

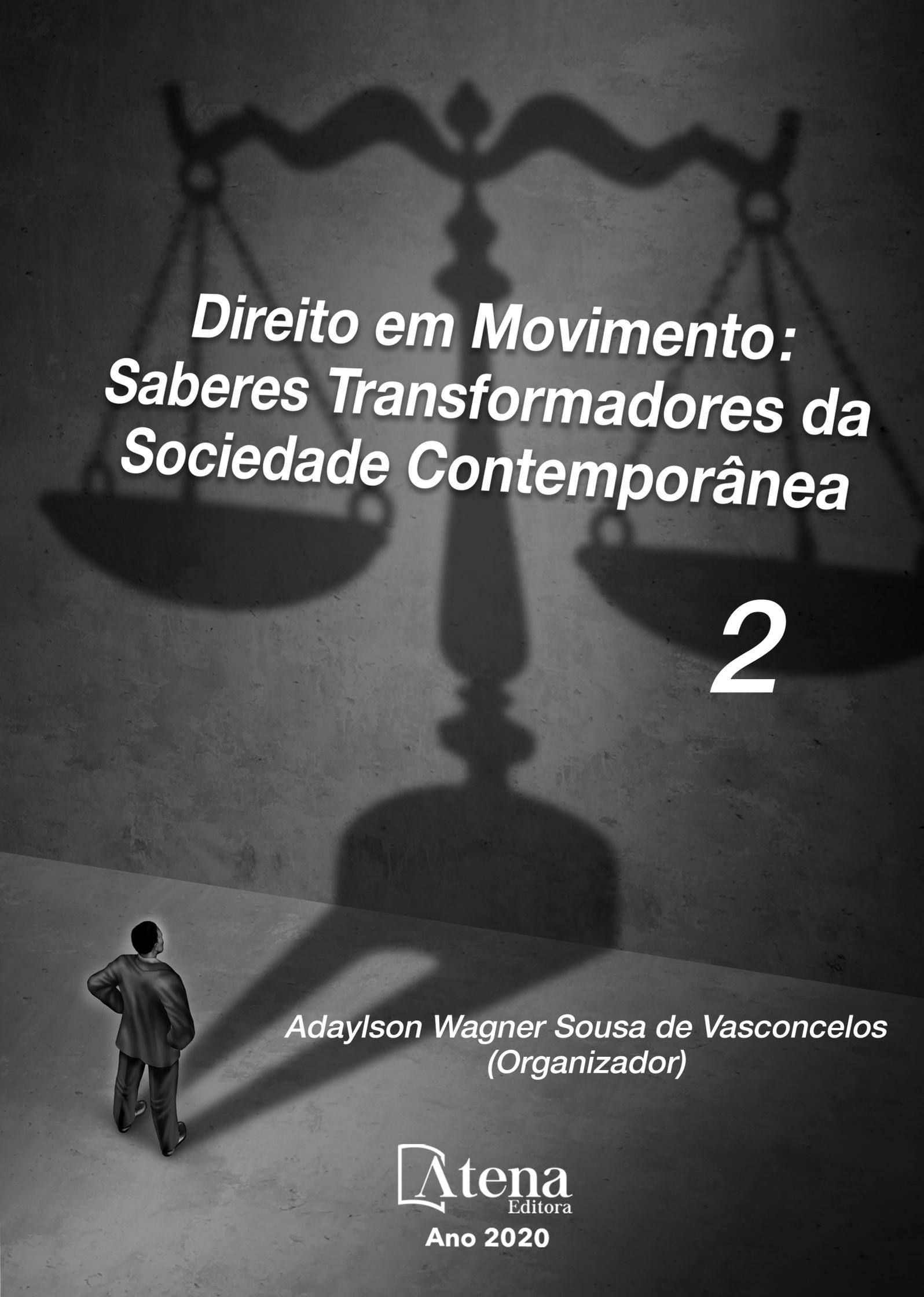
***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

2

***Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)***

Atena
Editora

Ano 2020



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

2

***Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)***

Atena
Editora

Ano 2020

Editora Chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecário

Maurício Amormino Júnior

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Karine de Lima Wisniewski

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os Autores

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

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

A Atena Editora não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso

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

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

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense

Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa

Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

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

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof^a Dr^a Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Prof^a Dr^a Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof^a Dr^a Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof^a Dr^a Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Prof^a Dr^a Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Prof^a Dr^a Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof^a Dr^a Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Prof^a Dr^a Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Prof^a Dr^a Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Prof^a Dr^a Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^a Dr^a Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Prof^a Dr^a Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof^a Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Prof^a Dr^a Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof^a Dr^a Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Prof^a Dr^a Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Prof^a Dr^a Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Prof^a Dr^a Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof^a Dr^a Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Me. Adalto Moreira Braz – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Prof. Me. Alexsandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Eivaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Dr. Fabiano Lemos Pereira – Prefeitura Municipal de Macaé
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza

Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFGA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis
Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Me. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Direito em movimento: saberes transformadores da sociedade contemporânea

2

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecário: Maurício Amormino Júnior
Diagramação: Camila Alves de Cremona
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

D598 Direito em movimento [recurso eletrônico] : saberes transformadores da sociedade contemporânea 2 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa, PR: Atena, 2020.

Formato: PDF

Requisitos de sistemas: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5706-270-8

DOI 10.22533/at.ed.708201808

1. Sociologia jurídica. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. II. Série.

CDD 340.115

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br


Ano 2020

APRESENTAÇÃO

Coletânea de vinte e um capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, discute temáticas que circundam a grande área do Direito e dos diálogos possíveis de serem realizados com as demais áreas do saber e com as múltiplas ações e reações da sociedade que se exercita por transformações.

Assim, nesse segundo volume, temos dois grandes grupos de reflexões que explicitam as mutações sociais diárias e que o Direito estabelece relações para um regular convívio entre sujeitos.

Em cinco singelas divisões estão debates que circundam o constitucionalismo, o processo e o direito civil, o direito do consumidor, os atores do processos e as universidades e o ensino jurídico.

Nesse primeiro momento, temos análises sobre o controle de constitucionalidade concentrado e a ação popular.

Passando para temas do processo e do direito civil, alcançamos contribuições que versam sobre a prescrição civil no direito brasileiro e argentino, o processo civil e a repercussão geral, o utilitarismo normativo, a desconsideração da personalidade jurídica, embargos de declaração, bem como a tomada de decisão apoiada e o apoyo al ejercicio de la capacidad. Contratos, proteção de dados, doação e sucessão, além de responsabilidade civil médica são conteúdos abordados na etapa.

Sobre direito do consumidor, temos estudos sobre a teoria do desvio produtivo e sobre o superendividamento.

Dos atores do processo, há análises sobre a relevância do papel do advogado nas negociações e instaurações da cultura de paz, principalmente em cenário de crise econômica, e sobre o desenvolvimento do modelo de responsabilidade dos juízes.

Alcançando as universidades e o ensino jurídico, contribuições para pensar a representação feminina nas universidades, refletir criticamente o ensino jurídico pátrio e abordar o ensino da Antropologia como marca de promoção de um ensino voltado para os direitos humanos se mostram como abordagens reflexivas urgentes e necessárias, não só para o Direito, mas também na construção de uma sociedade atenta as mutações permanentes.

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

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO: ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	
Bruno de Oliveira Rodrigues Jivago Pizarro Ulguim Leorimir de Moura Furtado Júnior	
DOI 10.22533/at.ed.7082018081	
CAPÍTULO 2	16
A (IM)POSSIBILIDADE DE DISCUTIR LEI EM TESE EM AÇÃO POPULAR	
Fabiana de Paula Lima Isaac Mattaraia Sebastião Sérgio da Silveira	
DOI 10.22533/at.ed.7082018082	
CAPÍTULO 3	25
AS DIFERENÇAS ENTRE BRASIL E ARGENTINA QUANTO À SUSCITAÇÃO PROCESSUAL DA PRESCRIÇÃO CIVIL	
Gilberto Fachetti Silvestre Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques Tiago Loss Ferreira	
DOI 10.22533/at.ed.7082018083	
CAPÍTULO 4	33
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS: DESAFIOS NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL	
Gabriela Araldi Walter Jamille Ghislandi Almeida	
DOI 10.22533/at.ed.7082018084	
CAPÍTULO 5	45
“UTILITARISMO NORMATIVO”: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS INFLUÊNCIAS NO PROCESSO CIVIL	
Maria Izabel Pereira de Azevedo Altoé Milton Junior Barros Araujo	
DOI 10.22533/at.ed.7082018085	
CAPÍTULO 6	60
COMO DISTINGUIR A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE FIGURAS AFINS? PANORAMA DO PROBLEMA E REPERCUSSÕES (POSSÍVEIS E ATUAIS) NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	
Hector Cavalcanti Chamberlain Patrícia de Arruda Pereira Filipe Ramos Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.7082018086	
CAPÍTULO 7	71
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	
Guilherme Russo Vanazzi	
DOI 10.22533/at.ed.7082018087	

CAPÍTULO 8	82
A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD: COMPARAÇÃO DOS ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS	
Bruna Figueira Marchiori Gabriela Azeredo Gusella Gilberto Fachetti Silvestre	
DOI 10.22533/at.ed.7082018088	
CAPÍTULO 9	95
A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS: ANÁLISE DO ART. 421 DA LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, À LUZ DA POLÍTICA JURÍDICA	
Adelcio Machado dos Santos Levi Hülse	
DOI 10.22533/at.ed.7082018089	
CAPÍTULO 10	110
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	
Renata Aparecida Follone Cassiane de Mello Fernandes	
DOI 10.22533/at.ed.70820180810	
CAPÍTULO 11	125
DOAÇÃO E SUCESSÃO: INSTITUTOS QUE IMPEDEM A REVERSÃO DO BEM AO DOADOR QUE SOBREVIVER AO DONATÁRIO	
Alessandra Yadein Rodrigues Thiago Rodrigues Moreira	
DOI 10.22533/at.ed.70820180811	
CAPÍTULO 12	138
O DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL PROVOCADO PELA LEI Nº 10.931/04 E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A LEI COMPLEMENTAR Nº 95/98	
Franck Gilberto Oliveira da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.70820180812	
CAPÍTULO 13	146
A IMPORTÂNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	
Claudia Regina Althoff Figueiredo Henrique Manoel Alves Kevin de Carvalho Rozza	
DOI 10.22533/at.ed.70820180813	
CAPÍTULO 14	154
A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: O TEMPO PERDIDO EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS	
Emerson Andrade Gibaut Teila Rocha Lins D'Albuquerque	
DOI 10.22533/at.ed.70820180814	
CAPÍTULO 15	168
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O SUPERENDIVIDAMENTO	
Augusto Ogrodowski Larissa Suzane Biscaia Mendes	
DOI 10.22533/at.ed.70820180815	

CAPÍTULO 16	185
A NEGOCIAÇÃO E A CULTURA DA PACIFICAÇÃO: A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO EFICAZ DO ADVOGADO DIANTE DA CRISE ECONÔMICA	
Danielle Cupello	
DOI 10.22533/at.ed.70820180816	
CAPÍTULO 17	196
O DESENVOLVIMENTO DO MODELO DE RESPONSABILIDADE DOS JUÍZES A PARTIR DA IDADE MODERNA	
João Vitor Sias Franco	
DOI 10.22533/at.ed.70820180817	
CAPÍTULO 18	207
A REPRESENTAÇÃO FEMININA NAS UNIVERSIDADES E A CONCREÇÃO DA CIDADANIA	
Selma Cristina Tomé Pina	
Juvêncio Borges Silva	
DOI 10.22533/at.ed.70820180818	
CAPÍTULO 19	221
ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL	
Rosiane Sasso Rissi	
DOI 10.22533/at.ed.70820180819	
CAPÍTULO 20	235
O ENSINO DA ANTROPOLOGIA NOS CURSOS JURÍDICOS E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: PARA PENSAR O DIREITO ALÉM DA TÉCNICA	
Danley Dênis da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.70820180820	
CAPÍTULO 21	241
OS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: DA ERA VARGAS À CONSTITUIÇÃO CIDADÃ	
José Vitor Lemes Gomes	
Camila Ramos Ferreira Vasconcelos	
DOI 10.22533/at.ed.70820180821	
SOBRE O ORGANIZADOR	257
ÍNDICE REMISSIVO	258

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO: ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Data de aceite: 03/08/2020

Bruno de Oliveira Rodrigues

Universidade Federal Fluminense (UFF/RJ)

Jivago Pizarro Ulguim

Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre
(PUC/RS)

Leorimir de Moura Furtado Júnior

Política Ambiental pela Universidade Federal do
Amapá (UNIFAP/AP)

RESUMO: Trata-se de um artigo que visa realizar uma revisão bibliográfica no que se refere a temática do controle de constitucionalidade na sua forma concentrada, analisaremos o instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, comumente conhecida como ADIn. Para tanto, realizaremos um cotejamento entre os marcos legais e as obras especializadas no assunto, buscando destacar sua funcionalidade e procedimento dentro da ordem jurídica. Um ponto importante é a análise dos próprios regimentos internos do Supremo Tribunal Federal, visando entender como o feito se processa uma vez instaurados. Analisa-se a condição de autoreparação do sistema jurídico como condicionante da própria inteligência e manutenção da vigência e aplicabilidade do próprio ordenamento jurídico. O presente

estudo é uma revisão importante de Direito Constitucional, pois trata de elementos que condicionam a capacidade do existir de um ordenamento jurídico no tempo e no espaço, assim sendo, é um produto acadêmico que visa ofertar os elementos estruturais de um instituto importante do Direito Constitucional contemporâneo-ocidental.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade; Ordenamento Jurídico; Coerência.

ABSTRACT: This is an article that aims to carry out a bibliographic review regarding the theme of constitutionality control in its concentrated form, we will analyze the institute of Direct Action of Unconstitutionality, commonly known as ADIn. For that, we will compare the legal frameworks and the works specialized in the subject, seeking to highlight their functionality and procedure within the legal order. An important point is the analysis of the internal regulations of the Supreme Federal Court, in order to understand how the deed is processed once established. The condition of self-repair of the legal system is analyzed as a condition of intelligence and maintenance of the validity and applicability of the legal system itself. The present study is an important revision of Constitutional Law, as it

deals with elements that condition the capacity of a legal order to exist in time and space, therefore, it is an academic product that aims to offer the structural elements of an important law institute Contemporary-Western Constitutional.

KEYWORDS: Constitutionality Control; Legal Planning; Coherence.

1 | INTRODUÇÃO

O presente texto tem como tema central a reflexão sobre a harmonia dos sistemas jurídicos com matriz no *civil law*, para tanto, recortamos o objeto na análise do controle de constitucionalidade abstrato ou centrado, via análise de um instituto presente no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a Ação Direta de Constitucionalidade, comumente chamada de ADIn.

Analisaremos, a partir de pesquisa documental e bibliográfica, a estrutura conceitual do instituto, sua funcionalidade e procedimentos internos, visando articular o marco legal e a produção acadêmica sobre a temática.

O texto está organizado da seguinte forma, primeiramente refletiremos sobre o que é um sistema jurídico pautado na constituição e quais efeitos das contradições no seu interior. Após, analisaremos, em estrito sendo, o conceito de controle de constitucionalidade, dando enfoque, na sequência, a ADIn. Ao cabo, analisaremos os procedimentos de seu processamento e os principais efeitos dela decorrente.

2 | A CONSTITUIÇÃO E A SUA NEGAÇÃO

Tendo por base a informação primária de que a Constituição serve para assegurar direitos e garantir condições básicas a todos os cidadãos. É, portanto, o documento mais “sagrado” da cidadania, pois registra direitos em um lugar que é mais difícil “borrar” e reescrever¹, além de dizer toda a formatação do Estado e do poder.

[...] Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas. (MORAES, 2003, p. 37).

As Constituições se prestam enquanto mecanismos de organização do poder, racionalizando sua divisão e exercício, permitindo que os destinatários exercitem direitos.

É a Constituição que distribui as linhas mestras para a convivência social e organiza a estrutura normativa do Estado, sendo, por tudo isso, o elo entre essas normas e por onde vai escoar as diretrizes para elaboração e validação dessas mesmas normas, revelando-se, aqui, o princípio da compatibilidade vertical das normas estabelecido pelo princípio da supremacia da Constituição. (VAZ, 2006, p. 13-4).

¹ Procedimento legislativo para mudar a Constituição é mais dificultoso do que o para produção de leis ordinárias, pois demanda *quórum* mais elevado.

O Brasil adotou uma “Constituição Rígida”, que quer dizer que os procedimentos para modificá-la são muito mais difíceis do que os meios ordinários de criação de leis. Com isso o constituinte pretendeu dar maior proteção ao texto constitucional, não deixando que movimentos políticos passageiros possam a todo instante transformar a ordem constitucional. Isso inscreve o Brasil numa lógica de continuidade e segurança jurídica aos direitos conquistados.

Cumpra salientar também que a Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico - pensando este em escalas de subordinação e delegação, onde o cume é a Constituição. A supremacia da Constituição no ordenamento jurídico está inscrito nela mesma, tais como, os artigos: 23º, I; 25º; 29º; 32º; 60º; 102º; 103º; 121º, §3º e §4º; 125º; e outros.

Dessa maneira, quando falamos de inconstitucionalidade, estamos falando de um fenômeno de disposição de elementos legislativos contrários ao inscrito na Constituição, ou seja, é a negação do ordenado no corpo da lei maior. Podemos definir inconstitucionalidade como a desconformidade do ato normativo com algum(ns) princípios e preceitos consagrados na Constituição.

Se admitíssemos a supremacia de ato posterior a Constituição e contrário a mesma, não haveria de se falar em inconstitucionalidade, mas sim a revogação do dispositivo constitucional. Então, a afirmação de que uma lei válida é “contrária a Constituição” (anticonstitucional) é uma “*contradictio in adjecto*”²; pois qualquer lei só pode ser válida com fundamento na Constituição.

No mundo do Direito, a inconstitucionalidade pode ser classificada como direta ou indireta, pela primeira ocorre uma afronta direta à regra expressa na Constituição, enquanto que, na segunda, o que é afrontado são princípios constitucionais implícitos³.

Mas a questão que se coloca é que mesmo sendo proibido editar atos normativos que agride a Constituição, eles o são, seja por inobservância das matrizes principiológicas, seja por tentativas de minar o conjunto de direitos e garantias incutidos na Constituição. Desta maneira, perguntar-se-ia: Como patrulhar os muros que protegem esses direitos? Como impedir que estes atos normativos eivados por vício de constitucionalidade adentrem ou permaneçam no ordenamento jurídico?

3 | CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Tais questionamentos provocam-nos a falar de “Controle de Constitucionalidade”. Por este termo queremos designar a atividade de varredura e vigilância que se opera sobre os atos normativos que compõem o ordenamento jurídico. Este mecanismo de correção do ordenamento jurídico visa verificar a compatibilidade das leis com os mandamentos

2 Casos em que se verifica contradição evidente entre o substantivo e o adjetivo que o complementa.

3 Aplicaremos a diferença mais adiante (norma e princípios constitucionais).

constitucionais. A busca é por isolar a unidade de ameaça que lesa a Constituição e, após, eliminá-la. O sistema de controle de constitucionalidade é meio pelo qual o próprio sistema busca a incolumidade da rigidez da Constituição frente às ameaças que lhe circundam.

O controle de constitucionalidade pode ser político ou judicial. O primeiro é exercido por órgão que não o judiciário, é também chamado de preventivo, pois é operado antes da edição do ato normativo. No Brasil este poder preventivo é realizado no Congresso Nacional, via comissões de constituição e justiça, e pelo poder executivo, quando do exercício do veto pela presidência da república. O segundo modo de controle de constitucionalidade é aquele realizado pelo próprio poder judiciário, após os atos normativos encontrarem vigência - também chamado de repressivo. Este pode dar-se de duas formas: difuso ou concentrado (este último também chamado de controle de constitucionalidade abstrato).

O controle de constitucionalidade difuso é aquele exercido por todos os órgãos do poder judiciário em ações ordinárias propostas pelos particulares ou órgão público – em casos concretos. Neste modelo, as partes podem questionar a constitucionalidade de uma lei que está incidindo sobre o caso concreto, visando assim afastar sua aplicação de forma objetiva naquela situação. Nesta modalidade a decisão somente terá efeito *inter partes*⁴.

O outro modelo de controle de constitucionalidade é o concentrado, ou abstrato, que é aquele exercido pela corte superior do país. No Brasil é do Supremo Tribunal Federal essa competência. Neste, existem ações específicas para questionar a constitucionalidade de um ato normativo. Sendo que o STF é provocado a analisar a norma sem que haja nenhum caso concreto subjacente e as partes são *pro forma*, já que o maior interessado é a própria sociedade brasileira. Nesta ação, de forma ordinária, a decisão tem efeito *erga omnes e ex nunc*⁵.

Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso subjacente à manifestação judicial. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei e destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento incompatível com a Constituição. (GOMES, 2012).

No Brasil existem três tipos de ações⁶ no controle de constitucionalidade concentrada, quais sejam, ação declaratória de constitucionalidade (ADECOM), ação declaratória de inconstitucionalidade (ADIn) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Certa feita, das ações citadas do controle concentrado de constitucionalidade, neste estudo somente nos interessa a ADIn, por isso nem mesmo referenciaremos às demais.

4 Entre os litigantes.

5 (1) *erga omnes*: a todos atinge e; (2) *extunc*: modificação dos efeitos que o ato normativo já produziu, regulando-o de acordo com a lei, considerando a ausência daquele ato normativo declarado inconstitucional.

6 Aqui falando de processos judiciais - ações judiciais.

4 | A ADIN

A ação direta de inconstitucionalidade é ação autônoma que visa verificar a constitucionalidade dos atos normativos emanados do legislativo e do executivo. O procedimento visa impedir a subsistência, no ordenamento jurídico, dos efeitos de norma contrária à Constituição.

Este procedimento está regulado na lei 9.868 de 1999. Além disso, há também as determinações constitucionais que também tratam da matéria.

De acordo com a Constituição, a competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é do STF. Vejamos:

Constituição Federal

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

[...]

Para além, a Constituição trouxe o rol das autoridades que podem propor esta ação perante o STF. Vejamos:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[...]7

7 Os Partidos políticos tem que ter representação no Congresso Nacional. Os sindicatos devem ter inscrição em pelo menos 3 Estados da federação. As entidades de classe devem ter representação em 9 Estados da federação.

Trata-se de processo objetivo (processo jurídico), sem partes, que não se presta para tutela de direitos subjetivos ou de situações jurídicas individuais. Mesmo que formalmente o proponente-provocado figure enquanto parte autora, “não o faria em nome e interesse próprio”⁸, mas sim visando a eliminação da norma daninha ao sistema.

Destes “autorizados”, supramencionados, alguns são considerados legitimados universais e outros especiais. O primeiro são aqueles órgãos ou entidades que a Constituição autorizou a sua defesa em qualquer hipótese e os especiais são aqueles que devem demonstrar a sua pertinência temática em relação à questão.

O Governador de Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional são considerados legitimados especiais, ou seja, devem comprovar a pertinência temática, consistente na relação de interesse entre o objeto da ação e a classe profissional, social, econômica ou política por eles representada. (GOMES, 2012).

Quando se provoca a jurisdição constitucional, através da ADIn, há duas vias de constatação do vício, a de ordem material e a de ordem formal. Pela primeira, identifica-se um ato normativo que contrariou a determinação conteudística de norma ou princípio constitucional⁹, enquanto que pela segunda se está indicando o desrespeito a procedimentos de feitura de uma lei ou ato normativo¹⁰. Sobre isto, constatados quaisquer dos vícios, a norma pode ser expurgada no ordenamento jurídico.

Falemos então de quais atos normativos estão suscetíveis ao controle de constitucionalidade abstrato. A ADIn pode questionar genericamente quaisquer atos normativos que atinjam diretamente a Constituição, assim, o art. 59º da CF traz o rol das formas legislativas existentes no Brasil. Vejamos:

Constituição Federal

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

8 Ao menos teoricamente.

9 Para este efeito, normas são fixações de mandamentos, proibições ou permissões para situações previstas e previamente determinadas, ao passo que princípios são orientações e critérios para escolhas de posição em situações de fato, sendo que se prestam enquanto elemento de otimização do sistema, conferindo-lhe inteligência e lógica harmônica.

10 Atos normativos produzidos por quem não é legitimado ou não tem competência para regular aquela matéria; Ato normativo que tramitou sem observar todas as etapas do processo legislativo.

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Nesse sentido, as normas suscetíveis ao controle devem ser posteriores a Constituição, pois se anteriores (pré-constitucionais), o que haveria seria a revogação¹¹ e não a inconstitucionalidade.

Desta maneira, são objetos de ADIn aqueles atos que retiram seus fundamentos diretamente da Constituição - atos primários. Tendo como características essenciais à generalidade¹² e abstração¹³.

Ainda em tema de objeto da ADI, impende ressaltar que generalidade, abstração, primariedade e edição pelo poder público sempre foram, classicamente, os requisitos para o controle abstrato de constitucionalidade. (GOMES, 2012).

Cumprido ressaltar que os atos normativos secundários, que são aqueles que retiram sua validade de outro ato normativo, não estão suscetíveis a ADIn, pois não estão autorizados a inovar na ordem jurídica, somente a regular as disposições do ato imediatamente superior. Quando se verifica a incompatibilidade de um ato secundário com a Constituição, o que se observaria não seria o fenômeno da inconstitucionalidade, mas o da ilegalidade, pois o ato não está em conformidade com a lei que o traçou, distorcendo assim a forma que a lei lhe prescreveu¹⁴. “Os atos normativos secundários, que retiram fundamento imediato da lei, como não podem inovar na ordem jurídica, também não se sujeitam à fiscalização abstrata de constitucionalidade” (GOMES, 2012).

Nesta senda, cumpre ressaltar que o STF passou a admitir ADIn em face de decreto regulamentar que pretende disciplinar diretamente a Constituição, é o que se denomina de decreto autônomo¹⁵.

Para além, só as leis federais e estaduais podem ser objeto de ADIn, já que o dispositivo Constitucional assim determinou por expresse, vide art. 102º da CF - já citado.

Neste sentido, identificado o ato normativo primário contrário a Constituição, as pessoas autorizadas, peticionam ao STF ofertando as razões que identificam a inconstitucionalidade do ato normativo. O procedimento é inaugurado e por sorteio é distribuição a um relator, que tomará as rédeas do procedimento, citando o “requerido”¹⁶, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da União. Além de ditar e zelar pelo

11 Quando esta é promulgada, as leis anteriores a Constituição Federal passam pelo seu crivo, que lhe identifica a compatibilidade, aquelas que estão de acordo com a nova ordem constitucional são “recepcionadas”, enquanto as que são incompatíveis são “revogadas”, seja na totalidade (ab-rogação) ou na parte viciada, permanecendo a parte possível de recepção (derrogação). Obs: revogação é gênero, onde “derrogação” e “ab-rogação” são espécies.

12 A “generalidade” é uma das características das normas jurídicas, sendo que indica que estas se aplicam a todas as pessoas e a todos obrigam. (VARELA, 2011, p. 33).

13 As normas jurídicas aplicam-se a um número abstrato de situações, que são hipotéticas e que enquadram determinados tipos de conduta social e não fatos e indivíduos determinados. (VARELA, 2011, p. 33).

14 Se inconstitucionalidade houvesse, no máximo seria reflexa.

15 Vide ementas de julgamentos de ADIn nº: 1.590-7/SP; 1.435-8/DF; 519-7; 708-4/DF; etc.

16 Autor do ato normativo impugnado.

procedimento até o julgamento colegiado em plenário.

A petição inicial da ação declaratória de inconstitucionalidade deverá: individualizar o ato normativo inconstitucional; indicar os vícios de constitucionalidade que lhe atingem¹⁷, sendo ainda cotejados os dispositivos do ato normativo impugnado com os artigos constitucionais desrespeitados e; deter pedido, com as suas especificações determinadas.

Lei 9.868/99

Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

[...]

Quando não estão presentes todos os elementos requeridos pelo artigo 3º da lei 9.868/99, o relator pode indeferi-la, determinando sua inépcia¹⁸ conforme o art. 4º da mesma lei: “A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator”.

Ao mesmo tempo, caso o relator não visualize e identifique os requisitos do artigo 4º da L. 9.868/99 - não declarando assim sua inépcia -, podem as partes, que se apresentaram aos autos requererem o “não conhecimento da ação”¹⁹, indicando a não observância do vício e requerendo seu reconhecimento no curso do processo. Podendo fazer isto na mesma peça processual que busca refletir sobre o mérito da ação. Tal questão deve ser apreciada pelo órgão colegiado.

A constatação dos critérios de admissibilidade da ação deve ser analisada previamente, antes mesmo da avaliação do conteúdo impugnado e dos argumentos das partes, já que sua verificação pode levar ao definhamento da ação sem decisão de mérito. Ao mesmo tempo, é permitido as partes declinarem os argumentos sobre os critérios de admissibilidade, pedindo a extinção do procedimento em razão deles e, sequencialmente, enquanto pedido sucessivo²⁰, apresentar os argumentos de fato e de Direito sobre o mérito, que só será analisado caso o primeiro pedido não seja acolhido.

Pela lei 9.868/99, após proposta a ADIn, esta não mais admitirá desistência, sendo que será levada a julgamento independente da vontade do proponente: “Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência”.

Certo é que, distribuída à ação, o relator citará a autoridade a qual emanou o ato

17 Fundamentos jurídicos de sua inconstitucionalidade.

18 Indeferimento da petição inicial por não apresentar todos os elementos formais que a lei determina, assim, é declarado extinto o procedimento sem decisão de mérito.

19 Extinção da ação sem decisão de mérito, por ausência dos pressupostos processuais.

20 Código de Processo Civil. Art. 289. É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior.

normativo, para que oferte esclarecimentos e informações sobre sua produção legislativa.

Lei 9.868/99

Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

Após os esclarecimentos do requerido, a AGU é chamada ao processo. Esta atua como uma espécie de curador do ato normativo impugnado, promovendo sua defesa. Contudo, vale lembrar que o STF já entendeu que a AGU não precisa necessariamente defender o ato impugnado²¹, permitindo-lhe formar sua própria convicção²². Mesmo assim sua manifestação é indispensável.

Constituição Federal

Art. 103º.

[...]

§3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Lei 9.868/99

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Então, ouvida a AGU, a PGR é invocada a manifestar-se. Está, por sua vez, funciona como fiscal de lei, não se vinculando a nenhum posicionamento prévio, podendo formar sua livre convicção. A sua função é a proteção dos direitos da sociedade brasileira.

Constituição Federal

Art. 103º.[...]§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Regra geral não se admite a intervenção de terceiros na ADIn, salvo na hipótese onde o relator, observando a complexidade e relevância da matéria, assim o permite.

Lei 9.868/99

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

21 Contrariando a literalidade da lei.

22 “Recentemente, o STF avançou ainda mais. No dia 7 de outubro de 2009, numa Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio à ADI nº 3.916, o Supremo entendeu que não era obrigatória a defesa de lei pela AGU. A Corte entendeu que a manifestação dele é sempre necessária, todavia não precisa ser na defesa da lei”. (LEAL, 2001).

[...]

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Esses órgãos ou entidades referenciados no parágrafo supra, são chamados na linguagem jurídica de “amicuscuriae”, que significa amigo da corte. Sendo que a natureza desse tipo de participação e manifestação visa contribuir e instrumentalizar o procedimento, permitindo que os ministros do STF tenham melhores condições para formar sua convicção sobre a matéria em pauta e deferir decisões mais acertadas. No site do STF a definição toma os seguintes contornos. Vejamos:

AmicusCuriae

Descrição do Verbetes: “Amigo da Corte”. Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. (STF...).

A manifestação, endereçada ao relator, destes órgãos ou entidades não os configuram enquanto partes²³ no procedimento, mas somente enquanto colaboradores. Estas somente serão admitidas mediante apresentação de razões e interesse jurídico, econômico ou político no desfecho do processo. A manifestação destes, por própria determinação do STF, só serão admitidas até a data da remessa do processo ao relator com fim de incorporá-lo na pauta para julgamento.

O fim deste instituto é proporcionar o pluralismo e o debate na mais alta corte do judiciário brasileiro, enriquecendo o debate com a captação das vozes dispersas e diversas da sociedade que transpassam a temática. O instituto do *amicus curiae*, na história do STF, demonstrou-se um instrumento político de intersecção nos procedimentos, mais do que mera prestação de informação, já que das 119 ações de controle concentrado de constitucionalidade, somente em uma as manifestações de terceiros não vieram acompanhadas de pedido pela procedência ou improcedência da ação (OAB/MA...).

Tão logo advenha aos autos a manifestação da PGR, o relator confeccionará relatório, que deverá ser encaminhado aos demais ministros. Com isto, o relator pedirá dia para o julgamento. A partir deste instante quaisquer dos ministros podem requerer esclarecimentos a quaisquer órgãos ou partes, produção de prova (perícia) ou das informações necessárias.

Lei 9.868/99

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

23 No plano processual e de forma ordinária, existe três modalidades de “partes”: passiva, ativa e de terceiros. A primeira é aquela que propõem a ação; a segunda é aquela em face a qual é proposta a ação e; a terceira, que caracteriza-se por aqueles que detém interesse específico e direto no que se refere ao desfecho do caso.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Observe-se que não há prazo específico para a apresentação dos amigos da corte, estes devem fazê-lo no período entre a distribuição da ação até o pedido de dia para julgamento - não há como determinar prazo.

Reunidos os ministros no plenário do STF, é necessário o mínimo de oito ministros para se declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade numa ADIn.

Lei 9.868/99

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Regimento interno do STF

Art. 143. O Plenário, que se reúne com a presença mínima de seis Ministros, é dirigido pelo Presidente do Tribunal.

Parágrafo único. **O quórum para votação de matéria constitucional** e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral **é de oito Ministros. (grifo nosso).**

Desta maneira, iniciado o julgamento com a presença do *quórum* mínimo necessário, o relator apresenta resumo da ação e dá início as sustentações orais, que detém a seguinte ordem: requerente; requerido; AGU; amigos da corte (dois blocos, os que defendem a constitucionalidade e outro a inconstitucionalidade) e; PGR. Na sequência, o ministro relator lê seu voto e é seguido pelos demais. Ao fim, lido os voto dos ministros presentes e identificado à maioria absoluta num dos sentidos, o procedimento culminará em decisão terminativa.

5 | A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO ATO NORMATIVO E A MEDIDA CAUTELAR

Cabe ainda ressaltar questões gerais e relevantes sobre o procedimento. Os atos normativos gozam de presunção de constitucionalidade²⁴, assim, é dever do STF, sempre que possível, quando deparado com norma manifestamente inconstitucional, tentar operar uma interpretação do dispositivo conforme a Constituição. Por vezes, a imputação de

24 Princípio da presunção da constitucionalidade das normas.

sentido alternativo aos conceitos e a exegese textual pode expulsar a incompatibilidade do ato normativo impugnado, podendo este ainda permanecer no ordenamento jurídico com nova roupagem hermenêutica. Sempre que possível o ato normativo impugnado deve ser salvo, conferindo-lhe interpretação conforme a Constituição.

Nesse mesmo sentido, a decisão do STF pode declarar a nulidade total, parcial (com redução de texto) e parcial (sem redução de texto). Pelo primeiro o STF declara a nulidade da totalidade do dispositivo ou da lei impugnada; pelo segundo, declara a nulidade de parte do texto impugnado e repleto de vício, sendo que a parte sã da norma permanece em plena vigência e; pelo terceiro, quando o texto permanece na sua integridade no ordenamento jurídico, só que com novo sentido imputado – como explicado no parágrafo anterior.

No que se refere à medida cautelar em sede de ADIn, cabe destacar um primeiro preâmbulo conceitual para a temática, sendo assim, medida cautelar significa uma modalidade de antecipação de tutela²⁵, que visa suspender o ato normativo até o julgamento final do plenário. Para isto, a parte autora deverá comprovar o *periculum in mora*²⁶ e *fumus boni iuri*²⁷.

Os requisitos para a sua concessão, segundo a jurisprudência do STF, são: a) plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*); b) possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*); c) irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e d) necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão. Alguns julgados referem-se à relevância do pedido (englobando o sinal de bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia o ato normativo) e à conveniência da medida, que envolve a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória. (GOMES, 2012). (*grifo do autor*).

A medida cautelar somente será concedida por decisão da maioria absoluta dos ministros, em plenário, onde será facultada oportunidade para sustentação oral à autoridade da qual emanou o ato, assim como da AGU e PGR. Somente em caso de justificada urgência e de dano irreparável, poderá o tribunal conceder a medida cautelar dispensando a escuta das autoridades mencionadas.

Lei 9.868/99

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22²⁸, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-

25 Antecipar os efeitos que normalmente adviria de decisão terminativa ao fim do procedimento, ou seja, fazer com que o objeto do pedido seja desde logo atendido, temporariamente, até a decisão definitiva.

26 Perigo da demora – quando a espera até a decisão final pode ser tardia em relação aos efeitos produzidos (em produção), não sendo possível a restauração ao *status quo ante*, ou ainda, a coisa pode se perder e o direito ser aniquilado.

27 Fumaça do bom direito – com isso se quer indicar que o pedido cautelar deve indicar ser o correto, estar revestido de indicativo ou indícios de ser o estado mais acertado da coisa ou do direito, assim, sendo presumido que ao fim do procedimento seja aquele entendimento (da medida cautelar) o conteúdo da decisão.

28 Quórum de oito ministros para julgamento.

Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

A medida cautelar concedida deverá ser publicada no Diário Oficial da União e no Diário de Justiça da União para obter validade e vigência, podendo assim produzir efeitos, que são *ex nunc*²⁹ e reprivatatórios³⁰.

Lei 9.868/99

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Não se admite pedido de reconsideração de medida cautelar dada. Contudo, quando indeferida pode ser reiterada a qualquer momento, motivada por fato ou fundamento novo.

6 | OS EFEITOS DA DECISÃO DO STF

Conforme previsão constitucional, a decisão do STF tem efeito *erga omnes*, ou seja, alcança a todos, seja pessoa física, jurídico, instituição ou órgão de Estado.

Constituição Federal

Art. 102.[...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

Após julgada a Ação, é comunicado o autor do ato normativo impugnado sobre a decisão: Lei 9.868/99, art. 25. “Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou

29 Efeitos da decisão somente a partir da data da decisão - para o futuro.

30 Trás novamente a vigência a legislação anterior.

ao órgão responsável pela expedição do ato”.

Ainda nesse sentido, a decisão do STF em ADIn é irrecurável, somente cabendo embargos de declaração³¹, conforme art. 26º da lei 9.868/99.

Lei 9.868/99

Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurável, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória³².

Falamos que os efeitos da decisão do STF em ADIn tem efeitos *extuncce erga omnes*. Contudo, é lícito a este tribunal fixar o momento o qual a decisão terá efeitos, ou ainda, modular os efeitos de sua própria sentença.

Lei 9.868/9

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, **restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.**

Art. 28. [...]

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, **têm eficácia contra todos** e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (**grifo nosso**).

Neste sentido, a decisão do STF tem força de “coisa julgada”³³, vinculando todos os órgãos e tribunais, menos a si mesmo, que poderá rever seu posicionamento a qualquer tempo.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho visou apresentar uma revisão sobre o instituto do controle de Constitucionalidade concentrado pela sua expressão no instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, para tanto, destacamos os principais vetores que norteiam o instituto, passando pela sua conceituação e principais núcleos teóricos e legais.

A ADIn é, portanto, um instrumento que visa sanar os ruídos que existem no ordenamento jurídico, restaurando sua pretensão de harmonia e lógica interna. O controle de Constitucionalidade é elemento central em todo ordenamento jurídico de matriz *civil*

31 É pedido que se interpela, requerendo que a autoridade que proferiu a sentença elimine obscuridade, omissão ou contradição. Na ADIn, somente o requerido e requerente podem interpor embargos de declaração, nem mesmo a AGU pode.

32 É ação que se propõe a desconstituir sentença transitada e julgada – existem situações específicas as quais este recurso pode ser utilizado.

33 Sentença transitada e julgada é aquela a qual não há mais recurso disponíveis para reavaliação da decisão.

law, onde as leis escritas são centrais e norteiam a regulação da vida social.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988.

_____, **Lei nº 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.

GOMES, William Akerman, **Ação direta de inconstitucionalidade: principais aspectos**, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20894/acao-direta-de-inconstitucionalidade-principais-aspectos#ixzz2kiJyfKkS>>, 2012, Acessado em: 15 de novembro de 2017.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, São Paulo: Editora Atlas, 2003.

STF – Supremo Tribunal Federal, **Glossário Jurídico**, Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/glossario>, Acessado em: 27 de novembro de 2013.

____ – _____, **Regimento Interno**, Brasília: STF, 2012, Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Maio_2013_versao_eletronica.pdf>, Acessado em: 27 de novembro de 2018.

VARELA, Bartolomeu, **Manual de Introdução ao Direito**, Praia: UNICV, 2011.

VAZ, Getúlio, **A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos para os atos administrativos**, Monografia apresentada na especialização em Análise e Controle de Constitucionalidade, promovido pela UNILEGIS - Universidade do Legislador em parceria com a UnB - Universidade de Brasília, Orientador: Gilmar Mendes, 2006.

A (IM)POSSIBILIDADE DE DISCUTIR LEI EM TESE EM AÇÃO POPULAR

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 26/04/2020

Fabiana de Paula Lima Isaac Mattaraia

Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

Ribeirão Preto – São Paulo

<http://lattes.cnpq.br/6734811585644440>

<https://orcid.org/0000-0001-9078-3763>

Sebastião Sérgio da Silveira

Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

Universidade de São Paulo – USP – Ribeirão Preto

<http://lattes.cnpq.br/7795231195922277>

<https://orcid.org/0000-0002-2773-4544>

RESUMO: A Ação Popular, instrumento genuíno de defesa de interesses transindividuais, representa arma jurídica para controle, pelo cidadão, de atos lesivos aos interesses constitucionais estabelecidos. Diante disso, buscou-se avaliar no presente artigo se atos normativos podem ser objeto de Ação Popular, bem como avaliar o controle de constitucionalidade nestes casos, se é permitido ou não. Observou-se que a jurisprudência atual considera via adequada para impugnação de atos normativos que são, em realidade, verdadeiros atos administrativos, desprovidos

do caráter de Lei, a ou seja, dos elementos de abstração e generalidade. Além disso, verificou-se que é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, desde este não seja o pedido da Ação Popular, mas uma consequência da mesma. Por fim, ficou evidenciado que há na jurisprudência julgados que extinguem a Ação Popular se restar demonstrado que sequer houve, pelo Autor, especificidade de caso contrato de lesão ao patrimônio público e à moralidade, sendo claramente utilizada para anulação de Lei, em usurpação à competência do Supremo Tribunal Federal para tanto.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Popular; Ato Normativo; Ato Administrativo; Constitucionalidade.

THE (IM) POSSIBILITY OF DISCUSSING LAW IN THESIS IN POPULAR ACTION

ABSTRACT: The Popular Action, a genuine instrument for the defense of transindividual interests, represents a legal weapon for the citizen's control of acts harmful to established constitutional interests. Therefore, we sought to evaluate in this article whether normative acts can be object of Popular Action, as well as to evaluate the constitutionality control in these cases, whether it is allowed or not. It was

observed that the current jurisprudence considers adequate way to challenge normative acts that are, in fact, true administrative acts, devoid of the character of Law, that is, the elements of abstraction and generality. Moreover, it has been found that an incidental declaration of unconstitutionality is possible, provided that this is not the request of the Popular Action, but a consequence thereof. Finally, it was evidenced that there is in the jurisprudence judged that extinguish the Popular Action if it is shown that there was not even specificity by the Plaintiff of a case contract of damage to public property and morality, being clearly used for annulment of Law, in usurpation of jurisdiction of the Supreme Court.

KEYWORDS: Popular Action; Normative Act; Administrative Act; Constitutionality.

1 | INTRODUÇÃO

A ação popular tem raízes no direito romano e destinava-se à defesa do direito do próprio povo, constituindo-se em genuíno instrumento de defesa de interesses transindividuais.

É a primeira forma de tutela dos interesses difusos, sendo expressão da legitimidade do povo para defender os interesses que exacerbavam os individuais, mas de toda sociedade.

No período de vigência das Ordenações Portuguesas impostas no Brasil, no período imperial e no início da República já existiam as ações populares. Por ocasião da Carta Constitucional Imperial (de 1824, primeira constituição brasileira), admitia-se ação popular a prevista no artigo 157 contra juízes e oficiais de justiça culpados por crimes de suborno, peita, peculato ou concussão.

Ainda, em relação à história da ação popular, com o advento do Código Civil de 1916, a doutrina posicionou-se no entendimento de que a ação estaria extinta, em virtude do teor do artigo 76, o qual condicionava o exercício do direito de ação a um “legítimo interesse econômico, ou moral”. Com a Carta de 1934, pelo seu artigo 113, parágrafo 38, a ação popular voltou a ser considerada, sendo novamente suprimida pela Constituição de 1937, retornando em 1946 com a Constituição Democrática através do artigo 141, parágrafo 38º, bem como regulamentada pela Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), sendo mantida nos textos constitucionais posteriores, até o de 1988, atual, tornando-se mais abrangente, através do dispositivo do artigo 5º, LXXIII.

A ação popular, portanto, é o primeiro instrumento de tutela de direitos coletivos na história do Direito, sendo que, qualquer cidadão é parte legítima para propô-la, no sentido de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, com isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Esta Ação representa verdadeira arma jurídica para controle, pelo cidadão, de atos lesivos aos interesses constitucionais estabelecidos.

