, o ponto a ser analisado pelo magistrado não é uma situação de risco iminente ao provimento jurisdicional, mas sim de uma situação em que é insustentável que o autor suporte o ônus decorrente da demora.

Portanto, a tutela de evidência destina-se, em sua essência, a revestir o processo de celeridade, quando evidenciada por prova documental a probabilidade do direito avocado pelo autor, evitando que o bem seja concedido depois de um longo período.

Essa tutela é trazida como uma das inovações do novo CPC, a fim de maximizar a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional. Desse modo, o juiz, diante do caso concreto, tem a possibilidade de antecipar uma medida satisfativa invertendo o ônus da demora.

Essa inversão se dará quando houver um alto grau de verossimilhança e credibilidade da prova documental apresentada pelo autor, alicerçando a demonstração da existência de seu direito e o desfavorecimento do detentor mais plausível do direito, em função da morosidade do processo.

As possibilidades de concessão de tal medida são taxadas nos quatro incisos do artigo 311 do CPC/2015, não sendo elas cumulativas, mas independentes entre si, bastando, para a concessão da tutela de evidência, que qualquer uma delas esteja presente no caso concreto.

Aspecto elementar dessa tutela refere-se a sua concessão, pois, a regra instituída pelo dispositivo legal no parágrafo único do artigo 311, do CPC/2015, é que ela apenas será concedida após a oitiva das partes contrárias, ou seja, o julgador deve guardar a apresentação da defesa do réu, salvo nos casos dos incisos II e III, em que poderão ser concedidos liminarmente pelo juiz.

A primeira hipótese prevista está no inciso I e fala sobre os casos em que se é verificado abuso do direito de defesa da parte, ou quando se é manifesto seu desejo de protelar. As condutas da parte demonstram que ela deseja auferir vantagem indevida com o retardar do processo, colocando empecilhos no andamento processual.

A concessão não está adstrita apenas ao pedido da parte e à apreciação do magistrado, mas também ao comparecimento do réu, não cabendo concessão liminar da medida.

O inciso II exemplifica o direito jurisprudencial, pois nessa hipótese, além da comprovação documental dos fatos alegados, devem ser apresentados ao juiz precedentes judiciais, sejam eles derivados de casos repetitivos e/ou súmulas vinculantes. Fala-se que neste caso a probabilidade do direito do requerente ser reconhecido é mais palpável, pois os elementos dão ao magistrado elevado grau de convicção.

Já o inciso III trata de pedido reipersecutório fundado em prova adequada do contrato de depósito, ou seja, busca-se através dessa medida o retorno de coisa que se encontra sob poder do requerido. O pedido deverá ser instruído com a prova literal do contrato de depósito, além da comprovação da mora do demandado. Sendo a tutela concedida, o juiz decretará a ordem de entrega do bem, sob cominação de multa.

A quarta e última hipótese no diploma legal será concedida quando o autor, na sua petição inicial, aduzir prova documental lastreada de evidência do seu direito que não é possível ao réu produzir prova que prove o contrário. Importante ressaltar que neste campo o elemento probatório do autor é suficiente para conceder a tutela, mas não significa que ele seja definitivo e irreversível, razão pela qual o processo continua.

Assim como as demais, a tutela de evidência será concedida com base em uma análise sumária e em caráter provisório, sendo necessário que seja proferida uma decisão definitiva, bem como seja revogada ou modificada a qualquer momento, a pedido da parte.

Cumprido frisar que ela também só poderá ser requisitada ao magistrado de forma incidental, ou seja, dentro do pedido principal.

Medida liminar concedida por juiz absolutamente incompetente

Nos termos do parágrafo segundo do artigo 113, do CPC/1973, uma vez declarada a incompetência absoluta do juiz, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

O CPC/2015, ao contrário do que previa o código anterior, não prevê, de imediato, a nulidade dos atos decisórios proferidos por juiz absolutamente incompetente, ao contrário, conservar-se-ão os efeitos da decisão proferida até que o juiz competente, se for o caso, profira outra, de acordo com o artigo 64, parágrafo quarto, da lei processual vigente.

Vê-se que o CPC/2015 incorporou os princípios constitucionais do aproveitamento dos atos processuais, da economia processual e, sobretudo, do acesso à justiça efetiva (ou efetividade da jurisdição).

Na vigência do diploma processual de 1973, haviam alguns entendimentos no sentido de que a decisão da liminar seria nula caso proferida por juiz absolutamente incompetente. Vejamos a manifestação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO. LIMINAR CASSADA. A doutrina e a Jurisprudência autorizam a preservação da liminar concedida por juiz incompetente para reexame do juízo competente, apenas quando se trata de incompetência relativa e sempre em casos excepcionais. Contudo, no caso dos autos, *em se tratando de incompetência absoluta, não tem como prevalecer a liminar concedida por juiz incompetente*.¹⁴

Essa posição adotada pelo Tribunal estava fundamentada na doutrina de Francesco Carnelutti¹⁵, que defendia a nulidade absoluta da decisão proferida por juiz absolutamente incompetente, isto porque, para o autor, o ato era absolutamente nulo por possuir vício insanável, razão pela qual não produz nenhum efeito.