Diante desse contexto, surge dúvida a respeito do objeto da ação Popular. Poderia uma Lei ser objeto de Ação Popular, ou estaria esta adstrita ao controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal?

O presente artigo visa responder referida pergunta, analisando jurisprudência atual sobre o assunto e de casos concretos que houve o debate jurídico em relação a esta problemática.

Inicia-se por uma breve explanação a respeito das condições e pressupostos da Ação Popular, com destaque para possibilidade de impugnar atos normativos, que na realidade são atos administrativos, contra a moralidade administrativa, e, posteriormente, analisando casos concretos em que houve recebimento da Ação Popular que visava impugnar ato normativo, cuja abstração e generalidade, inerentes a qualquer ato legislativo, não existiam, bem como com incidente de declaração de constitucionalidade do mesmo, sem considerar-se a via inadequada.

2 | PRESSUPOSTOS DA AÇÃO POPULAR:

A Lei 4.717/1965 tem a finalidade de garantir, a qualquer cidadão, o direito de pleitear em juízo pleitear *a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio* do Estado, conforme seu artigo 1º.

Portanto, o cidadão não pleiteará a anulação em nome de seu próprio interesse, mas de objeto tutelado pelo manto metaindividual, em nome do interesse de todos.

A respeito de condições e pressupostos da Ação Popular, Maria Sylvia Zanella (DI PIETRO, 2019, p. 996) menciona que além das condições da ação em geral, como interesse de agir, possibilidade jurídica e legitimidade para agir, são especificidades desta Ação a qualidade de cidadão no sujeito ativo (na qualidade de eleitor); a ilegalidade ou imoralidade praticada pelo Poder Público ou entidade de que ele participe e a lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Sobre o pressuposto da ilegalidade ou imoralidade, Di Pietro (2019. P. 997) destaca que muito ainda tem sido discutido sobre a possibilidade de a simples imoralidade constituir-se em fundamento da ação, sendo que a própria Constituição Federal, através de seu artigo 37, *caput*, o qual possui a moralidade como um dos princípios a que a Administração Pública está sujeita.

Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, 2019, ebook pos. 3271 de 12003 27%), em relação à discussão da moralidade administrativa como fundamento autônomo para a ação popular comenta interessante aspecto:

Temos para nós que a resistência ao controle da moralidade administrativa através da ação popular sempre esteve ligado ao temor de que esse contraste acabaria por abranger os atos discricionários da administração, ou seja, o próprio mérito do ato administrativo,

e no limite, se correria o risco de um superdimensionamento da intervenção jurisdicional, em detrimento do equilíbrio entre os Poderes.

O mesmo autor (MANCUSO, 2019, ebook pos. 4119 de 12003 35%) destaca a característica do autor da Ação Popular, mencionado que cada cidadão possui uma fração no direito geral à “boa gestão da coisa pública”:

De fato, se o art. 37 da CF diz que “a Administração Pública (...) obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, cabendo também ao Estado e à sociedade civil zelar pelo meio ambiente e pelo patrimônio cultural lato sensu (CF, arts. 170, VI, 216, § 1.º, 225), e sendo certo que “todo o poder emana do povo” (CF, art. 1.º, parágrafo único), segue-se que ante toda ameaça ou lesão a quaisquer desses deveres conjuntos do Estado e sociedade de que resulte lesão efetiva ou iminente ao erário ou patrimônio público poderá qualquer cidadão eleitor fazer valer em Juízo a tutela desse bem, valor ou interesse. Esse, nos parece, é o interesse material, ou interesse primário, que deflagra o interesse processual, impulsionador da ação popular. Qualquer cidadão pode afirmar tal contexto em juízo, porque cada cidadão tem, figurativamente, uma “quota” ou uma “fração” no direito geral à boa gestão da coisa pública.

E sobre a forma de postular tal intento, o mesmo autor (MANCUSO, 2019, ebook, Pos 4169 4181; 4193 de 12003 – 36%) comenta que haverá interesse de agir sempre que o postulante, na causa de pedir, tiver historiado uma lesão consumada (ou o premente risco: o justo temor de dano) a um dos interesses ou valores suscetíveis de tutela por esse tipo de ação, cuidando-se de um ato ilegal e lesivo ao erário, ao patrimônio cultural lato sensu, ao meio ambiente, não havendo que ter lesão necessariamente consumada, bem podendo ser temida (lesão virtual ou iminente):

(...) porque a CF vigente alçou ao nível de garantia constitucional a tutela cautelar (“lesão ou ameaça”: art. 5.º, XXXV), seja porque o § 4.º do art. 5.º da Lei 4.717/ 65 (acrescentado pela Lei 6.513/ 77) autoriza “a suspensão liminar do ato lesivo impugnado”, seja, finalmente, porque o Código de Processo Civil é de aplicação subsidiária ao processo da ação popular (art. 22 da LAP), o que autoriza a aplicação do poder geral de cautela (art. 798). O ora afirmado deve ser visto em conformidade com o disposto na Lei 8.437/ 92, que traz restrições à concessão de cautelares e liminares em ações contra atos do Poder Público, havendo menção à ação popular no § 2.º do art. 1.º e no § 1.º do art. 4.º. Sem embargo, já decidiu o STJ: “Ação popular–Liminar–Art. 1.º da Lei 8.437/ 92. O autor popular não litiga contra o Estado, mas, ao contrário, como seu substituto processual, razão pela qual a vedação de concessão de liminares, contida no art. 1.º da Lei 8.437/ 92, com audiência ou não do poder público, não se aplica às ações populares. Precedentes da Corte” (REsp 73.083, 6.ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.09.1997, DJU 06.10.1997, p. 50063).

Portanto, o autor, na Ação Popular, é substituto processual do Estado, não postulando interesse individual, mas em nome de todos. A sentença, por consequência da natureza desta ação, terá efeito *erga omnes*, conforme artigo 18 de referida Lei expressamente dispõe.

Estão sujeitos à Ação Popular, conforme artigo 6º, pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos da mesma.

A respeito dos atos nulos e anuláveis mencionados na Lei da Ação Popular, conforme artigos 2º e 3º, conforme comenta Di Pietro (2019, P. 997), são nulos os atos lesivos nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade; bem como anuláveis os atos cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo 2º, concernentes aos elementos do ato administrativo, como também em qualquer outro tipo de vício, ainda que estruturado nos termos no Código Civil, como os vícios referentes à capacidade e à manifestação de vontade (erro, dolo, coação, simulação e fraude).

3 | ATO ADMINISTRATIVO E ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE E ABSTRAÇÃO

A respeito da possibilidade de impugnação de ato normativo, através da Ação Popular, a lei em tese, que é a lei emanada do legislativo como norma geral, abstrata e obrigatória não pode ser impugnada por esta via processual.

E na jurisprudência atual tem sido mantido tal entendimento, sendo permitido, porém o ajuizamento de ação popular contra Lei de efeitos concretos ou sem caráter geral (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Conforme julgado do Recurso Especial nº. 776.848/RJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009), foi utilizado como fundamento a doutrina do Professor Hely Lopes Meirelles, a qual estabelece que, dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público, pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, ou seja, aquela que traz em si as consequências imediatas de sua atuação, como a que desapropria bens, a que concede isenções, que desmembra ou cria municípios, ensinando que estas são somente leis em sentido formal, pois materialmente se equiparam a atos administrativos, podendo ser atacadas por ação popular.

Além desta questão, a mesma obra utilizada na jurisprudência acima justifica que não seria supressão do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, conforme disposto pela Constituição Federal, artigo 102, I, “a” em razão do ato a ser puramente administrativo e contrário à própria Constituição, e, portanto, não haveria ato normativo, tampouco declaração de inconstitucionalidade do mesmo.

Não obstante, este entendimento necessariamente precisa de cognição exauriente na Ação Popular, em relação ao caso específico.

Por exemplo, observa-se o julgamento do Recurso Especial nº. 1.325.859-SP (DJE 23/04/2018), por meio do qual observou-se que norma municipal destinou especificamente determinado bem imóvel a uma única empresa, tendo sido entendida a ocorrência de desvio do interesse público e contrariedade aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa.

Ou seja, a norma a qual se buscava impugnar validade, possuía natureza, clara, de ato administrativo e não de ato normativo, passível de controle pela via da ação popular:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. LEI EM TESE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CARÁTER GENÉRICO DA NORMA.

1. Conforme a jurisprudência, descabe o ajuizamento de ação popular contra lei em tese, caráter que se extrai de dois elementos: abstração e generalidade.
2. No caso, entretanto, verifica-se a evidente ausência de generalidade da lei municipal objeto da ação popular, que destinou o bem à empresa específica.
3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1325859/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

A esta norma, a qual buscou-se impugnar, faltava generalidade, característica inerente à legislação, portanto, claro restou que tal ato poderia ser objeto da Ação Popular.

Ainda, em relação à eventual controle de constitucionalidade, destaca-se, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma ser possível a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* de lei ou ato normativo federal ou local em sede de ação coletiva, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir ou questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal. Observa-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC.

INOCORRÊNCIA. AÇÃO POPULAR. TAXA DE ILUMINAÇÃO. DECRETO.

ILEGALIDADE.

1. A Ação popular objetivando a suspensão da eficácia do Decreto Municipal nº 62/2003, a fim de excluir-se das faturas de consumo de energia elétrica dos contribuintes do Município de Resende/RJ o valor relativo à Taxa de Iluminação Pública, à falta de previsão legal tem cunho declaratório, máxime quando assentada em ato administrativo concreto.
2. A análise *incidenter tantum* e de forma difusa pelo juízo a quo da inconstitucionalidade do Decreto é passível de ser confirmada em agravo interno, máxime quando o *thema iudicandum* restou exaustivamente analisado pelas instâncias superiores.
3. O artigo 481, parágrafo único, do CPC dispõe que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.
4. In casu, o Tribunal assentou que “o Supremo Tribunal Federal tem posicionamento tranqüilo a respeito do tema, podendo ser citado o seguinte julgado: RE 233332/RJ, Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno (unânime), julgamento em 10.03.1999, DJ 15.05.99(...)” e a Súmula 670/STF, in litteris: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”.(REsp 437.277/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, DJ 13.12.2004) 9. Recurso especial desprovido.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE URBANO COLETIVO DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. CABIMENTO DA AÇÃO POPULAR. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ADMITIDA A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DO PLENÁRIO. OFENSA AOS ARTIGOS 480 E 481 DO CPC. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. 1. A insurgência das recorrentes cinge-se à possibilidade de o Tribunal a quo declarar, em Ação Popular, de forma incidental, por órgão fracionário, a inconstitucionalidade da Lei Municipal 5.432/2001, que concedeu serviços municipais de transporte público e de passageiro sem prévia licitação. 2. Sobre a necessidade de comprovação de dano em Ação Popular, é possível aferir que a lesividade ao patrimônio público é *in re ipsa*. **Sendo cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público**, a Lei 4.717/65 estabelece casos de presunção de lesividade, bastando a prova da prática do ato nas hipóteses descritas para considerá-lo nulo de pleno direito. 3. Ademais, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade em Ação Popular, “desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público”. (REsp 437.277/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13/12/2004). 4. A jurisprudência do STJ é de que, “nos termos do art. 481, parágrafo único, do CPC, ‘os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’. Conforme se verifica, a regra exceptiva exige o prévio pronunciamento sobre a questão pelo plenário (ou órgão especial) do respectivo tribunal ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, de modo que a existência de precedentes em casos similares que levaram em consideração a legislação de outros entes federativos, por si só, não é suficiente para afastar a cláusula de reserva de plenário” (REsp 1.076.299/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010.) 5. In casu, não podia o órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal 5.432/2001 sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade. 6. Recursos Especiais parcialmente providos para anular o acórdão recorrido e determinar que seja observado o procedimento previsto nos artigos 480 e seguintes do CPC. (REsp 1.559.292/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 23/05/2016) (g.nosso)

Neste último caso transcrito, expressamente foi mencionado que é cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público, bem como, não haveria supressão de competência, sendo a inconstitucionalidade causa de pedir, e não pedido, podendo ser feita de forma incidental nos autos da Ação Popular.

De outro vértice, verifiquemos exemplo de julgado de que a Ação Popular realmente foi considerada via inadequada, em virtude de impugnar verdadeira “lei em tese”:

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR (FIES). MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.827/99. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATOS LESIVOS. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO.

1. A ação popular foi proposta pelo recorrido, objetivando, em síntese, a declaração de extinção do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES; a nulidade de artigos da Medida Provisória 1.827/99 e de todos os atos administrativos correspondentes aos repasses ao Fundo, a partir de outubro de 1988 e a devolução

dos recursos indevidamente repassados. 2. Prequestionamento. Verifica-se a ausência do requisito indispensável do prequestionamento, viabilizador do acesso às instâncias especiais, acerca dos artigos 1º, 2º, 3º, 22, 23, 24 e 27 da Lei 9.868/99 (que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e ADC); 1º, 2º, 8º, 10, § 3º, 11 da Lei 9.882/99 (que dispõe sobre o processo e julgamento da ADFP). 2.1. Não houve discussão sobre a tese segundo a qual a prescrição poderia ter sido reconhecida de ofício por não se tratar de ação que envolva direitos patrimoniais, mas difusos ? artigo 219, § 5º, do CPC ?, bem como acerca da necessidade de haver prova da lesividade para a declaração de nulidade do ato objeto da demanda (ofensa ao art. 1º da Lei 4.717/65). 2.2. A recorrente deveria ter oposto embargos de declaração para que a Corte de origem emitisse juízo de valor a respeito de tais teses e dispositivos. Essa circunstância atrai a aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF. 3. Mérito ? **da impossibilidade jurídica do pedido da ação popular. Sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, a ação popular não se mostra a via adequada para a obtenção de declaração de inconstitucionalidade de lei federal, devendo haver a comprovação da prática de atos administrativos concretos que violem o erário público.** Precedentes. 4. **Na hipótese, o objetivo da ação popular não se relaciona a atos específicos, mas contra todo o sistema de repasse previsto nas normas pertinentes ao FIES, sem a especificação de um ato concreto lesivo ao patrimônio público, requisito exigido e necessário para se autorizar a sua impugnação por meio deste tipo de ação. Esse fato, por si só, afasta a possibilidade do cabimento da ação popular por equivaler à declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, em flagrante usurpação de competência do Pretório Excelso para efetuar o controle em abstrato da constitucionalidade das leis.** (REsp 1081968/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009)

Portanto, o que diferencia a adequação da via eleita, no caso, pela Ação Popular, é a discussão específica, e demonstração de caso concreto lesivo ao patrimônio público, e não a impugnação genérica do ato normativo ao qual busca-se declarar nulo.

Do contrário, haverá equívoco de competência para controle de constitucionalidade, e inadequação deste tipo de Ação.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos dos casos concretos apresentados, através de última pesquisa atual jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, observa-se uma abertura para o cabimento de Ações Populares, tanto do ponto de vista de fundamentação, no que tange a abranger a moralidade administrativa, mesmo sem comprovação efetiva do dano, quanto para afastar possíveis considerações de inadequação de via eleita, caso haja incidentalmente a declaração de inconstitucionalidade da Lei que se visa impugnar através da Ação Popular.

Observa-se que nestes casos o ato normativo, na realidade, o é somente formalmente, ou seja, é ato puramente administrativo, impugnável pela Ação Popular.

No entanto, ante a gravidade da fundamentação envolvida, e até para evitar supressão de competência do Supremo Tribunal Federal, ao Autor da Ação Popular cabe a demonstração específica de lesão ao patrimônio ou ao princípio da moralidade por meio do ato normativo, no sentido de demonstrar, claramente, que este é na realidade ato administrativo pelo desvio de sua finalidade.

Somente assim, diante de cada caso específico, poder-se-á admitir Ações Populares que buscam impugnar Lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946)**. Disponível em: In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm . Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916**. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm . Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Súmula 365. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2667>. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Recurso Especial nº. 1.325.859-SP (2011/0241974-0) DJE: 23/04/2018; Rcl 664, Tribunal Pleno, DJ 21-06-2002; Recurso Especial nº. 1.070.336/SSP, DJE 30/08/2010.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Recurso Especial nº. 776.848/RJ, DJE 06/08/2009.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=579434> Acesso em 06.08.2019

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. **Ação Popular** [livro eletrônico] / Rodolfo de Camargo Mancuso.--7. ed. rev., atual. e ampl--São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. 6 Mb ; ePUB ISBN 978-85-5321-547-8.

PAIVA. Alfredo de Almeida. **COMENTARIO AÇÃO POPULAR. INADMISSIBILIDADE CONTRA A LEI EM TESE**. O PRINCÍPIO DA DIVISÃO DE PODERES E A REVOGAÇÃO DA LEI. ATRIBUIÇÕES DO PODER LEGISLATIVO E DO PODER JUDICIÁRIO. Em Jurisprudência dos Tribunais. Comentário à ementa: AÇÃO POPULAR - INADMISSIBILIDADE CONTRA A LEI EM TESE - A ação popular se destina à apreciação da validade ou nulidade de atos administrativos. - O Poder Judiciário não pode, através de uma ação popular, suspender a aplicação de qualquer lei pelo seu exame em tese. - Interpretação do art. 141, § 38, da Constituição. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL Agravante: Américo Ribeiro de Araújo. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/13488/12385 . Acesso em 07.08.2019. Agravo de petição n. 3.840 - Relator: Sr. Desembargador BULHÕES DE CARVALHO. 19 de dezembro de 1952. – *Estúcio de Sá e Benevides*, Presidente. - *Francisco Pereira de Bulhões Carvalho*, Relator. - *Alberto Mourão Russel*.

AS DIFERENÇAS ENTRE BRASIL E ARGENTINA QUANTO À SUSCITAÇÃO PROCESSUAL DA PRESCRIÇÃO CIVIL

Data de aceite: 03/08/2020

Gilberto Fachetti Silvestre

Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

<https://orcid.org/0000-0003-3604-7348>

<http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>

Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques

Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

<http://lattes.cnpq.br/7550900774360494>

Tiago Loss Ferreira

Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

<http://lattes.cnpq.br/0731528987176134>

RESUMO: Trata-se de pesquisa sobre o regime jurídico civil e processual civil da Argentina e do Brasil quanto ao reconhecimento ou não da prescrição de pretensões civis *ex officio* pelo juiz. Tem por objetivo comparar a disciplina legal do ato processual de reconhecimento nos dois ordenamentos jurídicos e demonstrar em quais pontos se assemelham e se distinguem, para, ao final, concluir qual se apresenta mais condizente com a realidade processual do Brasil. Metodologicamente, a pesquisa utiliza de análise documental nos Códigos Civil e de Processo Civil do Brasil e da Argentina, análise de julgados argentinos que sejam paradigmas

ou precedentes naquele país, análise de julgados brasileiros posteriores a 2016 e revisão bibliográfica de amostras da literatura jurídica brasileira e argentina.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição. Reconhecimento *ex officio*. Código de Processo Civil brasileiro. Código Civil argentino.

THE DIFFERENCES BETWEEN BRAZIL AND ARGENTINA WITH REGARD TO THE PROCESSUAL APPRECIATION OF CIVIL PRESCRIPTION

ABSTRACT: This is a research on the civil and procedural legal regime in Argentina and Brazil regarding the recognition or not of the prescription of civil claims *ex officio* by the judge. It aims to compare the legal discipline of the procedural act of recognition in the two legal systems and to demonstrate in which points they are similar and distinguished, in order, in the end, to conclude which one is more consistent with the procedural reality of Brazil. Methodologically, the research uses document analysis in the Civil and Civil Procedure Codes of Brazil and Argentina, analysis of Argentine courts that are paradigms or precedents in that country, analysis of Brazilian courts after 2016 and bibliographic review of samples of Brazilian

legal literature and Argentina.

KEYWORDS: Prescription. *Ex officio* recognition. Brazilian Civil Procedure Code. Argentine Civil Code.

1 | INTRODUÇÃO

O poder de conceder tutela *ex officio* conferido ao juiz demonstra a importância da atuação do magistrado frente à tutela de interesses de ordem pública. A discussão desta pesquisa se refere à possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição de pretensões cíveis — ato que pode gerar a extinção de processos — e acerca da identificação ou não dessa imposição como lesiva de princípios fundamentais do direito processual brasileiro.

Essa pesquisa visa a fundamentar entendimentos perante o reconhecimento de ofício do instituto civil da prescrição no âmbito da ação judicial, durante a tramitação do processo e, também, comparar analiticamente a existência e a validade dessa questão nos ordenamentos jurídicos processual e material brasileiro e argentino. Visa, outrossim, estabelecer as bases gerais a partir de semelhanças e de diferenças do reconhecimento judicial da prescrição em ambos os ordenamentos, a partir de amostras de literatura jurídica e de julgados paradigmas que demonstrem as práticas atuais. Para tanto, trabalhará como discussão a análise comparada de formulações normativas da legislação processual e civil dos dois países.

2 | QUANDO PODE O JUIZ AGIR EX OFFICIO?

A interferência de ofício do magistrado no processo é explicada como um ato que se realiza sem a provocação das partes e demais interessados no processo, que ocorre por dever do juiz em sua atuação frente a questões de ordem pública. Logo, trata-se de um *poder-dever*, ou seja, é uma iniciativa própria do julgador em cumprimento obrigatório de um poder que a lei lhe confere; é o dever de exercer um poder que a lei lhe confere em relação a uma questão de ordem pública.

Embora tais atos passem a ideia de serem exceções à normal tramitação processual estabelecida no Código de Processo Civil, na realidade são devidamente expressos em formulações normativas do ordenamento jurídico. Assim, será garantida uma harmonia entre a previsão do contraditório e dos atos do juiz no contexto do sistema de cooperação, que está na base do processo civil.

Sobre essa relação entre o viés cooperativo do processo e o conhecimento de ofício, Fredie Didier Júnior (2017, p. 95) afirma que o “Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido”. Dessa maneira, o juiz deve demonstrar às partes e dar a elas a chance de se manifestar acerca da possível decisão oficiosa antes de proferi-la, conforme *caput* do art. 9º e art. 10 do

Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Entende ainda Fredie Didier Júnior (2017, p. 95 e ss.), que há no Brasil, após a vigência do atual Código de Processo Civil, essa instrução ao magistrado de retomar aos outros protagonistas do processo as identificações e os atos reconhecidos *ex officio* antes de sentenciar. Dessa forma, correlaciona a cooperação com os deveres do cargo de juiz.

A atuação judicial é pautada em diversos deveres baseados em princípios e em regras, nos quais se encontram uma série de atos que o juiz deve realizar por motivação própria em um processo: tratam-se dos atos de ofício. São hipóteses de interesse público pelas quais o magistrado age *ex officio*, ou seja, independentemente de pedido de uma das partes, em situações legais previamente estabelecidas que versão sobre questões de interesse público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 61), “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. Dessa maneira, a junção de interesses particulares em um sistema, corresponde ao interesse público.

As questões que despertam inquietude social em diversos indivíduos — ou seja, aquelas que afetam uma amplitude da população por conta de retratarem ideais que afetam os indivíduos em suas funções dentro da sociedade — são positivadas pelo legislador como aptas a um ato por ofício pelo magistrado. A partir dessa positivação, é conferida ao juiz a possibilidade(-obrigatoriedade) de agir cooperativamente sem provocação das partes e sem que isso viole o impulso oficial.

O Código de Processo Civil prevê as situações em que o juiz poderá agir oficiosamente. Os exemplos mais evidentes são o § 1º do art. 64, o § 3º do art. 292 e o *caput* do art. 370:

Art. 64 [...].

§1º. A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição

e deve ser declarada de ofício. [...].

Art. 292. [...].

§3º. O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. [...].

Portanto, são reservados os atos *ex officio* para o juiz em determinadas matérias entendidas pelo legislador como conjunto de interesses particulares que expressam necessidade de maior tutela jurisdicional.

Desse modo, tais questões recebem a classificação de interesse público porque o legislador as considera serem necessitadas de maior proteção do ordenamento jurídico.

3 | PODE O JUIZ DECRETAR A PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO?

A pretensão sobre direitos patrimoniais incumpridos não pode ser exercida *ad perpetuam*, indefinidamente, pois do contrário haveria uma verdadeira ameaça à segurança jurídica e à estabilidade das relações sócio-jurídicas (BARBOSA MOREIRA, 2002; TOMASEVICIUS FILHO, 2016). Nesse sentido, afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 715) que a prescrição se destina a “delimitar um lapso temporal, a fim de que sejam exercitadas as pretensões decorrentes da titularidade de determinados direitos subjetivos patrimoniais pelo seu respectivo titular”.

O direito subjetivo, em sua essência, é caracterizado pela perpetuidade, isto é, não será extinto nunca; o que se torna finita é sua exigibilidade, ou seja, o poder de exercer a pretensão de um direito subjetivo de natureza patrimonial descumprido (art. 189 do Código Civil) (NERY e NERY JR., 2015; SILVESTRE, 2017). Assim, o direito subjetivo incumprido persistirá, porém não terá mais exigibilidade — em juízo ou fora dele —, caso o titular do direito não o exerça no prazo previsto em lei. Logo, a prescrição interfere na imperatividade e na exigibilidade dos direitos subjetivos pelo transcurso do tempo.

O instituto da prescrição é essencialmente marcado pelo interesse privado. Porém, mantém uma estreita correlação com o interesse público, como demonstra Francisco Amaral (2014, p. 623):

Justifica-se a prescrição pela necessidade de paz, ordem, segurança e certeza jurídica. [...]. Pode-se assim dizer que, de modo geral, o que se protege é o interesse público, embora, de modo particular, se reconheça que a prescrição é imposta, tendo em vista, principal e imediatamente, o interesse do sujeito passivo e, secundária e mediamente, o interesse geral.

Em razão da existência desse interesse público, o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de o próprio juiz arguir e declarar oficiosamente a prescrição de uma

pretensão. (Evidentemente que sem olvidar do contraditório). Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno (2006, p. 105):

“Atuar de ofício” só pode ser entendido como a desnecessidade de o magistrado ser provocado por uma das partes (ou por um terceiro, aí entendido também o Ministério Público, quando atua na qualidade de fiscal da lei) para decidir, de uma ou outra forma, sobre uma ou outra questão. Esta desnecessidade de provocação anterior para decidir, contudo, não pode ser confundida com decisão precipitada, carente, distante ou indiferente aos elementos que se mostrem necessários para bem decidir. [...] O princípio do contraditório, mesmo sob as vestes de “colaboração” ou “cooperação”, deve reger toda atividade do Estado, inclusive do Estado-juiz. [...]. Na situação concreta em exame, de reconhecimento da prescrição, não há razão sequer para diferir a ampla aplicação do princípio em questão.

Ao se analisar a lei civil da Argentina, verificou-se que não é permitido o reconhecimento *ex officio* da prescrição e que, ainda, há momento para ser alegada pelas partes no processo, contendo, inclusive, previsão de possível preclusão (LÓPEZ HERRERA, 2007; BORDA, 1971; CIFUENTES y CIFUENTES, 2007; CAMELO, 2017). Nesse sentido, os arts. 2.552 e 2.553 do Código Civil y Comercial de la Nación assim prescrevem, *in verbis*:

Artículo 2552.- Facultades judiciales. El juez no puede declarar de oficio la prescripción.

Artículo 2553.- Oportunidad procesal para oponerla. La prescripción debe oponerse dentro del plazo para contestar la demanda en los procesos de conocimiento, y para oponer excepciones en los procesos de ejecución.

Como exemplo paradigmático da aplicação dessas previsões legais pode-se utilizar o seguinte julgado de 19 de outubro de 2017 da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (Bricka, Andrea Verónica c/ ANSeS s/ amparos y sumarisimos de 19/10/2017):

JUBILACIONES Y PENSIONES. RENTA VITALICIA PREVISIONAL. Haber mínimo garantizado por la Ley 24.241. PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA. IMPOSIBILIDAD DE APLICARSE DE OFICIO. Art. 2552 del CCyCN. Principio de congruencia. Se dispone que la integración del haber del beneficio de pensión se efectúe desde el otorgamiento de la renta vitalicia.

No Brasil, por sua vez, o Código de Processo Civil reconhece, no inciso II do *caput* do art. 487, o poder-dever do juiz de declarar *ex officio* a prescrição de uma pretensão deduzida em juízo:

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...];

II. decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição. [...].

Parágrafo único: Ressalvada a hipótese do § 1º do artigo 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: [...].

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. [...].

As normas destacam a vedação de decisões surpresa, pois, mesmo tendo o poder-dever de decretar a prescrição, o juiz deve, antes, oportunizar que as partes se manifestem, à exceção do § 1º do art. 332, que se refere às causas sem fase instrutória e nas quais o juiz averigua *in limine* a existência de prescrição, podendo, então, julgar liminarmente improcedente o pedido. Apenas como exemplo, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO MONITÓRIA RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO DECISÃO SURPRESA NULIDADE DA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – SENTENÇA ANULADA. 1- Os atos processuais que vierem a ser praticados a partir de 18 de março de 2016 devem observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/15 (exegese do enunciado administrativo nº 04 do STJ). 2- O dever de consulta estabelece a impossibilidade de o órgão jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado a manifestação das partes, mesmo que a matéria possa ser reconhecida de ofício. 3- No caso, o magistrado de primeiro grau reconheceu de ofício a prescrição, sem que o autor/apelante fosse intimado previamente a se manifestar. 4- Proferida decisão em violação ao princípio da não surpresa deve ser reconhecida a nulidade do pronunciamento judicial. 5- Apelo conhecido e provido, para anular a sentença, determinando o retorno dos autos ao juízo *a quo*. (TJES, Apelação Cível – APL nº. 00143633420098080048, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Wallace Pandolpho Kiffer, julgado em 05/02/2018).

E, ainda, diferentemente do que ocorre na Argentina, a alegação de prescrição não comporta preclusão, isto é, pode ser feita em qualquer grau de jurisdição e em qualquer momento do processo, conforme art. 193 do Código Civil:

Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

Sendo assim, desprende-se que em regra geral a prescrição não será reconhecida de ofício sem que haja um esclarecimento anterior às partes sobre a questão, para que assim seja concedido aos envolvidos no processo a chance de debate perante tal.

Assim, sistematizando as diferenças entre as experiências legislativo-jurídicas entre Brasil e Argentina quanto à suscitação processual da prescrição, tem-se:

	BRASIL	ARGENTINA
Interesse processual em torno da prescrição	Interesse privado das partes e interesse público da ordem social em manter a estabilidade das relações patrimoniais que se estenderam no tempo (objetivo de “pacificação” e segurança).	Somente interesse particular do réu (processo de conhecimento) ou do executado (processo de execução).
Reconhecimento <i>ex officio</i> pelo juízo da ocorrência da prescrição	É um poder-dever do juiz decretar a prescrição oficiosamente, desde que não caracterize decisão surpresa (art. 9º e 10 do Código de Processo Civil). É um “poder” porque é um comendo, um ato estatal-jurisdicional; e é um dever porque o juiz é obrigado a decretar a prescrição, já que se trata de uma matéria de ordem pública.	Proibido.

Momento processual da alegação de prescrição	Na primeira instância, a qualquer instante antes da prolação da sentença; e nos graus recursais (apelação, especial e extraordinário), a qualquer instante.	Somente na primeira oportunidade que o réu ou o executado têm para se manifestar: <ul style="list-style-type: none"> no processo de conhecimento: no ato de contestação; e no processo de execução: no ato de oposição de exceções. Passadas essas oportunidades, ocorre a preclusão e, conseqüentemente, não mais se poderá alegar a prescrição e a pretensão se torna novamente exigível.
A quem cabe alegar a prescrição	As partes, o Ministério Público (<i>custus legis</i>) e o juiz, uma vez que se trata de matéria sobre a qual recaem os interesses privado e público.	Somente a parte a quem a prescrição beneficia, isto é, o réu ou o executado.
Espeque normativo	Art. 189 e art. 193 do Código Civil c/c inciso II do <i>caput</i> do art. 487, § 1º do art. 332, <i>caput</i> do art. 9º e art. 10, todos do Código de Processo Civil.	Arts. 2.552 e 2.553 do Código Civil y Comercial de la Nación

4 | CONCLUSÃO

Observa-se que na Argentina há a expressa proibição da declaração de ofício da prescrição pelo juiz, de modo a haver um direcionamento de tal instituto à manifestação obrigatória pelas partes, constituindo uma hipótese mais relacionada com o interesse particular. Já no Brasil, por sua vez, o instituto se vincula ao interesse da ordem social em manter a estabilidade das relações jurídicas devidamente constituídas ou validadas.

Enquanto na Argentina o juiz é proibido de se manifestar sobre a matéria sem que haja a suscitação da parte que se beneficia pela prescrição, no Brasil é bem diferente: o juiz deve exercer o poder de decidir de ofício sobre prescrição. Em regra geral, no Brasil, o juiz deve comunicar às partes sua intenção, dando-lhes possibilidade de discussão e de influência perante o tema, a fim de evitar decisões surpresa e de harmonizar a cooperação processual mediante a prática efetiva do contraditório.

Diante disso, o tratamento conferido à prescrição pelas legislações do Brasil e da Argentina é diferenciado em questões específicas: enquanto os argentinos optaram pela vedação do reconhecimento de ofício pelo juiz da prescrição, o Brasil determinou a possibilidade de um reconhecimento de ofício apenas caso for efetivado junto aos demais agentes do processo em um amplo contraditório, com as possibilidades de manifestação e de influência entre eles sobre a questão.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Bricka, Andrea Verónica c/ ANSeS s/ amparos y sumarisimos* de 19/10/2017. Disponível em <https://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle_index2.asp?id=44581&base=14>. Acesso em: 30/04/2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 11. Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2002, pp. 67-78.

BORDA, Guillermo. *Obligaciones*. Tomo II. Buenos Aires: Perrot, 1971.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Vol. II. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARAMELO, Gustavo. El Código Civil y Comercial y la legalidad sustantiva argentina. In: *Lecciones y Ensayos*, n. 98, 2017, pp. 101-134.

CIFUENTES, Santos y CIFUENTES, Santos E. *Código Civil Comentado y Anotado*. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Tratado de la Prescripción Liberatoria*. Tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade; NERY JR., Nelson. *Instituições de Direito Civil*. Volume II, Tomo I. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Parte Geral do Código Civil brasileiro: princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e questões polêmicas. In: Alexandre Jamal Batista. (Org.). *Princípios, Cláusulas Gerais e Conceitos Jurídicos Indeterminados nos Institutos de Direito Privado – homenagem ao Professor Doutor Francisco José Cahali*. São Paulo: IASP, 2017, v. 1, p. 95-188.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O legado do Código Civil de 1916. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 111, pp. 85-100, jan./dez. 2016.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS: DESAFIOS NA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Data de aceite: 03/08/2020

Gabriela Araldi Walter

Escola Superior da Magistratura Federal do
Estado do Rio Grande do Sul

<http://lattes.cnpq.br/1352537662305244>

Jamille Ghislandi Almeida

Faculdades Estácio de Sá

<http://lattes.cnpq.br/9711123295974268>

RESUMO: Pretende-se neste artigo, por meio de pesquisas bibliográficas, elaborar um estudo acerca do requisito de admissibilidade do recurso extraordinário consistente na repercussão geral das questões constitucionais, inserido no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/2004. A partir disso, analisar-se-á quais desafios sua aplicação gera para a construção jurisprudencial, tendo em vista o caráter vinculante da *ratio decidendi* de precedentes emanados pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade, bem como a possibilidade da aplicação dos institutos do *distinguishing* e do *overruling* a partir do advento do Novo Código de Processo Civil. O método de abordagem empregado na pesquisa é o indutivo, pois parte-se de uma ideia particular para, ao final, obter uma resposta geral.

PALAVRAS-CHAVE: Repercussão geral; requisitos de admissibilidade; inafastabilidade da jurisdição; acesso à Justiça.

ABSTRACT: This article intends, through bibliographic research, to elaborate a study regarding the admissibility requirement of the extraordinary appeal, which is the general repercussion of constitutional issues, inserted in the Brazilian legal system through Constitutional Amendment no. 45/2004. Based upon that, the study analyzes the challenges its application creates for the jurisprudential construction, considering the binding character of the *ratio decidendi* of precedents emanated by the Supreme Federal Court, in the diffuse control of constitutionality, as well as the possibility of the application of the institutes of *distinguishing* and *overruling*, that were instated with the advent of the New Code of Civil Procedure. The approach method used in the research is inductive, since it starts from a particular idea to, in the end, obtain a general answer.

KEYWORDS: General repercussion; admissibility requirements; inafasability of jurisdiction; access to Justice.

INTRODUÇÃO

Muito antes do advento do instituto da repercussão geral, criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o ordenamento jurídico previa restrições substanciais à apreciação de recurso extraordinário, como a arguição de relevância da questão federal, insculpida no artigo 119 da Constituição de 1969. A obrigatoriedade da demonstração de relevância restringia-se a decisões que negassem vigência a tratado ou lei federal, ou concedessem interpretação divergente da que lhes fora dada por outro Tribunal, ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal arguição de relevância foi extinta com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que inovou, em seu artigo 105, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário por meio da criação do Superior Tribunal de Justiça, dedicado à análise da matéria de cunho federal.

Dessa forma, tornou-se função do Supremo Tribunal Federal dar interpretação, ampla e exclusivamente, às controvérsias constitucionais, exercendo um papel paradigmático na sua aplicação, como verdadeiro guardião do texto da Carta Magna e da integridade do direito pátrio, pois a Constituição de 1988 reservou-lhe, nas causas civis comuns, a função de aplicar as normas e princípios constitucionais, concedendo ao Superior Tribunal de Justiça o papel de proferir julgamentos acerca de temas infraconstitucionais.

Nota-se que a Constituição da República Federativa do Brasil, ao passo que diminuiu a quantidade de processos submetidos à análise do Supremo Tribunal Federal com a criação do Superior Tribunal de Justiça, garantiu novos direitos aos jurisdicionados. Com a democratização do acesso à justiça, o número de demandas levadas ao Poder Judiciário teve exponencial aumento.

Imaginou-se que, com a criação de mais uma instância superior, dotada de um corpo mais numeroso de ministros, e com competência para julgar casos relacionados à violação de tratados e leis federais, bem como divergências jurisprudenciais entre os tribunais inferiores, em âmbito infraconstitucional, a carga processual submetida ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal poderia ser drenada. É sabido que a prática se mostrou radicalmente diferente. Dessa forma, recorreu-se à criação de institutos que otimizassem o conhecimento dos recursos pelas Cortes.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 promoveu, dentre outras alterações, a inserção de novos institutos no ordenamento jurídico brasileiro, com o fito de garantir a celeridade processual e a uniformização da jurisprudência.

Dentre essas inovações, destaca-se a súmula de caráter vinculante. Prevista no artigo 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os verbetes exarados pelo Supremo Tribunal Federal visam obstar a repetição de procedimentos judiciais e administrativos, ordinariamente levados ao conhecimento do Poder Judiciário, objeto de reiteradas decisões da Corte Superior.

Em tempos recentes, outra importante ferramenta foi acrescida ao universo jurídico brasileiro a fim de promover a uniformização da jurisprudência, em atenção ao mandamento do artigo 926 do novel Código de Processo Civil. Com o fito de obstar recursos sobre matérias debatidas exaustivamente nas Cortes Superiores, o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR – vem disposto nos artigos 976 e seguintes daquele diploma.

O IRDR suspende o trâmite de processos que versam a respeito de idêntica questão unicamente de direito, que apresente risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Com a instauração do incidente, todos os processos em curso são sobrestados, a fim de se proferir, nos limites da jurisdição do instaurador, decisão uniforme.

Dentre as ferramentas processuais introduzidas no direito processual civil brasileiro neste século, muito se debateu acerca do instituto da repercussão geral, tema deste estudo. No âmago da Reforma do Judiciário de 2004, promovida pelo advento da Emenda Constitucional n. 45, firmou-se obrigatória a demonstração de repercussão geral das questões constitucionais para apreciação de recursos ao Supremo Tribunal Federal. Sua implementação na prática forense se deu somente em 2007, com a Lei n. 11.418/2006, bem como com a promoção das alterações no regimento interno da Suprema Corte.

REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS

A Suprema Corte brasileira é composta por onze ministros, imbuídos, dentre outras atribuições, do julgamento de recursos extraordinários. O artigo 102, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, após a inovação realizada pela Emenda Constitucional n. 45, dispõe que, no recurso extraordinário, o recorrente deve demonstrar a existência de repercussão geral das questões constitucionais, a fim de que o tribunal examine sua admissão, podendo recusá-lo ante a manifestação de 2/3 (dois terços) de seus membros.

No ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça investigou o volume de processos em curso no país e produziu o Relatório Justiça em Números. Dos noventa e nove milhões e setecentos mil processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro em 2014, o montante de noventa e um milhões e novecentos mil encontrava-se no primeiro grau de jurisdição, totalizando 92% da demanda.

Torna-se insustentável que o sistema judicial atual permita o trâmite desse vultoso número por todas as instâncias da jurisdição, sem atingir solução satisfativa, razão pela qual esforços foram envidados pelos legisladores, criando-se mecanismos de otimização do fluxo de recursos para os Tribunais, tal como o requisito da repercussão geral das questões constitucionais.

Notadamente, a inserção do requisito da repercussão geral, indispensável à admissibilidade do recurso extraordinário, somada à atribuição de efeito de caráter vinculante aos precedentes, demonstram a preocupação do legislador em ofertar

instrumentos para diminuição do número de recursos levados ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal – STF, a fim de fomentar a celeridade na prolação de decisões judiciais e ofertar, por conseguinte, maior segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade dos julgamentos.

Com o requisito de admissibilidade, a Emenda Constitucional n. 45/2004 possibilitou ao STF restringir-se, no controle difuso de constitucionalidade realizado em sede de recurso extraordinário, ao julgamento de questões dotadas de maior relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, a fim de obstar o exame de causas que unicamente postergam e impedem a prestação da jurisdição constitucional, oriundas, não raras vezes, do mero inconformismo das partes.

O legislador infraconstitucional, de outra banda, limitou-se a reproduzir os preceitos constitucionais no corpo do Código de Processo Civil, a teor do § 1º, do artigo 1.035 deste diploma. Contudo, não houve a conceituação objetiva e delimitada do instituto, caracterizando verdadeiro conceito jurídico indeterminado, já que visa permitir ao julgador o exame das peculiaridades da situação concreta.

Portanto, ao assumir a postura de verdadeiro filtro recursal, o requisito permite ao Supremo Tribunal Federal limitar-se ao julgamento das questões com efetivo poder de repercutir no ordenamento jurídico. Dessa forma, se exige da promoção do exame de temas desprovidos do requisito, embora formal e substancialmente aptos a serem admitidos e até mesmo a ter julgamento favorável.

A fim de aclarar a definição deste conceito jurídico indeterminado, parâmetros foram estabelecidos pela jurisprudência e acrescidos ao ordenamento jurídico por meio da legislação, como o artigo 1.035, § 3º, do Código de Processo Civil, que dispõe que há repercussão geral no acórdão contrário a teor de súmula ou de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ainda que a seja a matéria de fundo absolutamente desprovida de impacto social, o acórdão tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos, ou ainda, tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

O ônus da demonstração da existência de repercussão geral é do recorrente. O pleito recursal extraordinário será interposto perante o Presidente ou Vice-presidente do tribunal recorrido. Contra-arrazoado, será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal para a conferência da admissibilidade, e, posteriormente, do mérito recursal.

Verificada a existência da repercussão geral, promove-se a análise por amostragem, na qual, julgado o recurso representativo, caberá ao Presidente ou Vice-presidente o julgamento dos recursos sobrestados. Quando o Pretório Excelso nega provimento ao mérito de recurso extraordinário representativo da controvérsia, pode declará-lo prejudicado, considerando automaticamente inadmitidos os pleitos suspensos, nos termos do artigo 1.039, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Não reconhecida pelo STF a existência de repercussão geral, os casos com matéria

idêntica sobrestados anteriormente na origem restarão inadmitidos. Igualmente, pode a Corte exercer juízo de retratação, mantendo decisão anterior, dando provimento ao *leading case*. Decidido este *leading case*, podem os órgãos colegiados declarar prejudicados os recursos sobre idêntica controvérsia, ou aplicar a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, ventila o artigo 1.040 do Código de Processo Civil que, publicado o acórdão paradigma, o Presidente ou Vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior.

Nesse viés, segundo dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça, até a data de 21 de junho de 2017, novecentos e noventa e cinco mil e setenta e seis processos foram sobrestados nos tribunais de origem para aguardar o julgamento de *leading case*. É plausível crer que grande volume dessas ações cumpriria os requisitos de admissibilidade recursal. Contudo, não foram submetidas ao julgamento da Suprema Corte de forma direta, e tampouco serão.

Dessa forma, percebe-se que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *leading case*, ante a dotação de efeito de caráter vinculante, firma verdadeiro precedente jurisprudencial a ser seguido em caráter obrigatório pelos demais tribunais e juízes. O magistrado se vê privado de parcela da sua jurisdição ao se restringir à obediência do entendimento jurisprudencial anterior, tendo em vista que o objetivo precípuo da instituição do efeito vinculante é o prestígio à jurisprudência.

Tais disposições legais expõem, destarte, a imprescindibilidade de que os tribunais promovam a construção e a manutenção do sistema de precedentes judiciais, como enunciados jurisprudenciais dotados de efeito vinculante.

Isso porque se preocupou o legislador infraconstitucional com a coerência e estabilidade da produção jurisprudencial emanada dos órgãos do Poder Judiciário, razão pela qual o artigo 927 do Código de Processo Civil enumerou os precedentes dotados de força vinculante. Nesses casos, a *ratio decidendi* existente na fundamentação do julgado possui observância obrigatória.

Dispõe o enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “as decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do artigo 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

A obrigatoriedade de vinculação das Cortes ao entendimento firmado no precedente é pacífica desde o ano de 1898, quando, no caso *London Tramways v. London County Council*, a *House of Lords* entendeu-se que uma Corte não poderia contrariar a sua decisão pretérita em julgamentos a respeito de idêntico caso no futuro (TUCCI, 2004, p. 161).

Em vista disso, a fim de garantir a estabilidade e coerência da jurisprudência, a decisão judicial tomada à luz do caso concreto deve ser o elemento normativo diretriz em julgamentos posteriores de casos análogos. Dessa maneira, o precedente divide-se

em: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, b) tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório, c) argumentação jurídica em torno da questão.

A *ratio decidendi* é, em suma, o fundamento jurídico base da decisão, composta pela indicação dos fatos relevantes da causa, raciocínio lógico-jurídico formulado no caso concreto e o juízo final decisório. Por isso, é na razão de decidir que reside o efeito vinculante ou persuasivo do precedente.

Os argumentos expostos sem dotação de força vinculativa, emanados a título de complemento do raciocínio, ou mero argumento opinativo na decisão são os *obiter dicta*, e caracterizam tão somente elementos de persuasão.

A separação do argumento principal (*ratio*) dos periféricos (*dicta*) constitui questão de relativa complexidade, uma vez que é intrínseca à subjetividade do juiz.

Todavia, DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA (2016, p. 210) esclarecem que “a possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais”. Uma jurisprudência uniforme, embora ideal à garantia da segurança jurídica, não implica necessariamente em um ordenamento jurídico engessado, inerte às mudanças fáticas e jurídicas, e insensível às minúcias do caso concreto.

Nesse ponto, o Código de Processo Civil de 2015 inovou e garantiu a possibilidade do reconhecimento do *overruling*, instituto até então inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, ao dispor no § 7º do artigo 1.035 que “da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno”.

A técnica garante a revogação integral do precedente ante a sua substituição, por decisão devidamente fundamentada. O magistrado apresenta razões para deixar de seguir um *leading case* e, com isso, pavimenta os caminhos para a construção de um novo posicionamento.

O instituto pode ser aplicado quando determinado precedente se encontra obsoleto em relação ao atual contexto social, revela-se injusta a sua aplicação ou inexecutável sua realização prática. É imperativo que haja clara fundamentação subsidiando o *overruling*.

Em semelhante tese, a lição consagrada no Enunciado n. 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe: “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”.

Dessa forma, o legislador estabeleceu na elaboração do novo código que os precedentes jurisprudenciais são produto da cuidadosa análise promovida pelos magistrados para distinção da *ratio decidendi* e *obiter dictum*, a fim de constatar com efetividade qual será o conteúdo realmente vinculante.

A garantia do *overruling*, implantada no ordenamento jurídico com o advento do Código de Processo Civil de 2015, é tão importante para a estabilização da jurisprudência

quanto à existência do próprio filtro recursal da repercussão geral, pois, a princípio, percebe-se que o efeito vinculante, em análise hermenêutica, embora vise à solidificação da jurisprudência, restringe, por outro viés, o universo interpretativo das partes e dos juízes, uma vez que ficam cingidos à interpretação prévia emanada do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, em razão do precedente emanado pelo Supremo Tribunal Federal possuir natureza eminentemente vinculante (*binding precedent*), tendo em vista que vinculará verticalmente os órgãos *a quo*, a ponto de perderem a autonomia de posicionamento diante do caso concreto, pode-se inferir que a implementação do requisito de admissibilidade da repercussão geral merecia maiores cautelas pelo legislador ordinário.

O pleito recursal materializado por intermédio do recurso extraordinário é, por excelência, elemento de proteção à democracia e ao texto da Constituição Federal de 1988. Qualquer que seja a ofensa ao seu teor, por ínfima que aparente ser, deve ser levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, e, ao cabo, sanada.

A jurisprudência, por outro lado, é concebida como conjunto de constantes e reiteradas decisões dos tribunais postergadas no tempo, e a concretização do amadurecimento de teses jurídicas em determinado período histórico. Por isso, é nela que transparece a situação social, jurídica e política da época. Deve, portanto, manter-se estável, a fim de garantir a segurança jurídica, sem resvalar, entretanto, na imutabilidade.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, surge a possibilidade do *overruling*, por intermédio da interposição do agravo interno, enquanto o requisito da repercussão geral mostra-se aplicável desde a regulamentação ocorrida pela Lei n. 11.418/2006, o que pode ter acarretado, neste ínterim, grave afronta ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, pois, caso a decisão recorrida tivesse teor contrário ao posicionamento sumulado ou acórdão, o relator deveria negar provimento ao recurso.

Ademais, a possibilidade da interposição do recurso de agravo interno poderá obstar o efeito da celeridade processual almejada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 na criação da repercussão geral, na hipótese de mera protelação diante do sobrestamento. O julgamento do recurso criará, tão somente, uma nova etapa, anterior à análise do mérito. Dessa forma, ocasiona-se a demora na solução do litígio, sem que se fomentem discussões, tampouco produzindo o aprimoramento das teses jurídicas.

O retardo da marcha processual, no caso da interposição de recurso meramente protelatório, somado à possibilidade de contradição entre tribunais, por divergência de posicionamento, na análise do agravo interno, esvazia a essência do instituto da repercussão geral, instituído com o fito de proporcionar celeridade processual e, especialmente, uniformidade das decisões judiciais.

Por outro lado, a revogação do precedente garante a manutenção dos precedentes vigentes, pois exige maior esforço argumentativo da parte litigante na interposição do recurso, bem como do órgão julgador, e possibilita a concretização da oportunidade

de o STF alterar o seu posicionamento. Deste modo, afasta a aplicação automática do precedente constitucional pelos tribunais, no episódio dos recursos sobrestados.

Resta, por consequência, o aprimoramento na formulação das teses jurídicas pelos tribunais, a ponto de concretizar o respeito ao posicionamento emanado pelo Supremo Tribunal Federal sem a necessidade da criação de institutos imbuídos de efeito vinculante.

Além disso, a concretização prática do *overruling*, por ser tão recente no ordenamento jurídico, revela-se importante para o fomento do debate. É mister que se analise criteriosamente o caso concreto, a fim de aferir a imprescindibilidade da revogação, sob pena de, aplicando-o indiscriminadamente, banalizá-lo e enfraquecê-lo.

Nesse viés, o requisito de admissibilidade da repercussão geral, tal como posta hodiernamente, poderá influenciar negativamente na produção jurisprudencial brasileira, pois acarretará mácula ao acesso à justiça, e condescendência com decisões em desconformidade com o texto constitucional, quando, embora existente a afronta às disposições da Carta Magna, não refletirem as questões de maior relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e, ainda, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, e, dessa maneira, forem aptos a ser submetidos ao julgamento do Supremo Tribunal Federal.

A doutrina de CUNHA (1999, p. 100), neste sentido, explana:

Ao invés do acesso amplo à justiça – previsto como direito fundamental pela Constituição de 1988 – e da coextensão entre o processo constitucional e os direitos e garantias constitucionais, passou-se a adotar, como princípio fundamental na organização judiciária, a diminuição do volume dos processos submetidos à sua apreciação. Eliminar os processos, ao invés de decidir os litígios, transformou-se na preocupação predominante, principalmente nas cortes superiores. Passaram-se a louvar, como comportamento virtuoso, técnicas para eliminar processos tidos como repetitivos ou mal concebidos. O direito das partes? Ora direito das partes. Estas passaram a ser presumidas como litigantes de má fé, seus advogados como escroques. Com o que ganharam, os pretórios, o suporte moral de que precisavam para que comportarem como a mula de Tales. Situou-se no grande número de recursos a responsabilidade pela morosidade da justiça. Como se não fosse o Supremo Tribunal Federal, via poder legislativo, o responsável pela criação de novos e arvezados recursos, a cada vez que se inventara um novo óbice ao recurso extraordinário. Eis que agora, com as sinuosidades da repercussão geral, alcança-se a perfeição, a apoteose da irracionalidade.

Percebe-se, dessa maneira, que devido ao objetivo precípua de celeridade processual, uniformidade jurisprudencial e diminuição de pleitos recursais, para fins de evitar decisões conflitantes entre tribunais, o Supremo Tribunal Federal esquivou-se de realizar a análise do recurso extraordinário, embora possa existir manifesta afronta ao texto constitucional.

A regra de vinculação do precedente ingressou no ordenamento jurídico inspirada nos parâmetros do sistema norte-americano. No *writ of certiorari*, a Suprema Corte daquele país restringe-se à análise de um número pré-determinado de questões: cerca de oito mil pedidos são submetidos a seu crivo anualmente. Apenas os mais relevantes temas vão a julgamento, cerca de oitenta processos anuais.

No contexto brasileiro, muito além de mero numerário, os litígios levados ao

conhecimento do Supremo Tribunal Federal representam o baixo grau de concretização das políticas públicas constitucionalmente prometidas aos cidadãos, bem como sinalizam a parca efetividade dos direitos e garantias fundamentais trazidas pela Constituição da República.

Colhe-se dos dados expostos no site do Supremo Tribunal Federal que em torno de 50% (cinquenta por cento) dos pleitos recursais levados à Suprema Corte envolvem o Estado como litigante. É possível inferir que uma expressiva parcela nesse montante de feitos deve-se, sobretudo, à litigância protagonizada pela Fazenda Pública, revelando a inadimplência estatal no cumprimento de suas obrigações.

A instituição do efeito vinculante, por intermédio da existência do requisito de admissibilidade, e notadamente em razão do precedente reconhecedor da inexistência de repercussão geral, leva a crer que o modelo de Suprema Corte brasileiro mostra-se concebido para julgar um número restrito de recursos.

Todavia, em consequência do monopólio estatal da jurisdição, e devido à amplitude do direito de defesa e à garantia do acesso à justiça protegida solenemente pelo texto constitucional de 1988, a instituição de barreiras que obstem acesso à Corte revela-se incompatível com a recente democracia brasileira e denuncia a precariedade da aplicação prática dos direitos fundamentais.

As palavras CUNHA (1999, p. 210) traduzem seu entendimento:

Um modelo de Suprema Corte concebido para julgar apenas mil processos por ano só serviria para um sistema que produzisse não mais de mil arguições de inconstitucionalidade por ano. Consequência do monopólio estatal da jurisdição e da proibição da justiça de mão própria é a coextensão entre direitos e ações. A amplitude de defesa é princípio pré-processual, coincidente com o do acesso ao judiciário, que veda a denegação de justiça. Cláusulas impeditivas de recursos, arguições de relevância, exigências nominalistas de prequestionamento explícito são artifícios que agridem esse princípio. A lei deve sancionar o litigante de má fé, mas a má fé do recorrente ou do seu advogado não se presumem. O judiciário deve respeito a quem nele põe confiança, ainda que vã ou romântica a esperança de vencer. É dessa confiança que nasce a sua autoridade. não fosse assim, o judiciário não se prestaria à realização do Direito, mas à legitimação do poder. Afinal, tudo se resume em saber se o Brasil deve adequar-se às dimensões do seu judiciário, ou se o judiciário deve adequar-se às dimensões do Brasil.

Dessa forma, a efetividade das normas constitucionais brasileiras não poderá ser negada sob o subterfúgio de celeridade processual pois, muito embora o deslinde dos feitos possa se perpetuar por décadas, a mácula à Constituição da República não deve se manter isolada e ausente do conhecimento do Pretório Excelso.

Colhe-se dos dados expostos no site do Supremo Tribunal Federal que, até maio de 2017, quatrocentos mil, seiscentos e vinte e cinco processos foram atingidos pelos julgamentos definitivos de repercussão geral, seja por decisão reconhecidora de inexistência de repercussão geral, seja por julgamento de mérito proferido em temas com repercussão geral reconhecida.

É possível inferir que a atribuição de efeito vinculante ao precedente oriundo da

Suprema Corte, na análise da admissibilidade do recurso extraordinário, orienta e vincula a formação da jurisprudência dos tribunais. Aponta-se que é possível concluir pela formação de uma falsa segurança jurídica, ao passo que, se de uma banda se evita o julgamento contraditório sobre idênticas teses por diferentes juízes, por outro lado, obsta-se a análise crítica e discussão do posicionamento.

A conclusão pela inexistência de repercussão geral afasta nova análise da temática debatida anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, ante seu caráter eminentemente vinculante. Assim, há verdadeiro enfraquecimento do debate, e, por conseguinte, engessamento da produção jurisprudencial diante da sua imutabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando o Estado legisla primando pela retidão, coerência e estabilidade de sua jurisprudência, está a zelar pela segurança jurídica de todos, promovendo um ordenamento capaz de funcionar sistematicamente, efetivando a Justiça ao fornecer soluções às lides apresentadas por seus jurisdicionados.

Entretanto, com a inserção do efeito vinculante no rito de julgamento de feitos repetitivos no ordenamento pátrio, delimitou-se a fixação das teses, por intermédio dos precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, pode-se inferir que o conhecimento de novos posicionamentos jurídicos imbuídos no recurso é obstado, por respeito à jurisprudência estática e imutável formada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ignora-se, dessa forma, a ocorrência de ofensa ao texto constitucional, esquivando-se a Corte de seu papel de suprema julgadora e protetora de direitos e garantias fundamentais. Por privilegiar a celeridade e a uniformidade, por vezes o pleito do cidadão, merecedor de soluções jurisdicionais para seus conflitos, acaba por se ver injustamente desamparado, barrado pela Guardiã da Constituição.

Diante disso, pautada no subterfúgio da celeridade processual e uniformidade da jurisprudência, instituiu-se no Brasil a gama de mecanismos oriunda do *stare decisis*, sem atentar-se às peculiaridades intrínsecas e ao contexto vivido por países de tradição do *common law*.

Aponta-se a necessidade de que não se enfraqueça a garantia constitucional de acesso à justiça em função de barreiras impostas unicamente por um sistema que não previa receber tamanha demanda. Os direitos e garantias fundamentais não podem ser encarados como meras promessas vazias, desprovidas de efetividade, sob pena de considerar-se a Constituição simples pedaço de papel eivado de promessas vãs.

É imperativo que se dê uma efetiva solução às lides levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, sem que resvalém em barreiras segregatórias. Dar, sim, efetividade e celeridade ao sistema jurídico, por meio dos institutos que solucionam satisfativamente

demandas repetitivas, mas permitir que aqueles que têm direito a um julgamento pelas mais elevadas Cortes de fato o recebam, realizando-se e efetivando-se verdadeiramente a justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63-99.

BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil: recursos e processo de execução**. 2 ed. atual. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 322**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/informativoSTF.asp>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Impacto da repercussão geral**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=impactorg>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados estatísticos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em 2 jul. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Painéis CNJ**. Disponível em: <http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_\painelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true>. Acesso em 5 jul. 2017.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 553-674.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado : questões processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito de processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. **Frequently Asked Questions**. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/faq_general.aspx>. Acesso em 5 jul 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância? *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 168-180.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. **Repercussão geral das questões constitucionais e as suas consequências para o julgamento do recurso extraordinário**. 2009. 383 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 181-206.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. A eficácia vinculante no recurso extraordinário. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 349-376.

“UTILITARISMO NORMATIVO”: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS INFLUÊNCIAS NO PROCESSO CIVIL

Data de aceite: 03/08/2020

Maria Izabel Pereira de Azevedo Altoé

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim
– FDCI
Fundação Getúlio Vargas
Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)
Cachoeiro de Itapemirim/ES
<http://lattes.cnpq.br/1284400023189220>

Milton Junior Barros Araujo

Faculdade Metropolitana São Carlos - BJI
Universidade Estadual do Norte Fluminense
Darcy Ribeiro - UENF
São José do Calçado - ES
<http://lattes.cnpq.br/8063120421791549>

RESUMO: Constata-se a emergência de um estágio metodológico do direito processual civil capaz de superar as visões tradicionais e de trazer uma justificação do processo de forma a evidenciar uma racionalidade filosófica autônoma em relação ao direito material. Seu referencial teórico se alargou no utilitarismo de normas, por intermédio do qual se constrói o método processual consequencialista-pragmático. Contudo, a crítica à racionalidade utilitarista é complexa na medida em que existem diferentes registros do utilitarismo: sobretudo, aqui, enfoca-se o utilitarismo de ato e de regras, mostrando como este último repercute

diretamente nas normas institucionais, tal qual as do processo civil. Por último, registra-se que não se prescinde de outros carizes, mormente a carga axiológica advinda da necessidade de um processo democrático e que garanta direitos individuais, apenas, reforça-se o impacto do utilitarismo para a fase metodológica do instrumentalismo processual em uma verdadeira linguagem descritiva de uma realidade metodológica que mais perdura na ciência processual hodierna. *Com isso, coteja-se existe um único critério filosófico de justiça?*

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia, utilitarismo de ato e de normas e fases metodológicas do processo.

ABSTRACT: There is the emergence of a methodological stage of civil procedural law capable of overcoming the traditional views and bringing a justification of the process in order to highlight an autonomous philosophical rationality in relation to material law. Its theoretical reference has been extended in the utilitarianism of norms, through which the consequentialist-pragmatic procedural method is constructed. However, the critique of utilitarian rationality is complex insofar as there are different registers of utilitarianism: above all, the utilitarianism of act and rules is focused on, showing how the latter has a direct impact on

institutional norms, such as those in the civil process. Finally, it is noted that other aspects are not dispensed with, especially the axiological burden arising from the need for a democratic process and guaranteeing individual rights, only reinforces the impact of utilitarianism for the methodological phase of procedural instrumentalism in a true language. description of a methodological reality that endures most in today's procedural science. *With this, is there a single philosophical criterion of justice?*

KEYWORDS: Philosophy, utilitarianism of act and norms and methodological phases of the process.

1 | INTRODUÇÃO

O direito processual civil pátrio, em sua singularidade, ao mesmo tempo em que continua guiado por certas construções teóricas herméticas, sobretudo, influenciado pelo paradigma científico-racionalista que lhe deu origem, dá fortes sinais de desapego, exibindo soluções, em todos os níveis, mais ditadas pela experiência e pelo compromisso com resultados operacionais.

Desse modo, com a alteração de valores sociais e o surgimento de novas temáticas relevantes para a sociedade, cabe aos Poderes Legislativo e Judiciário disporem a respeito da legalidade de novas condutas. Neste diapasão, conquanto o direito positivo não dê conta de regular por completo tais questões, a Filosofia, especialmente por meio de teorias acerca da Justiça, constitui importante instrumental crítico para guiar a solução desses temas.¹

O presente estudo, ao explorar a concepção filosófica utilitarista²⁻³, mostra-se

1 Existem critérios construtivos de ordem superior para determinar a importância adequada de princípios concorrentes da justiça." Rawls, John. Uma teoria da Justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo. 1997. Pág. 36.

2 A reflexão filosófica utilitarista se desenvolveu, no século XVIII, na Grã-bretanha como primeira escola de pensamento filosófica do mundo anglo-americano. Diferentemente de outros filósofos anglófonos, como Bacon, Hobbes e Locke, os utilitaristas, reunidos em torno de Jeremy Bentham, formularam um conjunto de teses, nomeadamente o princípio da utilidade e o consequencialismo, os quais constituem o cerne do pensamento utilitarista. O Utilitarismo, este assomou, entre outros fatores por agora deixados de parte, enquanto oposição a uma Deontologia. Aliás, este termo fora cunhado pelo próprio Bentham, certamente para que não tivesse de apontar a pena de sua crítica a um "inimigo" ao qual parecia faltar um nome – qualquer teoria que apresentasse uma orientação para adequar a conduta ao que se deve fazer (what is fit to be done). O fundador do Utilitarismo cunhava: A Deontologia [...] significa o conhecimento do que é certo ou apropriado; e é aqui especialmente aplicada ao tema da moral, ou àquela parte do campo de ação que não é objeto de legislação pública. Como uma arte, é o fazer o que é adequado ser feito; como uma ciência, é saber o que é adequado ser feito em todas as ocasiões. Ao invés, o Utilitarismo dirá que o critério para avaliar a moralidade das ações será a conformidade com as suas melhores consequências previsíveis, o que vem a confirmar, o Utilitarismo como uma teoria consequencialista, em oposição à Deontologia, no seu caso, designando a utilidade das consequências previsíveis da ação como critério moral. (BENTHAM, 1979, p.21)

3 Pomos aqui a tônica nas dificuldades inerentes à articulação entre três registros do utilitarismo: o do utilitarismo prático, o do utilitarismo teórico (ou cognitivo), e, finalmente, o do utilitarismo normativo (ou filosófico), apresentando-se cada um destes três registros segundo, pelo menos, duas modalidades, ou mesmo três, possíveis, a do utilitarismo sofisticado (ou distinto), vulgar e economicista. Por *utilitarismo prático* designa-se o sentido corrente entende quando estigmatiza os calculadores interessados. O utilitarismo prático sofisticado é o que calcula, com vistas a realizar interesses superiores, por exemplo religiosos ou altruístas. O utilitarismo vulgar é o que só persegue interesses egoístas. O utilitarismo economicista é aquele que procura a satisfação de interesses egoístas materiais. O *utilitarismo teórico*, por seu lado, repousa sobre a hipótese de que os homens são efetivamente sujeitos egoístas, independentes e calculistas. *Utilitarismo normativo* ou filosófico, finalmente, defende que é justo ou virtuoso o que contribui para a maximização da felicidade de todos ou do maior número. CAILLÉ, A. Esquisse d'une critique de l'économie de la pratique. *Cahiers du Lasa*, Universidade de Caen, n. 8-9,

relevante, uma vez que procura demonstrar que a adoção de uma dessas correntes conduz a resultados jurídicos distintos, assinalando a profunda inter-relação entre Direito e Filosofia. Dessa forma, reafirma-se a proposição de que o Direito não está alheio a influências filosóficas; pelo contrário, estas servem de pressupostos, ainda que implícitos, para a elaboração de leis e para a sua interpretação-aplicação.

Justifica-se a análise da teoria utilitarista na medida em que se identifique, criticamente, o postulado desta corrente filosófica e sobre o qual se assentam as normas jurídicas processuais em um viés instrumentalista - consequencialista, bem como forneça subsídios para a tomada de decisão segundo determinado pressuposto filosófico. Com isso, torna-se possível uma compreensão mais aprofundada a respeito de fenômenos jurídicos, especialmente no tocante ao cotejo de dois valores efetividade *versus* segurança jurídica.⁴

Consequentemente, o presente estudo tem como escopo: (i) identificar as concepções filosóficas utilitarista acerca do justo e do Direito a partir de duas vertentes distintas (utilitarismo de ato e de regra)⁵; (ii) relacionar essas correntes filosóficas a temas que provocam questionamentos ético-jurídicos, sobretudo aos valores: a) o justo individual; b) a justiça social, com a consequente conclusão que correntes filosóficas no Direito, cujos posicionamentos a respeito do que é justo, notadamente em relação a temas distintos, implicam em orientações e decisões díspares.

Analisa-se o postulado fundamental da ética utilitarista, nomeadamente o princípio da utilidade, por meio do qual a moralidade, a política e o Direito podem ser avaliados. Nesse sentido, explora-se que referida concepção foi desenvolvida pelos utilitaristas clássicos, a exemplo dos filósofos ingleses Jeremy Bentham⁶ e John Stuart Mill⁷⁻⁸.

p. 103-214, 1º sem. 1988; reeditado em *Cahiers du Lasa*, n. 12-13, 1992. CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil. Tradução de Alessandro Zir. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

4 Júlio Esteves. As críticas ao utilitarismo por Rawls. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br>. (23/11/09).

5 Ibid.

6 O utilitarismo somente ganha relevância e se torna notório a partir da Inglaterra e com Jeremy Bentham (1748-1832), e, posteriormente, ganha novos contornos com John Stuart Mill: [...] no sentido estrito e corrente do termo, o utilitarismo é a doutrina elaborada por Jeremy Bentham, e aperfeiçoada por John Stuart Mill, o mais célebre filósofo inglês do século XIX. Nas origens da doutrina, segundo as palavras do próprio Bentham, encontramos por um lado o materialismo francês das Luzes – e principalmente a filosofia de Helvétios, que pensa ter descoberto no interesse, ou melhor, no interesse bem compreendido [...] o único critério racional concebível da moral e da justiça reside na maior felicidade da maioria (CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil. Tradução de Alessandro Zir. Porto Alegre: Unisinos, 2006.).

7 John Stuart Mill (1806 – 1873) era filho de James Mill, e este foi amigo e discípulo de Bentham. Os trabalhos de Stuart Mill são uma árdua tentativa de conciliar os direitos do indivíduo com a filosofia utilitarista que herdara do pai e adotara de Bentham. Seu livro *On Liberty* (1859) e a clássica defesa da liberdade individual nos países de língua inglesa. Seu princípio central é o de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, contanto que não façam mal aos outros. O governo não deve interferir na liberdade individual a fim de proteger uma pessoa de si mesma ou impor as crenças da maioria no que concerne a melhor maneira de viver. Os únicos atos pelos quais uma pessoa deve explicações à sociedade, segundo Stuart Mill, são aqueles que atingem os demais. Desde que eu não esteja prejudicando o próximo, minha “independência é, por direito, absoluta. No que diz respeito a si mesmo, ao próprio corpo e a própria mente, o indivíduo é soberano” (SANDEL Michael. Justiça – O que é fazer a coisa certa. 10 ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2011).

8 Da matriz do Utilitarismo também fazem parte os seus compromissos econômicos. Sobre a economia debruçaram-se praticamente todos os utilitaristas, desde Bentham, James Mill, também o filho deste – Stuart Mill –, a Henry Sidgwick (1838-1900), entre outros. Para efeitos de um aprofundamento teórico no encalce destes autores, vejam-se como obra de

Cabe perscrutar, outrossim, outro postulado basilar da filosofia utilitarista, qual seja o consequencialismo. A partir desse aspecto, constata-se que a ética utilitarista, ao salientar os resultados dos atos, opõe-se à teoria deontológica da norma kantiana⁹, em que se deve levar em consideração a intenção e não apenas os efeitos da ação. Desse modo, a ênfase no aspecto teleológico da filosofia utilitarista.

2 | DOS FUNDAMENTOS DO UTILITARISMO: PRINCÍPIO DA UTILIDADE¹⁰, CONSEQUENCIALISMO E EMPIRISMO

Conquanto haja um núcleo de princípios relativamente aceito pelos utilitaristas clássicos e que foi reinterpretado pelos contemporâneos, não há que se considerar o pensamento utilitarista como homogêneo, sendo mais apropriado designá-lo como teorias utilitaristas, haja vista os diferentes matizes que diferenciam o pensamento dos referidos filósofos.¹¹

Com efeito, por meio da utilidade, determina-se o bem moral, discernindo a ação moralmente mais valiosa. Precisamente, a partir da definição apresentada pelos pensadores utilitaristas do que é útil, podem-se compreender as noções de Direito e Justiça.

O utilitarismo¹² consiste na teoria filosófica na qual as ações, as políticas e o direito são avaliados por sua utilidade, na medida em que esses produzem as melhores consequências em face de suas alternativas. Constata-se que a ética utilitarista procura determinar quais consequências são moralmente valiosas, haja vista que devem ser avaliados a partir dos resultados.¹³

Ao vincular a obrigação moral aos resultados da ação que trazem vantagem à comunidade, o utilitarismo constitui uma ética teleológica, haja vista que todas as ações são realizadas em função de um fim. Nesse sentido, verifica-se que é, por meio da

escopo económico mais relevante de James Mill, *Elements of Political Economy* (1821), quanto à ética, *Analysis of the Phenomena of the Human Mind* (1829) e o seu *Fragment on Mackintosh* (1835); de Sidgwick em escopo económico, *Principles of Political Economy* (1883) e de escopo ético, *The Methods of Ethics* (1874).

9 Em sua perspectiva deontológica, Kant nos lembra que “o essencial de todo valor moral das ações depende de *que a lei moral determine imediatamente à vontade*”. O que significa que se na determinação da vontade se imiscui qualquer tipo de elemento (como quando no auxílio prestado a algum necessitado o agente é tomado por um sentimento filantrópico) a ação moral, desde o abandono da determinação pelo dever (caso em que cede o lugar ao sentimento), é na verdade comutada em prática filantrópica na qual o dever perde a força de imperativo categórico. Kant distingue uma “*ação realizada só de acordo com a lei*, caso em que a ação é legal, da *ação que foi realizada apenas pela lei*, caso em que a ação é moral”. GALVÃO, Pedro. Introdução. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2011.

10 “Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova *qualquer ação*, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, segundo a tendência a promover ou a compreender a referida felicidade. Digo *qualquer ação*, com o que tenciona dizer que isto vale não somente para *qualquer ação* de um indivíduo particular, mas também de *qualquer ato ou medida* de governo” (itálico nosso) – BENTHAM (1979). Para mais críticas a Bentham realizadas por Mill ver MILL (2005).

11 *Ibid.*, p. 16.

12 Michel Villey. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo. Martins fontes, 2003 (coleção justiça e direito). Pág. 149-152

13 *Ibid.*, p. 149-152

utilidade, que se pode afirmar o valor moral de uma ação.¹⁴

À luz dessas considerações, observa-se que, para as teorias utilitaristas, o valor moral das ações deve ser avaliado concretamente em face das consequências e não segundo um dever objetivamente válido, deduzível a partir da razão. Assim, verifica-se que a ética utilitarista tem como pressuposto epistemológico o empirismo, segundo o qual o conhecimento adviria da observação e das experiências, refutando a existência de um conhecimento *a priori*, decorrente logicamente a partir de alguns princípios. A utilidade e as consequências das ações somente podem ser avaliadas concretamente por meio da investigação empírica.¹⁵

Afirma-se que a ética utilitarista ao priorizar a dimensão empírica e prática da vida em sociedade opõe-se às teorias do bem, que postulam a existência deste em termos abstratos ou metafísicos, isto é, de algo bom de per si, a despeito de sua utilidade prática na realidade concreta. Pode-se aclarar este antagonismo entre as teorias utilitaristas e as teorias deontológicas, caracterizando, aquelas primeiras, por sustentarem que o bem se refere àquilo que é bom para as pessoas envolvidas concretamente e, estas últimas, por sustentarem a possibilidade de que o bem seja algo bom em si mesmo.¹⁶⁻¹⁷

Calha examinar os diferentes matizes que ele apresenta para os utilitaristas clássicos, notadamente Jeremy Bentham e John Stuart Mill, entretanto, sem prescindir das contribuições dos contemporâneos utilitaristas, especialmente Richard Hare e John Harsanyi, não se pretende, pela limitação do texto, aprofundamento nas visões utilitaristas hodiernas.

Bentham aponta na obra *A Fragment on a Government*, o axioma fundamental das teorias utilitaristas, qual seja o princípio da utilidade ou o princípio da máxima felicidade. O filósofo aprofunda o exame desse princípio, na Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação, escrito em que Bentham concebe a possibilidade de a moral e a legislação estarem alicerçados no princípio da utilidade.¹⁸⁻¹⁹

Destarte, esse princípio constitui tanto um guia de ação, pelo qual os indivíduos, orientados pelos sentimentos de prazer e dor, devem promover a felicidade geral quanto um referencial para se analisar a moralidade de determinada ação, segundo os prazeres e dores acarretados pelo ato em apreço.²⁰

Grosso modo, havendo a convergência entre o interesse individual e o interesse

14 Ibid., p. 199.

15 MILL, John Stuart. Utilitarismo. Lisboa: Porto Editora, 2005, p. 59.

16 BRAGA, Antônio Frederico Saturnino. Kant, Rawls e o utilitarismo: justiça e bem na filosofia política contemporânea. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 210-211.

17 Id., p. 212-217.

18 CRIMMINS, James. E. Bentham and the utilitarianism in the early nineteenth century. In: EGGLESTON, Ben; MILLER, Dale E. (Orgs.). The Cambridge companion to utilitarianism. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 39.

19 BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 4.

20 Brito consigna que, conquanto os termos bem-estar (welfare) e felicidade (happiness) não sejam sinônimos perfeitos, Bentham, frequentemente, relativiza essa distinção, considerando que o último termo designa um composto de prazeres e dores. Por esta razão a presente monografia não distinguirá os supracitados vocábulos. (BRITO, José de Souza e. É o princípio da utilidade racional? In: Luis Alberto Peluso. (Org.). Ética e Utilitarismo. Campinas: Alínea, 1998, p. 69.)

coletivo, extrai-se o critério de justiça. Assim, observa-se que Bentham relaciona o bem-estar geral à moralidade. Reputa-se moralmente correto o que é útil ao interesse geral, isto é, a ação que a promove a utilidade com o intuito de maximizar o prazer ou minimizar o sofrimento alheio, para o maior número de pessoas, dentre os quais se inclui o próprio indivíduo.

3 | DAS ESPÉCIES DE UTILITARISMO: UTILITARISMO DE ATO E DE REGRAS

Verificado que as ações podem incrementar a felicidade total, Bentham postula ainda que os indivíduos têm o compromisso moral de minimizar a dor de outrem. Referida proposição aplica-se especialmente aos legisladores, os quais, por meio da edição de leis, devem realizar reformas sociais visando à maximização da felicidade da comunidade em geral.²¹

Observa-se que Bentham sustenta a possibilidade de comensurabilidade do prazer, ou seja, associa-se, com frequência, o cálculo utilitarista ao raciocínio econômico contemporâneo, em que se analisam os custos e os benefícios da tomada de decisões, por meio de termos monetários.

O utilitarismo tem sido uma das grandes doutrinas éticas com decorrências sociais e políticas, que orientava a ação humana de modo a otimizar o bem-estar geral ou coletivo.

A propósito, a tradição utilitarista fundava-se na “busca pelo estado de coisas mais vantajoso, o igual peso dos interesses, o cálculo moral de custo-benefício, a maximização da felicidade e o combate ao sofrimento.”²²⁻²³

O modelo antropológico utilitarista, mostrou-nos *homo economicus*, sujeito do princípio da providência em sua versão burguesa, que atua mediante o cálculo custos-benefícios (o equivalente econômico do binômio dores-prazeres).²⁴

Explanados os pontos centrais da teoria utilitarista de Jeremy Bentham, cumpre explorar o pensamento de John Stuart Mill, o qual sofisticou a ética utilitarista, acrescentando ao cálculo hedônico benthaminiano a possibilidade de se distinguir os prazeres segundo a sua qualidade. Desse modo, Mill sustenta que há prazeres intrinsecamente superiores a outros, uma vez que aqueles empregariam as faculdades elevadas da razão, as quais

21 O utilitarismo ensinou que as instituições são feitas para o homem e não o homem para as instituições; promoveu toda sorte de reformas.” (DEWEY, J. *Reconstruction in philosophy*, p. 180).

22 ..SAVARIS, J. A. Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista, p. 40

23 BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. (Série Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 16.

24 Essa asserção pode ser melhor esclarecida por meio de exemplo apresentado por Sandel. Durante a década de 70, a Ford Motor Company produzia um modelo de veículo que explodia quando da colisão traseira com outro automóvel. Embora a empresa tivesse conhecimento desse risco, optou por não instalar um dispositivo de segurança que impedisse as explosões, vez que os custos de instalação dessa medida eram superiores ao valor da indenização média pela morte de um indivíduo. SANDEL, Michael J, op. cit., p. 48

são exclusivas dos seres humanos.²⁵

Nessa medida, ao considerar o aspecto qualitativo dos prazeres, observa-se que o utilitarismo de Mill conduz a resultados distintos do pensamento de Bentham. Pode-se ilustrar esta diferenciação com a hipótese de que é facultado a alguém optar entre realizar (i) a ação A, cujo prazer, embora inferior a outros, é mais intenso; e a (ii) ação B, cujo prazer é superior em relação ao anterior, conquanto seja menos intenso do que aquele.

O ponto fulcral das teorias utilitaristas diz respeito ao consequencialismo. Ou seja, o valor da ação pode ser determinado a partir de suas consequências, eis que consentânea com a utilidade, é aquela que produz os melhores resultados, mas nesse novo contexto, a maximização perpassa por um viés dos prazeres mais elevados e, passo seguinte, por normas que o depuram para ser útil a toda a comunidade.

Em suma, o horizonte teleológico da ação é de fato o que não podemos perder de vista. Via de consequência, constata-se que, para as teorias utilitaristas, o valor moral dos atos depende de suas consequências, que, se maximizadoras da utilidade, podem ser reputadas como moralmente corretas. Essa proposição tem como corolário a noção de que as consequências devem ser valoradas, isto é, quantificadas, em cada uma das circunstâncias, mas na dimensão milleana, veremos que será a norma a alçar o patamar de otimização de resultados.²⁶

Surge daí o utilitarismo de regras, que sugere a observância, por parte de todos, de um conjunto de normas, o qual aporta as melhores consequências em face de qualquer outro conjunto normativo. Maximiza-se o bem-estar, uma vez que o cumprimento de regras, ao permitir que se preveja o comportamento de outrem, incrementa a utilidade, produzindo as melhores consequências para a coletividade. Com isso, avaliam-se os atos indiretamente, na medida em que se conformam ao código de regras que melhor promove o bem-estar geral, a despeito da realização de cálculos referentes à utilidade de atos específicos.²⁷

25 O que chamamos, aqui, de forma clássica do utilitarismo são as teorias defendidas por Bentham, Mill e Sidgwick. Há grandes diferenças entre as teorias de Bentham e Mill, por exemplo. Dentre elas podemos destacar a importância que Mill dá às virtudes, as regras de justiça e sua diferenciação entre prazeres superiores e inferiores. Dessa forma, ao considerar o aspecto qualitativo dos prazeres.

26 O Utilitarismo, este assomou, entre outros fatores por agora deixados de parte, enquanto oposição a uma Deontologia. Aliás, este termo fora cunhado pelo próprio Bentham, certamente para que não tivesse de apontar a pena de sua crítica a um “inimigo” ao qual parecia faltar um nome – qualquer teoria que apresentasse uma orientação para adequar a conduta ao que se deve fazer (what at is fit to be done). O fundador do Utilitarismo cunhava: A Deontologia [...] significa o conhecimento do que é certo ou apropriado; e é aqui especialmente aplicada ao tema da moral, ou àquela parte do campo de ação que não é objeto de legislação pública. Como uma arte, é o fazer o que é adequado ser feito; como uma ciência, é saber o que é adequado ser feito em todas as ocasiões. Ao invés, o Utilitarismo dirá que o critério para avaliar a moralidade das ações será a conformidade com as suas melhores consequências previsíveis, o que vem a confirmar o Utilitarismo como uma teoria consequencialista (em oposição à Deontologia), no seu caso, designando a utilidade das consequências previsíveis da ação como critério moral. (BENTHAM, 1834, c.2, p.21).

27 As ideias políticas e morais de John Stuart Mill têm atraído cada vez maior interesse. No seu livro “Utilitarismo” (MILL, 2005), ele aperfeiçoou as ideias utilitaristas de Bentham, abordando-as não somente como simples quantificação, mas inserindo a ideia de qualidade. A felicidade não seria simplesmente quantidade de prazer produzido; deveria ser analisada também a qualidade do prazer conquistado. Também foi Mill o responsável pela distinção entre utilitarismo de ato e utilitarismo de regra. A ele se imputa o nascimento do utilitarismo de regra. No utilitarismo de ato, o cálculo sobre o maior saldo de felicidade sobre a infelicidade é feito na base do que resultará da realização de um ato dado. No utilitarismo de regra, o

A diferenciação mais clara foi feita pela primeira vez por Richard Brandt em seu livro *Ethical Theory*, publicado em 1959. Podemos definir as duas formas de utilitarismo como segue: (i) utilitarismo de ato: as ações particulares são avaliadas diretamente pelo princípio da utilidade, ou seja, cada ação deve ser julgada diretamente através da maximização da felicidade; (ii) utilitarismo de regra: as ações são avaliadas através de regras que, por sua vez, são calibradas pelo princípio de maior felicidade. O valor moral das ações é estabelecido através da sua conformidade à regra.²⁸

As regras que embasam essa teoria utilitarista podem ser modificadas, desconsideradas ou inobservadas, quando (i) não estiverem de acordo com o princípio da utilidade, não mais maximizando o bem-estar ou, (ii) quando conflitarem entre si, momento em que se deve recorrer ao princípio da utilidade, a fim de se determinar qual deverá prevalecer.²⁹

Diante do exposto, conclui-se que o pensamento utilitarista consiste em uma ética consequencialista, segundo a qual a moralidade das ações é aferida em virtude de suas consequências. Classificam-se as éticas utilitaristas, conforme a compreensão do consequencialismo, em (i) utilitarismo do ato, quando se busca, calculadamente, a maximização do bem-estar, e em (ii) utilitarismo das regras, quando a observância de um conjunto de regras aporta as melhores consequências do que qualquer outro conjunto normativo.³⁰ Inobstante as diferentes abordagens a respeito do consequencialismo, esta característica é de grande importância para o estudo da Filosofia do Direito, na medida em que releva, na avaliação moral, os resultados dos atos.³¹⁻³²

4 | DO UTILITARISMO DE REGRAS À UTILIDADE MÁXIMA DAS NORMAS PROCESSUAIS: UMA APROXIMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UTILIDADE E A FASE METODOLÓGICA DO INSTRUMENTALISMO

Vimos que o utilitarismo de regras sugere a observância, por parte de todos, de um conjunto de normas, o qual aporta as melhores consequências em face de qualquer outro

cálculo é feito na base do que advirá da observância ou não de uma regra.

28 BRANDT, R. *Utilitarianism and rights*. In: *Morality, utilitarianism, and rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

29 SANTOS, Bruno Aislã Gonçalves, op. cit., p. 22.

30 MULGAN, Tim, op. cit., p.

31 TASSET, José Luis. Hume e o utilitarismo: convergências e discrepâncias. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). *Ética e Utilitarismo*. Campinas: Alínea, 1998, p. 33.

32 O utilitarismo é uma doutrina com duas faces. Aquilo a que chamamos utilitarismo teórico (a axiomática do interesse), Bernard Williams e Amartya Sen (na sua introdução a *Utilitarianism and Beyond*, 1982) chamam *welfarism*, e denominam *consequentialism* àquilo a que chamamos utilitarismo normativo ou filosófico. O utilitarismo, salientam (p. 3), “situa-se na intersecção de dois tipos de teorias diferentes”. É pois, escrevem, um *welfarist consequentialism* (p. 5). Que estes dois tipos de teoria não se harmonizam facilmente, ou que podem entrar em contradição, é o que ressalta do propósito de Philippe Van Parijs, que já citamos, segundo o qual “muito longe de implicar a sua verdade, o utilitarismo como teoria política normativa pressupõe a falsidade do utilitarismo como teoria explicativa do comportamento individual” (*Qu'est ce qu'une société juste?* Paris, p. 33). Curiosa doutrina que só pode ser verdadeira se for falsa. HARSANYI, J. *Morality and the theory of rational behavior*. In: SEN, A.; WILLIAMS, B. (Orgs.). *Utilitarianism and beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

conjunto normativo. Maximiza-se o bem-estar, uma vez que o cumprimento de regras, ao permitir que se preveja o comportamento de outrem, incrementa a utilidade, produzindo as melhores consequências para a coletividade. Com isso, avaliam-se os atos indiretamente, na medida em que se conformam ao código de regras que melhor promove o bem-estar geral, a despeito da realização de cálculos referentes à utilidade de atos específicos.

Encontra-se no utilitarismo de regras (*rule utilitarianism*) a melhor norma de conduta. Isso é feito verificando o valor das consequências de se seguir uma regra particular. O regramento que trazer os melhores resultados para a coletividade é o mais indicado. Parte-se, assim, dos efeitos provocados quando as pessoas em geral seguem um preceito particular. Se essa trazer os melhores benefícios, não apenas ao indivíduo, mas a todos, deve ser adotada. Consideram-se, assim, os atos no plano abstrato da norma (dever-ser).³³

Calha registrar, a evolução do utilitarismo de regras alterou significativamente o princípio da utilidade, que passou a sobrepor-se ao utilitarismo de ato: a promoção da felicidade deve estar no regramento da sociedade e não em condutas individuais. A utilidade que se pretende alcançar será julgada como certa ou errada de acordo com a norma a ser obedecida, pois esta representa o maior benefício para a coletividade. O justo, desta forma, deixa o plano individual e migra para o coletivo. Há uma restrição na escolha do sujeito, pois a utilidade de seu comportamento interessa não apenas a si mesmo, mas também a todas as pessoas (ou, pelo menos, ao maior número delas).³⁴

Ao direito processo civil interessa o utilitarismo de regras. Esta afirmativa, fazem os utilitaristas que encontram na instrumentalidade do processo, a sua única justificativa. As normas são expressas por meio de regras, princípio e postulados e estas incidem sobre o comportamento de todas as pessoas. A maximização da utilidade da norma é atingida por sua universalização, através da qual as regras sociais de bem-estar processual resultam do comportamento do maior número possível de pessoas, indeterminadamente. Por isso, a utilidade da norma deve emergir do bem que se deseja alcançar à coletividade.