Com o mesmo entendimento, apresenta-se lição do Ministro Luiz Fux:

[...] o desvio na incompetência absoluta é tão grave que o próprio juiz de ofício e, portanto, independentemente de provocação da parte, pode denunciar a sua incompetência absoluta, devendo a parte alegá-la na primeira oportunidade em que se manifesta nos autos, mercê de o vício poder ser suscitado em qualquer tempo e grau de jurisdição antes de transitar em julgado a decisão. Transitada esta, o vício ainda pode figurar como causa petendi de ação rescisória; por isso, os atos decisórios do juízo absolutamente incompetente são nulos (art. 113, §2º c.c art. 485, inciso II, do CPC), como, v.g., o que defere a liminar antecipatória.¹⁶

Ao contrário deste entendimento, parte da doutrina entendia que, devido à moderna sistemática processual, a incompetência absoluta não pode servir como óbice para a melhor prestação da tutela jurisdicional. Logo, embora expressa previsão de nulidade das decisões proferidas por juiz absolutamente incompetente no CPC/1973, a doutrina e a jurisprudência já adotavam o posicionamento positivado pelo CPC/2015.

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior¹⁷ se posicionava defendendo que a urgência, quando se trata de medida liminar, faz com que a competência do juízo seja vista de maneira diversa, isso porque a liminar tem como um de seus fundamentos o perigo de dano. Sob essa premissa, continua o autor:

[...] se a cautelar é erigida à categoria de instrumento do processo, não pode o próprio processo recusar a proteção ou impor condição para a utilização da mesma, sob pena de tornar inócua a decisão posterior, não cumprindo o fim a que se destina o processo: prestar a tutela jurisdicional.¹⁸

Com o mesmo entendimento, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida quando ainda vigente o CPC/1973:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA JULGADO ORIGINARIAMENTE POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO DENEGATÓRIA. RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.

1. Em obséquio ao art. 105, II, "b", da Carta Magna, a interposição de recurso especial pelo impetrante contra acórdão denegatório de mandado de segurança julgado originariamente por Tribunal de Justiça constitui erro grosseiro, não sendo aplicável o princípio da fungibilidade. Precedentes.

2. O art. 113, §2º, do CPC, não tem carga normativa suficiente para infirmar as razões alinhavadas pelo aresto recorrido, que reconheceu a incompetência absoluta do juízo, mas manteve o deferimento de liminar em face da urgência até

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Ag 107785 PR 2000.04.01.107785-2. Relatora: Luiza Dias Cassales, 12 de junho de 2001. *Diário de Justiça*, 18 jul. 2001. (grifo nosso).

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1938. p. 495-496.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.104.546/ES. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 8 out. 2009.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 16. ed. São Paulo: LEUD, 1995. p. 114-115.

¹⁸ *Ibid.*, p. 114-115.

manifestação do juiz competente. Incidência da Súmula 284/STF.

3. *O dispositivo não trata, e também não impossibilita o juiz, ainda que absolutamente incompetente, de deferir medidas de urgência. A norma em destaque, por força dos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais, somente determina que, reconhecendo-se a incompetência do juízo, os atos decisórios serão nulos, devendo ser aproveitados todo e qualquer ato de conteúdo não decisório, evitando-se com isso a necessidade de repetição. Precedente: AgREsp 1.022.375/PR, de minha relatoria, DJE 01º.07.11.*

4. *Recurso especial do particular não conhecido. Recurso especial do Estado do Espírito Santo conhecido em parte e, nesta parte, provido tão somente para afastar a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC.*¹⁹

Nesse sentido, também, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum reconhecida em 2º grau – Muito embora o art. 113, §2º, do CPC determine a nulidade dos atos decisórios proferidos por juízo absolutamente incompetente, não se pode olvidar que, no presente caso, a prudência e o bom senso recomendem, diante da supremacia do interesse público, seja mantida a tutela antecipada até a reapreciação pelo juízo competente – Aplicação dos princípios da supremacia do interesse público, instrumentalidade das formas e aproveitamento dos atos processuais – Embargos de Declaração Providos, sem modificação do resultado.*²⁰

Insta consignar que nas datas dos acórdãos supramencionados ainda vigia o CPC/1973, contudo, verifica-se a flexibilização adotada pelos Tribunais a fim de se garantir uma jurisdição efetiva.