In casu, tratando-se de regras processuais, essa utilidade deve ser buscada com o maior aproveitamento possível dos atos processuais, mesmo que em determinadas circunstâncias contingenciais possa haver alguns sacrifícios de interesses individuais.³⁵

Diante de tais assertivas, afirma-se a relação entre utilitarismo e direito processual nos seguintes pontos: (a) maior utilidade das regras processuais e (b) com o menor grau possível de sacrifício da segurança jurídica ou da justiça do caso concreto (individual). A norma processual deve conciliar essas duas utilidades para justificar a sua legitimidade. Como o Estado limita a forma de se pacificar os conflitos de interesses, deve conceder forma eficaz de pacificação sem prescindir da segurança jurídica, eis a equação a ser

33 SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2008.

34 FEINBERG, Joel. *The forms and limits of utilitarianism*. The Philosophical Review. The Philosophical Review. Pittsburgh (EUA), vol. 76, n.º 03, 1967. p. 373.

35 HARE, R. M. *Freedom and reason*. London, Oxford (Inglaterra), New York (EUA): Oxford University Press. 1963. p. 118.

alcançada de acordo com a filosofia normativa utilitarista. Trata-se, na verdade, de uma leitura utilitarista de dois princípios do direito processual civil, respectivamente: efetividade e segurança jurídica.³⁶

A conjugação dessas duas utilidades é o núcleo do que se denomina “utilitarismo normativo”. Em breves palavras, entende-se que o direito processual deve obedecer a critérios utilitaristas do melhor saldo na proteção de bens jurídicos e maior segurança de liberdades, sem fixar-se em conceitos puramente axiológicos. O utilitarismo deve ser *normativo*, porque implica elaboração e aplicação das normas.

No balanço entre a norma e os valores, o saldo deve ser o mais próximo possível da segurança jurídica na tutela de bens com o menor sacrifício possível da liberdade individual.³⁷ O Estado proíbe, obriga ou permite um comportamento considerando que todas as pessoas, ou quase todas, devem obedecer a regras estabelecidas para que, de um jeito ou de outro, seja alcançada uma utilidade de bem estar social. As regras de comportamento processual são elaboradas por uma perspectiva de uniformização atividades para atingir uma utilidade comum.³⁸

Transferindo a ideologia utilitarista para o âmbito do Estado, o ordenamento jurídico-coercitivo estaria justificado e legitimado à medida que se enxergasse o resultado das limitações às liberdades das pessoas como algo útil à produção de melhor resultado satisfatório.³⁹

A despeito do exposto, no decorrer desta simples exposição, verificou-se que, no âmbito da filosofia política, várias foram as correntes doutrinárias que, com o objetivo de tentar oferecer um suporte teórico voltado à justificação moral da ação individual e das instituições do Estado, procederam à elaboração de distintas teorias da justiça.

A justiça, assim concebida, erige-se, primitivamente, em virtude social, opondo-se à sua concepção tradicional de atributo moral prioritariamente regulador da ação individual, mesmo que circunstancialmente interesses individuais sejam sacrificados em prol do coletivo.

5 | DO UTILITARISMO COMO TEORIA JUSTIFICADORA DO INSTRUMENTALISMO AO GARANTISMO PROCESSUAL: POR UMA TEORIA FILOSÓFICA CONSENTÂNEA COM A VISÃO DE PROCESSO ENQUANTO GARANTIA DO CIDADÃO

Ao se pensar nas teorias filosóficas muito se discute sobre o justo, até porque não se pode extrair um critério único de justiça quando são várias os ângulos a partir

36 TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. *Violências e dilemas do controle social nas sociedades da “modernidade tardia”*. São Paulo Em Perspectiva: São Paulo, vol. 18, n.º 01. 2004. p. 06

37 RENARD, G. apud MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 124. “O direito não é somente fator de justiça, ele é fator de segurança. A justiça é apenas a metade do direito; a grande metade, se se quiser.”

38 WARNOCK, G. J. *The object of morality*. Londres (Inglaterra): Methuen Young Books. 1971. p. 31.

39 BARCELLOS, Ana Paula de. “O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”. In: TORRES, Ricardo Lobo et. al. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24.

do qual se busca este fim. Assim, se o justo é a busca de um indivíduo, certo que se encare sobre o ângulo de valores que maximizem as garantias individualistas, mas quando posta a justiça na lente do coletivo, outros valores emergem e justificam, em muitas oportunidades, o sacrifício de um ente frente a coletividade. Com isso pretende-se estabelecer como premissa que “os princípios de justiça das instituições não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em determinadas circunstâncias”.⁴⁰

Na fase metodológica do instrumentalismo há uma clara escolha do legislador com características utilitaristas, com base na eficiência, em tese, para maximização da felicidade em geral, compreendida dentro do conceito de bem-estar processual, advindo da utilidade, em hipótese, proporcionada por decisões consonantes com a necessidade premente de otimização dos resultados advindos do processo.⁴¹

Trata-se de uma técnica de maximização do “bem-estar processual”, portanto, uma técnica claramente utilitarista. No sopesamento do legislador, o cálculo utilitarista levou em conta, de um lado, os benefícios alcançados (ainda que não auferidos concretamente) com o processo como instrumento de pacificação social e, a partir deste objetivo, justificasse o aproveitamento da maior quantidade possível dos atos processuais, mesmo que em sacrifício individual em algumas hipóteses específicas.⁴²

Entretanto, a dita eficácia (utilitarista) não pode ser o único sustentáculo da norma processual que, ao fim e ao cabo, visa a promover a justiça.

O objetivo do processo pode ser simplesmente a solução do litígio, com a entrega da prestação jurisdicional à parte, com menor custo possível e em menor tempo, mas a sua justificativa axiológica deve estar para além, pois exige-se, no paradigma democrático, uma perspectiva procedimental capaz de manter claramente o delineamento entre o público e privado e afastado o discurso neoliberal que incute a crença de que o único aspecto importante do sistema processual é sua eficiência, prescindido da pertinente preocupação com a carga axiológica do sistema jurídico.⁴³

Com efeito, por meio das argumentações trazidas de forma descritiva é possível evidenciar o paradigma da atualidade, mas se na democracia, existe a processualização do poder, de se buscar também forma de permitir ao cidadão promover sua auto inclusão, conferindo-se ao processo a legitimidade necessária de forma que concretize os interesses fundamentais individuais de garantias contrajurisdicionais.⁴⁴

40 RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2008. p. 66.

41 O *instrumentalismo processual*, então, como terceira (e, para alguns) atual fase histórico metodológica do processo, vem corrigir essa profunda separação entre o direito material e o direito processual executada pelo *processualismo*, entendendo o direito processual como o instrumento de realização do direito material, devendo, pois, o processo conferir instrumentos processuais aptos ao proferimento de tutelas jurisdicionais adequadas, tempestivas e efetivas. O direito processual, então, serve e tem por fim a efetivação do direito material, ao tempo em que este é realizado jurisdicionalmente através daquele. DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 15ª edição, 2013.

42 DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 15ª edição, 2013.

43 RACHELS, James. Os elementos da filosofia da moral. Manole. 4ª edição. São Paulo, 2006. Pág. 93

44 O garantismo pode ser classificado como doutrina filosófica, política e jurídica voltada à preservação dos direitos e ga-

Impossível conceber a vida em comunidade – na qual se vislumbra a existência de toda uma multiplicidade de concepções de vida e identidades sociais deveras conflitantes – distanciada de padrões éticos, defendem, com razão, outros pensadores, tal como Del Vecchio, que a noção de justiça é essencial às instituições jurídicas, sendo ela o princípio legitimador de sua existência⁴⁵.

Então, suplantando as cisões e pondo-se ao lado dos que concebem a justiça como fundamento do direito, pode-se perguntar, afinal, qual é o seu fundamento. Em verdade, o termo justiça, assim como o vocábulo direito, é análogo, conseqüentemente, portador de múltiplos sentidos. Entretanto, dois significados relacionados à justiça exsurgem como principais, sendo um subjetivo e outro objetivo. No primeiro, a palavra justiça designa uma virtude ou qualidade de uma pessoa, podendo ser visualizada mais facilmente quando se diz que um homem é justo. Na acepção objetiva, porém, justiça não se refere a um atributo individual, mas reporta-se a uma qualidade inerente à ordem social, expressa, por exemplo, quando se fala que uma lei é justa⁴⁶.

Notável, ambos significados, não são necessariamente excludentes, mas ao reverso, demonstram-se complementares, pois quando se fala em justiça como qualidade de uma pessoa ou pode-se referir, em última análise, a justiça das instituições sociais, na medida em que estas são concebidas e integradas por seres humanos e que os atos emanados de tais instituições são praticados por eles.

Por outro lado, divergências surgem, no momento de se estabelecer qual das duas acepções deve ter priorizada, sobretudo, no caso concreto, pondo-se de imediato como resposta que o resultado vai depender de quem responder ou interessar a resposta. Um pragmático afirmará que a justiça tem como objeto principal as instituições sociais, fazendo ressaltar seu sentido objetivo; enquanto que um garantista, tendo como preocupação a atividade pessoal do indivíduo, realçará o significado oposto.

Sabe-se que o ordenamento jurídico-político de um Estado, exteriorizado, sobretudo, pela imposição de normas dotadas de poder sancionador, erige-se em uma forma de constrição das liberdades dos indivíduos. Entretanto, a construção de um aparato jurídico-coercitivo não ocorre sem o correspondente sentimento de que é necessário justificar a sua existência nas sociedades políticas, bem como legitimar o seu funcionamento de forma a garantir os direitos fundamentais.

6 | CONCLUSÃO

A filosofia aplicada as questões jurídicas têm como um de seus mais emblemáticos

rantias dos cidadãos, de modo a conferir efetividade às normas jurídicas mediante o equilíbrio na atuação do Estado e dos particulares. FERRAJOLI, Luigi – O Direito como sistema de garantias. In O Novo em Direito e Política (José Alcebíades de Oliveira Júnior – Coordenador) – Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.

45 DEL VECCHIO, Giorgio. A justiça. São Paulo: Saraiva, 1960

46 BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 5. Ed. Brasília, 1993.

objetivos a especulação exatamente do problema exposto acima. Questiona-se de que forma é possível justificar a imposição de restrições às liberdades das pessoas e; se tais restrições são realmente necessárias para evitar o malogro da vida em sociedade; indaga-se, outrossim, quais são as exigências a que todo o aparato político-jurídico instituído deve se submeter para que o Estado e suas instituições sejam reputados justos e legítimos.

Verificou-se que o utilitarismo pertence à classe de teorias filosóficas que tentaram dar uma resposta ao problema da justificação e legitimação do Estado. Específica e originariamente, entretanto, foi constituída como um credo que radica, na consequência das ações humanas individuais, o valor moral da conduta, tendo como fundamento da moralidade a utilidade ou o princípio da maior felicidade, de modo que má ou incorreta é a ação que tende a promover o sofrimento ou a infelicidade, e boa ou correta a que produz prazer ou satisfação.

A ética utilitarista de regras, como evolução da primeira corrente, em contrapartida, postula que as ações virtuosas têm como objetivo a maximização da felicidade dos indivíduos, de cuja somatório decorreria o bem-estar de todos a partir da observância das normas.

Transferindo a ideologia utilitarista para o âmbito do Estado, o ordenamento jurídico-coercitivo estaria justificado e legitimado à medida que se enxergasse o resultado das limitações às liberdades das pessoas como algo útil à produção de felicidade e satisfação para toda a coletividade.

Afirma-se, via de consequência, segundo a perspectiva utilitarista, justa é a sociedade cujas instituições mais importantes estão direcionadas à consecução do maior saldo de satisfação possível, que seria obtido por meio do somatório das realizações individuais, ainda que em detrimento do sacrifício de interesses individuais contingenciais.

Por outra banda, em sendo mudado o foco e partindo de uma visão do indivíduo frente ao Estado, certamente postula-se resultados dispares, no que o trabalho não se aprofundou, mais se deixa como indagação última – *qual justiça? Ou justiça para quem?*

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações:** John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”. In: TORRES, Ricardo Lobo et. al. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. Ed. Brasília, 1993.

BRAGA, Antônio Frederico Saturnino. **Kant, Rawls e o utilitarismo: justiça e bem na filosofia política contemporânea**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

BRANDT, R. Utilitarianism and rights. In: *Morality, utilitarianism, and rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

BRITO, José de Souza e. **É o princípio da utilidade racional?** In: Luis Alberto Peluso. (Org.). *Ética e Utilitarismo*. Campinas: Alínea, 1998.

CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. **História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

COLEÇÃO Histórica de Filosofia. John Stuart Mill por Rudolf Lütke, **Filósofos do Século XIX**. Editora Universidade do Vale dos Sinos. São Leopoldo – RS.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo. Saraiva.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. São Paulo: Saraiva, 1960.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 15ª edição, 2013.

ESTEVES, Júlio. **As críticas ao utilitarismo por Rawls**. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br>. (23/11/09).

FILHO, Clóvis de Barros. Disponível em <http://www.scribd.com/doc/21882900/Livre-docencia-Clovis-de-Barros-Filho-Utilitarismo>. Data: 29/11-09.

FEINBERG, Joel. **The forms and limits of utilitarianism**. The Philosophical Review. The Philosophical Review. Pittsburgh (EUA), vol. 76, n.º 03, 1967.

FERRAJOLI, Luigi – **O Direito como sistema de garantias**. In O Novo em Direito e Política (José Alcebádes de Oliveira Júnior – Coordenador) – Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.

FOURASTIÉ, Jean. **Para uma moral prospectiva**. São Paulo: Moraes Editores, 1968.

GALVÃO, Pedro. Introdução. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2011.

HARE, R.. **Moral Thinking. Its Levels, Method and Point**. Oxford: Oxford University Press, 1981.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, v. 8.

MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade, 1859. (Martins Filho, Ives Gandra da Silva). **Manual Esquemático de história da filosofia**. São Paulo. Ltr, 2007.

_____. **Utilitarismo**. São Paulo. Iluminuras, 2005.

MÖLLER, Josué Emilio. **A fundamentação ético-política dos direitos humanos**. Curitiba. Juruá. 2006.

_____. **A justiça como equidade em John Rawls**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2006.

MONTEIRO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. 2. Ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito civil pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e Teoria do fato jurídico na pós-modernidade**. Belo Horizonte, MG: Escola Superior Dom Hélder Câmara, 2010.

NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. Coleção filosofia.

RACHELS, James. **Os elementos da filosofia da moral**. 4ª edição. São Paulo, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo. 1997.

SANDEL Michael. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 10 ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Bruno Aislã Gonçalves. **Utilitarismo e justiça distributiva**. Uma defesa da tese de J. S. Mill. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista**. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SEN, A.; WILLIAMS, B. (Orgs.). **Utilitarianism and beyond**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SILVA, Martins Filho, Ives Gandra da. **Manual esquemático de história da filosofia**. São Paulo. Ltr, 2007.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **John Stuart Mill e a liberdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2008.

TASSET, José Luis. **Hume e o utilitarismo: convergências e discrepâncias**. In: Luis Alberto Peluso. (Org.). *Ética e Utilitarismo*. Campinas: Alínea, 1998.

WARNOCK, G. J. **The object of morality**. Londres (Inglaterra): Methuen Young Books. 1971.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo. Martins fontes, 2003 (coleção justiça e direito).

COMO DISTINGUIR A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE FIGURAS AFINS? PANORAMA DO PROBLEMA E REPERCUSSÕES (POSSÍVEIS E ATUAIS) NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Data de aceite: 03/08/2020

Hector Cavalcanti Chamberlain

Mestrando em Direito Processual pela UFES
<http://lattes.cnpq.br/4208168023632788>

Patrícia de Arruda Pereira

Mestranda em Direito Processual pela UFES
<http://lattes.cnpq.br/9235839552146358>

Filipe Ramos Oliveira

Mestrando em Direito Processual pela UFES
<http://lattes.cnpq.br/3764653953319181>

RESUMO: O presente artigo busca analisar o problema de como distinguir a desconsideração da personalidade jurídica de institutos de direito civil correlatos, bem como as soluções encontradas na doutrina. O trabalho averiguará as repercussões possíveis e atuais que o problema traz para o processo civil.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da personalidade jurídica; Responsabilidade civil; Processo civil; Incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

HOW TO DISTINGUISH DISREGARD
OF THE CORPORATE FICTION FROM
RELATED FIGURES? FRAMEWORK OF THE
PROBLEM AND POSSIBLE (AND CURRENT)

REPERCUSSIONS IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT: The present article seeks to analyze the problem of how to distinguish the disregard of the corporate fiction from related civil law institutes, as well as the solutions found in the doctrine. The work will research the possible and current repercussions that the problem brings to the civil procedure.

KEYWORDS: Disregard of the corporate fiction; Civil Liability; Civil procedure; Disregard of the legal entity's procedure.

1 | INTRODUÇÃO

É bastante difundida na doutrina a ideia de que a desconsideração da personalidade jurídica (DPJ) não deve ser confundida com os demais institutos jurídicos que, pela via da responsabilização pessoal dos sócios e administradores, também podem tutelar os direitos de credores da sociedade.

Encontramos frequentemente, assim, na dogmática brasileira, um rol de figuras do direito civil contrapostas à DPJ, especialmente as que dizem respeito (a) à culpa *lato sensu*, ao abuso do direito ou ao risco imputável ao

sócio ou administrador, (b) aos limites da capacidade da pessoa jurídica, à luz da teoria *ultra vires* e da teoria da aparência e (c) à fraude *lato sensu*¹ e à simulação. Para fins didáticos, convém arrumá-las sob duas categorias mais amplas envolvendo a atuação da sociedade e dos sócios: (i) responsabilidade civil (“a” e “b”) e (ii) invalidade ou ineficácia de negócios jurídicos (“c”).

Não obstante a diferenciação, a doutrina ainda titubeia ao delimitar os contornos de aplicação de cada figura, estando longe de chegar a um consenso que inspire confiança e segurança jurídica, especialmente pela acirrada divergência a respeito de quais institutos diferem – e sob que circunstâncias diferem – da DPJ, e quais lhe serviriam de fundamento.

O problema de distinguir casos de desconsideração de casos solucionáveis pelas vias clássicas do direito civil permanece uma questão inquietante, que ganha novo fôlego com o incidente de DPJ concebido pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15).

Assim, o artigo tem como metas: (a) esboçar um panorama e destacar a relevância do problema, passando pelas soluções dogmáticas encontradas na doutrina brasileira; (b) analisar como a questão pode repercutir (e tem repercutido) no incidente de DPJ e (c) ensaiar uma solução no plano processual.

2 | PANORAMA DO PROBLEMA

2.1 Delimitação e relevância

O problema de distinguir casos de desconsideração de casos solucionáveis pelas vias clássicas do direito civil tem raízes nas pioneiras cogitações da doutrina da “*disregard of the corporate fiction*” (ou do “*piercing the veil of corporate entity*”), feitas pelo estadunidense Maurice Wormser, nos anos 1910 e 1920. Wormser construiu uma ideia de *veil-piercing* intimamente ligada às nossas noções de fraude e simulação, as quais ainda estão arraigadas na fundamentação da teoria da DPJ desenvolvida pela academia brasileira.

O alemão Rolf Serick, tido como o grande sistematizador da matéria, absorveu as ideias de Wormser e também vinculou a DPJ à ideia de abuso da personalidade jurídica (SERICK, 1958), criando laços com a doutrina moderna do abuso de direito, que à época florescia nos sistemas jurídicos europeus romano-germânicos.

Muitas objeções, no entanto, seriam formuladas à posição “unitarista” de Serick, especialmente as advindas da escola dos “centros de imputação” do alemão Muller-Freienfels. Dentro do escopo do artigo, ganha destaque a crítica de que o “poder sugestivo” da ideia de desconsideração teria feito com que casos perfeitamente remediáveis pela terapêutica clássica de direito civil posassem de problemas tão somente solucionáveis

1 O termo “fraude *lato sensu*” quer significar toda violação indireta à norma jurídica por meio de atos jurídicos aparentemente lícitos e válidos, englobando, assim, todas as modalidades de fraude (fraude à lei *stricto sensu*, fraude contra credores *lato sensu* e fraude à execução).

pela DPJ (LAMARTINE, 1979, p. 610).

Conforme aduz a italiana Zorzi (ZORZI, 2004), a doutrina alemã teve o mérito de pôr de manifesto que os problemas de repressão ao abuso da personalidade jurídica (*Durchgriffsprobleme*) não reclamariam necessariamente uma solução “desconsiderante” (*Durchgriff*).

Mesmo com os possíveis substitutivos do direito civil, a teoria da DPJ pôde ganhar muito destaque nos meios jurídicos, e a razão fundamental para tanto estava na possibilidade de superação da autonomia da pessoa jurídica², lançando, assim, condições para a quebra paulatina da resistência encontrada na jurisprudência e na doutrina³, especialmente no tocante à relativização da regra da responsabilidade limitada a fim de estender obrigações da sociedade aos sócios e vice-versa.

Desde 1969, quando Rubens Requião introduziu o tema na nossa academia (REQUIÃO, 1969), o modelo brasileiro de aplicação da DPJ tem estado preponderantemente fundado no binômio *abuso de direito-fraude*, implicando naturais associações com a responsabilidade civil e os defeitos do negócio jurídico.

Hoje, podemos afirmar que as críticas dirigidas à Serick tiveram pouco impacto no Brasil, onde a desconsideração tem sido estudada e aplicada com um viés eminentemente pragmático, mais voltado para a tutela do direito de credores sociais do que para a fixação de um conceito preciso⁴.

Cumprido, todavia, pontuar que, nos sistemas jurídicos europeus, como os de Portugal, Itália e Alemanha, a legislação não faz referência à DPJ, pois a teoria continua seriamente questionada, a ponto de muitos levantarem “teses negativistas”, recusando a pretensa “autonomia” da DPJ enquanto instituto (RIBEIRO, 2016, p. 110 *et seq.*). Na contramão disto, as legislações latino-americanas fizeram expressa referência à figura⁵.

Tudo indica que *a larga aplicação da desconsideração no Brasil denuncia a ineficácia das técnicas civis clássicas para tutelar o direito de credores sociais*, pois, muitas vezes, impõem empecilhos intransponíveis⁶ ou simplesmente não têm sido capazes de debelar

2 Embora hoje estejamos num momento completamente diferente, deve ser lembrado que a autonomia da pessoa jurídica funcionava como um verdadeiro dogma na segunda metade do século XX, conforme ratifica Koury (KOURY, 2000, p. 84-85).

3 Também informam, na doutrina alemã, que as razões para a difusão da *disregard* estariam na força sugestiva da noção de desconsideração, de fácil utilização pelos advogados e juizes, e, ainda, no uso desta técnica como forma de desenvolvimento complementar do Direito, feito às ocultas, quando parecesse demasiado antiquado ou rígido; ofereceria, assim, possibilidades tentadoras para o juiz de racionalização *a posteriori* de resultados na verdade encontrados a partir de outros fundamentos (LAMARTINE, 1979, p. 279-280).

4 Suzy Elizabeth, uma autoridade no tema, depois de dar a definição que entende correta, aceita, ainda assim, o uso da desconsideração para problemas que seriam remediáveis pelas soluções clássicas, especialmente de direito civil, admitindo “que é extremamente difícil formular um conceito único, aplicável a todas as hipóteses normalmente tidas como justificadoras da desconsideração” (KOURY, 2000, p. 81-86).

5 Como no Brasil (art. 28 da Lei 8.078/90; art. 4 da Lei 9.605/98; art. 34 da Lei 12.529/11; e art. 14 da Lei 12.846/13), no Uruguai (arts. 189 a 191 da Lei 16.060/89) e na Argentina (art. 144 da Lei 26.994/14), os últimos pelo nome de “*inoponibilidad de la personalidad jurídica*”.

6 Vide a fraude contra credores, para qual doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de elementos subjetivos (*consilium fraudis*), bem como o ajuizamento de ação autônoma.

satisfatoriamente as engenhosas falcaturas empresariais, que contribuem para o alto índice de inadimplimento das sociedades⁷.

Não obstante a postura mais pragmática das cortes nacionais, a doutrina brasileira vem tentando responder à pergunta de como distinguir a desconsideração da personalidade jurídica de institutos afins sob enfoques diversos, analisados a seguir.

2.2 Soluções na doutrina

Confrontados com o problema de diferenciação, especificamente com relação à responsabilidade civil, muitos doutrinadores de escol têm lançado mão do aspecto dualista da obrigação (*shuld* ou *debitum x haftung* ou *obligatio*), para concluir que, diferentemente da responsabilidade civil, a DPJ implica a responsabilidade subsidiária ou secundária do sócio pela dívida da sociedade (LAMARTINE, 1979, p. 610; RODRIGUES FILHO, 2016, p. 107).

Permanecendo no campo da responsabilidade civil, Coelho, para diferenciá-la da desconsideração, identifica nesta um “pressuposto de licitude” (COELHO, 2012, p. 65-66):

(...), cabe invocar a teoria quando a *consideração* da sociedade empresária implica a licitude dos atos praticados, exsurgindo a ilicitude apenas em seguida à *desconsideração* da personalidade jurídica dela. (...). Em outros termos, enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito. Torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou administrador. (...). Assim, se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é caso de desconsideração. *Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos.* (...). O pressuposto da licitude serve, em decorrência, para distinguir a desconsideração de outras hipóteses de responsabilização de sócios ou administradores de sociedade empresária, (...).

Retomando a atenção para os demais institutos civilísticos, duas soluções, não necessariamente convergentes, têm obtido maior destaque.

Para uma delas, a resposta reside na chamada “subsidiariedade”, quer dizer, na ideia de que a DPJ somente poderia ser aplicada quando não fossem encontradas alternativas nas demais normas do sistema jurídico, restando-lhe um papel de solucionar problemas residuais para os quais não houvesse soluções legais possíveis (LAMARTINE, 1979, p. 612; RIBEIRO, 2016, p. 640; FIUZA, 2008, p. 158).

Finalmente, a última solução estaria, novamente, na identificação de um pressuposto para a desconsideração, a saber: a necessidade de identificação de uma atividade societária lesiva, e não apenas de um determinado ato (a menos que o único ato tenha exigido a participação da organização societária) (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 262;

⁷ Cumpre citar, a título meramente informativo, que o Brasil encerrou o ano de 2017 com o número recorde de 5,3 milhões de “empresas” (*rectius*: sociedades) inadimplentes, segundo os dados levantados pelo Serasa (<https://g1.globo.com/economia/noticia/numero-de-empresas-inadimplentes-no-brasil-bate-recorde-em-dezembro-diz-serasa.ghtml>). Evidentemente, o inadimplimento de sociedades empresariais está diretamente relacionado ao momento econômico de um dado país. Mas qualquer observador atento do judiciário tupiniquim irá certamente atestar a proliferação de uma cultura egoística, na qual as sociedades, especialmente as ditas “de pessoas” e algumas companhias de capital fechado, têm servido à consecução de fins escusos dos sócios. Facilita o agravamento do quadro a insuficiente regulamentação e a tímida fiscalização do poder público, tanto na fase de criação quanto durante o funcionamento das sociedades.

PARENTONI, 2012).

O intuito da análise acima encerra uma descrição meramente expositiva, para demonstrar o ponto de situação da questão no plano conceitual, não havendo tempo para discutir o mérito de cada uma das soluções encontradas na doutrina. Resta ainda dizer que a jurisprudência ainda tem dado pouca atenção ao tema, adotando, como dito alhures, uma postura mais pragmática.

2.3 Balanço final

Embora não constitua o objetivo principal do trabalho, aproveitar-se-á para tomar um posicionamento diante da questão posta.

O ponto de vista assumido, desde a formulação da pergunta até a análise das soluções da doutrina, tomou como verdadeira a premissa de que a DPJ é uma figura autônoma, não coincidindo com os demais institutos civilísticos.

Ademais, queda claro que a DPJ tem pressupostos e resultados específicos, não devendo ser aplicada toda vez que caiba imputar responsabilidade civil ao administrador que agiu com culpa, violou o objeto social ou ultrapassou os limites dos poderes derivados do estatuto ou contrato social.

O administrador ou sócio que, nesta qualidade, faz publicamente apologia de crimes ou omite informações do consumidor, obviamente, não abusou da forma da pessoa jurídica para encobrir uma fraude, eis que o predicado societário põe-se como um elemento accidental, contingente, do ato ilícito; uma eventual responsabilidade solidária da sociedade, aqui, nada tem a ver com a DPJ.

Mas tampouco seria correto ignorar uma zona cinzenta, onde as noções de responsabilidade civil e defeitos dos negócios jurídicos estarão umbilicalmente conectadas, podendo inclusive compor, conjunta, alternativa ou subsidiariamente, a causa *petendi* do pedido de DPJ. É simples constatar os motivos para tal zona cinzenta.

Da perspectiva organicista da sociedade, toda vez que o administrador toma uma decisão, a sociedade estará atuando no “mundo jurídico”. Logo, atribuir ao sócio um ato formalmente imputável à sociedade inevitavelmente traz dúvidas quanto a estarmos ou não diante de uma hipótese de desconsideração⁸.

Norberto da Costa cita que um estudo de Matteo Tonello revelou numerosos casos, no direito norte-americano, nos quais os juízes condenaram os sócios ao pagamento dos credores sociais, não através da penetração do véu da pessoa jurídica, mas a título de responsabilidade direta, especialmente quando a fraude não era imputável à sociedade

⁸ Calixto chega à conclusão de que qualquer tipo de discussão a respeito da imputação de direitos e obrigações implica investigar os limites de cada centro de imputação (sujeito) e, conseqüentemente, a respectiva possibilidade de desconsideração, considerada enquanto “problema” (e não “método”), ou seja, encarada no mais amplo sentido, abrangendo toda situação de imputação à pessoa diversa daquela que seria o destinatário normal da norma, dever ou obrigação (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 259). Para consultar a distinção que o mestre faz com relação às acepções de desconsideração, enquanto problema e método, consultar: *ibidem*. Também Lamartine fazia notar que “os problemas ditos de “desconsideração” envolvem frequentemente um problema de imputação” (LAMARTINE, 1979, p. 613).

como um todo, porém resultava do comportamento particularizado de um ou mais sócios (TONELLO, 1999).

Quadra observar, contudo, que uma eventual análise da casuística brasileira muito provavelmente não encontraria os mesmos resultados, à luz do citado modelo pragmático.

No fim e ao cabo, parece que uma eventual solução acabaria simplesmente adstrita ao grau de complexidade da organização societária, afinal, nem sempre o credor terá a possibilidade ou quiçá o interesse de produzir provas capazes de individualizar a conduta ilícita e identificar os sócios ou administradores faltosos, mormente nas sociedades anônimas de capital aberto ou nos grupos societários.

De qualquer forma, forçoso convir que a sociedade, enquanto ente abstrato, não age senão pelos seres humanos. Vivêssemos num mundo ideal, toda conduta ilícita da pessoa jurídica levaria à punição das pessoas físicas responsáveis. Todavia, como nem sempre é viável fazer tal investigação, o direito pode e deve dispensá-la para fins de responsabilização - e dentro desta categoria está a DPJ.

Noutro giro, uma leitura rápida de dispositivos permite intuir o potencial para a incidência de figuras diversas. Basta ver que os requisitos do “desvio de finalidade” e “da confusão patrimonial”, previstos no art. 50 do Código Civil, podem atuar também no campo dos pressupostos, respectivamente, da teoria *ultra vires* e das fraudes patrimoniais.

Neste ponto, importa sublinhar que, devido à riqueza de possibilidades do mundo, um mesmo suporte fático pode atrair a incidência plural de normas jurídicas. Uma mesma situação fática, assim, eventualmente poderá preencher, simultaneamente, os pressupostos da DPJ e de figuras correlatas. No negócio simulado pode estar embutida uma fraude que, ao mesmo tempo, constitua um ato *ultra vires* e um abuso da personalidade jurídica, caracterizando o “desvio de finalidade”. Na fraude contra credores que envolva a transmissão de bens da sociedade para o sócio e vice-versa, ficará caracterizada a confusão patrimonial.

Reconhecer, contudo, que a DPJ possui requisitos e resultados peculiares, não significa que um caso deva ser preferencialmente solucionado pelas técnicas de direito civil, mesmo porque a escolha caberá ao credor, e não ao juiz.

No lugar de uma aplicação subsidiária ou residual da DPJ, deve ser admitida uma aplicação compartilhada com as ferramentas jurídicas suplementares⁹, afinal, quanto mais diversificado for o cardápio de instrumentos aptos a coibir fraudes e abusos, mais efetivo será o direito.

O problema deverá ser encarado sob a perspectiva processual, eis que incumbirá às partes delimitar os limites objetivos da demanda, de acordo com a tática processual

9 Parte da doutrina tem admitido a possibilidade de hipóteses de DPJ também abrirem para o credor a alternativa de lançar mão da fraude contra credores e da fraude à execução, desde que individualizáveis as operações e identificáveis os bens subtraídos (RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. 2016, p. 74); ou da simulação, “cuando em la litis se acrediten los extremos requeridos por la ley” (GÓMEZ, 2008, p. 35).

adotada e a pretensão ou defesa deduzida, vinculando a atuação do juiz às alegações deduzidas no processo.

3 I O PROBLEMA NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1 Repercussões

O problema posto pode repercutir (e tem repercutido) no processo civil. O novel Código processual inovou nossa ordem jurídica ao regulamentar um “incidente” de DPJ, do art. 133 ao art. 137, voltando a fazer remissão à matéria nos arts. 674, §2º, III (embargos de terceiro), 790, VII (responsabilidade patrimonial), 792, §3º (fraude à execução), 795, §4º (obrigatoriedade do incidente), 932, VI (competência do relator), 1.015, IV (agravo de instrumento) e 1.062 (cabimento do incidente nos juizados especiais).

O problema abordado no trabalho certamente irá influenciar o plano processual, porque a subsunção *in status assertionis* das alegações feitas pela parte aos pressupostos da DPJ mostrar-se-á decisiva, tanto na formação do juízo de admissibilidade do pedido incidental de desconconsideração, quanto na decisão final.

Eis, aqui, a pergunta: como o juiz deverá proceder quando a controvérsia versar sobre qual instituto tem pertinência *in casu*?

Curiosamente, o incidente pode mostrar-se conveniente ou inconveniente tanto para o credor como para o devedor. O credor terá interesse na instauração do incidente para viabilizar a execução incidental do sócio (ou da sociedade, na desconconsideração inversa), quando a alternativa seria ajuizar ação autônoma com o mesmo fim. Mas o inverso também é possível, ou seja, ao sócio ou à sociedade pode convir a instauração do incidente, buscando assegurar a observância de garantias processuais, notadamente o contraditório e a ampla defesa.

Tomemos, como exemplo, os litígios tributários, que servirão, também, para demonstrar a repercussão atual do problema no processo civil.

Na sistemática processual anterior, a execução fiscal movida contra a sociedade era redirecionada, sem muitas formalidades, ao sócio, a quem restava um contraditório diferido e eventual.

Com a edição do CPC/15, a Fazenda Pública, tentando elidir os “inconvenientes” do incidente, especialmente a prévia citação do sócio e a suspensão do processo para produção de provas, tem alegado que a responsabilidade do sócio fundada nos art. 135, III, do Código Tributário Nacional¹⁰ (CTN), não configura um caso de DPJ. Conta, neste

10 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: (...); III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

ponto, com o respaldo da doutrina tradicional e moderna, bem como da jurisprudência, que consideram o dispositivo uma hipótese legal de responsabilidade civil do sócio.

O problema, contudo, não desaparece simplesmente porque o redirecionamento da execução fiscal tem como fundamento legal o diploma tributário. Conquanto acertado o enquadramento abstrato do dispositivo, as execuções podem estar, no fundo, discutindo um problema de abuso da personalidade jurídica, conforme acontece nas execuções fundadas na malograda súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça¹¹ (STJ). Assim, não basta o mero acionamento do sócio com fulcro no dispositivo fiscal, sob pena de o poder público utilizá-lo indevidamente como válvula de escape.

De todo modo, vistas as repercussões na seara tributária, fica fácil visualizar como o problema pode vir a afetar os demais ramos jurídicos sujeitos ao influxo das normas de processo civil, mormente porque, com o advento do incidente de desconconsideração, tendem a proliferar as alegações de inadequação procedimental do incidente, sob o pretexto de ser inaplicável para figuras diversas. O artigo tentará, a seguir, adiantar um esboço de solução.

3.2 O papel do incidente de desconconsideração

Feita nossa ressalva particular de que os pressupostos da DPJ e das demais figuras civilísticas poderão conviver num mesmo sistema jurídico e coincidir no caso concreto, importa mesmo reconhecer que a dogmática jurídica não alcançou ainda um nível de maturidade e consenso suficientes para delimitar, com uma mínima dose de precisão, a definição e os limites de aplicação da DPJ.

Cumprindo então indagar como o juiz deverá proceder ao lidar com a antes denominada zona cinzenta, onde paira a dúvida quanto à possibilidade de, ao invés de aplicar uma sanção verdadeiramente desconiderante, imputar responsabilidade direta aos membros da pessoa jurídica ou declarar a nulidade ou ineficácia de um negócio jurídico levado a cabo pelo sócio ou sociedade.

Entende-se que a resposta mais consentânea com a confiança e a segurança jurídica parece estar no admitir certa flexibilidade ao incidente, a fim de que todo o potencial instrumental do procedimento, destinado a assegurar uma tutela diferenciada, seja aproveitado, independentemente do sentido restrito que o termo “desconideração” porventura possa guardar no direito material.

Forçoso convir, ademais, que o incidente possui, especialmente no contexto do direito processual brasileiro, um forte apelo funcional, pois aproxima as atividades cognitiva e executiva (cuja divisão muitas vezes atua como dogma), viabilizando a tutela de credores sociais a todo instante no processo, inclusive durante a fase executiva¹², momento no qual

11 Súmula 435 do STJ: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

12 CPC/15. Art. 134. O incidente de desconideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

costumam vir a lume as chicanas processuais envolvendo bens individuais e sociais, bem como a utilização dos mais variados subterfúgios, como o aproveitamento de interpostas pessoas (“laranjas”), a simulação de negócios, as fraudes e a criação de sociedades de fachada.

O incidente deve ser, assim, recebido como um instrumento de superação do contexto de insuficiência procedimental-legal para efetivar a tutela no curso da lide, possibilitando que o juiz conheça diferentes pedidos e execute diversas pessoas, sem ficar preso a amarras processuais, mas agindo dentro dos limites predefinidos pela lei, plenamente ajustados aos preceitos constitucionais.

Calha anotar, ademais, que, ao mesmo tempo que tem uma função de otimização do processo e efetivação da tutela, o incidente também garante o devido processo legal, mediante o estabelecimento prévio de um rito formal, que prestigia o contraditório, com a citação prévia do réu, desde que não estejam presentes os requisitos para a concessão de tutelas provisórias, bem como a ampla defesa, por meio de produção de provas¹³.

Também não podemos perder de vista que, a não ser pelo incidente de DPJ, a lei não prevê um procedimento legal padrão de responsabilização incidental de administradores, sócios, sociedades e interpostas pessoas. Ou seja, a solução sugerida também favorece a previsibilidade e a segurança jurídica das decisões judiciais, evitando que cada juiz adote um rito diferente.

No afã de concretizar a efetividade e o contraditório no processo, o incidente deverá assumir o posto de procedimento adequado de apuração – e eventual efetivação – incidental das responsabilidades civil, societária e patrimonial de sócios, administradores, sociedades e interpostas pessoas.

Não obstante, registre-se que, ainda assim, será descabido dar início ao incidente para todas as hipóteses de responsabilidade civil ou defeitos dos negócios jurídicos, como na responsabilidade civil individual (lembrar do exemplo da apologia ao crime), na responsabilidade patrimonial *ex lege* do sócio (na qual a solidariedade do sócio deriva do tipo societário) ou quando o sócio ou administrador assume a condição de fiador da sociedade, pois tais situações não condizem com os fundamentos que ensejam a DPJ.

O incidente somente poderá ser deflagrado quando as razões da parte interessada estiverem relacionadas ao *abuso da personalidade jurídica*, ao emprego da personalidade jurídica como uma ferramenta para cometer atos ilícitos; ainda que a solução, ao final do procedimento, não seja necessariamente uma desconsideração num sentido estrito, ou seja, de sanção consistente na declaração de ineficácia episódica da personalidade jurídica.

O incidente de DPJ terá cabimento, assim, mesmo que o juiz decida, por exemplo,

13 Oportuna a lição de Thiago Siqueira: “[o incidente de DPJ] trata-se de um modelo que, ao mesmo tempo em que assegura a plena observância da garantia do contraditório, é capaz de atender ao ideal de efetividade da tutela executiva. Por isso mesmo, pode ser utilizado em hipóteses nas quais a lei não é clara quanto à forma como deve se dar o ingresso do responsável secundário no processo, ou em que a disciplina legal não seja satisfatória” (FERREIRA, 2016, p. 209).

preservar a personalidade do ente – que entenda ter sido mantida como centro autônomo de interesses, malgrado o desvio momentâneo levado a cabo pelo(s) administrador(es) ou sócio(s) – e resolva aplicar os instrumentos clássicos do direito civil, vale repetir (a) responsabilização pessoal e individual de sócios ou administradores ou (b) invalidade ou ineficácia de um determinado negócio jurídico¹⁴.

Finalmente, cumpre ressaltar que a jurisprudência, convergindo para o entendimento aqui esposado, tem dado certa flexibilidade ao incidente para lidar com situações que sequer configuram necessariamente abuso da personalidade jurídica, como no reconhecimento de grupos econômicos ou de sucessão empresarial¹⁵.

4 | FECHAMENTO

O artigo buscou analisar como o problema de distinguir a desconsideração da personalidade jurídica (DPJ) das demais figuras clássicas de direito civil repercute na doutrina e como pode e tem repercutido no âmbito do incidente de DPJ trazido pelo CPC/15.

Para conformação de diversos preceitos fundamentais, tais como a efetividade da tutela, o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica, bem como à luz da função de instrumentalidade do processo, a solução encontrada para o problema no plano do direito processual está na utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica como um procedimento destinado a garantir a solução das complexas situações que envolvem o conflito entre a tutela de credores sociais *versus* o direito de defesa de sócios, administradores, sociedades e interpostas pessoas, eis que possui total condição de ser um ambiente adequado de apuração – e eventual efetivação – incidental das responsabilidades civil, societária e patrimonial de tais pessoas.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. vol. 2. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

14 Sob tal prisma, serão ampliadas as possibilidades de objeto cognitivo e conteúdo decisório do incidente, eis que será viável o reconhecimento incidental da fraude contra credores, a ensejar uma possível afronta à antiquada súmula 195 do STJ. Não obstante, estando a responsabilidade civil e os defeitos do negócio jurídico no epicentro do modelo brasileiro de interpretação/aplicação da DPJ, cairíamos numa sofismável contradição ao proibir que tais figuras fossem reconhecidas incidentalmente no procedimento dedicado justamente ao instituto. Toda a situação exposta pode parecer ainda meramente hipotética, uma vez que a casuística brasileira pouca ou nenhuma atenção tem dado à controvérsia, que permanece bem viva a nível teórico. No entanto, a questão tende a surgir com mais frequência a partir da criação de um incidente processual que tem como meta evidente prestigiar o contraditório.

15 TJES – AI 48179000970, rel. Ewerton Schwab Pinto Júnior, 1ª Câmara Cível, j. 20/06/2017, DJe 27/06/2017; TJMG – AI 1.0079.15.043259-3/001, rel. Vicente de Oliveira Silva, 10ª Câmara Cível, j. 13/03/2018, DJe 23/03/2018.

FERREIRA SIQUEIRA, Thiago. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GÓMEZ, Miguel Ángel Tomé. *Negocios jurídicos simulados y fraudulentos*. 2ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PARENTONI, Leonardo Netto. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*. 2012. 203 f. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*. vol. 410. ano 58. dez. 1969. p. 12-24.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina, 2016.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Malheiros, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

SERICK, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. trad. Jose Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.

TONELLO, Matteo. *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*. Padova: CEDAM, 1999. In: MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso – sociedade unipessoal – contratualismo). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre. n. 22. p. 300-376. set. 2002.

ZORZI, Nadia. El abuso de la personalidad jurídica. trad. Paola Spada. *Revista Derecho del Estado*. n. 16. Bogotá. jun. 2004. p. 29-34.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 05/05/2020

Guilherme Russo Vanazzi
Centro Universitário São Lucas
Porto Velho - RO

RESUMO: O presente trabalho aborda as características essenciais aos Embargos de Declaração. Por meio de pesquisa doutrinária em variadas fontes foi possível aglomerar de forma lógica informações indispensáveis para futuros utilizadores ou julgadores deste tipo recursal. O estudo do tema foi dividido para fins didáticos em alguns tópicos. Iniciando com uma análise da relação dos Princípios Fundamentais dos Recursos com os Embargos. Prosseguindo para um estudo e definição de sua finalidade e também de seu cabimento, tanto em relação às decisões que se pode impugnar com esse instrumento quanto frente a quais juízos eles serão cabíveis. Numa segunda parte, passamos a abordar os aspectos formais dos Embargos de Declaração, como o seu prazo, seus efeitos no processo e o seu procedimento em si. Discorreremos ainda sobre as sanções previstas em lei para o uso incorreto dessa ferramenta

e sobre as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Encerramos o artigo com uma conclusão que aborda rapidamente todos os temas citados, buscando realizar uma conexão entre eles e dar uma abordagem mais prática ao estudo dos Embargos de Declaração. **PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Civil, Embargos de declaração, Código de Processo Civil de 2015.

EMBARGOES OF DECLARATION

ABSTRACT: This paper deals with the essential characteristics of the Embargoes of Declaration. Thru doctrinal research in various sources it was possible to aggregate information indispensable for the future users of this type of resource. The study of the theme was divided for didactic purposes in a few topics. Beginning with an analysis of the link between the Fundamental Principles of Remedies and the Embargoes. Next we proceed to the study and definition of its purpose and also of the times it can be use, both in terms of when to use and against what decisions. In a second part we turn to the formal aspects of the Embargoes of Declaration, such as their deadline, their effects on the process and their procedure itself. We also discuss the penalties provided by law for the incorrect use of

this tool and about the innovations brought by the 2015 Civil Procedural Codex. We conclude de article with a quick address to all the above items, seeking to make a connection between them and give a more practical approach to the study of Embargoes of Declaration.

KEYWORDS: Civil Procedure Law; Embargoes of Declaration; 2015 Civil Procedure Codex.

1 | INTRODUÇÃO

Por meio de pesquisa em diversas fontes doutrinárias este texto objetiva produzir uma análise dos Embargos de Declaração no escopo do Processo Civil atual, além disso, busca-se uma explicação comparativa entre a utilização desse tipo de recurso antes e depois da vigência do código de 2015.

Previsto no Capítulo V do Título II do Livro III do Código de Direito Processual Civil de 2015 os Embargos de Declaração são um tipo especial de recurso.

Durante o desenvolvimento deste artigo científico observaremos porque os Embargos de Declaração são tratados de forma peculiar pelo código. Explorando os artigos 1.022 ao 1.026 trataremos sobre suas fundamentações, as definições de “obscuridade”, contradição, omissão e erro material e o aspecto da Regularidade Formal, no qual estão inseridos o preparo e os prazos.

Além disso, analisaremos a competência para impetrar e julgar os embargos assim como seus efeitos.

Faz-se mister ao operador do direito conhecer a fundo essa ferramenta processual, pois, lhe dará a oportunidade de sanar imperfeições e omissões nas decisões do juiz. A utilização de apelação onde era cabível embargos de declaração poderá ensejar em atrasos no processo, ou pior ainda, numa possível chance de reversão da decisão caso a outra parte também impetre seu recurso. Lembramos ainda, que caberá este recurso para todas as decisões judiciais.

A função dos Embargos de Declaração é de esclarecer, integrar, corrigir ou complementar uma manifestação proferida pelo juiz sem, contudo, buscar a reforma ou anulação da decisão em si. Por estar fora do alvo dos embargos, o mérito da decisão não é colocado em questão, tanto que, alguns doutrinadores acreditam que mesmo os despachos são passíveis de embargos. Por esses e outros motivos se diz que eles são uma espécie excepcional de recursos.

2 | APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS RECURSOS AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Como é sabido, os princípios são as bases interpretativas sobre a qual se constroem e se interligam os institutos de certa parte do direito. Assim sendo, vejamos agora quais

os principais princípios dos recursos em geral que são aplicáveis aos Embargos de Declaração.

Aplicam-se aos Embargos os seguintes princípios:

- **Taxatividade:** Uma vez que os E.D. estão expressamente previstos no artigo 994 do CPC/15, mais especificamente no inciso IV.
- **Adequação:** Cabem embargos APENAS para decisões obscuras, contraditas, omissas ou que contenham erro material.
- **Fungibilidade:** Pois existe a possibilidade do juiz substituir os embargos por outro tipo de recurso mais adequado, geralmente o Agravo Interno.
- **Dialeticidade:** Onde o embargante tem a obrigação de pontuar precisamente os locais da decisão onde acredita que houve erro.

Por outro lado, não há de se falar em:

- **Duplo grau de jurisdição:** Uma vez que os E.D. são apresentados e apreciados pelo mesmo juízo que proferiu a sentença.
- **Vedação da reforma prejudicial:** De certa forma, por não se tratar de reforma no MÉRITO, não seria sensato imaginar que a correção da decisão beneficiaria ou prejudicaria qualquer das partes. Exceção feita quando houver efeitos infringentes.

3 | DA FINALIDADE E DO CABIMENTO

Segundo Nery Junior e Maria de Andrade Nery a finalidade dos E.D. é:

(...) de completar a decisão ou, ainda de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não tem caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório. Prestam-se também à correção de erro material. (JUNIOR; NERY, 2016)

Ou seja, os Embargos de Declaração não irão questionar o mérito das decisões. Assim como sua procedência não irá substituir a sentença.

Quanto à omissão, é muito importante trazer a tona o artigo 489 do CPC/15, nele estão expressos os elementos essenciais da sentença, sem os quais ela poderá ser embargada, estes elementos são:

- I. O **relatório** que conterá 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;
- II. Os **fundamentos**, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III. O **dispositivo**, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Faltantes qualquer destes elementos iremos considerar a sentença obscura ou omissa e, caso estejam presentes, porém errados, poderíamos vislumbrar um erro material. Em todos os casos caberia E.D..

Serão cabíveis Embargos de Declaração sempre que a decisão proferida for

OBSCURA, OMISSA, CONTRADITÓRIA ou contiver ERRO MATERIAL.

É cabível E.D. contra decisão interlocutória uma vez que a mesma possui caráter decisório. Também cabe contra decisão monocrática no âmbito de tribunais, seja em grau recursal ou em processos de competência originária.

Serão cabíveis Embargos contra **Despacho** do juiz?

Como já sabemos, os despachos são proferidos pelo juiz meramente para dar andamento ao processo, sendo assim não possuem caráter DECISÓRIO. Se observarmos o caput do art. 1022 do CPC/15 veremos que ele é claro ao dizer que “Cabem embargos de declaração contra qualquer DECISÃO judicial (...)”, sendo assim, no rigor da lei não caberiam embargos contra despachos.

Porém, segundo alguns doutrinadores como Nery Junior e Maria de Andrade Nery cabem sim E.D. contra despachos em casos específicos onde esse instrumento apesar de aparentar não possuir mérito possui certo nível decisório e pode acarretar prejuízo a uma das partes. Vejamos:

Caso o pronunciamento judicial - que não extinga o processo - tenha aptidão para causar gravame à parte ou interessado, caracteriza-se como decisão, 'ainda que aparentemente tenha forma' de despacho, que é irrecorrível (CPC 1001), justamente por ser incapaz de causar gravame. Nesse caso, a 'decisão' com forma de despacho pode ser impugnada por embargos de declaração. (JUNIOR; NERY, 2016)

São possíveis também os chamados Embargos de Declaração de Embargos de Declaração, ou seja, embargar decisão, sentença ou acórdão proferido no julgamento de embargos de declaração. Para que seja possível recorrer a esta ferramenta o operador deverá identificar pelo menos uma das seguintes situações:

- Algum dos vícios apontados nos E.D. antecedentes permanece subsistindo;
- Novo vício tenha surgido na decisão que buscou a resolução dos E.D. antecedentes.

4 | DO PRAZO

O Novo Código de Processo Civil buscou simplificar seus prazos, tendo padronizado para a maioria dos recursos o prazo de 15 dias para interposição. Restando como única exceção o prazo para os Embargos de Declaração.

Iremos agora avançar para o artigo 1.023 do CPC/15, entre outras coisas ele trata sobre o prazo para impetrar os Embargos de Declaração, o qual será de:

- 5 dias.

Importante lembrar que a contagem dos prazos no novo CPC será em dias ÚTEIS, de acordo com o artigo 219.

O prazo poderá ser dilatado para 10 dias, ou seja, dobrado, caso constatado a situação do artigo 229 do CPC/15, qual seja, se em litisconsorte houver diferentes

procuradores, de escritórios de advocacia distintos. Lembrando que isso não se aplicará no caso de processos em autos eletrônicos.

Também será de 5 dias, a contar da intimação, o prazo para que o embargado manifeste-se sobre os E.D.. Essa intimação ocorrerá apenas nos casos em que o possível acolhimento dos E.D. possa modificar a decisão embargada.

O prazo para o juiz julgar os E.D. também será de 5 dias, com a ressalva de que seu prazo será IMPRÓPRIO, ou seja, não existirá preclusão do direito/dever de julgar os embargos com mais de 5 dias.

Os prazos serão também contados em dobro para a União, os Estados, o DF, os Municípios e suas autarquias e fundações de direito público de acordo com o artigo 183 do CPC/15. Gozarão dessa prerrogativa, também, o *Parquet* e a Defensoria Pública de acordo com os artigos 180 e 186 do mesmo código.

5 | DOS EFEITOS

- Efeito devolutivo: Mesmo que os E.D. sejam remetidos ao mesmo juízo que proferiu a decisão, podemos considerar que possuem efeito devolutivo. Segundo o Professor Dr. Eduardo Talamini (2016): “O efeito devolutivo ocorre mesmo na hipótese em que o órgão judiciário ao qual se atribui a competência para reapreciação da decisão é o mesmo que proferiu a decisão impugnada.”

Essa matéria ainda concita discussões doutrinárias, uma vez que alguns autores consideram presente o efeito devolutivo apenas quando o juízo *a que* é diferente do juízo *ad quem*.

- Interruptivo de prazos processuais: Conforme previsto no artigo 1.026 do CPC/15, os E.D. **interrompem** o prazo para os demais recursos cabíveis. Cabe agora, fazer a importante distinção entre interrupção e suspensão de prazo:

SUSPENSÃO	Ao término da condição suspensiva o prazo retornará sua contagem de onde parou, ou seja, apenas com os dias que sobraem.
INTERRUPÇÃO	Ao término da condição interruptiva o prazo retornará sua contagem do zero, ou seja, reiniciará.

Tabela: Diferença entre suspensão e interrupção.

Conforme exposto, ao protocolar os Embargos, interrompe-se o prazo para os demais recursos cabíveis até que seja proferida a apreciação dos mesmos. **Essa interrupção vale tanto para a parte embargante como para a embargada.**

Importante destacar que, no caso de E.D. impetrados intempestivamente e quando já houver finalizado o prazo para os demais recursos não se perceberá a interrupção, até

porque não há mais nada para se interromper. Por outro lado, se ainda houver prazo para outros recursos cabíveis, mesmo que intempestivo os E.D., ele irão interromper o prazo. O juiz deverá aplicar as sanções previstas nos parágrafos do artigo 1.026 do CPC/15 no caso do embargante demonstrar que suas intenções são meramente protelatórias.

Esse aspecto dos E.D. já era abordado nos Juizados Especiais, passando, com a atualização do CPC em 2015, a ser expressamente previsto também para a Justiça Comum.

- Efeito modificativo (Infringente): Como já foi amplamente tratado, os Embargos não tem *a priori* efeitos modificativos, já que não buscam a reforma da decisão, mas sim, a sua clarificação ou correção material.

Por outro lado, é possível que se admitam os efeitos INFRINGENTES. Como é natural de se imaginar, mesmo uma correção material ou uma retificação de contradição podem gerar modificações no conteúdo final da decisão. Nesse caso, vislumbrada a possibilidade de prejuízo ao embargado com o acolhimento dos E.D., deverá ser dada a ele a oportunidade do contraditório no prazo de 5 dias, tudo conforme artigo 1.023, § 2º.

6 | DO PROCEDIMENTO

Detectada a obscuridade, omissão, contradição ou erro material da decisão proferida pelo juiz, seja ela qual for, caberá a impetração dos Embargos de Declaração.

A forma para o embargante enviar os E.D. ao juiz é PETIÇÃO, conforme artigo 1.023 do CPC, na qual deverá constar a indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão (princípio da dialeticidade).

Os Embargos de Declaração não se sujeitam a preparo, ou seja, a princípio são gratuitos.

Depois de proferida a decisão do juiz, a parte que desejar embargá-la terá 5 dias úteis para fazê-lo por meio de petição (art. 1.023 e art. 219 do CPC/15). A petição será encaminhada ao mesmo juízo que proferiu a decisão. A partir daí, estarão interrompidos os prazos para os demais recursos.

Ao receber a petição o juiz terá 5 dias úteis para julgá-la (art. 1.024 do CPC/15), este é um **prazo impróprio**. O procedimento de apreciação dos E.D. quando emitidos contra decisões de tribunais está esmiuçado nos parágrafos 1º e 2º do artigo 1.024 do CPC/15.

Caso o juiz perceba a possibilidade de prejuízo ao embargado na hipótese de acolhimento do recurso, ele deverá intimá-lo para apresentar contra-razões em 5 dias úteis (art. 1023, §2º do CPC/15).

A natureza da decisão que julga os E.D. será a mesma da decisão embargada, conforme leciona DIDIER:

Ao apreciar os embargos, o órgão julgador deverá julgá-los em decisão que tenha a mesma natureza do ato judicial embargado. Assim, se os embargos forem opostos contra

sentença, serão julgados por meio de outra sentença. Se, por sua vez, forem opostos conta acórdão, haverão de ser julgados por novo acórdão. (DIDIER, 2018)

Sendo assim, o fim do processo para os Embargos se dará com o órgão julgador proferindo uma decisão de mesma natureza da embargada.

7 | DOS EMBARGOS MERAMENTE PROTETATÓRIOS

Visando coibir o uso incorreto dos E.D. e em última medida o próprio acesso à justiça por parte da população. O legislador inseriu no Código de Processo Civil algumas sanções aos operadores do direito que tentarem fazer uso desta ferramenta tão importante apenas para ganhar tempo no processo.

Segundo Fredie Didier:

Com efeito, considera-se litigante de má-fé aquele que interpuser recurso com intuito manifestadamente protelatório (art. 80, VII, CPC), incumbindo ao juiz prevenir ou reprimir tal tipo de conduta (art. 139, III, CPC). (DIDIER, 2018)

Apesar de a maioria das multas previstas para a litigância de má-fé estarem previstas no art. 81 do CPC, o art. 1.026 traz uma normatização especial para os Embargos de Declaração quando meramente protelatórios. Por ser uma norma mais específica esta irá prevalecer sobre a aquela.

Conforme preconizado no parágrafo 2º do artigo 1.026 do CPC/15, na impetração de embargos manifestadamente protelatórios, o juiz ou o tribunal, em decisão **fundamentada**, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a 2% do valor da causa. Ou seja, percebido pelo juízo que recebeu os E.D. que estes foram utilizados pela parte apenas para ganhar tempo, poderá ser estipulada uma multa de até 2% do valor da causa, podendo este valor ser menor. Importantíssima a fundamentação por parte do juízo expondo as suas razões para determinar a tentativa de procrastinação da parte embargante.

Insistindo nas tentativas de atrasar o processo, o embargante passará a responder mais gravemente, agora nos termos do parágrafo 3º do mesmo artigo supracitado, que prevê que na reiteração de E.D. manifestadamente protelatórios, a multa será elevada a até 10% do valor da causa. Além disso, a interposição de **qualquer** recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa.

Assim sendo, no caso de uma reiteração do uso indevido dos embargos o juiz poderá majorar a multa até o valor correspondente a 10% do valor da causa. Além da multa, arcará o embargante com duas sanções processuais, quais sejam, a impossibilidade de interpor qualquer outro tipo de recurso cabível da decisão até o pagamento da multa e a impossibilidade de ter novos E.D. admitidos caso os dois primeiros tenham sido considerados protelatórios (parágrafo 4º).

A Fazenda Pública e os beneficiários da justiça gratuita poderão recolher a multa

mencionada ao final do processo.

8 I DAS MUDANÇAS ADVINDAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O chamado “novo” Código de Processo Civil, passou a vigorar em todo o país no dia 18 de março de 2016 e trouxe diversas mudanças para o ordenamento jurídico, inclusive no que tange aos Embargos de Declaração.

Destarte veremos que, apesar da divergência doutrinária, os E.D. continuaram fazendo parte da família dos Recursos, permanecendo no rol taxativo previsto no artigo 994 do novo código.

Uma importantíssima e, sob a humilde ótica deste autor, acertada inovação trazida pelo novo diploma é a do cabimento dos embargos. O código antigo, em seu artigo 535, inciso I era restritivo em sua redação quanto às hipóteses de cabimento, pois, expressamente limitava os embargos à oposição de sentenças ou acórdãos.

Já o novo código, percebendo incabível essa limitação e sabendo que diversas outras decisões no caminhar processual poderiam recair nos erros de obscuridade, contradição, omissão ou erro material, mudou o texto. Modificou a expressão “sentença ou acórdão” para “qualquer decisão judicial”. Deixando claro para todos que o alcance dos E.D. vão muito além das sentenças e acórdãos, cabendo sua oposição a outras manifestações do juiz, como decisões interlocutórias, deferimentos de tutela antecipada, decisões monocráticas, dentre outras.

Ainda sobre o cabimento, importante destacar que o artigo 504 do antigo código foi repetido com idêntico texto para o artigo 1001 do atual. Deixando claro que os despachos continuam sendo inalcançáveis pelos recursos, sendo assim, não seriam possíveis E.D. de despachos, ainda existe uma minoria doutrinária que acredita o contrário.

Outra grande inovação foi advinda do artigo 1025 do novo código. Este artigo, que não possui equivalente no código de 1973, trata sobre o que a doutrina passou a chamar de “pré-questionamento ficto”.

Durante muito tempo houve dúvida quanto ao atendimento do requisito de pré-questionamento pelos E.D. não aceitos ou rejeitados. Existia inclusive divergência entre o STF e o STJ, situação que culminava com a insegurança jurídica do tema.

De acordo com Teresa Arruda Wambier:

A exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu. Trata-se na verdade, de recursos que reformam as decisões impugnadas, em princípio, com base no que consta das próprias decisões impugnadas. (WAMBIER, 2008)

O Superior Tribunal de Justiça não admitia o pré-questionamento ficto tendo inclusive fixado este entendimento na sua Súmula 211 a ver: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo

Tribunal *a quo*.”

Por outro lado o Supremo Tribunal de Justiça sumulou entendimento contrário, a ver: “O ponto omissis da decisão, sobre a qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. Ou seja, não é necessário que os E.D. sejam julgados para que sua matéria seja aceita como pré-questionamento.

O pré-questionamento ficto botou fim a essa dúvida jurídica. Fica claro com o novo dispositivo que os Embargos de Declaração passam a valer como requisito de pré-questionamento mesmo quando rejeitados ou inadmitidos, ou seja, afasta-se a Súmula 211 do STJ.

Um terceiro ponto de grande importância implementado pelo novo código é o da possibilidade de o juiz conceder prazo para contraditório da parte embargada.

O novo *codex* é bem claro em seu artigo 1.023, parágrafo 2º, ao dispor que o juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se sobre os embargos opostos. Cabe lembrar que o juiz somente tomará essa atitude na possibilidade de prejuízo do embargado devido a uma possível aceitação dos embargos. Essa inovação privilegia sobremaneira o princípio do contraditório no processo civil.

Ao contrário de todas as mudanças aqui tratadas. O prazo para interposição e julgamento dos Embargos de Declaração permaneceu o mesmo, ou seja, 5 dias.

9 | CONCLUSÃO

Chegando ao final do trabalho somos agora capazes de entender e aplicar os Embargos de Declaração.

Tratamos da sua relação com os Princípios Fundamentais dos Recursos, onde vimos que aos E.D. aplicam-se os princípios da Taxatividade, Adequação, Fungibilidade e Dialecicidade. Em contra partida, a doutrina não considera os princípios do Duplo Grau de Jurisdição e da vedação da reforma *in pejus* associáveis aos embargos, pelo menos para os que não possuam efeitos infringentes.

Vimos que a finalidade dos Embargos de Declaração é suprir obscuridade, omissão, contradição ou erro material e são cabíveis contra qualquer decisão judicial, seja ela proferida por juiz singular ou juízo colegiado. Acreditam-se cabíveis também E.D. contra despachos, caso estes tenham algum caráter decisório e que possa prejudicar alguma das partes.

Em dissonância com os demais prazos recursais estabelecidos no Código de 2015, os E.D. mantiveram seu prazo do antigo CPC, ou seja, o embargante terá 5 dias para apresentar sua petição. Esse prazo será contado em dias úteis.

Ainda quanto aos prazos, o juiz, verificando a necessidade, poderá intimar a parte embargada para apresentar contra-razões também no prazo de 5 dias.

O prazo para o juiz julgar os embargos será de 5 dias, porém, cabe ressaltar que trata-se de prazo impróprio, ou seja, não será atingido por preclusão.

No que tange aos efeitos dos E.D., o principal destaque se dá ao efeito interruptivo de prazos processuais, veremos mais a frente também as sanções impostas pelo abuso desse efeito.

Ao impetrar Embargos de Declaração serão automaticamente interrompidos os demais prazos processuais para ambas as partes. Por se tratar de interrupção, após o julgamento dos embargos reiniciará os demais prazos do zero. Mesmo os embargos interpostos intempestivamente terão esse efeito, a menos que, os prazos para os outros recursos já estejam também prescritos.

Outro efeito importante, porém não obrigatório, é o modificativo. Quando possuir esse efeito chamá-los-emos de Embargos de Declaração com efeitos infringentes.

Na essência de sua concepção, os E.D. não deveriam acarretar em modificações nas decisões, porém, quando da correção de omissão, obscuridade, contradição ou erro material resultar uma modificação consideraremos presente o efeito modificativo.

No caso do uso irregular dos Embargos, aproveitando-se de seus efeitos interruptivos dos prazos apenas para ganhar tempo ou para impedir o bom andamento da justiça o legislador definiu sanções.

Em um primeiro momento, o embargante que apresentar petição meramente protelatória pagará multa de até 2% do valor da causa. Caso insista na infração, passará a poder pagar multa de até 10% e ficará obrigado a depositar o valor antes de ingressar com qualquer outro tipo de recurso. Ficará, também, impedido de protocolar novos embargos caso os dois primeiros tenham sido considerados meramente protelatórios pelo juiz.

Por fim, há de se reconhecer as características especiais que diferenciam os Embargos de Declaração dos demais recursos previstos no Código de Processo Civil. É de suma importância que todos os detalhes sejam conhecidos pelos operadores para que não cometam erros que possam vir a prejudicar seus clientes ou que possam obstar o bom andamento da justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, mar, 2015.

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. Vol. 3. 15 ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2018.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, R. M. A. **Código de Processo Civil Comentado**. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NETO, G. F. S. **Da nova contagem dos prazos processuais de acordo com o CPC de 2015, em especial para Advocacia Pública.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40137/da-nova-contagem-dos-prazos-processuais-de-acordo-com-o-cpc-de-2015-em-especial-para-a-advocacia-publica>> Acesso em: 06 de setembro de 2018

TALAMINI, Eduardo. **Embargos de Declaração:** Efeitos no CPC/15. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236300,61044-Embargos+de+declaracao+efeitos+no+CPC15>> Acesso em: 08 de setembro de 2018

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Recisória. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD: COMPARAÇÃO DOS ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

Data de aceite: 03/08/2020

Bruna Figueira Marchiori

Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Vitória — Espírito Santo

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8474156424355190>

Gabriela Azeredo Gusella

Universidade Federal do Espírito Santo

Vitória — Espírito Santo

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2227092295351720>

Gilberto Fachetti Silvestre

Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Vitória — Espírito Santo

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3604-7348>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>

RESUMO: O presente art. analisa as experiências legislativas acerca da tomada de decisão apoiada no Brasil e do *apoyo al ejercicio de la capacidad* na Argentina, dando enfoque aos seus procedimentos especiais, visando concluir se são medidas efetivas de proteção às pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com Deficiência. Tomada de Decisão Apoiada. *Apoyo al ejercicio de la capacidad*. Procedimento Especial.

THE TOMADA DE DECISÃO APOIADA AND THE APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD: COMPARISON OF MATERIAL AND PROCEDURAL ASPECTS

ABSTRACT: This article analyzes the legislative experiences regarding the Brazilian supported decision system and the support to the exercise of the capacity in Argentina, focusing on their special procedures, aiming to conclude whether they are effective measures to protect people with disabilities.

KEYWORDS: Person with disabilities. Supported Decision. Support to the exercise of the capacity. Special Procedure.

1 | INTRODUÇÃO

Foi aprovado na Organização das Nações Unidas, em dezembro de 2006, o texto final da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo. A Convenção de Nova Iorque, como ficou conhecida, foi assinada por pelo menos 160 nações, dentre elas o Brasil e a Argentina. Esse documento possibilitou uma mudança de paradigma no tratamento das pessoas com deficiência nos

países signatários, tendo em vista o seu propósito de promover e assegurar o exercício pleno dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, visando ao respeito à sua dignidade e capacidade de autodeterminação.

O Art. 12 da Convenção pode ser apontado como a diretriz seguida pelos legisladores brasileiros e argentinos para a criação dos institutos da tomada de decisão apoiada e do *apoyo al ejercicio de la capacidad*, respectivamente. A norma internacional dispõe sobre a necessidade do reconhecimento isonômico perante a lei da capacidade plena da pessoa com deficiência, devendo os países criarem medidas apropriadas para promover o apoio ao seu exercício.

Desse modo, o legislador brasileiro, ao introduzir no ordenamento jurídico o art. 1.783-A do Código Civil, previu uma medida protetiva judicial alternativa à curatela, denominada *tomada de decisão apoiada*. Este novo instituto visa a que a pessoa com deficiência tenha à sua disposição um mecanismo que garantirá o exercício pleno de sua capacidade, por meio de apoios nas decisões que serão por elas tomadas em atos da vida civil. De igual forma e com os mesmos propósitos, foi também criada uma medida alternativa à curatela no art. 43 do Código Civil e Comercial argentino, qual seja, o *apoyo al ejercicio de la capacidad*.

No que tange à tomada de decisão apoiada, o legislador, diferentemente do que fez com a curatela, não previu o seu procedimento especial no Código de Processo Civil, disciplinando-o exclusivamente no art. 1.783-A do Código Civil, de maneira incompleta quanto a aspectos procedimentais, o que acaba dificultando a sua efetiva utilização. Para auxiliar na solução desta problemática, inclusive, já está em trâmite o Projeto de Lei nº 11.091/2018 na Câmara dos Deputados, originado do Projeto de Lei de nº 757/2015 do Senado Federal.

Dessa forma, mostra-se oportuna uma pesquisa desse instituto e do seu procedimento especial, por meio da análise das normas heterotópicas e bifrontes que tratam da temática e das propostas de alteração que estão em tramitação.

Quanto ao procedimento do *apoyo*, observa-se que muito embora se trate de um instituto semelhante à tomada de decisão apoiada, o legislador argentino acabou por adotar procedimento diverso, podendo se tratar tanto de uma medida judicial quanto extrajudicial, sendo válido, pois, tecer uma análise comparativa.

Levando em consideração a necessidade de um maior detalhamento sobre o procedimento e os efeitos da tomada de decisão apoiada, objetiva-se analisar as experiências legislativas brasileira e argentina, dando enfoque às diferenças e semelhanças do procedimento especial adotado, visando a concluir se as inovações introduzidas em ambos os ordenamentos jurídicos são capazes de promover efetiva proteção às pessoas com deficiência.

Para alcançar o objetivo traçado, foi realizada uma pesquisa documental, com base na literatura jurídica e nas legislações argentina e brasileira. Além disso, foram destacados

alguns julgados sobre a matéria, que demonstram a tendência inicial de aplicação desses institutos.

2 | A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E SEU PROCEDIMENTO ESPECIAL NO BRASIL

A tomada de decisão apoiada foi inserida no art. 1.783-A do Código Civil a partir de uma alteração promovida pelo art. 116 da Lei nº. 13.146/2015, a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O objetivo da criação desse novo instituto, seguindo as diretrizes do Art. 12 da Convenção de Nova Iorque, foi garantir a autonomia da pessoa com deficiência, considerando que este sujeito de direitos é plenamente capaz e poderá escolher quem irá auxiliá-lo “nos atos de sua vida com base em uma rede de indivíduos no qual ele confia, evitando as situações que o processo de interdição defere a curatela à revelia e muitas vezes contrários ao interesse do curatelado” (AQUINO, 2017, p. 72).

O legislador brasileiro optou pela convivência entre a curatela e o novo modelo, inclusive valendo-se de disposições gerais daquela para a tomada de decisão apoiada (REQUIÃO, 2016, p. 44), de modo que a ação de curatela de interditos passou a ser a exceção no sistema, devendo ser utilizada somente como última opção e em casos excepcionais, nos quais não seja cabível a tomada de decisão apoiada.

Isso fica claro pelo que está estipulado no art. 84 da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, pois tendo em vista que a pessoa com deficiência tem assegurado o pleno exercício de sua capacidade, a curatela, enquanto medida protetiva extraordinária, deverá durar o menor tempo possível, ficando restringida aos atos relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando os aspectos existenciais das pessoas com deficiência (art. 85).

A distinção entre a curatela e a tomada de decisão apoiada, dessa forma, reside no limite do exercício da autonomia da pessoa com deficiência, visto que quando o comprometimento for reduzido será hipótese de cabimento do processo de tomada de decisão apoiada, enquanto que a curatela estabelecida pela interdição será possível diante de uma das hipóteses indicadas no art. 1.767 do Código Civil (ESTEVES, CRUZ e SILVA, 2016, p. 291).

A tomada de decisão apoiada, segundo consta no *caput* do art. 1.783-A, é o processo judicial autônomo, com rito próprio, no qual a pessoa com deficiência, para que possa exercer plenamente seus direitos, irá escolher no mínimo duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e sejam de sua confiança e estas irão lhe prestar auxílio, apoio, fornecendo elementos e informações necessárias nas decisões que serão tomadas acerca de atos da vida civil.

Observa-se que na tomada de decisão apoiada o apoiador não atuará como

representante ou assistente, mas sim como orientador que garanta a segurança que a pessoa apoiada requer (DANELUZZI e MATHIAS, 2016, p. 74). A pessoa com deficiência, portanto, não perderá ou terá sua capacidade limitada, ao requerer a tomada de decisão apoiada, pois, segundo Adolfo Mamoru Nishiyama e Roberta Cristina Paganini Toledo (2016, p. 47):

não se apresenta a referida medida como causa de suprimento de incapacidades, como a representação e a assistência, na curatela, mas, a validade dos negócios jurídicos intitulados no instrumento constitutivo, dependerá da assistência dos apoiadores. Pensamos tratar-se de uma hipótese de legitimação imposta pela própria pessoa com deficiência, a fim de que tenha mais segurança jurídica diante de suas vulnerabilidades.

Ademais, a tomada de decisão apoiada “não se relaciona, necessariamente, com o portador de transtorno mental, podendo ser requerida por qualquer sujeito classificável deficiente nos termos do Estatuto, incluindo deficiências físicas, mentais, sensoriais e intelectuais” (PEDRINI e COELHO, 2017, p. 50). Trata-se, portanto, “de um negócio jurídico gratuito, plurilateral, solene, personalíssimo, com ou sem prazo determinado” (GABURRI, 2017, p. 131), que visa a garantir a autonomia da pessoa com deficiência.

O procedimento da tomada de decisão apoiada não foi previsto pelo legislador, como ocorreu com a ação de curatela de interditos, no Código de Processo Civil (NISHIYAMA e TOLEDO, 2016, p. 46), estando disciplinado de forma condensada no art. 1.783-A do Código Civil.

Quanto ao procedimento especial propriamente dito, tem-se, inicialmente, que o advogado ou defensor público da pessoa com deficiência, na petição inicial da ação de tomada de decisão apoiada, deverá atender aos requisitos dos arts. 319 e 320 do Código de Processo Civil e fazer constar o pedido expresso de nomeação dos apoiadores. A competência será da justiça comum estadual, devendo a inicial ser endereçada ao juízo de primeiro grau, sendo o foro competente o do domicílio do requerente, ou seja, da pessoa com deficiência que será apoiada (VIGLIAR, 2018, p. 203).

O pedido de tomada de decisão apoiada somente pode ser requerido pela pessoa com deficiência, uma vez que ela é o único sujeito legitimado ativo para propor a ação. Inclusive — embora ainda seja cedo para se falar em jurisprudência —, é possível encontrar alguns julgados firmando o posicionamento no sentido de que não há a possibilidade de o pedido ser realizado por outra pessoa e nem que a medida possa ser instaurada *ex officio* pelo juiz, exatamente porque a legitimidade ativa *ad causam* é exclusiva da pessoa a ser apoiada e pela necessidade de haver um requerimento expresso. Nesse sentido, são exemplos: AC 0425884-97.2016.8.21.7000 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e AC 0001812-05.2004.8.24.0031 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Ademais, a pessoa com deficiência deve ter total discernimento e contar com 18 anos completos ou, ainda, ser maior de 16 anos e estar emancipada para pessoalmente ter legitimidade processual para requerer a tomada de decisão apoiada (GABURRI, 2017, p. 130-131).

O pedido formulado na exordial, por sua vez, deve ser acompanhado de um instrumento público ou particular reduzido à termo e apresentado pela pessoa com deficiência e seus pretendidos apoiadores, no qual irá constar os limites do apoio que será oferecido e os compromissos assumidos pelos apoiadores, além do “prazo de vigência do acordo, o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa com deficiência e a indicação expressa de quem são as pessoas aptas para prestar esse apoio”, conforme os §§ 1º e 2º do art. 1.783-A.

Se o juiz verificar que a exordial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 do Código de Processo Civil e apresenta defeitos ou irregularidades e não esteja acompanhada do instrumento reduzido a termo, ele não poderá indeferi-la de plano, devendo proporcionar a oportunidade de emenda à inicial, no prazo de 15 dias (art. 321).

Observa-se, assim, que a tomada de decisão apoiada será diferente para cada pessoa, uma vez que os limites do apoio e os compromissos assumidos pelos apoiadores e demais especificidades, serão definidos pelo instrumento reduzido a termo juntado ao pedido inicial da ação específica (AQUINO, TOSTES, 2017, p. 73). Tem, portanto, uma natureza negocial.

No tocante aos conteúdos e limites do compromisso assumido, é importante frisar que, muito embora seja um instituto utilizado, *a priori*, para questões de natureza negocial, é possível que o termo de apoio contemple, além dos atos da vida civil de natureza patrimonial, os de natureza existencial, inclusive, envolvendo direitos da personalidade (GABURRI, 2017, p. 131).

Dando prosseguimento ao procedimento, o juiz, diante de um pedido de tomada de decisão apoiada irá, antes de se pronunciar, assistido por equipe multidisciplinar, após manifestação do Ministério Público, fazer a oitiva pessoal do requerente e dos apoiadores (§ 3º do art. 1.783-A). A possibilidade de concessão de tutela de urgência de forma liminar na tomada de decisão apoiada será reduzida, uma vez que, em se tratando de pessoa plenamente capaz e pelo fato de a decisão ser por ela tomada, mostra-se oportuno aguardar a oitiva e manifestação do Ministério Público antes de o juiz se pronunciar. Nesse sentido entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sede do julgamento do Agravo de Instrumento 0339809-21.2017.8.21.7000.

Ademais, a participação obrigatória do Ministério Público, demonstra que os interesses tutelados são indisponíveis, no que se refere à condição de vulnerabilidade dos apoiados (VIGLIAR, 2018, p. 201). A decisão que for tomada pela pessoa com deficiência apoiada tem validade e produz efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que não ultrapasse os limites do acordo de apoio estabelecido (§ 4º do art. 1.783-A). Além disso, o terceiro que possuir alguma relação negocial com o apoiado pode solicitar que os apoiadores contra-assinem os acordos e contratos firmados, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado (§ 5º do art. 1.783-A), “o que gera maior segurança jurídica junto ao negócio celebrado” (OLIVEIRA, 2017, p. 55), de modo a reforçar sua

validade, evitando alegações futuras de eventual nulidade.

Segundo o § 6º do art. 1.783-A, caso o negócio jurídico possa trazer qualquer risco ou prejuízo relevante e havendo divergência de opinião entre o apoiado e um de seus apoiadores, o magistrado decidirá sobre a questão. Todavia, o dispositivo legal não especifica o sentido da expressão “risco ou prejuízo relevante”, o que pode gerar insegurança jurídica na sua aplicação.

Os apoiadores não podem agir com negligência, pois se assim o fizerem, exercendo pressão indevida ou não adimplindo com as obrigações assumidas, podem ser denunciados ao Ministério Público ou ao juiz, que no caso de procedência, irá destituir o apoiador e nomear outro, respeitando a vontade do apoiado (§§7º e 8º do art. 1.783-A).

Embora tenha prazo de duração estipulado, a pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo firmado no processo judicial e, de igual forma, o apoiador pode solicitar ao juiz a sua exclusão do processo. Entretanto, no caso do apoiador o seu desligamento estará condicionado à manifestação do juiz sobre o pedido (§§ 9º e 10 do art. 1.783-A). Os apoiadores, ao assumirem compromisso formal perante o judiciário, devem prestar contas, sob pena de destituição e responsabilidade civil e criminal (ARAUJO e COSTA FILHO, 2015, p. 70-71), de modo que o procedimento seguirá, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas da curatela (§ 11 do art. 1.783-A).

Quanto aos casos anteriores à legislação, nos quais a curatela de interditos tenha sido a medida adotada — já que ainda não existia a tomada de decisão apoiada —, tem-se que “em respeito a coisa julgada, como a interdição decorre de sentença, não se pode afirmar que os interditos que são deficientes mentais e intelectuais estarão automaticamente livres dela” (CASSETTARI, 2016, p. 265). Assim, será preciso que os interditados requeiram o levantamento da interdição e, posteriormente, a constituição da tomada de decisão apoiada.

Já no caso de perda da capacidade da pessoa com deficiência durante a vigência do termo de apoio, a tomada de decisão apoiada será extinta e deverá ser requerida a curatela do incapaz (GABURRI, 2017, p. 132).

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 11.091/2018, originado do Projeto de Lei de nº 757/2015 aprovado no Senado Federal, os que pretende solucionar algumas problemáticas, principalmente, no que diz respeito aos efeitos e ao procedimento da tomada de decisão apoiada.

O art. 8º do Projeto de Lei aprovado no Senado Federal pretende inserir três novos parágrafos ao art. 1.783-A do Código Civil (§§ 12 a 14) e, além disso, o art. 9º visa a acrescentar o art. 763-A no Código de Processo Civil.

O § 12 do art. 1.783-A projetado pelo art. 8º do PL assim prescreveria: “Os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo”. Se aprovada, a norma pretende dirimir qualquer dúvida que possa existir acerca da

tomada de decisão apoiada no sentido de que a decisão é tomada pela pessoa apoiada, que é plenamente capaz, não podendo, portanto, ser alegada por terceiros uma eventual invalidade dos negócios jurídicos praticados, ainda que os apoiadores não participem ou não contra-assinem o negócio firmado.

O § 13 proposto, assim como o § 12, também reforçaria algo que já está claro na literatura jurídica: a curatela deve ser adota em casos excepcionais: “Excepcionalmente, não será devida a tomada de decisão apoiada quando a situação da pessoa exigir a adoção da curatela”.

Quanto a um possível § 14 para o art. 1.783-A, por sua vez, tem-se que: “A tomada de decisão apoiada não será registrada nem averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais”. Há quem sustente que o registro e averbação no Registro Civil seria um “requisito formal dispendioso e desnecessário” (TARTUCE, 2016). Entretanto, entende-se que esta medida é necessária, pois a “previsão expressa de registro no Registro Civil, como forma de publicizar uma situação que é de evidente interesse de terceiros que forem entabular negócios jurídicos com a pessoa” (PASSARELLI, 2016, p. 373), e isso traria maior segurança jurídica à tomada de decisão apoiada.

Por fim, é proposta a inclusão do art. 763-A no Código de Processo Civil, que disporia: “Aplica-se, no que couber, o disposto nas Seções IX e X do Capítulo XV do Título III deste Código ao processo de tomada de decisão apoiada. Parágrafo único. Se o juiz entender que não estão presentes os requisitos legais da tomada de decisão apoiada, poderá, se for o caso, definir a curatela”.

Quanto a esse aspecto, além de explicitar que as disposições processuais sobre interdição, curatela e tutela serão aplicadas, no que couber, à tomada de decisão apoiada, traz uma importante inovação no parágrafo único, qual seja, a possibilidade de o juiz, diante de um pedido de decisão apoiada em que não estiverem presentes os requisitos legais da tomada, definir a curatela.

Observa-se, assim, que o Projeto de Lei nº 11.091/2018 (Câmara dos Deputados) c/c Projeto de Lei de nº 757/2015 (Senado Federal), é um passo importante para que a tomada de decisão apoiada possa vir a ser utilizada com maior segurança, diante das complementações propostas ao instituto, que visam à harmonização da sua operabilidade jurídica.

3 | O APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD DO DIREITO CIVIL ARGENTINO

O *Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)* vigente foi promulgado em 2015 e dentre os desafios a serem enfrentados pela nova legislação, encontrou-se o tratamento legal do regime de capacidades e a tutela dos direitos das pessoas com deficiência. Nesse sentido, foi criado o procedimento da ação de *apoyo al ejercicio de la capacidad*, instituto análogo à tomada de decisão apoiada brasileira e que também foi inspirado pelo

art. 12 da Convenção de Nova Iorque. No art. 43 se verifica a finalidade do instituto:

Artículo 43. Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

No *Codex* anterior — assim como acontecia no Direito brasileiro em momento anterior à ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da promulgação da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência —, a curatela era a regra e a figura do curador mostrava-se como elemento limitador da manifestação de vontade e da livre determinação das pessoas com deficiência intelectual (CAPPELLO, 2016, p. 48). Contudo, assim como ocorreu no Brasil, a curatela passou a ser estabelecida no Direito argentino como medida excepcional, que deve ser utilizada apenas nas situações em que o *apoyo* não se mostre como a ferramenta mais apropriada.

Enquanto na legislação brasileira somente a própria pessoa com deficiência é legitimada para solicitar a tomada de decisão apoiada, na Argentina são legitimados para requerer o *apoyo* tanto o interessado quanto o seu cônjuge, companheiro, parente até quarto grau (ou, se forem por afinidade, até o segundo grau) e o Ministério Público (art. 33 do Código Civil e Comercial). Ademais, o próprio juiz indicará quais atos necessitarão do recurso ao apoio, não sendo estes requeridos, conforme no Direito brasileiro, mediante a juntada do instrumento reduzido à termo.

Quanto à natureza do procedimento, a tomada de decisão apoiada, instituída no art. 1.783-A do Código Civil brasileiro, apresenta natureza de jurisdição voluntária, não sendo expressamente regulada a possibilidade da sua instituição por procedimento extrajudicial. De forma menos restritiva, o *apoyo* se apresenta como qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial que facilite o exercício de seus direitos à pessoa que dele necessita. Sobre sua possibilidade enquanto procedimento extrajudicial, tem-se que:

En cuanto a la primera, surge de la misma comunidad, es decir, el apoyo surge de la relación de la persona con discapacidad con sus pares, de parte de quienes recibe el apoyo para la toma de decisiones, no desarrollándose solamente en su grupo familiar más cercano, sino también extendiendo dicha posibilidad a los que no se encuentran en línea de grado más próximo. Esta normalización significo un gran avance respecto de la manera en la que se trataba el tema de la representación, ya que muchas veces ese lugar quedaba ocupado o a cargo de personas que en la mayoría de las veces no habían tenido contacto alguno con quien representaban, no conocían sus sentimientos y su manera de pensar (CAPPELLO, 2016, p. 54).

Marta Lucila Alejandra Torres Raineri, Amanda Elizabeth Palacios e Mónica Elisa Closs afirmam que a medida extrajudicial poderá ser realizada por meio de instrumento

público ou privado, respeitando-se as exigências típicas dos atos jurídicos (2017, p. 5). Considerando que a instituição da tomada de decisão apoiada no Brasil é realizada apenas pela via judicial e que esta mostra-se custosa, burocrática e, portanto, mais demorada, a possibilidade de a medida ser realizada extrajudicialmente parece ser, *a priori*, mais eficiente.

Observa-se, entretanto, que assim como no Direito brasileiro, o legislador argentino não foi tão minucioso ao trazer, junto à inovação, disposições mais claras sobre o procedimento adotado, como por exemplo, indicar explicitamente em que casos deverá ser extrajudicial ou judicial, já que traz as duas possibilidades procedimentais para instituição do *apoyo*. (Principalmente, tendo em vista que se trata de uma medida protetiva e, portanto, deve garantir efetivamente a proteção das pessoas com deficiência que dela farão uso).

Outro elemento de distinção entre os modelos argentino e brasileiro refere-se à quantidade de apoiadores. O *Código Civil y Comercial de la Nación* estabelece, em seu art. 32, que o apoio pode ser fornecido por um único indivíduo ou mais de uma pessoa; por sua vez, a lei brasileira exige que se indique, pelo menos, dois apoiadores.

Essa exigência do art. 1.783-A do Código Civil brasileiro é criticada por Anderson Schreiber (2016), que alerta para o fato de que a condição estabelecida poderá ser elemento complicador para o emprego do instituto. A crítica subsiste no fato de que, havendo apenas uma pessoa de confiança da pessoa com deficiência, que preencha satisfatoriamente os três pressupostos legais para qualificação como apoiador — a saber, idoneidade, confiança e vínculo com o futuro apoiado —, ele não poderá se valer do instituto, devendo buscar outro indivíduo para se adaptar à exigência legal. Por sua vez existem também dificuldades a serem enfrentadas por parte do apoiador, na medida em que, apesar de possuir relação de confiança com o apoiado, pode se sentir provocado a declinar do exercício do apoio por não se mostrar confortável em realizá-lo de forma conjunta a outra pessoa, com quem não possui forte vínculo.

No que tange ao registro, estabelece o *Código Civil y Comercial de la Nación*, em seu art. 43, que as medidas de *apoyo* deverão passar por inscrição no Registro de Estado Civil e Capacidade das Pessoas. Por sua vez, o Projeto de Lei nº 11.091/2018 em tramitação na Câmara dos Deputados brasileira visa alterar o art. 1.783-A do Código Civil brasileiro para adicionar o § 14 para que não seja registrada e nem averbada a tomada de decisão apoiada no Registro Civil de Pessoas Naturais. Parece mais acertada a opção do legislador argentino, pois, muito embora a decisão seja da pessoa com deficiência, enquanto plenamente capaz, a averbação no Registro Civil de Pessoas Naturais garantiria uma maior publicidade da medida.