Neste contexto, é evidente que uma vez verificada a incompetência absoluta deve o magistrado remeter os autos ao juízo competente e, não obstante a isso, deve, ainda, analisar se a demora na tramitação da demanda não acarretará grave dano à parte ou se ocasionará afronta ao princípio da efetividade da prestação da tutela jurisdicional, de modo que, nestas hipóteses, poderá proferir decisão liminar, a qual, devido à urgência, será mantida até posterior pronunciamento pelo juízo competente.

Conclusão

O instituto da tutela de urgência tem como finalidade a garantia de determinados direitos, os quais podem perecer sem a proteção imediata. Como visto, a tutela de urgência é dividida em tutela cautelar e tutela antecipada e, no que diz respeito ao momento de sua concessão, pode ser em caráter antecedente (requerida na inicial) ou em caráter incidental (no curso do processo).

Assim, de acordo com o disposto no artigo 300 do CPC/2015, a parte que postula a tutela deve demonstrar ao juízo elementos capazes de evidenciar a probabilidade do direito, e também do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo em face do tempo ou da natureza da demanda caso a tutela não seja deferida.

Mesmo na vigência do CPC/1973 já era possível a preservação dos atos decisórios proferidos por juízo incompetente, pois, embora o §2º do artigo 113 estabelecia, via de regra, que o reconhecimento da incompetência absoluta implicaria na nulidade dos atos decisórios, tal dispositivo legal não inibia o magistrado de, em face do poder de cautela (artigos 798 e 799 do CPC/1973), conceder ou manter medida de urgência para prevenir o perecimento do direito ou lesão grave e de difícil reparação, até a manifestação do juízo competente, o qual decidiria acerca da subsistência, ou não, desse provimento cautelar.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). REsp 1273068 / ES RECURSO ESPECIAL 2011/0198332-0 Relator: Min. Castro Meira, 1 de setembro de 2011. *Diário de Justiça eletrônico*, 13 set. 2011. (grifo nosso).

²⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (3. Câmara de Direito Público, Foro de Nuporanga, Vara Única). *Embargos de Declaração Cível 2100766-08.2015.8.26.0000*. Relator: Mauricio Fiorito, 15 de setembro de 2015. Data de Registro: 17 de setembro de 2015. (grifo nosso).

Acompanhando esse entendimento, o CPC/2015 instituiu que reconhecida a incompetência absoluta, conservar-se-ão os efeitos da decisão proferida por juízo incompetente até que outra seja proferida.

Vê-se claramente a adoção do princípio da *translatio iudicii*, com o aproveitamento dos atos de definição e satisfação de direitos que provenham de juízos incompetentes. Nesse sentido, ao se admitir a concessão de tutela de urgência por juízo absolutamente incompetente, prioriza-se a atividade satisfativa, ou seja, a concretização do direito. Sobreleva pesar que o juiz é um servidor público, concursado e devidamente investido em seu cargo, logo, apto a tomar medidas imediatas e urgentes que evitem o perecimento do direito.

Deste modo, pode-se concluir que, com a chegada do CPC/2015 os atos decisórios deixam o juízo transmissor com a presunção de sua existência, validade e eficácia, até que outra decisão por juízo competente seja proferida.

Com isso, o processo civil torna-se maleável, o que é louvável, isso porque não se pode negar que o processo deve ser uma moldura coerente, mas deve-se permitir que o julgador complete os espaços vazios com detalhes do caso concreto, já que a legislação não consegue prever todas as possíveis situações que serão levadas à apreciação do Poder Judiciário.

Mostra-se, portanto, perfeitamente possível que uma situação de vida tenha que ser decidida liminarmente por juízo incompetente, de modo que tal decisão é extremamente necessária para acautelar o direito postulado e, nesse caso, não se pode deixar de lado a razão de ser do Judiciário, que é proporcionar aos jurisdicionados uma tutela efetiva, pois, de nada adianta um provimento jurisdicional quando o direito já pereceu.

Referências

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). REsp 1273068 / ES RECURSO ESPECIAL 2011/0198332-0 Relator: Min. Castro Meira, 1 de setembro de 2011. *Diário de Justiça eletrônico*, 13 set. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Ag 107785 PR 2000.04.01.107785-2. Relatora: Luiza Dias Cassales, 12 de junho de 2001. *Diário de Justiça*, 18 jul. 2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial. 355.099/PR*. Relatora: Min. Denise Arruda, 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.104.546/ES. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 8 out. 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1938.
- DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.
- DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (3. Câmara de Direito Público, Foro de Nuporanga, Vara Única). *Embargos de Declaração Cível 2100766-08.2015.8.26.0000*. Relator: Maurício Fiorito, 15 de setembro de 2015. Data de Registro: 17 de setembro de 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada e tutela cautelar. *Revista de Processo*, v. 742, p. 40-56, ago. 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 16. ed. São Paulo: LEUD, 1995.

Obras consultadas

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 set. 2020.



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, queterá 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. 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-chave, 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 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 necessário, 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).*