Um aspecto relevante em relação ao procedimento judicial do *apoyo* se encontra na materialização da presunção da capacidade da pessoa em âmbito processual, pois a pessoa, mesmo quando internada em estabelecimento assistencial de saúde, tem direito a

participar do processo (art. 31). Pelo art. 36, a pessoa que em cujo interesse o processo é levado adiante é parte e pode apresentar todas as provas para a realização de sua defesa. Uma análise cuidadosa do instituto demonstra sua preocupação na garantia de tutela de direitos, buscando afastar exigências de caráter formal que inviabilizam a concretização da proteção pretendida. Para tanto, assegura o art. 35 do *Código Civil y Comercial de la Nación* a possibilidade de que o juiz realize ajustes e adequações ao procedimento de acordo com as circunstâncias do caso concreto para que se garanta “a bilateralidade em relação a todas as partes” (BERIZONCE, 2015, p. 180). Nesse sentido, pelo menos um advogado e um membro do Ministério Público deverão estar presentes nas audiências para que se preste assistência à parte interessada.

A fundamentação da sentença deve se embasar em parecer proferido por equipe interdisciplinar, juntamente com outros elementos de prova (como prova testemunhal e documental). No que se refere especificamente à opinião desta equipe, pode-se afirmar que:

El dictamen de un equipo interdisciplinario, imprescindible a los fines de la fundamentación de la sentencia, ha de versar sobre: a) diagnóstico y pronóstico de la adicción o alteración mental, especificando si es permanente o prolongada, gravedad y si, en su caso, del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona en el sentido del art. 32; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible (art. 37). Ha de convenirse que el primer y fundamental aspecto del diagnóstico y pronóstico de la dolencia, resulta como regla de exclusiva incumbencia de los médicos psiquiatras; a salvo algunos supuestos en que pudiere requerirse dictamen de psicólogo. Y lo propio acaece con relación a la determinación de la época en que se manifestó la dolencia y en punto al régimen que se propone para la protección, asistencia y promoción de la autonomía. En cuanto a la cuestión restante, relativa a los recursos personales, familiares y sociales existentes, serán de competencia de un asistente social (BERIZONCE, 2015, p. 180).

De forma adicional, deverá haver revisão judicial das decisões proferidas no âmbito dos processos relativos ao exercício da capacidade jurídica ou à implementação de sistemas de apoio e salvaguardas em um prazo não superior a três anos ou, se necessário, em um prazo inferior. Segundo Susana Beatriz Cerda, parte da literatura estabelece críticas a esse dispositivo, por ser elemento de burocratização do procedimento, bem como por se mostrar instrumento de nova vitimização da pessoa com deficiência em casos nos quais não haveria tal necessidade (CERDA, 2016, p. 77).

As inovações do *Código Civil y Comercial de la Nación* são recentes, e, portanto, não se pode falar em jurisprudência sólida sobre o *apoyo*. Todavia, uma análise de julgados sobre a declaração de capacidade revela significativa virada interpretativa, com o surgimento de sentenças focadas na garantia dos direitos das pessoas com deficiência. Nesse sentido:

Este cambio rotundo que plantea una visión más humanista y puramente relativa al ámbito de los derechos humanos, ha generado en el poder judicial una revisión de las sentencias y ha implicado también, el estudio de diferentes instrumentos y del propio

Para Carlos Muñiz (2012) as maiores falhas não estão no que a lei diz, mas no que ela não diz. Crítica semelhante pode ser oposta ao modelo brasileiro de tomada de decisão apoiada. O procedimento nasceu com incompletudes, sendo, inclusive, alvo de propostas de modificação legislativa. Ademais, o sistema desenvolvido no Brasil mostra-se evidentemente abstrato e formal, não enfrentando com propriedade questões práticas e a criação de medidas de funcionalização da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o que pode desestimular o seu uso e criar problemas de operabilidade.

O *apoyo* mostra-se uma figura bem próxima da tomada de decisão apoiada brasileira (MENEZES, 2017, p. 43) e mesmo sendo passível de críticas, demonstra ser, *a priori*, instrumento mais efetivo na tutela dos direitos das pessoas com deficiência, pois os mecanismos criados buscam fornecer soluções mais rápidas e acessíveis, o que favorece a sua aplicabilidade (SAMPAIO JÚNIOR e PAULINO, 2016, p. 176).

4 | CONCLUSÃO

A tomada de decisão apoiada brasileira e o *apoyo al ejercicio de la capacidad* argentino são instrumentos de fundamentais para a tutela dos direitos das pessoas com deficiência. Ambos os institutos, seguindo o art. 12 da Convenção de Nova Iorque, constituem medidas apropriadas para promover o acesso das pessoas com deficiência a todo tipo de apoio que venham a necessitar para o exercício pleno de sua capacidade civil.

Entretanto, esta pesquisa revelou que esses institutos poderiam ter sido melhor delimitados pelo legislador, em especial no tocante ao procedimento, pois a legislação incompleta pode gerar insegurança jurídica e desestimular a utilização dos institutos. Ademais, dentre os aspectos que merecem destaque na legislação brasileira, observa-se que houve um maior respeito à autonomia e autodeterminação da pessoa com deficiência, na medida em que foi estipulada a legitimidade ativa exclusiva da pessoa com deficiência, bem como foi delegado a ela a tarefa de formular mediante termo particular ou público os limites do apoio e os compromissos que serão assumidos pelos apoiadores.

No tocante à legislação argentina, o fato de o *apoyo* constituir uma medida judicial ou extrajudicial, possivelmente garantirá uma maior utilização do instituto, na medida em que a longa duração de um processo judicial e os altos custos dele decorrentes, podem ser fatores a desestimular sua utilização pelas pessoas com deficiência que pretendem ser apoiadas.

É importante que o legislador venha a corrigir as eventuais falhas e omissões observadas, principalmente no que tange ao procedimento de ambos os institutos, como, inclusive, já está tentando ser realizado no Brasil por meio do Projeto de Lei nº 11.091/2018

em tramitação na Câmara dos Deputados. Além disso, a literatura jurídica e, em um segundo momento os Tribunais, terão forte influência nos dois países na mitigação das falhas específicas dos institutos a partir de uma interpretação diligente e que vislumbre garantir maior funcionalidade ao *apoyo* e à tomada de decisão apoiada. Assim, poderá se operacionalizar estes institutos que possuem grande valia na tutela dos direitos das pessoas com deficiência, enquanto sujeitos de direito plenamente capazes.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de; TOSTES, Camila Strafacci Maia. A repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime da capacidade civil. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 75, p. 63-77, mar., 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O estatuto da pessoa com deficiência — EPCD (lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 962, p. 65-80, dez., 2015.

AWE, S. Marina. *El nuevo paradigma en Salud Mental: adiós al binomio capacidad-incapacidad*. Trabalho de Conclusão de Curso — Universidad Nacional de Río Negro, Viedma, 2016.

BERIZONCE, Roberto O. Normas Procesales en el Código Civil y Comercial. Personas con capacidades restringidas. In: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, p. 175-182, nov., 2015.

BRITO, Alejandro Guzmán. *Historia de la Codificación Civil em Iberoamérica*. Navarra: Aranzadi, 2006.

CAPPELLO, Maria Florencia *et alli*. *El acceso a la justicia de las personas con discapacidad en el régimen jurídico argentino*. Trabalho de Conclusão de Curso — Universidad Siglo 21, Córdoba, 2016.

CASSETTARI, Christiano. Os desafios impostos pelo estatuto da pessoa com deficiência em razão das modificações na teoria das incapacidades e os seus reflexos a atividade de registradores e notários. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 80, p. 259-272, Jan./Jun., 2016.

CERDA, Susana Beatriz *et alli*. *Personas con discapacidad: acceso a la justicia en el nuevo código civil y comercial*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso — Universidad Siglo 21, Córdoba, 2016.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. In: *Revista de Direito Privado*, v. 66, p. 57-82, abr./jul., 2016.

ESTEVES, Diogo; CRUZ, Elisa Costa; SILVA, Franklyn Roger Alves. As consequências materiais e processuais da lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência e o papel da defensoria pública na assistência jurídica das pessoas com deficiência. In: *Revista de Processo*, v. 258, p. 281-314, ago., 2016.

GABURRI, Fernando. Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do estatuto da pessoa com deficiência no direito civil. In: *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 118-135, jun., 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). In: *Revista Brasileira de Direito Civil — RBDCivil*, v. 9, n. 03, 2017.

MUÑIZ, Carlos. *Personas con discapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental en el anteproyecto de Código Civil y Comercial*, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/personas-incapacidad-capacidad-restringida.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 35-62, dez., 2016.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. O estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015), seus direitos e o novo paradigma da capacidade civil. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 76, p. 49-58, abr., 2017.

PASSARELLI, Luciano Lopes. Estatuto da pessoa com deficiência: reflexões aplicadas ao direito notarial e registral. In: *Revista de Direito Imobiliário*, v. 80, p. 345-385, jan./jun., 2016.

PEDRINI, Tainá Fernanda; COELHO, Luciana de Carvalho Paulo. A modificação da teoria das capacidades diante da aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Processual Civil. In: *Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil*, v. 1, n. 2. p. 37-55, 2017.

RAINERI, Marta Lucila Alejandra Torres; PALACIOS, Amanda Elizabeth; CLOSS, Mónica Elisa. Capacidad restringida. Análisis del artículo 43 sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad del Código Civil y Comercial, Ley 26994—propuestas. In: *XXVI Jornadas de Argentinas de Derecho Civil — La Plata*, Buenos Aires, 2017.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 37-54, jan./mar., 2016.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto; PAULINO, Daniella Bernucci. O sistema de incapacidades no direito civil brasileiro e argentino. In: *Anais XXV Congresso do CONPEDI*, Direito Civil Constitucional, Florianópolis, v. 1, p. 158-177, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade. In: *Carta Forense*, 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforens.com.br/conteudo/art.s/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 15 maio 2018.

TARTUCE, Flávio. *Parecer. Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil*, 2016. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&ts=1528372833873&disposition=inline&ts=1528372833873>>. Acesso em: 10 maio 2018.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tomada de decisão apoiada: aspectos sobre a confiança e vontade da pessoa com deficiência. In: *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 8, p. 199-215, jan./mar., 2018.

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS: ANÁLISE DO ART. 421 DA LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, À LUZ DA POLÍTICA JURÍDICA

Data de aceite: 03/08/2020

Adelcio Machado dos Santos

Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento (UFSC)

<http://lattes.cnpq.br/6663595207403860>

Levi Hülse

Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP

<http://lattes.cnpq.br/1833130032474610>

RESUMO: *“O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais, não deixa de ser mais escravo do que eles. Como adveio tal mudança? Ignoro-o. Que poderá legitimá-la? Creio poder resolver esta questão”.* Com este pensamento Rousseau inicia o seu “Contrato Social”. Já o art. 421 do novo Código Civil Brasileiro, cuja Lei foi sancionada em 10 de janeiro de 2002, afirma que *“a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.* A partir destas premissas, neste artigo encontram-se as respostas à questão propostas de que se objeto da Política Jurídica deve ser considerado no universo das grandes reflexões e das grandes decisões, como deve ser o Direito? Fruto retórico da dominação ou instrumento estratégico das mudanças? Deverá ser ele descompromissado com a degradação

do meio ambiente, mantendo-se como ineficaz remédio para os delitos contra a Natureza ou como poderoso mecanismo da prevenção desses males? O Direito deve ter compromisso apenas com o presente ou deverá estar empenhado na construção ética do devir?

PALAVRAS-CHAVE: Função social do contrato – Política Jurídica - Direito.

ABSTRACT: *“The man is born free, and everywhere he is enslaved. Who considers himself as owner of the others, is but more slave than they. How did such change happen? I do not know. What can legitimate it? I believe I can solve this problem”.* With this thought Rousseau begins his “Social Contract”. The article 421 of the new Brazilian Civil Code, whose law was sanctioned on January 10, 2002, already states, *“The freedom of negotiating will be implemented in function and in the limits of the social function of the contract”.* Starting from these premises, this article brings the answers to the proposed question that if object of the Juridical Politics should be considered in the universe of the great reflections and of the great decisions, how should be the Law? Should it be rhetorical result of the dominance or strategic instrument of the changes? Should it be indifferent with environment degradation, staying as ineffective

solution for the crimes against the nature or as powerful mechanism of the prevention of those evils? Should the Law just have commitment with the present or should it be determined in the ethical construction of the future?

KEYWORDS: Social function of the contract – Juridical Politics - Law .

INTRODUÇÃO

O art. 421 do Código Civil, cuja Lei foi sancionada em 10 de janeiro de 2002, clangora que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A função social do contrato, como pode ser observado, protege a liberdade de contratar submetendo, entretanto, os contratantes, aos princípios de probidade e da boa-fé. Ou seja, toda base negocial, repousa, em última análise, em princípios de moral e ética. A palavra “ética” etimologicamente origina-se do grego “*ethos*”, que também significa costumes; a palavra “moral” provém do latim “*mores*”, que também significa costumes. Há uma tendência de separar ou diferenciar o sentido destas palavras.

De outro vértice, cumpre referir o enunciado de Carlin (*apud* PASOLD) para quem a ética não se confunde com o direito, posto que este se consubstancia num conjunto de regras obrigatórias para todos viverem em sociedade e sancionadas em caso de seu descumprimento. A noção de ética, nota-se, é muito mais ampla que a de direito. Preocupar-se com ela equivale a interrogar a apropriada consciência.

Faz-se mister colimar as questões colocadas por MELO (1994), para quem “o objeto da Política Jurídica deve então ser considerado no universo das grandes reflexões e das grandes decisões”:

- Como deve ser o Direito?
- Fruto retórico da dominação ou instrumento estratégico das mudanças?
- Deverá ser ele descompromissado com a degradação do meio ambiente, mantendo-se como ineficaz remédio para os delitos contra a natureza ou como poderoso mecanismo da prevenção desses males?
- O Direito deve ter compromisso apenas com o presente ou deverá estar empenhado na construção ética do devir? (MELO, 1994, p.38)

A Política Jurídica é um conjunto de estratégias as quais visam verificar nos novos direitos que estão surgindo, se estes possuem valores de utilidade, necessidade, e, sobretudo, de eticidade. Deve-se também, citar os preceitos de MELO (2000), para quem a Política Jurídica é o conjunto de estratégias que visam à produção de conteúdo da norma, e sua adequação aos valores de Justiça e utilidade social e que o fim buscado pela Política Jurídica e pela Justiça Política, que se exterioriza pelo agir moralmente correto. MELO (1994) enfatiza que sem desmerecer o valor de uma Política Jurídica que trate do “dever-ser” legislativo, ocupada na legalidade do futuro, destaca a importância de uma Política Jurídica que pretenda considerar o Direito desde o lugar dos acontecimentos,

da cidadania, e do ponto de fuga, dos quais emergem virtuais novos destinos sociais. A cidadania, o acontecimento como política do Direito.

O estudo da definição do Direito, de sua origem, fundamento e desenvolvimento são o tema da filosofia do Direito, concebida às vezes como um dos ramos da filosofia e às vezes como a parte básica de uma ciência autônoma do Direito. A palavra “direito”, em inglês, *right*; em alemão, *recht*; em italiano, *diritto*, liga-se a uma metáfora na qual uma figura geométrica assumiu, primeiro um sentido moral, e depois jurídico. O direito é literalmente linha reta, que se opõe à curva, ou à oblíqua, e aparenta-se às noções de retidão, de franqueza, de lealdade nas relações humanas. Mas essa acepção é muito frágil para definir as complexas redes de significados que o direito oferece na organização da sociedade moderna.

De acordo com MORA (2000) o que é de direito é entendido, em sentidos muito diversos, mas alude quase sempre ao que moralmente deve ser uma coisa, caso em que o que ocorre em conformidade com o direito se opõe ocasionalmente ao que transcorre em conformidade com a Natureza. MELO (2001) afirma que a interpretação do Direito, como elemento que integra a Hermenêutica Jurídica, com é percebida atualmente, direcionou todas as suas apreensões e empenho para encontrar o direito nas palavras e no sentido da lei.

Isto aconteceu, diz o autor, desde a origem de seus estudos formalizados, que se pode identificar com o desenvolvimento da Escola de Exegese¹. Interpretar o Direito conhecê-lo e entendê-lo, para aplicá-lo, era interpretar a lei, pois, para este enfoque teórico, que dominou nossas academias durante décadas, o Direito estava na lei (MELO, 2001).

Todavia, afirma o autor, algumas escolas filosóficas desviaram a atenção dos juristas das leis para os fatos, para o comportamento humano, onde, realmente, segundo novas teorias, encontrava-se o Direito.

MORA (2000) descreve que “para alguns, o que é de direito é o que é justo; outros afirmam a independência mútua da justiça e do Direito; outros ainda, por fim, chegam a subordinar a justiça ao Direito, afirmando que algo é justo porque se ajusta ao Direito”. MELO (1998) diz ser possível e desejável buscar uma teorização sobre a conciliação entre Política e Direito, compreendidas ambas as categorias numa definição ético-social e identificados os conceitos referentes, tanto quanto aceitáveis, com o conceito do justo e do legitimamente necessário, isto é, do socialmente útil.

Destarte, à Política do Direito caberia, do mesmo modo, intercomunicar os elementos que a compõem, compreendendo-se os campos da Política e do Direito como espaços de

1 Surgida juntamente com o capitalismo, a Escola da Exegese é um modelo clássico de positivismo jurídico, com presença forte nos meios acadêmicos marcadamente conservadores. A partir do século 19, a Escola da Exegese identifica-se com dois aspectos fundamentais. Primeiro, a percepção de que a burguesia tinha interesse em acalmar os insatisfeitos e desprovidos de privilégios, com a nova ordem estabelecida com a Revolução Francesa; segundo, a consideração de que a nova forma de organização do Estado, com o poder tripartite, era liderada pelos líderes burgueses, que se utilizaram do aparato teórico e doutrinário para - sob uma alegada neutralidade dos juizes - calar, ideologicamente, os tribunais.

constantes e ambicionadas influências mútuas. Em consequência dessa reciprocidade, o Direito precisa da Política para sempre se renovar nas fontes de legitimação e esta necessita daquela para pretender, de fato, as exigências sociais legítimas, ou seja, escolher um sistema de categorias, conceitos, princípios e normas adequadas para garantir não só relações econômicas mais justas, mas também o alcance de um ambiente social realmente ético e estimulador das práticas solidárias.

Para Max Weber², a definição e a caracterização da norma fundamental situam-se numa realidade extrajurídica. Na base de toda a arquitetura legal e constitucional está a aceitação de certas expressões históricas e políticas, ideologicamente revestidas do poder de organizar o estado.

De qualquer forma, as normas ou decisões fundamentais, prévias ou pressupostas à constituição, não estão sujeitas ao controle das constituições. Elas têm o caráter de puro poder, que os monarcas, o povo ou as revoluções acionam, rompendo a legalidade preexistente. A constituição representa a base de toda a ordem do direito. A partir dela se disciplinam as relações sociais, dentro de uma estrutura homogênea, teoricamente liberta de contradições. A constituição não coincide, entretanto, com a lei constitucional.

Há princípios imanentes, que expressam num plano global o caráter da decisão política básica ou da norma fundamental, que servem de roteiro à interpretação das leis constitucionais, que são comandos enfeixados na própria constituição.

Contendo embasamentos éticos e pragmáticos, o contrato é um instrumento essencial para garantir as relações de convivência entre os indivíduos. Contrato, na realidade, é um pacto estabelecido voluntariamente entre duas ou mais partes, em que se estipula a obrigação futura de fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa. O acordo de vontades, além de compor interesses contrapostos, deve ser capaz de estabelecer uma situação jurídica entre as partes, de natureza obrigacional.

O contrato é, desta forma, o instrumento básico pelo qual os particulares garantem o livre exercício de sua autonomia para decidir e regular, por si mesmos, seus próprios interesses. O contrato tem como pressuposto a equidade jurídica e se estabelece de três elementos fundamentais: capacidade do agente, legalidade do objeto - vedados os que se oponham à lei, à ordem pública e aos bons costumes - e observância da forma prescrita ou não proibida em lei.

O estado moderno interfere nas relações contratuais para instituir limitações, impor condições e interferir na execução dos contratos, a fim de assegurar a igualdade real entre as partes. A liberdade de contratar não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse

2 WEBER, Max.(1864-1920) Sociólogo alemão, de formação jurídica. A obra weberiana interessa acima de tudo aos sociólogos e aos historiadores. Chamou também a atenção dos filósofos, tanto por sua contribuição para a epistemologia das ciências humanas quanto pelo desafio que a análise da modernidade por ela proposta representa para o projeto de uma filosofia prática. (HUISMAN, 2001)

coletivo.

Assim, os contratantes deverão sujeitar sua vontade:

a) às normas de ordem pública, que fixam, atendendo os interesses da coletividade, as bases jurídicas fundamentais em que repousam a ordem econômica e moral da sociedade, uma vez que são atinentes ao estado e à capacidade das pessoas; à organização da família; aos princípios básicos da ordem de vocação hereditária, da sucessão testamentária, do direito de propriedade, da responsabilidade civil, da liberdade e da igualdade dos cidadãos, da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; e à organização política, administrativa e econômica do Estado; e

b) aos bons costumes, relativos à moralidade social de forma que sejam proibidos, p. ex., contratos que versem sobre exploração de casas de tolerância, corretagem patrimonial, usura, por contrariarem os bons costumes. Consideramos um grandíssimo avanço tal intromissão do Estado. Mantendo a liberdade contratual na forma de criação destes, ao mesmo tempo em que, em respeito aos direitos fundamentais e naturais, além de proteger não só a todos os indivíduos como ao próprio Estado, evitando abusos e absurdos.

No Direito romano, os contratos eram regidos pelo Código de Justiniano³, que distinguia diversos tipos de contrato, alguns exigíveis, outros não. Somente na etapa final de seu desenvolvimento, o direito romano deu força obrigatória aos contratos informais.

A posterior germanização da Europa levou a alteração da sociedade urbana e comercial em sociedade agrícola, substituindo-se os administradores e tribunais romanos por instituições ordinárias e imperfeitas, com a perda do progresso jurídico conquistado pelo direito romano.

O Renascimento e desenvolvimento do direito contratual foi determinado pela expansão econômica, política e intelectual da Europa. Os acordos habituais demonstraram-se impróprios, criando-se práticas informais e flexíveis mais aptas para a ativa vida comercial em desenvolvimento. A obrigatoriedade dos contratos foi finalmente reconhecida mediante o estabelecimento, no século XIII, dos tribunais comerciais, administrados por comerciantes sensíveis aos costumes da época e às questões mercantis, que procuravam solucionar de forma rápida e eficaz.

A partir do século XIII, o direito inglês enfrentou problemas contratuais derivados de dois tipos de ação: de dívidas e de promessas. A exigência de uma dívida em contrapartida a um benefício concedido era reconhecida pelo direito, assim como a indenização que se devia pagar pela ruptura de um compromisso escrito. Não ocorria o mesmo com a ruptura de um acordo informal, até que no século XV, os tribunais concederam a exigibilidade desse acordo mediante uma forma de ação que no século XVI denominou-se “assunção”.

³ Quando assumiu o trono, Justiniano encomendou uma revisão das leis romanas a partir do Edito Perpétuo, promulgado por Adriano em 121 procurando harmonizá-las com a doutrina cristã, religião oficial do império. Em 530, o “código Justiniano” foi promulgado. Esse código transformou-se na base jurídica do Império do Oriente e de todo o Ocidente. .

No restante da Europa, o estudo do direito clássico romano teve enorme influência no desenvolvimento da doutrina do contrato, especialmente em relação à validade dos acordos. A Igreja Católica exerceu influência positiva no direito contratual. Para o direito canônico, uma simples promessa, ainda que não formalizada, tinha força obrigacional. Essa tendência expandiu-se e chegou ao código francês de 1804, que admitia que as obrigações livremente assumidas eram exigíveis, exceto quando a defesa da sociedade e de certas categorias de pessoas exigissem o contrário.

Três são os princípios que governam o direito contratual:

Princípio da autonomia:

Apresenta-se sob duplo aspecto: de um lado, a liberdade de celebrar ou não o contrato; de outro, a possibilidade de os contratantes ajustarem as cláusulas que se lhes afigurarem convenientes, fixando o conteúdo do contrato;

Princípio da supremacia da ordem pública:

Deriva das limitações da ordem pública, da moral e dos bons costumes que refletem o interesse da coletividade.

Princípio da obrigatoriedade dos contratos:

Significa que o estatuído deverá ser fácil e amplamente cumprido, ressalvadas, além das hipóteses excepcionais, as escusas de caso fortuito e força maior.

A doutrina e a jurisprudência tendem, modernamente, a atenuar o rigor da obrigatoriedade do contrato, admitindo a possibilidade de sua revisão judicial se, pela superveniência de acontecimentos imprevisíveis, há alteração da situação de fato na qual se formou a convenção, com ônus excessivo para uma das partes.

A grande contribuição do pensamento grego para o direito foi o desenvolvimento de uma associação de idéias filosóficas e cosmológicas sobre a justiça, mais apropriado para apelações nas assembléias populares do que para instituir normas jurídicas aplicáveis a situações gerais. As primitivas cosmologias gregas consideravam o indivíduo dentro da transcendente harmonia do universo, derivada da lei divina (*logos*) e expressa, em relação à vida diária, na lei (*nomos*) da cidade (*polis*).

No século V a.C. os sofistas⁴, atacados mais tarde por Sócrates e Platão, examinaram criticamente todas as afirmações relativas à vida na cidade-estado, destacando as amplas disparidades entre a lei humana e a moral, rejeitando a idéia de que a primeira obedecia necessariamente a uma ordem universal.

O objeto de estudo dos sofistas era o homem, “a medida de todas as coisas”⁵,

4 Seguindo Platão, muitos filósofos, e inclusive historiadores da filosofia, julgaram os sofistas negativamente. A acepção usual de sofista - aquele que produz argumentos aparentes (e geralmente intrincados) para defender uma proposição falsa e também aquele que está disposto a defender qualquer proposição, seja verdadeira ou falsa - testemunha a longa influência platônica. A maior parte das definições se refere aos sofistas que hoje são considerados como os principais representantes da tendência: Protágoras, Pródico, Hípias, Górgias, Trasímaco, Cálicles, Antifonte, Pólo, Crítias, dos quais costumam ser destacado sempre os quatro primeiros. (MORA, 2001)

5 A tese essencial de Protágoras está expressa na frase: “O homem é a medida de todas as coisas, da existência dos existentes e da não-existência dos não-existentes”. Enquanto os intérpretes modernos vêm nosso a marca da atividade de um sujeito transcendental universal e consideram o homem em questão aqui como a expressão de uma humanidade universal

segundo Protágoras, o sujeito, capaz de conhecer, projetar e construir. Eles negavam que a lei e a justiça tivessem valor absoluto, pois eram criadas pelos homens, de acordo com determinadas circunstâncias, e por isso mesmo relativas e sujeitas a transformações. Platão criticou esse conceito e contrapôs ao que considerava como subjetivismo sofista a eternidade das formas arquetípicas, de que a lei da cidade-estado seria um reflexo. Na utopia descrita em sua República, Platão afirma que a justiça prevalece quando o estado se encontra ordenado de acordo com as formas ideais asseguradas pelos sábios encarregados do governo. Não há necessidade de leis humanas, mas unicamente de conhecimentos transcendentais.

ARISTÓTELES (2000), discípulo de Platão, que tinha em comum com ele a idéia de uma realidade que transcende a aparência das coisas tais como são percebidas pelos sentidos humanos, defendia a validade da lei como resultado da vida prática: o homem, por natureza, é moral, racional e social e a lei facilita o desenvolvimento dessas qualidades inatas. A concepção do direito natural como emanção do direito da razão universal foi obra da filosofia estóica⁶. O ideal ético dessa doutrina, iniciada na Grécia e de grande influência no pensamento romano, foi sintetizado no século III de nossa era por Diógenes Laércio: a virtude do homem feliz e de uma vida bem orientada consiste em fundamentar todas as ações no princípio de harmonia entre seu próprio espírito e a vontade do universo.

Na Idade Média coube a AGOSTINHO (2000) iniciar a tarefa de articular as tradições gregas, romanas, judaicas e cristãs. O pensamento jurídico de Agostinho contribuiu para manter a idéia de um governo legítimo ante a desintegração do mundo antigo e do império Romano.

Fixou-se no dogma religioso, mas buscou novos caminhos para os problemas da fé e da razão, os filósofos escolásticos deram seguimento a esse trabalho. Mais tarde, TOMÁS DE AQUINO (2000) fez a distinção entre o direito natural e o “direito temporal”, positivo, criado pelos seres humanos em prol da comunidade, em nome da vontade divina.

Durante o Renascimento, ficou caracterizada a emergência e consolidação de Estados nacionais e do poder divorciado da autoridade da Igreja. MAQUIAVEL (2000) foi o primeiro a acentuar a descrição, em vez de prescrição, como sendo o procedimento básico para a preservação do poder estatal. Maquiavel acentuou a necessidade de

e racional, nenhum intérprete antigo pôs em dúvida um único instante a idéia de que o termo homem designasse a realidade singular deste ou daquele indivíduo, e não a humanidade. Cada um de nós é medida, assim como a plegada ou o cinocéfalos, e isto significa que a percepção fornecida pela sensação (e pensamento se reduz a sensação) produzida pelo encontro dos objetos exteriores é sempre verdadeira, aconteça o que acontecer e seja qual for a sua natureza. (HUISMAN, 2001)

6 O estoicismo foi criado pelo cipriota Zenão de Cício por volta do ano 300 a.C. O termo tem origem em *Stoà poikilé*, espécie de pórtico adornado com quadros de várias cores, onde Zenão se reunia com seus discípulos. Cleantes e Crisipo, entre os discípulos oriundos da Anatólia, tiveram papel relevante na escola estóica. Os estóicos se vangloriavam da coerência de seu sistema filosófico. Afirmavam que o universo pode ser reduzido a uma explicação racional e que ele próprio é uma estrutura racionalmente organizada. A capacidade do homem de pensar, projetar e falar (logos) está plenamente incorporada ao universo. A natureza cósmica - ou Deus, pois os termos são sinônimos para o estoicismo - e o homem se relacionam um com o outro, intimamente, como agentes racionais. O homem pode alcançar a sabedoria se harmonizar sua racionalidade com a natureza. Lógica e filosofia natural estão, portanto, em íntima e essencial relação. (MORA, 2001)

estados fortes e centralizados; mostrou que a política é um “jogo de dados”, que serve apenas para manter o poder, que não dispensa fraude, mentira e traição.

O pensamento escolástico imaginava duas espécies de contrato político aos quais os indivíduos podiam submeter-se: o *pactum inionis* ou *societatis*, que regia a passagem dos homens do estado de natureza ao estado social, e o *pactum subjectionis*, sob certas condições determinadas por uma justiça absoluta e uma ética de valores intrínsecos. Esses dois tipos de consenso não eram realizados por “indivíduos”, membros autônomos de uma sociedade, mas por “criaturas” integrantes de um rebanho, animadas por uma tendência natural de buscar essencialmente o bem, mas preocupadas em restringir as “razões de Estado”, em caso de guerra e nas relações entre os governos (SCURO NETO, 1997).

Os mesmos teóricos que criaram os conceitos de contrato social e estado natural reconhecem que essas noções são desprovidas de raízes históricas e só se justificam como hipóteses aplicáveis à discussão de problemas políticos comuns a todas as épocas. As doutrinas que em filosofia política defendem a celebração de um “contrato social” se caracterizam pela tentativa de justificar a autoridade política com base no interesse individual e no consentimento racional.

Essas teorias tiveram maior difusão nos séculos XVII e XVIII, associadas aos nomes de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Elas procuram mostrar as vantagens da vida civil organizada, em contraste com as desvantagens do “estado natural”, condição hipotética de vida social que se caracteriza pela total ausência de autoridade.

Para HOBBS (2000), os homens em estado natural levariam uma existência solitária, pobre e de guerra permanente, que só cessaria se renunciassem à liberdade em favor do poder absoluto do soberano. Para construir uma sociedade, o homem tem que renunciar a parte de seus direitos e estabelecer um “contrato social”, garantido pela soberania. Esta, para ser efetiva, tem que recair sobre uma só pessoa, donde a conveniência da monarquia absoluta. Contudo, é importante notar que, ao contrário dos autores que o precederam, para Hobbes a fonte do poder monárquico não residia no direito divino, mas na manutenção do contrato social.

LOCKE (2000) sustenta que a obrigação de obediência, de acordo com o contrato social, está condicionada pela proteção não só do indivíduo como da propriedade. O autor admite a perda da liberdade quando afirma que “*o homem, por ser livre por natureza, não pode ser privado dessa condição e submetido ao poder de outro sem o próprio consentimento*”. O princípio da liberdade torna-se, assim, apenas uma questão de fato e deixa de ter o valor humanista e a força renovadora da vida social.

De acordo com HOBBS (*apud* Mora, 2001), a transferência mútua de direitos é o que os homens chamam de contrato. Há uma diferença entre a transferência de direitos à coisa e a transferência da tradição, isto é, a entrega da coisa em si mesma. E também: os sinais do contrato são ou expressos ou por inferência (MORA, 2001, p. 576).

ROUSSEAU (2000) por sua vez, afirmou que a ordem social não está fundada na natureza, mas em “convenções”. A sociedade mais antiga e natural é a família. O primeiro modelo das sociedades políticas é aquele no qual o chefe assume a imagem de um pai. O mais forte, com a finalidade de continuar a sê-lo, transforma a força em direito e a obediência em dever.

Em todo caso afirma ROUSSEAU (2000) para explicar a sociedade é preciso remontar sempre a uma primeira convenção, assim se forma o “pacto social”. Para o autor, a essência do contrato social é: *“cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral (...) e assim consideramos cada membro como parte indivisível do todo”*

A concepção rousseauiana do direito político é, essencialmente democrática, na medida em que faz depender toda autoridade e toda soberania de sua vinculação com o povo em sua totalidade. Além disso, a soberania é inalienável e indivisível e, como base da própria liberdade, é algo a que o povo não pode renunciar ou partilhar com os outros, sob pena de perda da dignidade humana.

A soberania pode, contudo, ser delegada em suas funções executivas, segundo formas diversas; nascem, assim, os governos monárquicos, aristocráticos e republicanos, cada um devendo corresponder a circunstâncias históricas e geográficas específicas. Para ROUSSEAU (2000), a lei como ato da vontade geral e expressão da soberania, é de vital importância, pois determina todo o destino do Estado. Assim os legisladores têm relevante papel no Contrato Social, sendo investidos de qualidades quase divinas.

A função social do contrato, reconhecida na nova lei contratual, o transforma de simples instrumento jurídico para o movimento de riquezas no mercado, em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses do consumidor.

O contrato foi se transformando em um instrumento de legitimação dos abusos do mais fraco pelo mais forte, e forçou o Estado a intervir nas relações econômicas para igualar o poder das partes contratantes. Essa interveniência estatal visa, ainda, disciplinar setores fundamentais da economia que não poderiam ser deixados sob o comando do livre mercado.

“Realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico”, é a inclinação contemporânea do Direito das Obrigações, de acordo com ROUSSEAU (2000).

Após a Primeira Guerra Mundial, no século XX, a crise da economia que se disseminou pelo mundo foi de encontro às teorias individualistas, cobrando do Estado uma política intervencionista, na maioria das vezes apresentada sob a configuração de preceitos cogentes que limitavam a liberdade de contratar. A capacidade de se autogovernar foi privada e acabou se reduzindo de forma vagarosa, acentuando-se as restrições com a

Segunda Guerra. A imputação da função social ao contrato, que com a concordância do Projeto do Código Civil se tornará lei, do mesmo modo contribuiu para aumentar a abrangência da responsabilidade de maneira a atingir situações que impliquem em exploração do lado mais fraco e em detrimentos a terceiros.

Com o aparecimento do Estado social, em todo sistema jurídico a Constituição determina os limites maiores da atividade econômica. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, diz que é livre a atividade econômica, ressaltados determinados princípios. O fundamental é o da justiça social, em seguida vem os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades sociais e busca do pleno emprego, do tratamento favorecido à empresa nacional.

A função social do contrato firma-se na aproximação dos homens, facilitando com que eles contemporem até concordarem harmonicamente na forma do negócio desejado. Não há abuso em se dizer que o direito contratual foi em dos instrumentos mais eficazes da ampliação do capitalismo em sua primeira etapa.

A obrigatoriedade dos contratos tem por fundamento que uma vez acordados as partes, nascidos o vínculo obrigacional, criada, pois a obrigação, em tese, temos que só as vontades que o originaram, por igual, podem desfazê-lo.

A busca de um conceito de direito é extremamente complexa. Inúmeras vezes a Ciência do Direito tem tentado encontrar por via indutiva um conceito de Direito, de como deve ser o direito, procurando extraí-lo dos próprios fatos ou fenômenos jurídicos. A matéria objeto do Direito é o mundo cultural, resultante das experiências históricas do homem em contínua convivência. Assim, a Ciência Jurídica deve ser concebida através de uma Ciência Social, empregando elementos que comportem as variações dos atritos culturais, transformando o Direito em uma realidade social e, assim, mutável de acordo com as necessidades vigentes no tempo e espaço.

À luz do magistério da lavra de GUSMÃO (1998), as especulações jurídicas a respeito do direito estão divididas em duas correntes antagônicas: as dos que admitem o conceito universal do direito e a dos que consideram impossível estabelecê-lo. Entre os que os negam estão os céticos e os agnósticos. Os céticos não admitem constantes no fenômeno jurídico “em face da multiplicidade e variabilidade dos dados fornecidos pela experiência jurídica, que impossibilitaria logicamente tal tarefa” (GUSMÃO, 1998, p.67). Já os agnósticos só admitem o conceito geral do direito correspondente a determinado direito positivo.

Entre os que o formularam, não existe acordo entre kantistas e positivistas, entre idealistas, empiristas e positivistas. STAMMLER e DEL VECCHIO *apud* GUSMÃO (1997, p.67) “submete-os a severa crítica por não ser possível reconhecer o direito entre as demais normas sociais sem ter em mente, pelo menos vagamente, um critério do jurídico, indispensável para selecionar o fenômeno jurídico dos demais fenômenos sociais”.

Os kantistas definem o direito colocando logicamente a experiência jurídica na dependência do conceito, transformando-o em condição de conhecimento jurídico e da própria experiência jurídica. Contrapondo-se a estes, os positivistas, através de sucessivas generalizações, pensam poder formulá-lo. A análise da idéia que se tem do direito leva a um sistema de normas à semelhança da moral, dos costumes, da religião e da educação. Portanto, o gênero próximo do direito deve ser a norma e não o fato.

KELSEN (1999), a respeito da Teoria do Direito, destaca:

“Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.” (KELSEN, 1999, p. 99)

Este autor procurou estudar o direito como sendo uma ciência e o reduziu a um conjunto de normas jurídicas destituídas de valor moral, histórico ou político, não se preocupando com a questão da justiça. consoante o pensamento kelseniano, se a norma jurídica ofende o sentimento do justo, não compete ao cientista do Direito resolver este problema. Kelsen propõe uma visão sistêmica do ordenamento jurídico. As normas jurídicas não se encontram postas desordenadamente, mas, sim, umas em função das outras.

Kelsen concebe o ordenamento jurídico como um sistema escalonado e gradativo de normas, que em cujo topo deveria figurar a chamada Norma Fundamental, Norma Ancestral ou Norma Hipotética Fundamental (Ursprungnorm). Em sentido ascensional, as normas inferiores estão em relação de derivação com as superiores. Em sentido descensional, de fundamentação. As normas superiores determinam a forma de produção das inferiores autorizando sua produção e, até mesmo, determinando seu conteúdo. Todavia, este sistema deveria ser uno e fechado, ou seja, o ordenamento jurídico é finito; há um fecho que lhe garante a unidade - a Norma Hipotética Fundamental.

As teses de Kelsen constituem temática largamente explorada pelos doutrinadores pátrios e alienígenas, já que as atividades jurídicas e estatal tendem a ser amplamente debatidas e questionadas.

Kelsen é marcado pelos extremos. Ou se adota seu pensamento com arroubos, defendendo-se suas idéias até as últimas conseqüências, ou se rechaça com firmeza suas construções doutrinárias. Mister, antes de tudo, conhecer, ainda que de forma perfunctória, sua obra tão utilizada no universo jurídico. LARENZ (1989, p. 63) analisa o direito e as outras ciências, concluindo que não há possibilidade de restringir-se ao positivismo puro.

“Do Direito ocupa-se hoje uma série de disciplinas diferentes: a filosofia do Direito, a teoria do Direito, a sociologia do Direito, a história do Direito e a Jurisprudência (“dogmática jurídica”), para referir somente as mais importantes. Todas elas contemplam o Direito sob

um diferente aspecto, e assim, de modo distinto. Tal não seria possível se o Direito não fosse na realidade um fenômeno complexo, que se manifesta em distintos planos do ser, em diferentes contextos. Tal como a língua, a literatura, a arte, mas também o Estado e a civilização tecnológica, pertence ao amplo domínio das realizações humanas; é uma parte integrante do mundo que diz respeito ao homem e só a ele; nesse sentido não pertence à natureza.”

Para a doutrina do positivismo, o Direito se identifica com as normas ou sistemas normativos, como regras postas por quem detenha o poder em uma determinada sociedade e trata de impô-las coativamente nesse âmbito. De acordo com esta perspectiva, o traço caracterizador do Direito é a nota de sua validade. Uma norma é jurídica somente se cumpre os requisitos procedimentais previstos no próprio sistema normativo para a produção de normas.

Várias teorias integram o Positivismo Jurídico, entre elas as Teorias do Ceticismo e do Realismo Empírico; o Positivismo Ideológico, o Formalismo Jurídico e o Positivismo Metodológico ou Conceitual. BOBBIO (1999) acredita que o direito não pode ser reduzido ao conjunto de normas jurídicas e dá a impressão que o positivismo não teria o condão de responder às dificuldades práticas. Importa o direito ser concebido como um ordenamento jurídico, em um sentido amplo:

“Dissemos que a teoria do ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica. Entretanto, devemos precisar de antemão que fomos levados necessariamente a essa integração pelos resultados a que chegamos na busca de uma definição do direito, realizada na obra anterior. Para resumir brevemente tais resultados, digamos que não foi possível dar uma definição do direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos de alargar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devem exercê-las e a sua execução. Essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico. Significa, portanto, que uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico.” (BOBBIO, 1999, p. 68).

Sabe-se que Bobbio pertence a uma corrente denominada Positivismo Analítico. O autor aceita a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico de Kelsen, e procura explicar o aspecto mais vulnerável da teoria excogitada por Kelsen (Norma Fundamental) com a clareza e dramaticidade que lhe são peculiares. Assim, para BOBBIO (1999):

“Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chegamos a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a Norma Fundamental.” (BOBBIO, 1999, p. 70).

Fala-se, então, em princípios jurídicos implícitos, “que não precisam ser estabelecidos explicitamente, senão que também podem ser derivados de uma tradição de normas detalhadas e de decisões judiciais que, para o geral, são expressões de concepções difundidas acerca de como deve ser o direito” (ALEXY *apud* ROTHENBURG, 1999, p.55).

O positivismo jurídico considera o direito como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. Na linguagem do positivista jurídico o termo “direito” é absolutamente avaliativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor. Portanto, percebe-se que a doutrina se debate sobre o próprio conceito de direito não chegando a um consenso.

JEHRING (1972, p. 25), destaca:

“O Direito é o trabalho sem descanso e não somente o trabalho dos poderes públicos, como também de todo o povo. Se abraçarmos em um momento dado toda a sua história, ele nos apresentará nada menos do que o espetáculo de toda uma nação, desenvolvendo sem cessar, para defender seu direito, tão penosos esforços quanto os que emprega para o desenvolvimento de sua atividade na esfera da produção econômica e intelectual.”

O estudo do direito está inserido em padrões culturais e as idéias e as terminologias que integram o saber jurídico vivem e mudam em ligação com condições histórico-sociais. O conceito de Direito compreende três estratos: o Direito que é, o Direito que pode ser e o Direito que deve ser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, há que discernir a interpretação entre a lei e o contrato, entretanto, hodiernamente, a moderna teoria das fontes de direito aproxima o contrato da lei, pois que ambos são atos jurídicos no sentido amplo da expressão, e geradores de efeitos análogos, variáveis, porém distintos pela sua extensão. Tratando-se o contrato de um negócio jurídico típico, ele deve ser encarado com toda instrumentalidade interpretativa possível, quero dizer, o intérprete deve ater-se a todos os meios disponíveis aliando posturas distintas de interpretação, engendrando no labutar interpretativo as diferentes escolas interpretativas para melhor atingir o fim a que se destina a toda exegese digna de mérito: a vontade das partes.

O contrato gera efeitos inadiáveis entre as partes, no sentido que estas deverão, cedo ou tarde, cumprir a prestação estipulada na convenção. O cumprimento do contrato é a representação maior da plena consecução dele, ora um contrato sem a devida obrigatoriedade/responsabilidade não passaria de um enlace de vontades sem a verdadeira força proporcionadora de riquezas que é o contrato nos tempos atuais.

Enfim, advém, com a sua maior carga coercitiva, o princípio da obrigatoriedade do contrato entre as partes, que é uma decorrência natural de sua função social. As partes tornam-se servas do pacto (*pacta sunt servanda*) e, portanto, devem engendrar todo o seu potencial – seja econômico ou moral – para resolver a situação de pendência contratual,

pois quem pactua, pactua com todos os seus direitos e deveres, e eximir-se dos deveres, é retira-se das estipulações do contrato.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Constituição de Atenas**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10^a. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust – A theory of judicial review**. 11.^a imp. Cambridge:Harvard University Press, 1995. Primeira edição em 1980.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

HUISMAN, Denis. **Dicionário dos filósofos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2^a. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LUISI, Luiz. **Filosofia do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MELO, Orlando Ferreira de. **Hermenêutica jurídica: uma reflexão sobre novos posicionamentos**. Itajaí: Ed. Univali, 2001.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis, OAB/SC, 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: CPGD-UFSC, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: CMCJ-UNIVALI, 1998.

MORA, J. Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Loyola, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Escritos Políticos**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução de J. Oliveira e Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

SCURO NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica: lógica e método do direito, problemas sociais, controle social**. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOMÁS DE AQUINO. **Vida e obra**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 04/05/2020

Renata Aparecida Follone

Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP

Ribeirão Preto-SP

CV: <http://lattes.cnpq.br/8477584847303462>

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-3470-3615>

Cassiane de Mello Fernandes

Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP

Faculdade de Barretos

Barretos - SP

CV: <http://lattes.cnpq.br/4338400517652873>

RESUMO: O mundo contemporâneo é caracterizado pela grande quantidade de informações lançadas na rede mundial de computadores e as consequentes formas de utilização desses dados. Com isso, surgem entraves jurídicos importantes ligados aos direitos da personalidade, em especial a privacidade, no tocante ao mau uso, ou ao uso não autorizado, desses dados. O presente trabalho tem por finalidade discutir o contexto da exposição de dados pessoais de crianças quando os pais, familiares, amigos ou qualquer pessoa ligada aos menores, que inserem

informações a respeito destes na internet, denominado *sharenting* em contraposição à liberdade de expressão. Para tanto, a prática será analisada através dos mecanismos do Marco Civil da Internet (MCI), da Lei Geral de Proteção de Dados pessoais (LGPD) e da jurisprudência para endereçar tal colisão de normas. O artigo, também, analisa o papel dos provedores de aplicação, em especial redes sociais e ferramentas de busca, na criação de mecanismos que assegurem o direito ao esquecimento das crianças e que previnam o compartilhamento exagerado de informações pelos pais; a esse respeito, foi realizada a comparação dos modelos brasileiro e europeu. Ao final, dentro do cenário normativo, conclui-se que a LGPD buscou impor limites no tratamento dos dados das crianças, medida esta que transmite o que há de mais avançado em termos de fortalecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e protagonistas de seus direitos.

PALAVRAS-CHAVE: *Sharenting*. Liberdade de Expressão. Privacidade. Direito ao Esquecimento. Proteção de Dados Pessoais.

ABSTRACT: The contemporary world is characterized by the large amount of information released on the world wide web and the consequent ways of using this data. As a result, important legal barriers to personality rights arise, in particular privacy regarding misuse or unauthorized use of such data. The purpose of this paper is to discuss the context of the exposure of children's personal data when parents, family members, friends or anyone related to minors, who enter information about them on the Internet, called shareting as opposed to freedom of expression. To this end, the practice will be analyzed through the mechanisms of the Internet Civil Framework (MCI), the General Personal Data Protection Act (LGPD) and case law to address such a collision of rules. The article also examines the role of application providers, particularly social networks and search engines, in creating mechanisms that ensure children's right to forget and prevent excessive information sharing by parents; In this regard, a comparison of the Brazilian and European models was performed. Finally, within the normative scenario, it is concluded that the LGPD sought to impose limits on the treatment of children's data, a measure that conveys the most advanced in terms of strengthening children and adolescents as subjects of rights and protagonists of their children rights.

KEYWORDS: Shareting. Freedom of expression. Privacy. Right to Forgetfulness. Protection of Personal Data.

1 | INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo é caracterizado pela grande quantidade de informações lançadas na rede mundial de computadores e as consequentes formas de utilização desses dados. Com isso, surgem entraves jurídicos importantes ligados aos direitos da personalidade, em especial a privacidade, no tocante ao mau uso, ou ao uso não autorizado, desses dados. Diante desse cenário, é crescente a discussão sobre o tratamento de dados, os deveres e a responsabilidade dos provedores de aplicação em relação à coleta, a guarda e o uso de informações.

O presente trabalho tem por finalidade discutir o contexto da exposição de dados pessoais de crianças quando os pais, familiares, amigos ou qualquer pessoa ligada aos menores, que inserem informações a respeito destes na internet. Importante salientar que essa situação pode ocorrer nas situações mais rotineiras da criança, como a do pai orgulhoso dos êxitos de seu filho que posta em suas redes sociais fotografias e comentários sobre o menor.

O compartilhamento de informações feito pelos pais na internet é denominado *shareting*. Procurar-se-á analisar a evolução das discussões referentes à colisão entre liberdade de expressão e a privacidade associando-as à esse contexto.

Sabe-se que é recorrente nos dias atuais a utilização das redes sociais para expressar aspectos da vida, das experiências da maternidade ou paternidade, sendo que

tal hábito e constitui uma das vertentes do direito de se expressar livremente. Todavia, ao exercerem essa liberdade, os pais expõem, sem o consentimento dos filhos, dados a respeito desses, situação essa que, futuramente, pode não corresponder ao seu desejo. Com isso, a liberdade de expressão dos pais colide com interesses relativos à privacidade dos filhos.

Procurar-se-á discutir também o papel dos provedores de aplicações de internet, em especial das redes sociais e ferramentas de busca, no intuito de limitar a divulgação de informações de caráter pessoal de crianças. Por fim, será analisado o atual contexto regulatório brasileiro em relação ao tema e, paralelamente, com o direito comparado, objetivando investigar quais condutas poderiam ser adotadas pelos provedores de aplicação na indústria do *sharenting*.

2 | O SHARENTING E OS DADOS PESSOAIS DOS MENORES

Sharenting é uma expressão da língua inglesa que decorre da união das palavras “share” (compartilhar) e “parenting” (cuidar, no sentido de exercer o poder familiar). Essa prática funda-se no hábito dos pais, ou responsáveis legais, postarem informações, fotos e dados dos menores que estão sob a sua tutela na internet. O compartilhamento dessas informações, via de regra, decorre da nova forma de relacionamento via redes sociais e é realizado no âmbito do legítimo interesse dos pais de contar, livremente, as suas próprias histórias de vida, da qual os filhos são um elemento central. (STEINBERG, 2017, p. 877)

O entrave jurídico que decorre do *sharenting* diz respeito aos dados pessoais das crianças que são inseridos na internet ao longo dos anos e que lá permanecem, sendo que podem ser acessados muito tempo após a publicação, tanto pelo titular dos dados (a própria criança à época da divulgação) quanto por terceiros. De acordo Steinberg, essas informações podem causar impactos desde a infância até a vida adulta e podem expor as crianças a constrangimentos em razão de histórias, fotografias ou comentários divulgados na *web* que possam ser considerados embaraçosos. (2017, p. 877)

Na acepção jurídica do termo, dado pessoal é toda e qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, consoante dispõe o art. 5º., da Lei n. 13.853/2019 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD¹. Assim, ao exporem o nome dos próprios filhos na internet, por exemplo, os pais estarão divulgando os dados pessoais da criança. Podem também ser enquadradas nesse conceito informações que, quando analisadas em conjunto, permitam identificar o titular dos dados. Com efeito, imprescindível que tais informações estejam relacionadas a sujeitos identificados ou identificáveis para serem consideradas dados pessoais.

Importante ressaltar que, ainda que a intenção dos pais de exporem seus filhos não

1 BRASIL. Lei n. 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 28/03/2020.

seja explícita, ou, ainda, que os pais tentem exercer mecanismos para preservar os dados pessoais dos menores – omitindo o nome, por exemplo – a análise do comportamento dos adultos nas redes sociais pode permitir que terceiros façam inferências a respeito de informações que possam ser associadas a uma criança concreta e específica, tais como localização, idade, aniversário e religião. (STEINBERG, 2017, p. 848)

O conceito de *sharenting* contempla também aquelas situações em que os pais fazem a gestão da vida digital de seus filhos na *internet*, criando perfis em nome das crianças em redes sociais e postando continuamente informações sobre sua rotina. Nessa situação, os pais não estão tão somente administrando as suas próprias vidas digitais, mas também criando redes paralelas em nome de seus filhos.

Conseqüentemente, a exposição de informações dos menores de maneira exacerbada pode representar ameaça à intimidade, vida privada e direito à imagem das crianças, interesses estes que são expressamente protegidos pelo art. 100, V, da Lei n. 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)².

A concepção de privacidade é contextual, temporal e varia muito de acordo com o modo de vida e nível de exposição que o próprio titular do direito está disposto a oferecer. Dessa forma, é perfeitamente possível – senão provável – que o critério sobre privacidade que os pais possuam seja diferente daquele que a criança vai desenvolver na vida adulta. Ou seja, a criança pode desaprovar a conduta dos seus pais e entender que teve sua vida privada exposta indevidamente durante a infância. (EBERLIN, 2017, p. 259)

Isso não quer dizer que o compartilhamento, pelos pais, de informações referentes aos seus filhos seja absolutamente vedado. Isso porque cabe a eles o poder-dever de cuidar dos filhos e decidir o que é mais conveniente para eles, inclusive no âmbito digital. Além do mais, há que ser considerada a liberdade de expressão dos pais de manifestar os seus próprios momentos ao lado dos filhos, ainda que isso acarrete a divulgação dos dados pessoais deles.

Em verdade, pressupõe-se que, na maioria das vezes, não há a intenção por parte do pai ou da mãe de expor seus filhos e respectivos dados; todavia, muitas vezes os responsáveis legais não têm conhecimento das conseqüências que o seu comportamento on-line pode causar aos menores ao longo do tempo. (STEINBERG, 2017, p. 847)

A ausência de compreensão das conseqüências em expor os dados decorre do baixo entendimento dos mecanismos da sociedade da informação, que tem como um dos pressupostos a constante coleta de dados. Assim, a falta de conhecimento e de aspectos práticos para limitar a coleta de dados dificulta sustentar, inclusive, que os pais seriam

2 Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

(...)

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

responsáveis pela excessiva exposição de informações de seus filhos.

Alguns exemplos da sociedade da informação mostram como a questão dos dados se torna complexa em função, por exemplo, da interação constante entre os diversos tipos de mídia. Acerca desse novel modelo de sociedade, destaca-se:

A sociedade da informação é uma nova formação política, social e econômica firmada por relações em rede, centrada na coleta, seleção, triagem e distribuição de dados por meio das tecnologias da informação. Os processos e funções essenciais em sociedade permanecem em constante e rápida transformação. E, com o advento da internet e o seu crescente uso, tornou-se ainda mais viável o exercício das liberdades atinentes ao tratamento da informação e aos modos de expressão, possibilitando ainda a imortalização e o compartilhamento de notícias e dados diversos sem limites de tempo e espaço. (MOREIRA; MEDEIROS, 2016)

Ou seja, nesse modelo de sociedade, alguns comportamentos que outrora expunham crianças, mas que eram de certa forma controlados, hodiernamente não existe a mesma possibilidade de controle. Além disso, a sociedade da informação permite que terceiros disponibilizem na internet informações pessoais de crianças, tais quais as escolas que compartilham fotos em redes sociais de eventos, competições e festas envolvendo a participação de menores.

Nesse contexto de ambiente escolar, as fotografias tiradas por pais de alunos de seus filhos em eventos do colégio com outras crianças disponibilização ulterior dessas fotografias nas redes sociais já foi objeto de grande debate no Reino Unido. No ano de 2013, Bessant conduziu uma pesquisa junto a 206 autoridades locais responsáveis pela gestão educação na Inglaterra, Escócia e País de Gales. O resultado obtido apontou para o entendimento de que os pais podem fotografar seus filhos com outras crianças, desde que as fotografias se restrinjam a uma utilização pessoal. Todavia, o compartilhamento das fotos na internet é uma questão que ainda não foi respondida pela regulamentação do Reino Unido, o que causa bastante debate naqueles países. (2014, p. 271)

E não é somente os pais que podem expor as crianças e algum conteúdo que ofenda a privacidade delas, mas elas próprias. Nesse sentido, destaca-se o *cyberbullying*, prática esta que vem ganhando espaço na internet e que pode expor indevidamente informações pessoais de menores. De acordo com Viana, Maia e Albuquerque (2017), essa prática é um problema de saúde pública que justifica certas limitações à liberdade de expressão.

Steinberg (2017, p. 867) sugere que, uma das alternativas no campo das políticas públicas para o tema, seria a implementação de medidas para educar os pais acerca do uso de mídias sociais e que reconheçam a necessidade de proteção da privacidade das crianças. Referida proposta permitiria não apenas aos pais, mas também a parentes, amigos, colégios e quaisquer outros terceiros que tenham relação com crianças, a aquisição de conhecimentos importantes sobre os riscos envolvidos pelo uso de redes sociais em se tratando de compartilhamento de informações referentes a menores. Esse tipo de conhecimento permitiria aos pais compartilharem suas histórias de vida nas redes

sociais protegendo, ao mesmo tempo, a privacidade de seus filhos.

Nesse sentido, busca-se também no presente artigo debater a respeito de mecanismos de informação e educação digital, em especial sob a ótica das obrigações específicas dos provedores de aplicativos de internet que, de algum modo, lidam com dados pessoais de crianças, paralelamente à proteção conferida pela LGPD. Para tanto, primeiramente faz-se necessário demonstrar a atual dimensão dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e à proteção de dados pessoais.

3 | A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A liberdade de expressão, direito fundamental insculpido no art. 5º, IV da Constituição Federal (CF) estabelece o direito à livre manifestação do pensamento e o art. 220 da Lei Maior enfatiza a liberdade de informação, rechaçando de maneira expressa qualquer previsão que venha constituir entrave à liberdade de expressão ou qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística.

Hodiernamente, a interpretação da jurisprudência no que diz respeito à liberdade de expressão é a de que dita garantia não tem caráter absoluto, que deve ser ponderado com o direito à dignidade, à honra e à imagem, além de outros direitos fundamentais e, além do mais, podem ser aplicadas à sua atual dimensão no mundo digital (EBERLIN, 2017, p. 262). A internet e as redes sociais viabilizaram a possibilidade da manifestação de pensamento de forma imediata e rápida, seja a respeito de si próprio ou de terceiros. Diante disso, paralelamente à proteção da privacidade, a garantia do direito à liberdade de expressão foi reconhecida no MCI como “condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet” (art. 8º da Lei 12.965/2014). Na mesma linha, a LGPD, em seu art. 2º, III, indicou a liberdade de expressão como fundamento da disciplina relativa à proteção de dados.

No que diz respeito aos dados pessoais, sua proteção está ligada à tutela da privacidade e as características de complementariedade e solidariedade dos princípios constitucionais (§ 2º do art. 5º da CF). O art. 5º, X da CF prevê que são “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Por seu turno, o Código Civil (CC), preconiza que a vida privada da pessoa natural é inviolável (art. 21), constituindo a privacidade um direito de personalidade.

Nesse sentido, a evolução histórica da legislação sobre proteção de dados demonstra o liame desse direito com a tutela da privacidade. Mendes explica essa evolução em 4 gerações de leis (MENDES, 2014, p. 37).

Na década de 70, os indivíduos se preocupavam com os bancos de dados das Administrações Públicas e do poder que esses dados conferiam ao Estado sobre a vida privada dos cidadãos. Nesse momento, as leis estabeleciam procedimentos para novos bancos de dados, tal qual a exigência de autorização pública prévia para criação de um

sistema de armazenamento.

Posteriormente, em uma segunda fase, a preocupação se concentrava nas normas de proteção de dados pessoais e privacidade, ultrapassada a preocupação com o procedimento em si. A terceira geração, a partir da década de 80, consagrou a ideia de autodeterminação informativa, vale dizer, as pessoas passam a participar do processamento de dados “como um envolvimento contínuo em todo o processo, desde a coleta, o armazenamento e a transmissão e não apenas como opção entre ‘tudo ou nada’” (MENDES, 2014, p. 42).

A quarta geração de proteção de dados consagrou a proteção dos denominados “dados sensíveis”, além de instituir normas setoriais a respeito do assunto. Nesse sentido, tem-se por dados sensíveis aqueles que se relacionam a questões particulares das pessoas, tais como gênero, orientação sexual, origem social e étnica, convicções políticas, orientação religiosa, questões filosóficas, dados de saúde, informações genéticas, dentre outras. No Brasil, esse conceito foi positivado pela Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011, art. 3º, § 3º, II).

Posteriormente, a LGPD dispõe no art. 5º, inciso II, que: D

Dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

Essa construção legislativa se desenvolveu juntamente à sociedade dos dados, segundo a qual, de acordo com Schreiber (2011, p. 129), traz à privacidade um significado que vai além da tradicional proteção da vida íntima, representando um direito de controle sobre os dados pessoais, isto é, o direito de a pessoa escolher se quer ou não ter as suas informações divulgadas e compartilhadas.

Em se tratando do *sharenting*, essa nova geração do direito à privacidade é bastante complexa. De acordo com Steinberg, as crianças possuem interesse em proteger as informações a seu respeito que foram postadas por seus pais, evitando sua disseminação sem controle, assim como podem não concordar com a decisão dos pais de compartilhar informações pessoais; no entanto, as crianças não possuem uma opção de *opt-out* e nenhum tipo de controle em relação às decisões de seus pais que deixem rastros digitais. Essa falta de controle por parte dos titulares dos dados (no caso, as crianças) nega o exercício do direito à autodeterminação informativa (2017, p. 843).

Daí porque afirmar que a proteção à privacidade ganha contornos bastante complexos. De acordo com Mendes, o reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental é uma “necessidade para tornar efetivos os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito, na sociedade contemporânea da informação, conforme determina a Constituição Federal” (2014, p. 172).

No caso específico da internet, o MCI estabeleceu, expressamente, a proteção da

privacidade e dos dados pessoais como princípio do uso da internet no Brasil (art. 3º, II e III da Lei 12/965/2014), o que foi ratificado pela LGPD (art. 2º), corroborando, portanto, o entendimento acima.

Em uma abordagem internacional, o caráter fundamental do direito à proteção de dados foi expressamente reconhecido na legislação comunitária europeia, por meio do Regulamento 2016/679³, que considera a proteção de dados como um direito fundamental (arts. 1º e 2) e que deve ser equilibrado com outros direitos fundamentais em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

Assim, no caso do *sharenting* há dois interesses opostos em colisão. De um lado, os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais das crianças e, do outro, o direito à liberdade de expressão de terceiros no ambiente digital. Nesse sentido, o conflito entre as normas que regulam tais direitos deve ser endereçado por meio de técnicas de ponderação.

Alexy explica que as normas são classificadas como regras ou princípios. As regras devem ser analisadas como normas que impõem condutas (ou proibição de condutas) e que devem ser aplicadas a um determinado caso concreto na exata maneira como formuladas; nem mais, nem menos (2012, p. 91). Por seu turno, o conflito entre regras ocorre na dimensão da validade das normas, vale dizer, uma regra será válida e a outra não. Já os princípios, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (2012, p. 90).

Ou seja, os princípios são mandamentos de otimização, normas de maior generalidade, se e quando analisadas isoladamente, podem levar a resultados diferentes em uma mesma situação concreta. Os princípios em colisão devem ser sopesados com base na máxima da proporcionalidade, isto é, deverá haver a relativização dos princípios em face das possibilidades jurídicas em cada caso concreto (2012, p.117).

Sobre o assunto, Canaris reconhece que “pertence à essência dos princípios gerais de Direito que eles entrem, com frequência, em conflito entre si, sempre que, tomados em cada um, apontem soluções opostas” (2002, p. 205). Nesse ínterim, para se trabalhar com as aparentes contradições de princípios e valores, deve-se lançar mão de ferramentas tais como a interpretação sistemática, vale dizer, interpretar uma norma ou uma situação entendendo o sentido de cada princípio para o sistema e buscando uma solução que faça valer esse sentido dentro do caso concreto (CANARIS, 2002, p. 205).

Diante desse contexto atual, entende-se que a atuação direta e maior regulação dos aplicativos de internet pode contribuir para que se alcance a melhor solução, por serem intermediários na divulgação de dados. Para tanto, imprescindível compreender quais os critérios e extensão da responsabilidade desses aplicativos, quer existentes, ou demandar por eles, se inexistentes.

3 Regulamento (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho nº 2016/679, de 27 de abril de 2016, Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=en>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

Nesse sentido, o contexto atual brasileiro aponta para um caminho de pouca responsabilidade dos provedores de aplicativos no que diz respeito ao conteúdo gerado por terceiros, independentemente da natureza das atividades que realizam⁴. Assim, o MCI estabeleceu a regra no sentido de que os provedores de aplicação somente serão responsabilizados se deixarem de cumprir ordem judicial específica, “no âmbito e nos limites técnicos de seu serviço” (art. 19). Em se tratando de conteúdo gerado por terceiros conter imagens, vídeos ou outros materiais “contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”, o provedor deve adotar medidas imediatas, independentemente de ordem judicial, mas ainda sim “no âmbito de e nos limites técnicos de seu serviço” (art. 21). Em se tratando de *sharenting*, isso significa que os *websites* só estariam obrigados a adotar medidas independentemente de ordem judicial em casos extremos como os de pedofilia.

Sobre o assunto, o modelo europeu indica um caminho da existência de deveres, com maior rigor e de maior amplitude na responsabilização dos provedores de aplicativos, inclusive ferramentas de busca, fundamentados no direito ao esquecimento, em relação ao conteúdo gerado por terceiros como será demonstrado a seguir.

3.1 O modelo europeu e as alternativas para o modelo brasileiro

O “velho mundo” regula a proteção de dados e a respectiva inserção destes por terceiros na rede mundial de computadores com maior rigor. Aqui, eleger-se-á o caso “Lindqvist” (UNIAO EUROPEIA, 2014) como marco da implementação desse modelo. Nesse precedente, a Sra. Lindqvist, além de exercer suas atividades profissionais, era catequista numa Paróquia na Suécia. Em 1998, no âmbito de um curso de informática que havia frequentado, resolveu desenvolver uma página de internet, com seu computador e em sua residência, para que os paroquianos pudessem obter informações eventualmente necessárias para prepararem a crisma.

Nessa página criada pela a Sra. Lindqvist, esta inseriu informações pessoais a seu respeito de mais 18 colegas da Paróquia, incluindo nomes, hobbies, funções ocupadas na atividade paroquial, estado civil e número de telefone. Por sua vez, a Sra. Lindqvist não avisou os colegas da existência do site e, além disso, solicitou ao administrador da página de internet da igreja que fizesse um link para o site criado por ela. Assim que soube que alguns dos colegas não estavam satisfeitos com a página, a Sra. Lindqvist a retirou do ar. Por essa razão, a paroquiana foi processada por tratar dados de caráter pessoal sem obter a autorização dos seus titulares e sem avisar a autoridade de controle sueca.

4 O AgInt no REsp n. 1.593.873-SP44 é um caso emblemático a respeito do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a (ausência de) responsabilidade de provedores de aplicação pelo conteúdo gerado por terceiros. No caso específico, foi analisada a responsabilidade das ferramentas de busca e que, nos termos do acórdão, a ferramenta de busca é parte ilegítima para esse tipo de pedido, sendo que o ofendido deveria buscar medidas tendentes à supressão do conteúdo ofensivo diretamente perante aquele que disponibiliza esse conteúdo na rede e não perante o site de pesquisas. Naquele momento, um dos aspectos bastante acentuados nessa decisão é o fato de o Brasil não possuir uma legislação geral para proteção de dados pessoais até então.

(EBERLIN, 2017, p. 268)

Em prosseguimento, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a disponibilização de informações de caráter pessoal da internet, deixando-as acessíveis a todos, mesmo na peculiar situação da Sra. Lindqvist, que era um site particular, sem finalidades econômicas, constitui tratamento de dados⁵.

Referida decisão foi um dos marcos para a construção de um conceito amplo sobre o que é tratamento de dados pessoais e tem o efeito prático de impor as obrigações da legislação de proteção de dados às mais singelas atividades que tragam qualquer tipo de divulgação de informações de caráter pessoal.

Ainda no âmbito no Direito Europeu, é emblemático o caso conhecido como “Google Spain” (UNIAO EUROPEIA, 2014). Nesse caso, o autor da ação, Sr. Mario Costeja González, sustentava que, quando pesquisado o seu nome, a ferramenta de buscas da Google apresentava duas páginas do jornal La Vanguardia do ano de 1998 com informações sobre a venda de imóveis decorrente de um arresto em função de dívidas que este possuía. Sustentava também que o processo de arresto já havia sido resolvido há vários anos e que não havia pertinência na referência ao mesmo no site de busca, motivo pelo qual requereu que seus dados pessoais deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa associados aos fatos acima narrados. De outro lado, a Google alegou não ter controle sobre o conteúdo postado por terceiros e que o Autor deveria adotar as providências que entendesse pertinentes diretamente junto ao site que publicou as informações.

Mais uma vez, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a atividade realizada pela Google se enquadra no conceito de tratamento de dados pessoais, estando sujeita às obrigações respectivas, dentre as quais se encontram a de assegurar a correção e exatidão dos dados. Além do mais, o Tribunal enfrentou a necessidade de contrabalancear os interesses do autor e os da coletividade, em especial daqueles que, por qualquer motivo, queiram ter acesso à informação. A conclusão do Tribunal apontou pelo reconhecimento do direito ao esquecimento no caso concreto por não haver razões especiais que justificassem um interesse preponderante da coletividade na informação referente às dívidas já quitadas pelo autor da ação.

Nesse aspecto, importante salientar que o reconhecimento do direito ao esquecimento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e da obrigação de o provedor de aplicações adotar medidas para efetivar esse direito é um indicativo importante para a proteção dos interesses das crianças no *sharenting*. Assim, de acordo com Steinberg, o reconhecimento do direito ao esquecimento pode ser uma alternativa para encontrar o justo equilíbrio entre a proteção da privacidade da criança e a liberdade de expressão dos pais. De acordo com a autora, quando os pais compartilham informações sobre o seus filhos na

5 A Sra. Lindqvist, também, foi acusada de ter transferido dados pessoais para outros países sem autorização dos seus titulares, na medida em que os disponibilizou na rede mundial de computadores, de modo que pudessem ser acessados por residentes em outros países. Sobre esse aspecto, o Tribunal entendeu que a acusação não procedia, pois o site e os dados pessoais estavam hospedados dentro do próprio Estado ou de um Estado Membro.

internet, eles tem o objetivo de expressar questões ligadas, em especial, ao crescimento dos filhos e ao seu momento de vida como pai ou mãe. Esse objetivo perde o propósito com o crescimento da criança, de modo que a imposição da obrigação de apagar os dados pessoais de crianças de sites de busca com o passar do tempo assegura, ao mesmo tempo, o direito dos pais de se manifestarem em relação ao crescimento de seus filhos e os interesses das crianças em relação aos seus dados pessoais (STEINBERG, 2017, p. 876).

Apesar de não estar positivado expressamente no ordenamento jurídico pátrio, o direito ao esquecimento é reconhecido pela doutrina brasileira. Nesse sentido, Chehab o conceitua como “a faculdade que o titular de um dado ou fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus direitos fundamentais” (2015).

Acioli e Erhardt Júnior (2017) entendem que algumas expressões do direito ao esquecimento estão presentes no MCI (como o direito à exclusão dos dados pessoais - art. 7º - e o direito à remoção de conteúdo gerado por terceiros que divulgue, sem autorização, materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado - art. 21). Nesse sentido, o art. 60 da LGPD regulamentou nas disposições finais e transitórias o direito de exclusão estampado no art. 7º do MCI.

Dessa forma, tem-se que o direito ao esquecimento é reconhecido pela doutrina e jurisprudência e que o mundo digital possui aspectos específicos que colocam as crianças em situação de vulnerabilidade acentuada. Nessa senda, o sistema jurídico pátrio possui normas estabelecendo obrigações de cuidado em relação às crianças (art. 227 da CF e art. 100, V do ECA), obrigações de prestar informações claras e precisas sobre os serviços contratados e seus riscos, com base na boa-fé (art. 31 do CDC e art. 113 do CC) e obrigações de reparar danos (arts. 6º, VI e 7º, § único do CDC e 927 do CC).

Da análise de todo esse aparato normativo, pode-se eleger duas espécies de obrigações decorrentes: a primeira seria uma obrigação de caráter preventivo, vale dizer, de melhorar a qualidade das informações sobre os serviços oferecidos, em especial dos riscos associados ao compartilhamento de dados, sendo que cuidado deve ser redobrado quando o provedor detectar a possibilidade de compartilhamento de informações de crianças.

Em segundo, a obrigação que pode ser adotada no atual contexto da legislação brasileira é de caráter corretivo, ou seja, como as crianças não possuem qualquer controle sobre os dados que seus pais – ou terceiros correlatos – postam a seu respeito, o exercício de direitos depende da instituição de mecanismos capazes de apagar esses dados a seu respeito que foram postados por terceiros ao longo da infância.

A União Europeia, por meio da General Data Protection Regulation (GDPR), em vigor desde maio de 2018, explicitamente reconhece que crianças e adolescentes precisam de maior proteção. Segundo a regulação, essa proteção específica deve ser aplicada à

utilização de dados pessoais de crianças e adolescentes para efeitos de comercialização, de criação de perfis e na coleta de dados pessoais em serviços disponibilizados diretamente a eles. Para serviços da sociedade da informação, há a obrigação de consentimento parental ou de responsável legal para coleta tratamento de dados de pessoas com até 16 anos de idade, ainda que os Estados-membros possam definir a idade de maioridade para consentimento, desde que não inferior a 13 anos.

Ainda, o regramento europeu define que qualquer informação e comunicação sobre os procedimentos da coleta e tratamento de dados deve estar redigida em uma linguagem clara e simples, que crianças e adolescentes compreendam facilmente. Nos Estados Unidos, desde 1998, o Children's Online Privacy Protection Act (COPPA), atualizado em 2013, especifica regras para a garantia da privacidade de crianças na Internet, incluindo a notificação parental para o tratamento de dados e a aprovação da coleta em caso de compartilhamento dos dados com terceiros

Nesse sentido, a LGPD buscou tutelar essa categoria de indivíduos no contexto da sociedade da informação.

4 | O TRATAMENTO DA LGPD EM RELAÇÃO ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Lei Geral de Proteção Dados Pessoais (LGPD) sancionada recentemente cria direitos dos cidadãos e regras para empresas e poder público no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais no Brasil. Com o intuito de proteger de forma especial os hipervulneráveis, a norma jurídica contempla, em seu artigo 14, especificidades para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes para protegê-los de qualquer forma de exploração ou violação de seus direitos.

A criança está em condição peculiar de desenvolvimento social e biopsíquico. Por isso, crianças e adolescentes podem estar menos cientes dos riscos e consequências do tratamento de dados, bem como dos direitos correlatos. Esta afirmação é ainda mais relevante diante da característica da atividade de tratamento de dados, invisível aos olhos, abstrata e, ainda assim, com alto grau de complexidade, dificultando sua observação e entendimento, especialmente para crianças.

Nesse sentido, imprescindível que uma lei geral de proteção de dados traga parâmetros mínimos para a regulação desta questão, de acordo com o dever constitucional de prioridade absoluta das crianças nas políticas e normas legais e assegurando-lhes o respeito ao seu melhor interesse.

A LGPD estabelece, no artigo 14, o melhor interesse de crianças e adolescentes como base legal exclusiva para a autorização do tratamento de dados dessas pessoas, colocando-as a salvo de toda forma de exploração ou violação de direitos.

No caso de dados pessoais de crianças, pessoas de até 12 anos de acordo com o ECA, é exigido consentimento para a coleta de dados. Pelo menos um dos pais ou

o responsável legal precisa dar o consentimento para a operação e, diferentemente do consentimento em outros casos, esta manifestação deve ser específica para cada caso, solicitada em destaque, além de livre, informada e inequívoca, tal qual os demais previstos na lei.

A coleta e uso dos dados pessoais de crianças podem ocorrer sem consentimento parental apenas em duas situações: a primeira é justamente para contatar os pais ou o responsável legal, desde que os dados sejam utilizados uma única vez e sem armazenamento. Na segunda hipótese de dispensa de consentimento parental, quando o objetivo for a proteção desses indivíduos que estão em peculiar estágio de desenvolvimento. Em nenhum dos casos os dados pessoais em questão poderão ser repassados a terceiros.

Nesse sentido, o controlador dos dados deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento foi dado pelo responsável pela criança, considerando as tecnologias disponíveis. Órgão competente deve regulamentar as práticas adequadas e em quais hipóteses se supõe que o melhor esforço foi empregado. A criança poderá até utilizar um aplicativo de jogo no celular antes do responsável legal autorizar a coleta, porém seus dados pessoais não poderão ser coletados.

O parágrafo 4º do artigo 14 da LGPD prevê que os controladores de dados não devem condicionar a participação de crianças ao fornecimento de dados pessoais em jogos, aplicações de internet ou outras atividades semelhantes. Ou seja, se não há consentimento parental para o tratamento, as crianças mesmo assim devem continuar tendo acesso. Ainda, os responsáveis por estes sistemas e soluções devem observar a regra da minimização da coleta ao estritamente necessário à atividade.

Além das obrigações de transparência previstas em outros artigos da LGPD, o artigo 14 obriga os controladores de dados pessoais a manterem pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos dos titulares tais como: confirmação da existência do tratamento; acesso aos dados; correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a lei; portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa do titular; eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular; informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e as consequências e revogação do consentimento.

As crianças e adolescentes estão em um processo contínuo e inconcluso de desenvolvimento de suas capacidades, inclusive da compreensão de conceitos abstratos, técnicos ou jurídicos. Pensando nisso, os legisladores brasileiros inovaram ao prever, no parágrafo 6º do artigo 14 da LGPD, que as informações sobre o tratamento de dados de crianças e adolescentes deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível – com uso de recursos audiovisuais, quando adequado, a crianças – para que eles possam ter contato com este universo progressivamente e, à medida de seu amadurecimento,

tomar conhecimento das práticas de tratamento de dados e assumir sua autodeterminação informacional.

O Brasil, com a aprovação do LGPD, se enquadra na lista de países que entendem as crianças como sujeitos em desenvolvimento e que essa condição inerente exige proteção adicional a estes sujeitos, de forma que o tratamento de seus dados só podem ser tratados com consentimento de ao menos um dos pais ou responsável legal.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, mister salientar que o *sharenting* é um fenômeno atual e intimamente ligado à sociedade da informação, sendo que, quando realizado dentro de certos limites, é atividade legítima do exercício da liberdade de expressão por parte dos pais que querem compartilhar informações a respeito de seus filhos.

No entanto, ao sopesar os riscos decorrentes da exposição exagerada de informações sobre as crianças na internet, assim como os interesses também legítimos das crianças em relação à privacidade, imprescindível que sejam adotadas medidas que balizem esse comportamento.

Assim, a complementariedade e a solidariedade na interpretação das garantias constitucionais do indivíduo, como a proteção de dados pessoais, a privacidade, o direito ao esquecimento e a garantia à liberdade de expressão é medida que se impõe na intenção de garantir o exercício de tais direitos de maneira universal.

Além das possibilidades analisadas ao longo do texto, sustenta-se que políticas públicas teriam sobremaneira importância no que diz respeito à educação em relação ao uso das ferramentas digitais. Tais políticas podem ser executadas pelo próprio Estado e pelas empresas que exploram as atividades econômicas ligadas ao *sharenting*, tais quais as redes sociais e as ferramentas de busca.

Em especial aos aplicativos e ferramentas de busca da internet, partindo-se da premissa que elas criam o ambiente para que o *sharenting* ocorra e que, também, criam expectativas de segurança em relação aos dados pessoais, mister que a caminhem para a prevenção e correção de eventual exposição de informações de crianças, ainda que realizada por seus pais ou responsáveis legais, que ultrapasse os limites de violação de seus direitos.

No Brasil, a construção do caminho para proteção dos interesses das crianças com a preservação dos demais interesses envolvidos pode decorrer tanto de uma evolução legislativa, como da evolução no entendimento jurisprudencial, objetivando a efetivação de medidas concretas pelos provedores, especialmente no que tange às obrigações de informação e à implementação de mecanismos técnicos para viabilizar o direito ao esquecimento.

Nessa senda, a LGPD buscou impor limites no tratamento dos dados das crianças, medida esta que transmite o que há de mais avançado em termos de educação/comunicação e fortalecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e protagonistas de seus direitos.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Bruno de Lima; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BESSANT, Claire. Data protection, safeguarding and the protection of children's privacy: exploring local authority guidance on parental photography at school events. **Information & Communications Technology Law**, v. 23, n. 3, p. 256-272, 2 set. 2014. Informa UK Limited. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/13600834.2014.973178>>. p. 271>. Acesso em: 02/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Recurso Especial n. 1.593.873-SP**. Agravante: Google Brasil Internet Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 10 de novembro de 2016. DJe. Brasília, 17 set. 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 563-596.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2017.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 255-273.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento e Internet: o fundamento legal no Direito Comunitário europeu, no Direito italiano e no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 946, p.77-109, ago. 2014.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao Esquecimento: Entre a Sociedade da Informação e a Civilização do Espetáculo. **Revista de Direito Privado**, v. 70, p. 71-98, 2016

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

STEINBERG, Stacey B. Sharenting: Children's privacy in the age of social media. **Emory Law Journal**, **Atlanta**, v. 66, p. 839-884, 2017. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão nº C-131/12**. Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. Luxemburgo, 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>>. Acesso em: 09 set. 2019.

VIANA, Janile Lima; MAIA, Cinthia MANESES; ALBUQUERQUE, Paulo Germano Barrozo de. O cyberbullying e os limites da liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2017.

DOAÇÃO E SUCESSÃO: INSTITUTOS QUE IMPEDEM A REVERSÃO DO BEM AO DOADOR QUE SOBREVIVER AO DONATÁRIO

Data de aceite: 03/08/2020

Alessandra Yadein Rodrigues

Centro Universitário Alves Farias

Thiago Rodrigues Moreira

Centro Universitário Alves Farias

RESUMO: Este trabalho se refere a problemática nos contratos de doação, quando realizado sem as devidas previsões de garantia, nos casos celebrados por ascendente à descendente, quando a divisão de bens. O objetivo principal é analisar a interferência positiva ou negativa destes contratos no âmbito jurídico, bem como os possíveis danos causados àquele que realizou a doação, nos casos em que o donatário vier a falecer antes do doador. A pesquisa foi desenvolvida a partir da metodologia indutivo, em que se utilizou o instrumento bibliográfico, analisando ao final um estudo de caso concreto. Como referencial teórico foi utilizado Rosenvald; Farias (2015), em que foi os autores pensam o sistema jurídico como uma vertente constitucionalista, o que na presente pesquisa conclui-se que a doação deve ser interpretada sob perspectiva do princípio da pessoa humana, um princípio constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Doação. Sucessão. Herança.

ABSTRACT: This work refers to the problem in donation contracts, when carried out without due guarantee provisions, in cases concluded by ascending to descending, when the division of assets. The main objective is to analyze the positive or negative interference of these contracts in the legal scope, as well as the possible damages caused to the one who made the donation, in the cases in which the grantee dies before the donor. The research was developed from the inductive methodology, in which the bibliographic instrument was used, analyzing at the end a concrete case study. As a theoretical framework, Rosenvald; Farias (2015) were used in which the authors thought of the legal system as a constitutionalist aspect, which in the present research concludes that the donation must be interpreted from the perspective of the human person principle, a constitutional principle.

KEYWORDS: Donation. Succession. Heritage.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou compreender a restituição do bem doado ao patrimônio

do doador, em caso de algum sinistro, pois, são inúmeros os questionamentos que se apresentam para a análise do problema da pesquisa, que envolve os conflitos sobre o retorno do bem doado ao patrimônio do doador ascendente, quando o donatário falece sem deixar cônjuge e descendentes.

Dentre as principais dúvidas que norteiam esta investigação estão alguns questionamentos sobre se, os bens doados aos descendentes do que vier a falecer deverá ser transferido para terceiros, não participantes da relação, ou se poderão retornar ao patrimônio do doador. Ou se, como um bem doado, poderá ser restituído ao doador nos contratos de doação em que não fora estipulado o art. 547¹, do Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002).

O trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade de reversão integral do bem doado ao patrimônio próprio do doador ascendente. Para cumprir com seu objetivo geral, esta pesquisa busca compreender, de forma sucinta, os contratos de doação desde o Direito Romano ao Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002), as formas de contratos de doação, bem como a revogação dos atos jurídicos.

Para alcançar os intentos desta investigação trataremos do objeto dessa pesquisa a partir de uma abordagem qualitativa como forma mais adequada de entender a natureza de um fenômeno social, permitindo a compreensão de fenômenos que são produtos mentais, culturais e subjetivos e identificar as reais intenções dos envolvidos na prática da realização de uma doação e quais os efeitos jurídicos almejados.

2 | DAS CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E DOS ELEMENTOS DO CONTRATO DE DOAÇÃO

Em virtude da atual controvérsia que se entende sobre a restituição do bem doado ao doador, em casos de sua morte, esta proposta referir-se-á aos contratos de doação, quando efetuados sem as previsões legais de garantia, nos casos celebrados de ascendente a descendente, com fito de, analisar a interferência positiva ou negativa do tratado, a fim de levar o leitor a fazer uma análise reflexiva sobre a aproximação das leis à realidade vivida dos litígios atuais.

Inicialmente, trataremos do contrato de doação nos primórdios da história, desde as suas primeiras aparições até sua consolidação no Império Romano, abordando fatos com enfoque na moral e nos costumes culturais que levaram Roma a ser uma das maiores potências da época.

Posteriormente, analisaremos a influência do Direito Romano, nos Contratos de Doação, nos dias atuais e sua importância no Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002).

¹ **Art. 547.** O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. (BRASIL, 2002)

2.1 Das relações donativas do império romano ao código civil brasileiro de 2002

O instituto da doação, na história do Direito, é tão avançado quanto à própria civilização. As primeiras relações donativas de que se tem relato constam de 753 a 510 antes de Cristo (aC). Entretanto sua formação de maneira institucionalizada deu-se a partir da consolidação do Império Romano (CRETELLA, 2001).

O marco inicial para a afirmação do Direito ocidental, como conhecemos hoje, têm sua base no Direito Romano. As regras jurídicas consubstanciadas no *Corpus Juris Civilis* apresentam-se como “um conjunto ordenado de leis e princípios jurídicos reduzidos a um corpo sistemático, harmônico, mas formado de várias partes, planejado e levado a efeito no VI século de nossa era por ordem do imperador Justiniano de Constantinopla” (CRETELLA, 2001) corporificado em um monumento jurídico que atravessou séculos até nossos dias.

Importante observar que foi baseado no Direito Romano que as espécies de contratos de doação evoluíram, criando assim, suporte para as condições estabelecidas no Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002), até mesmo no que consiste a responsabilidade contratual e extracontratual das partes.

2.2 O contrato de doação no código civil brasileiro de 2002

O Contrato de Doação é uma forma que preconiza doação sem exigir reconhecimento ou recompensa da outra parte, pois, através da doação é que o doador expressa seus sentimentos, bons ou ruins, mas de alguma forma estará exteriorizando sua vontade. Daí ao senso comum considerá-lo um dos mais nobres contratos existentes.

O Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002) traz duas modalidades de celebração do Contrato de Doação. O de forma gratuita ou onerosa, nesta pesquisa, o assunto se restringirá apenas à doação gratuita, sobre a qual, a controvérsia será estabelecida.

Como consta no Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002), em seu art. 538, exatamente, “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. Neste contexto, analisar-se-á somente a doação pura, instituto em que o doador se satisfaz, transferindo bens do seu patrimônio para outro sem contraprestação do donatário, ficando evidente que a vontade do doador, no momento do ato de liberalidade, possui uma intenção direta sobre um donatário específico, sem vinculação futura com terceiros, por isso importante ressaltar que o sentimento de liberalidade é exclusivo do doador sobre um donatário, não estendendo a outros.

No tocante à sua formalidade, o art. 541² do Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002) expõe o seguinte: “A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular”,

2 Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição. (BRASIL, 2002)

e para a restituição do bem há ainda a cláusula de reversão, mas trataremos somente sobre os contratos realizados de ascendentes para descendentes, os quais raramente possuem formalidades, sendo apenas verbais e transmitindo o bem.

Com a explanação do Contrato de doação tratado, seguiremos, de forma mais ampla no sentido de liberalidade do contrato, que é o ponto principal da relação jurídica em análise, pois, através deste sentimento subjetivo do doador que o negócio jurídico se concretiza, conforme veremos a seguir.

2.3 Fator liberalidade na doação quanto na possibilidade de reversão do bem doado ao doador

A doação possui a liberalidade, como uma de suas características mais marcantes, pois, se fosse outro sentimento, não se poderia tratar de doação, uma vez que, o ato de doar é algo implícito à pessoa do doador, sem nenhuma contraprestação da outra parte, sendo, via de regra, ato voluntário e espontâneo em favorecer e beneficiar alguém economicamente.

Tal sentido deve ser analisado em todas as fases da doação, desde a transmissão até a destinação ou utilização final do bem doado. Sendo assim, o estudo é sobre os bens doados, ponderando o fator “liberalidade”, enquanto existir o bem e, quanto à sua destinação final, quando o doador sobreviver ao donatário.

Em síntese, o objeto dessa pesquisa é abordar a possibilidade de reversão do bem doado sem a cláusula de reversão expressa em contrato, sendo, de certa forma, visto como uma “proteção patrimonial” para o doador, tal fato já é acolhido pelo nosso judiciário, tendo como base para o estudo em questão, o Recurso Especial no. 1225861 RS (BRASIL, 2014).

O Recurso Especial no. 1225861 RS (STJ, 2014), provém do litígio estabelecido entre Senhora X³ (Recorrente) e Espólio da filha, Senhora Y (Recorrida), cuja intenção era reformar a decisão do juiz *a quo*, a fim de redeterminar a natureza do negócio jurídico celebrado entre ambas. Se a primeira possuía legitimidade e interesse de agir para pleitear em ação de cobrança, à restituição de valor transmitido à segunda, era tácita.

De acordo com o relatório da decisão, os fatos que levaram a Recorrente a litigar ação de cobrança, basearam-se no destinatário final do espólio levantado. A autora afirmou ter doado à filha o correspondente a cinquenta e quatro hectares de terra que alienou, a fim de custear o tratamento médico dela e da neta, Senhora Z, que sofreram grave acidente automobilístico.

Entretanto, devido a complicações médicas a Recorrida faleceu em 31 de dezembro de 2002, passando a quantia restante para a filha, Senhora Z, que também faleceu em 24 de junho de 2006, deixando como único herdeiro o genitor Senhor W, de quem a recorrida

3 A partir deste momento, utilizar-se-á nomes fictícios, pois o direito de família envolve questões de sigilo e esta pesquisa não pretende expor ninguém nas decisões judiciais.

já havia se separado há mais de 20 anos.

O caso aqui ilustrado, diz respeito, a *priori*, ao que preconiza o art. 544⁴ do Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002), o qual dispõe da “doação de ascendente a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”.

Com a notícia do falecimento de ambas, o Senhor W, abriu espólio para que lhe fossem transferidos os bens. E a autora, ora Recorrente, sustenta que deve-lhe ser restituído o valor restante doado, no inventário que tramita na Vara Cível, de Caçapava do Sul.

A relatora do presente recurso foi a Ministra Nancy Andrighi que, de saída, depreendeu dos autos três fatos incontroversos: O primeiro foi a certeza de que existiu um negócio jurídico entre mãe e filha com a quantia correspondente a 54 ha de terra. Segundo, esse contrato determinou-se, por compra e venda de direitos de herança, e terceiro, Senhora Y (a filha da recorrente) faleceu, e posteriormente, sua filha, Senhora Z (neta da recorrente) veio a óbito também.

No caso em tela, a liberalidade da Recorrente em ajudar a Recorrida, foi anulada ao considerar que não houve a Doação, mas, contrato de mútuo gratuito, necessário é analisar a intenção da Recorrente no momento do ato de doação, sendo possível uma nova postura, quando o objetivo principal já não existe, qual era ajudar o tratamento da neta.

No art. 547⁵ do Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002), por sua vez, supõe a possibilidade de previsão de retorno do bem doado ao patrimônio do doador, em caso de morte do donatário. Como o caso em estudo, em que a Requerente pretende reaver o restante do valor doado ao seu patrimônio. Todavia, tal conjectura só terá validade, caso o bem não se perca durante o domínio do beneficiado, e que exista condição resolutiva evidente que o bem não será transmitido aos seus descendentes.

Situação em que pouco se vê naturalmente, devido aos intensos conflitos após morte de doador ou donatário, e seguindo nesta mesma linhagem de pesquisa que apresentaremos a seguir algumas informalidades dos contratos de doação quando realizados entre familiares.

3 | SUCESSÕES: ORIGEM, FUNDAMENTOS E BREVES DISCURSÕES

A sucessão ocorre pela transmissão de propriedade de bens por meio de um instituto jurídico, que deriva ou tem causa a morte (causa mortis), pelo qual recai significadamente sobre todos os bens do de cujus, mesmo aqueles adquiridos por meio de doações.

4 **Art. 544.** A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança. (BRASIL, 2002)

5 Art. 547. O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. Parágrafo único. Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro. (BRASIL, 2002).

Para Venosa (2013), suceder é substituir, sendo assim a sucessão pode ser compreendida como a substituição de um titular de um direito, ou seja, “Quando o conteúdo e o objeto da relação jurídica permanecem os mesmos” (VENOSA, 2013, p. 1), mas mudam os titulares da relação jurídica, ocorrendo uma transmissão.

Observa-se que o direito de sucessão é justamente daqueles que responderão como novos proprietários dos bens adquiridos pela transmissão.

3.1 Origem do direito de sucessão

Sobre a origem do direito de sucessão, há pensamentos divergentes sobre o marco inicial. Fiuza (2010) menciona que a noção de sucessão tenha surgido quando houve o surgimento da propriedade individual, não se afastando do entendimento de que, inicialmente, as sociedades mais antigas adotavam a necessidade de um sucessor por ideais religiosos e não econômicos, pois havia a concepção religiosa de que o cujus precisava de um sucessor que prestasse culto a seus antepassados em seu lugar e este direito era reservado ao filho primogênito. Veremos.

Contudo, Grivot (2014) discorre que transmitir bens a partir da morte de seu proprietário é um ato praticado desde as sociedades mais antigas. E este fato pode ser percebido por meio de algumas características relevantes que pode ser observada por um traçado geral do direito sucessório na sociedade egípcia.

Nesta perspectiva, Lôbo (2016, p.101) também ensina que o direito das sucessões foi o recurso utilizado pelos revolucionários franceses para separar-se do velho sistema, pois, nas sociedades mais antigas muito pouco mudava no aspecto econômico o que propiciava a concentração de bens no poder daquelas pessoas que recebiam herança e sobreviviam com estas, e, posteriormente, transmitiam a seus herdeiros. Então, em 1789, o velho modelo de direito das sucessões foi extinto, visto que, se consolidava a sociedade estamental, onde a pirâmide era organizada de forma a manter os poderes constituídos dos reis, nobres e igreja no topo.

Assim, é notável a importância da evolução histórica do direito de sucessão para a organização da sociedade, portanto, seguiremos no próximo tópico essa importância no Brasil.

3.2 O direito das sucessões no Brasil

No Brasil, até 09 de novembro 1754, o direito de sucessão era fundamentado no modelo Romano, contudo a partir desta data foi adotado o princípio de Saisine (FIUZA, 2010), que consiste na “delação ou devolução sucessória no instante do falecimento do autor da herança” (NETO ASSIS S *et al*, 2019, p. 2021).

Já Lôbo (2016) cita a influência desequilibrada e continua de outros povos no Brasil até Código Civil de 1916, quanto ao direito das sucessões.

O direito das sucessões, no Brasil, acompanhou as vicissitudes das ideias acerca da propriedade e das concepções sociais e jurídicas da família, ao longo da existência deste país desde o descobrimento pelos portugueses. O direito das sucessões de Portugal, compilado nas Ordenações do Reino, que vigoraram no Brasil até o Código Civil de 1916, era uma confusa agregação de diretrizes tradicionais de direito Romano, de usos e costumes centenários dos povos que habitaram a península Ibérica, de direito canônico e de normas e leis editadas pelo Estado (LÔBO, 2016, p.17).

Finalmente, o Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002) foi positivado em janeiro de 2002, trazendo em seu texto legal inúmeras mudanças, dentre estas a inserção do cônjuge como herdeiro necessário que passou a concorrer com descendentes e ascendentes. Adotou-se também a igualdade de direitos a sucessão entre os herdeiros, em especial os filhos (GONÇALVES, 2012).

Atualmente, a morte continua sendo objeto central da abertura da sucessão, ou seja, abre-se a sucessão no mesmo momento em que o autor da herança (de cujus) falece e deste modo ocorre a pronta transmissão da herança aos herdeiros legítimos e testamentários, sendo a sucessão legítima a decorrente da lei, desde que o de cujus não tenha deixado testamento ou se houver, este não seja inválido ou tenha caducado, ou ainda, podendo haver a sucessão legítima quando o testador deixar parte de sua herança sem destino certo, ou seja a totalidade da herança não foi disposta pelo seu testador (FIUZA, 2010; ASSIS NETO S *et al*, 2019).

No entanto, a vedação legal não proíbe ao dono da herança, que ainda em vida, desejar dispor por testamento e distribuir em vida a parte da herança que a lei permite, desde que não prejudique os direitos dos herdeiros necessários, observando sempre os critérios permitidos em lei.

3.3 Direito das sucessões em uma perspectiva constitucional

Na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), encontra-se expressamente referência sobre o direito das sucessões nos incisos XXX e XXXI do artigo 5º, mas, embora, aparentemente, as normas constitucionais a respeito das sucessões pareçam escassas, existem princípios e regras constitucionais que influem diretamente sobre o direito da sucessão, relacionados a este, temos as regras concernentes à família, às pessoais e à titularidade de patrimônios e bens.

Nesta perspectiva, Rosenvald e Farias (2017) ensinam que a norma inscrita na Constituição não garante a efetividade normativa necessária à sua aplicação nas legislações infraconstitucionais. Muito mais que isto, precisa-se assegurar que os conteúdos de direito por ela definidos perpassem constantemente por uma releitura que se adegue às novas necessidades sociais, não seria, portanto, diferente com o direito das sucessões, pois, faz-se de suma importância que as relações jurídicas, incluindo o âmbito sucessório, atendam ao mandamento da dignidade da pessoa humana, e da dignidade de cada participante da relação jurídica que se forma:

Significa, pois, que todas as relações jurídicas, inclusive no âmbito sucessório, precisam estar funcionalizadas a partir da afirmação da dignidade de cada um dos partícipes dela. O raciocínio se justifica porque a pessoa humana é o fim almejado pela tutela jurídica e não o meio. Assim, as regras jurídicas criadas para as mais variadas relações intersubjetivas, inclusive sucessórias, devem assegurar permanentemente a dignidade da pessoa humana, além de promover a solidariedade social e a igualdade substancial. Nessa ordem de ideias, urge afirmar que o campo sucessório é terreno fecundo para o reconhecimento de garantias e direitos fundamentais, daí decorrendo a preocupação com a concretização da dignidade da pessoa humana e dos demais valores constitucionais, em especial os direitos e garantias individuais e sociais (ROSENVALD; FARIAS, 2017, p. 46).

Ao encontro do direito que busque a dignidade da pessoa humana, o direito das sucessões perceberá a necessidade de promover certas limitações no tocante ao exercício do direito subjetivo sucessório, ou seja, primando pela proteção do seu núcleo familiar e do próprio titular do direito, que será resguardado com o mínimo de patrimônio que garanta sua dignidade, é o que se visualiza em relação ao direito de testar, em que a vontade do titular é mitigada legalmente para que haja a proteção do patrimônio familiar quando há herdeiros necessários que deste dependam (ROSENVALD; FARIAS, 2017).

E para melhor fundamentar os ideais trazidos, discorrer-se-á no seguinte capítulo, entendimento sobre a importante função social da propriedade, sempre analisando a normativa brasileira como um conjunto de regras e princípios que devem estar intrinsecamente envolvidos com a justiça real, caminhando assim para a famosa frase Ulpiano sobre dar a cada um, o que é seu.

Analisando-se o instituto da sucessão no direito civil brasileiro, sendo que este trata das normas que regulam as formas de transmissão do patrimônio do de cujus, que pode decorrer por meio de lei ou de testamento, pois é um direito garantido constitucionalmente e normatizado pelo artigo 5º, inciso XXX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), que discorre sobre o direito de herança (PINTO, 2006).

Com uma visão mais ampla sobre o direito de herança, observa-se a necessidade de mudança de paradigmas quanto aos direitos constituídos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), conforme demonstra Fensterseifer (2005).

Gomes (2015) insurge-se contra a ideia de perpetuação da família sob uma ótica patrimonialista, pois, deve-se notar que a tendência constitucional que prima pela dignidade da pessoa humana perpassa pelo âmbito antropocêntrico em que a vontade do indivíduo deve ser prezada, assim o viés patrimonialista das normas anteriores à Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) perdem força dando espaço para novos valores pautados em uma esfera existencial do indivíduo.

Rosenvald e Farias (2015) citam que o direito sucessório não pode esquecer-se do direito que tem o titular de um patrimônio, pois esse adquiriu seus bens por meio de seus esforços e trabalho e nada mais justo seria que este indivíduo possa escolher a forma com que seus bens serão dispostos após sua morte, levando em consideração à sua vontade.

O direito à herança como um direito Fundamental perpassa pelos direitos e liberdades

dos indivíduos, sendo assim um direito basilar para garantir o direito individual e social do titular da herança frente às vontades legais estatais, pois essa liberdade individual existe antes mesmo da formação do próprio Estado, sendo este limitado em sua competência, devendo exercer o direito de ação para garantir as liberdades e direitos dos indivíduos (GOMES, 2015).

Ademais, as garantias e liberdades individuais insculpidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), tratadas por Gomes (2015), foram amparadas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, observe:

Os direitos à propriedade, à educação, à saúde, ao trabalho, dentre outros, e, para o que mais importa, o direito à herança, demonstram a impossibilidade prática de se delinear um conjunto prévio ou fixo das posições jurídicas por eles encerradas, seja pelo fato de eles terem um conteúdo, por vezes, bastante abrangente, seja por haver mudanças desse conteúdo ao longo do tempo. Esta especificidade de muitos direitos fundamentais aponta para a necessidade de se estudar que estrutura devem ter as normas jurídicas, a fim de se representar adequadamente as situações jurídicas envolvidas (GOMES, 2015, p. 26).

Assim, deram uma nova conotação à aplicação normativa brasileira tendo em vista que por meio da efetivação deste princípio o legislador buscou respeitar a existência humana em seus aspectos mais amplos e no direito à sucessão este entendimento não é diferente conforme GAGLIANO (2017).

Por isso, para a compreensão do direito fundamental à herança, sob uma perspectiva constitucional, é necessário o entendimento do que realmente este direito quer proteger, pois, ainda se confunde direito de herança, com direito de propriedade.

A falta de análise mais profunda sobre o direito de herança após sua inserção na esfera constitucional deságua em um delicado problema que é o ato de disposição dos bens pelo seu titular, levando em consideração a vontade do indivíduo amparada pelas liberdades individuais. E este ato de vontade de dispor de bens, segundo Gomes (2015), é um fundamento do direito à propriedade, conforme veremos a seguir.

4 | O DIREITO HEREDITÁRIO FRENTE E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

Para Fernandes Junior (2014), quando uma pessoa que possui patrimônio morre, o seu direito de titular de bens desaparece. No entanto, a universalidade de seus bens e direitos continua a existir, esta universalidade deixada pelo de *cujus* pode ser compreendida como herança, e, ao cessar a capacidade do indivíduo que constituiu o patrimônio em vida inicia-se a de seu sucessor.

As liberdades individuais são garantidas constitucionalmente, contudo percebe-se a necessidade de uma análise mais profunda sobre este tema quando relacionado à disposição dos bens, tendo em vista que mesmo o direito à herança sendo garantido

constitucionalmente, há que se sopesar a função social deste direito tendo como principal justificativa a mudança da sociedade que está cada vez mais imbuída na efetivação das liberdades individuais e na valoração dos direitos subjetivos (GOMES 2015).

Neste viés, Gonçalves (2012) menciona que a herança, ou seja, o direito de herança, encontra-se também vinculado na real afeição do de cujus com o herdeiro ou mesmo na presunção desta, onde, deve haver uma contrapartida, um verdadeiro sentimento de gratidão do herdeiro para com o de cujus.

Para amparar o ato de disposição dos bens pelo titular destes, dentro do direito das sucessões, Gagliano (2017) menciona o princípio da autonomia da vontade como sendo um dos mais importantes, pois é o que fundamenta e dá existência à celebração dos negócios jurídicos.

No entanto, Dantas (2015), menciona que a autonomia da vontade cedeu espaço diante da necessidade de segurança jurídica almejada pela jurisdição brasileira, pois este princípio está pautado na ideia de individualismo, ou seja, a vontade do sujeito gerava para si direitos.

Faz-se necessário observar o conceito do que é o princípio da autonomia privada e sua relevância dentro do direito civil, haja vista, que a vontade do indivíduo é o núcleo para a existência das relações patrimoniais individuais (SILVA, 2018) que é basilar para a compreensão desta pesquisa.

Embora o princípio da autonomia privada não tenha caráter absoluto no direito brasileiro, sendo este uma fonte jurídica, e desta fonte decorrer-se situações jurídicas, ocorre que existem situações das quais uma relação jurídica é formada exclusivamente pela vontade das partes.

No entanto, se percebe que algumas dessas relações sofrem interferência estatal sob a justificativa de atender uma demanda social, e que acaba por interferir na finalidade que buscou o indivíduo na relação jurídica, que se formou por meio de sua vontade, assim esclarece Silva (2018).

Assim, o princípio da autonomia privada exige que se faça uma análise minuciosa sobre alguns questionamentos válidos na aplicação do direito à herança adotada pelo sistema jurídico vigente no Brasil. Deve-se partir da premissa de que, se percebido apenas o aspecto legal da sucessão, sem levar em consideração as situações fáticas dos herdeiros envolvidos e, conferir-lhes um direito pelo simples fato de terem um vínculo com o de cujus, notadamente seria vislumbrado um afastamento do que preconiza a dignidade da pessoa humana no tocante a liberdade individual e, seu querer intrínseco na disposição de seus bens estaria em situação vulnerável, uma vez que, a valorização do ato de doação estaria perdido.

5 | CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou compreender os institutos de Doação, sucessão e Herança, com o intuito de uma possível restituição de bens doados ao doador sobrevivente, em casos específicos, onde a doação realizada foi de ascendente para descendente, cuja dúvida, surgiu com o estudo do caso concreto, julgado pelo STJ, o Recurso Especial no. 1225861 RS (STJ, 2014).

O cerne da pesquisa se identifica quanto a doação entre familiares, vez que, nestes casos há um envolvimento de sentimento, o amor, a caridade, o medo de que ocorra a morte e o outro fique desamparado; geralmente os contratos não se formalizam, vez que, existe entre as partes o *animus* de confiança. Nem sempre estes contratos são realizados em obediência as prescrições cíveis, em razão disso, são desprovidos de documentação, mas tão somente as provas testemunhais e a transmissão dos bens.

No entanto, também houve elementos cruciais para que a resposta fosse rápida e objetiva, no tocante à restituição do bem ao patrimônio da doadora sobrevivente, sendo eles: a liberdade, a doação e a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental para o caso, pois, deve ser analisado em todo o contexto das partes envolvidas na relação, garantindo àquela que sobreviveu o máximo de respeito e direito, levando em consideração a situação atual da doadora no que tange a vida pessoal, social, idade, econômica, psicológica e, principalmente a sentimental, pois, devido às várias perdas, a restituição deste bem seria o mínimo acalanto para uma mãe.

O problema surge quando ocorre a morte do donatário, instala-se uma dúvida, quem terá direito ao bem doado? No estudo de caso, ocorreu a morte da donatária antes da doadora, instalou-se a lide, porquê ambos os pais estavam vivos, daí surge a pergunta? É justo o ascendente que nada contribuiu para a doação, concorrer com a doadora para receber parte do imóvel doado, objeto da herança? Nesta situação, restou a doadora solicitar ao judiciário para solucionar a lide instalada.

Foi possível observar a necessidade de uma evolução nos conceitos sobre os contratos de doações e suas reais relações, pois, não são simplesmente relação de transferência de patrimônio, mas, algo muito mais além, há um sentimento subjetivo a ser estudado e contemplado.

Portanto, conclui-se que, para que haja uma solução de conflitos como estes, é necessário mais que análise da ótica da legislação, é preciso aprofundar o estudo sobre a moral da pessoa humana, pois, nítido ficou que, nem sempre são observados os interesses daqueles mais fragilizados.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. 168 p.
- STJ. Recurso especial: REsp 1225861 RS 2010/0207570-4. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 22/04/2014. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102677/recurso-especial-resp-1225861-rs-2010-0207570-4-stj/inteiro-teor-25102678?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 de nov. 2019.
- BRASIL. Lei nº 10. 406, de 10 de fevereiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 10 de fev. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 dez. 2019.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DANTAS, Renata Marques Lima. **Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima**. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3877>>. Acesso em: 29 jan 2020.
- FENSTERSEIFTER, Tiago. A função social como elemento constitutivo do núcleo normativo-axiológico do direito de (à) propriedade: uma leitura comprometida com a realidade social brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2005.. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7059/5035>>. Acesso em: 09 mar. 2020.
- FERNANDES JÚNIOR, Wagner Luiz. **Da “obrigatoriedade” da sucessão legítima como forma de privação da liberdade do “de cujus” em dispor do seu patrimônio**. Coimbra, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/35082>>. Acesso em: 18 dez 2019.
- FIUZA, César. **Direito civil: Curso completo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os efeitos no direito de família e das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1608-Novo-Curso-de-Direito-Civil-Direito-das-Sucesses-Vol-7-2017-Pablo-Stolze-Gagliano-e-Rodolfo-Pamplona-Filho.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2020.
- GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização**. Fortaleza, 2015. Disponível em: <<http://www.repositoriobib.ufc.br/000038/000038aa.pdf>>. Acesso em: 29 jan 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. Linhas Gerais sobre Direito Sucessório na Antiguidade: do Egito ao Direito Romano. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 32, 2014. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/69422/39176>>. Acesso em: 29 já. 2020.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015.
- SILVA, Eduardo Moraes Lameu. **Limitações à autonomia privada**. Belo Horizonte, 2018. Disponível em : <<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/viewFile/6765/3299>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

SILVA, Eduardo Moraes Lameu. **Limitações à autonomia privada**. Belo Horizonte, 2018. Disponível em : <<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/viewFile/6765/3299>>. Acesso: 16 de dez. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Editora, 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/36616272/Direito_das_Sucess%C3%B5es_Silvio_de_Salvo_vENOSA>. Acesso em: 09 mar. 2020.

O DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL PROVOCADO PELA LEI Nº 10.931/04 E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A LEI COMPLEMENTAR Nº 95/98

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 07/07/2020

Franck Gilberto Oliveira da Silva

Ambra University

Orlando/Flórida - United States of America

<http://lattes.cnpq.br/3011947340049672>

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de discutir, sob a ótica da legística, o efeito decorrente da lei 10.931/04, em especial seu artigo 28, quanto ao equilíbrio contratual bem como quanto à lei complementar nº 98/95. Busca-se analisar a produção de efeitos da referida lei em razão da sua pouca clareza e da subjetividade que ela transfere às instituições financeiras quanto à concessão de crédito, o que gera desequilíbrio contratual desde o nascedouro da relação. Analisa-se, ainda que superficialmente, os reflexos da capitalização de juros sobre o valor tomado, demonstrando que é dessa prática que a relação entre os contratantes já inicia desequilibrada e se mantém até o final do contrato que é, diga-se, de adesão.

PALAVRAS – CHAVE: Contrato, capitalização, juros, legística.

THE CONTRACTUAL IMBALANCE CAUSED BY LAW NO. 10.931 / 04 AND ITS INCOMPATIBILITY WITH COMPLEMENTARY LAW NO. 95/98

ABSTRACT: The present work has the purpose of discussing, from the perspective of legistics, the effect resulting from law 10.931 / 04, in particular its article 28, regarding the contractual balance as well as regarding the complementary law nº 98/95. The aim is to analyze the effects of that law due to its lack of clarity and the subjectivity it transfers to financial institutions regarding the granting of credit, which creates a contractual imbalance since the beginning of the relationship. It is analyzed, albeit superficially, the reflexes of the capitalization of interest on the amount taken, demonstrating that it is from this practice that the relationship between the contractors already starts unbalanced and remains until the end of the contract, which is, say, adhesion.

KEYWORDS: Contract, capitalization, interest, legistics.

1 | INTRODUÇÃO

A clareza e objetividade são, ou pelo menos deveriam ser, itens encontrados em toda legislação brasileira, principalmente aquelas que disciplinam relações contratuais nas quais uma das partes é, necessariamente, hipossuficiente. A lei nº 10.931/04 viola disposições constitucionais que protegem o consumidor bem como afasta a aplicação do código de defesa do consumidor, além de não observar as lei complementar nº 95/98, como bem será visto adiante.

2 | DOS CONTRATOS BANCÁRIOS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE CONSUMO

O que faz a riqueza circular são os contratos realizados diariamente pelas pessoas. Em razão do princípio da liberdade das formas, podem ser contratos verbais ou contratos escritos. Contratos verbais (como o próprio nome já diz) são aqueles em que não há formalização escrita de seu conteúdo e de sua eficácia, a exemplo: quando se compra pão pela manhã ou quando se compra um medicamento (compra e venda), quando se aciona o interruptor para acender a luz de uma casa (contrato de consumo de energia), quando se pega carona de carro com alguém ou quando se chama um Uber (contrato de transporte), quando se traz do interior um parente menor de idade para morar com outro (contrato de responsabilidade tal como informado no parágrafo único do art. 25 do estatuto da criança e do adolescente) sendo essa prática comum nos estados da Amazônia.

Todavia, o código civil de 2002, tal qual o anterior (1916), não conceitua formalmente o que viria a ser um contrato, mas o disciplina em dois títulos: título V (dos contratos em geral) e no título VI (das várias espécies de contrato).

Entretanto, interessa ao presente trabalho o contrato (bancário) que trata de financiamento ou de outorga de crédito tal como previsto no art. 52 do código de defesa do consumidor que assim disciplina:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

Conforme se verifica do dispositivo supra, essa relação se dá através de contrato escrito em razão das informações (conteúdo obrigatório) disciplinadas em lei. A controvérsia

começa a surgir desde o nascedouro da relação contratual porque os contratos bancários (de financiamento ou de outorga de crédito) são do tipo contrato de adesão (no qual as cláusulas são confeccionadas de forma unilateral).

Para socorrer o hipossuficiente da relação contratual, surge então o princípio da boa-fé objetiva que se trata de uma regra de comportamento ético (Figueiredo, 2019, p. 88) e tem como deveres anexos: dever de cuidado em relação à parte negocial; dever de respeito; dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração ou cooperação; dever de agir com honestidade; dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão. Tais itens devem permear os instrumentos de contrato e devem socorrer a quem os invoca (Tartuce, 2017 p. 642).

Além disso, a relação contratual deve ser transparente pois as informações contidas nos contratos devem ser claras:

Assim, a informação deverá ser correta, ampla e ostensiva. Ela deve ser transmitida via publicidade, prospectos, bulas, instruções de uso, rótulos e outros meios, devendo ainda ser correta, adequada e precisa, de forma que o consumidor a identifique como tal e possa compreender o que está sendo adquirido, evitando-se a publicidade abusiva. (Bertolo, 2019, p. 45)

A partir do momento em que a regra da relação negocial bancária é instituída de forma unilateral (através de contrato de adesão), os princípios da boa-fé objetiva e da transparência são violados de maneira constante e, por essa razão, grande quantidade dessas questões acabam batendo à porta judiciário e que, razão da quantidade elevada de ações, acabam atrasando ainda mais a máquina jurisdicional prejudicando, por ventura, a expectativa de quem invoca o auxílio judicial.

3 I DA LEI COMPLEMENTAR 95/98

Nos termos do parágrafo único do art. 59 da constituição federal, que preconiza que lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, surgiu a referida lei cuja transcrição de alguns dispositivos merecem destaques. São eles:

Art. 1º **A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar.**

Art. 7º **O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação,** observados os seguintes princípios:

I - excetuadas as codificações, **cada lei tratará de um único objeto:**

II - a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva;

IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

GN

Observa-se que a lei nº 10.931/04 é totalmente incompatível com a disciplina da lei complementar 98/95. Diz o art. 1º daquela lei:

Art. 1º Fica instituído o regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias, em caráter opcional e irretratável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação.

Pode-se dizer que, pelo dispositivo acima, a lei institui o regime de tributação especial em relação às incorporações imobiliárias. Ora, conforme indicado no art. 7º, I, da lei complementar nº 95/98, com exceção dos códigos, toda lei deve tratar de um único objeto. A finalidade desse dispositivo é dar clareza e concisão às normas legais, fazer com que sua compreensão seja a mais rápida e mais simples possível. Não é o que ocorre com a lei 10.931/04. Sua ementa já dá evidências de se tratar de uma junção normas sobre vários objetos. Diz a referida ementa:

Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.

A lei possui nada menos que 8 (oito) objetos díspares. O art. 28 é o mais importante ao presente trabalho que assim preconiza:

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§ 1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:

I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

II - os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei;

III - os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;

IV - os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;

V - quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses

de substituição de tal garantia;

VI - as obrigações a serem cumpridas pelo credor;

VII - a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria Cédula de Crédito Bancário, observado o disposto no § 2º; e

VIII - outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta Lei.

§ 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

I - os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

§ 3º O credor que, em ação judicial, cobrar o valor do crédito exequendo em desacordo com o expresso na Cédula de Crédito Bancário, fica obrigado a pagar ao devedor o dobro do cobrado a maior, que poderá ser compensado na própria ação, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

A concessão de crédito (financiamento ou outorga de crédito) é instrumentalizada através da cédula de crédito bancário que, da forma como disciplinada acima, por si só já fere o princípio da boa-fé objetiva pela simples razão de tais contratos serem elaborados unilateralmente por quem concede o crédito (contrato de adesão). Ao tomador do crédito existem as seguintes opções: ou se sujeita às cláusulas contratuais ou fica sem o crédito.

Com advento da lei nº 10.931/04, nas palavras de Abrão (2019, pag. 507), as instituições financeiras (em especial os bancos) ganharam privilégios que muitas vezes não combinam com a especificidade da relação de consumo.

O art. 28 dessa lei, em desacordo com o art. 1º do mesmo diploma, não deixa de forma clara o problema a ser enfrentado com tal proposição e nem enuncia o objetivo da mesma. O parágrafo primeiro daquele dispositivo abre a possibilidade para os itens que podem ser pactuados na cédula de crédito bancário e, dentre eles, o da capitalização de juros.

3.1 Capitalização de juros

Capitalizar juros significa que a incidência da taxa de juros ocorre de forma composta sobre o valor da dívida de acordo com a periodicidade disciplinada no contrato. Taxa de juros é o índice percentual pactuado sobre o montante do crédito. Juros decorre da diferença entre o valor total da dívida e o valor do crédito tomado inicialmente. Juros é o valor nominal pago pelo tomador do crédito.

A incidência dos juros pode se dar de forma simples ou de forma capitalizada. A capitalização de juros sobreleva de forma exponencial o valor a ser pago pelo tomador do crédito ao final do contrato e, como a lei 10.931/04 permite, as instituições financeiras impõem essa condição para que possam conceder crédito.

4 | DO AFASTAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. A constituição da república federativa do Brasil é pródiga quanto à concessão (ou previsão) de direitos em seus duzentos e cinquenta artigos. Especificamente quanto aos direitos fundamentais, eles consubstanciam verdadeira rede de proteção contra qualquer arbítrio.

Nas palavras de Gilmar Mendes (2013, p. 215), é inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Na verdade, eles não se prestam a servir de proteção para que o indivíduo faça uso deles a fim de obter autorização para agir como quiser.

Nesse diapasão, há um dispositivo específico da Lei Maior que merece ser aqui reproduzido. É o Art. 5º, II:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Tal dispositivo permite que, havendo uma lei, a pessoa será obrigada a agir de acordo com o comando legal positivo. Entretanto, o desrespeito legislativo à lei complementar 98/95 e, por via reflexa, à constituição federal é causada pela quantidade exagerada de objetos disciplinados pela lei nº 10.931/04 o que torna essa lei totalmente favorável às instituições financeiras.

De fato, a cédula de crédito bancário – CCB se estabelece a favor de instituição financeira ou assemelhada, provida ou não de garantia, fixando-se os juros, atualização, multas, penalidades, na hipótese da mora, a substituição do ônus, delimitando no aspecto direto as circunstâncias da obrigação e da própria responsabilidade. (Abrão, 2019, pag. 509).

Trata-se portanto de não levar os direitos do consumidor a sério que, tal como exposto naquela lei, é feito propositalmente para beneficiar as instituições financeiras (sobretudo as bancárias) uma vez que a norma sobre cédula de crédito bancário é aplicada de forma positiva e impositiva, criando-se verdadeira obrigação em razão da regra que a lei criou.

Para Ronald Dworkin (2002, p. 28), dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. Para o citado pensador, o direito é composto por princípios e regras de sorte que os primeiros se sobrepõem aos segundos quando houver incompatibilidades entre si. Para ele, o princípio anuncia uma razão de conteúdo ético ou moral, o qual serve de norte para a tomada de decisão. Quanto à regra, ele afirmava que essa situação era destituída de valor por representar um tudo ou nada. Dessa forma, o direito é uma conjugação de princípios e regras sendo que nestas basta a subsunção do fato à regra e, naqueles, ocorre uma verdadeira ponderação de interesses cuja aplicação depende da interpretação que se dá às normas.

5 | DA NÃO APLICAÇÃO DO CONCEITO DE LEGÍSTICA

A legística tem como objetivo o aprimoramento da qualidade dos atos normativos (em todas as suas formas tais como leis, decretos, portarias, etc), aplicando-se de forma metódica e sistemática a ciência jurídica. Ela se divide em legística material e legística formal.

Quanto à legística material (Meneguim, 2019. pag. 17/18):

Segundo Soares (2007, p. 125), o escopo da Legística Material compreende atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico, por meio da utilização de técnicas (como por exemplo check list, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes) que permitam tanto realizar diagnósticos, prognósticos, mas também verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e dos resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor.

Quanto à legística formal, percebe-se que a lei 10.931/04 não respeitou os comandos elencados no art. 1º e no art. 7º, I, II, III, da lei complementar 95/98 pelas seguintes razões: trata de diversos objetos, não menciona em seu dispositivo o assunto a que se refere, não menciona o objetivo que tem, possui vícios jurídicos decorrentes da má técnica legislativa o que acaba incentivando a judicialização de assuntos que seriam tratados apenas entre os contratantes.

6 | CONCLUSÃO

A falta de clareza e objetividade da lei 10.931/04 acaba prejudicando quem precisa tomar qualquer tipo de crédito (seja sob a modalidade de empréstimo ou de financiamento

de bens). Na verdade, a aplicação da referida lei causou uma distorção na economia pois as pessoas tomadoras de crédito acabaram pagando um valor extremamente elevado para adimplir seus contratos.

A forma esparsa com que trata da capitalização de juros permite que somente as instituições financeiras sejam beneficiadas economicamente pelo contrato. Em razão do contrato bancário ser do tipo de adesão e da permissão concedida pelo art. 28, é a instituição financeira quem determina a forma como os juros serão cobrados. Logicamente, elas sempre optam pela capitalização dos juros (juros sobre juros).

Toda lei precisa solucionar algum problema. Ela surge para dar respaldo às ações estatais. Uma lei impopular, mas necessária, deve ser aplicada de acordo com o espírito que ela possui eis que as leis são relações necessárias decorrentes da natureza das coisas (Montesquieu, 2014, p. 32), o que vale para leis civis e leis naturais. Entretanto, a lei nº 10.931/04 não é popular e, em especial o art. 28, nem necessária vez que regula matéria totalmente a favor das instituições financeiras.

Importante frisar que as instituições financeiras são necessárias para o desenvolvimento econômico de qualquer país. Entretanto, elas devem ser remuneradas através de um valor justo a ser pago pelos seus clientes o que, em razão de sua precária formação, não é observado por aquela lei.

REFERÊNCIAS

Abrão, N. **Direito bancário**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Bertolo, J. G. **Manual prático do consumidor**. 3ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: JHMizuno editora distribuidora, 2019.

Brasil. Lei nº 8.078/90. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm

Brasil. Lei nº 10.931/04. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm

Dworkin, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Figueiredo, L. L.; Figueiredo, R. L. **Direito civil. Contratos**. 4ª ed. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

Mendes, G. F.; Branco, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

Meneguim, F. B.; Silva, R. S. **Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

Tartuce, F. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 7ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2017.

A IMPORTÂNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Data de aceite: 03/08/2020

Claudia Regina Althoff Figueiredo

Universidad Del Museo Social Argentino - UMSA

Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

<http://lattes.cnpq.br/0295408122970267>

Henrique Manoel Alves

Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - SC

Unicuritiba

<http://lattes.cnpq.br/1960647111822529>

Kevin de Carvalho Rozza

Universidade do Vale do Itajaí - Campus Balneário

Camboriú

<http://lattes.cnpq.br/9952315322338135>

RESUMO: Este estudo aponta algumas dificuldades e nuances que a responsabilidade civil médica apresenta ao profissional advogado que milita nesta área, bem como aponta a importância da análise da documentação comprobatória em fase anterior ao ajuizamento da demanda judicial. O objetivo é o de avaliar a importância do nexo de causalidade em demandas judiciais em face dos profissionais médicos. Para se chegar ao objetivo, na primeira seção trata-se do tipo de responsabilidade civil do médico. Na segunda seção, explana-se a importância do nexo de causalidade nas obrigações médicas. Após,

faz-se uma análise da importância do nexo de causalidade na configuração do erro médico. No desenvolvimento da pesquisa utiliza-se de forma preponderante método indutivo como base lógica, e o cartesiano na fase de tratamento dos dados. Conclui-se que o advogado deve ter como foco primordial, nas demandas judiciais da área médica, o nexo de causalidade, sendo que caso, na fase antecipada do ingresso da ação, não vislumbre este nexo, não deve insistir em aventuras jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil médica. Nexos de causalidade. Indenização.

THE IMPORTANCE OF THE NEXUS OF CAUSALITY IN ACTIONS OF CIVIL MEDICAL RESPONSIBILITY

ABSTRACT: This study points out some difficulties and nuances to what civil medical liability presents to lawyers who militate in these issues as well point out the importance of probatory documental analysis before the presentation of the judicial demand. The justification for this work is the amount of actions that, due to the lack of the nexus of causality in the characterisation of the medical error, are considered unfounded by the judge. In order to reach the objective, the first section its treat the

type of civil responsibility of the medic. In the second section, it explains the importance of the nexus of causality in medical obligations. After, it is made an analysis of the importance of the nexus of causality in the configuration of the medical error. In the development of the research, a preponderant inductive method is used as a logical basis, and the Cartesian method is used in the data processing phase. The conclusion is that the lawyer should try to the utmost to explain and find the nexus of causality of the medical error and, if it is not possible, should not insist on the cause.

KEYWORDS: Civil medical responsibility. Nexus of causality. Indemnity.

1 | INTRODUÇÃO

Hodiernamente tem-se mostrado insofismável o aumento de demandas médicas no judiciário brasileiro, demandas estas que muitas das vezes chegam às mãos do magistrado, através de peças lacunosas e dúbias, que por vezes fulminam improcedentes nos tribunais de justiça, por ausência de nexo de causalidade do dano buscado pelo paciente/familiar, em relação a conduta do profissional médico demandado.

Observa-se que, em muitos casos, diante de uma intercorrência de saúde, seja ela com óbito ou não, a aceitação de tal ocorrência não tem sido o caminho mais utilizado pelo polo ativo, onde após alguns dias do luto e ou “aceitação”, o caminho corriqueiro tem sido os escritórios de advocacia.

O caminho aos escritórios de advocacia, está na busca incessante de acalantar a dor da perda ou incapacidade, através da indenização pecuniária, que por vezes é analisada somente pela informação prestada do familiar/paciente ao advogado, sendo ofertado o prêmio da “ação ganha”, e precocemente valorado vultosos montantes a título de danos morais e pensionamento, nestes sentidos.

O objetivo deste artigo, é demonstrar principalmente aos advogados militantes nesta área, que não se deve buscar a demanda judicial contra o profissional médico, se não tiver havido uma avaliação documental prévia, anterior a propositura da ação, que justifique a lide, não pelo sentimento do polo passivo, mas pelas evidencias documentais apresentadas ao advogado.

Para se chegar no objetivo, na primeira seção se trata do tipo de responsabilidade civil do médico. Na segunda seção, explana-se a importância do nexo de causalidade nas obrigações médicas. Após, faz-se uma análise da importância do nexo de causalidade na configuração do erro médico. Conclui-se que o advogado deve tentar ao máximo explicar e achar o nexo de causalidade do médico, mas, caso não o ache, não deve insistir na causa.

O desígnio deste artigo, não é afadigar o tema, pois este tem elástica discussão e carece de recheio. No desenvolvimento da pesquisa utiliza-se de forma preponderante método indutivo como base lógica, e o cartesiano na fase de tratamento dos dados.

2 I DA RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL MÉDICO PARA COM O PACIENTE

Diferentemente do que vislumbra o senso comum, a responsabilidade do profissional médico (excetuando-se aqui o cirurgião plástico e anesthesiologistas) para com o seu paciente, não é uma responsabilidade curativa ou de resultado, o médico não pode mais ser visto como um semideus, soberano e infalível.

Nesta seara alega-se que:

São comuns as fantasias onipotentes, fora da realidade, criando um médico demiurgo, intermediário entre o divino e o humano. “Quantos de nós já deve ter de um paciente está joia de reconhecimento: ‘Doutor, Deus no céu e o senhor na terra’! O mais estranho, destarte, é o que se passa no mais íntimo do esculápio, cheio de onipotência: ele acredita mesmo na justeza dessa comparação. (LUZ, 1999, p. 10)

Sendo mais incisivo sobre a responsabilidade do profissional médico, alude-se que:

O fato de ser o médico responsável pelos seus atos não significa que ele é, necessariamente, culpado se um determinado procedimento não der certo. Pode haver resultados inesperados e danosos pelos quais o médico seria responsável. Portanto, se houver a observação das práticas reconhecidas e aceitas, com **respeito às normas legais vigentes no país, não haverá a imputação da culpa ou, ao menos, a sua atenuação.** (ROSÁRIO, 2008, p. 02)

Sobre esta responsabilidade do profissional médico, Pretel (2013) alega que “o médico deve atuar de forma diligente, valendo-se de todos os meios adequados, com um cuidado objetivo”.

Aprofundando-se nas obrigações da profissão médica, ressalta-se que:

As obrigações do médico para com seu paciente são obrigações de meios, de zelo e de prudência, e não resultados. Esta situação caracteriza uma obrigação contratual moral implícita entre paciente e médico. Para demonstrar que não foram cumpridas tais obrigações, o doente deverá provar que houve imprudência ou negligência, e o médico procurará verificar se o paciente cumpriu com sua parte no contrato, ou seja, se acatou suas recomendações e prescrições que levariam ao resultado positivo desejado ou esperado. Na indicação terapêutica, o médico é livre para a escolha do tratamento, decisão a que chega fazendo um balanço entre os riscos e a eficácia das medidas preconizadas. (GRISARD, 2013, p. 25)

Ilustrando mais sobre o assunto o Tribunal de Justiça de São Paulo em recurso de Apelação alega:

Ação de indenização por danos morais e estéticos. Autora que apresentava um quadro de apendicite. Ausência dos sinais característicos da enfermidade. Diagnóstico, no caso, difícil. Ausência de defeito na prestação de serviços pelas rés. Inaplicabilidade, ademais, à atividade médica a responsabilidade civil decorrente do risco (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil). Arte médica que não é ciência exata. Necessidade, apenas, de que seja dispensado o tratamento adequado, sem garantia de cura. Improcedência da ação reconhecida. Sentença reformada. APELO DO RÉU HOSPITAL SANTA PAULA PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA. (SÃO PAULO, 2009)

Assim, a análise da responsabilidade civil do profissional médico em relação a suas condutas, deve ser realizada sob o enfoque de que este profissional não está atrelado

diretamente a cura do paciente como pensa grande parte da sociedade, e sim atrelado ao seu tratamento, onde neste, deve dispender todos os recursos cabíveis ao seu alcance, não podendo ser esquecido que a medicina não trata-se de uma ciência exata, mas sim, de uma ciência onde cada pessoa tem um organismo diferenciado, que nem sempre reagira de acordo com o que se busca e se espera de condutas e procedimentos médicos, o que não se pode confundir com lesividade, a ponto de buscar reparação na esfera cível.

Se o profissional médico mediante uma demanda judicial, demonstrar que seguiu os parâmetros protocolares de sua profissão, e utilizou todos os recursos necessários para o bem de seu paciente, mesmo que este venha a sofrer sequelas posteriores e até mesmo o óbito, não sucumbira em uma sentença condenatória, pois estará mais do que provado que este agiu dentro do esperado em sua profissão, e o insucesso independeu de sua boa prática e regular conduta.

3 | A IMPORTÂNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

O epicentro para o sucesso ou insucesso em uma ação de responsabilidade civil médica, encontra-se no nexo de causalidade, entre a conduta do agente e o suposto dano gerado. Destarte, tal nexo de causalidade, em muitos casos, mostra-se complexo e por vezes insolúvel, pois na maioria dos casos, o desfecho estará entranhado nos fatos ocorridos em locais restritos e limitados aos profissionais da saúde e que dispenderão do profissional advogado conhecimento específico na área médica ou auxílio profissional específico para o estudo de caso.

Em um sentido conceitual do nexo de causalidade, o doutrinador Azevedo (2011, p. 11) alude que “o nexo de causalidade é a conexão que se estabelece entre o fato danoso e o dano. Sem essa relação causal não há responsabilidade civil”. O fato é, pois, indispensável como causa geradora de indenização.

Em um sentido mais aprofundado no assunto, deixa-se claro que:

Não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”. Não basta, ainda que a vítima sofra um dano, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera a obrigação de indenizar. O nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito. Destarte, antes mesmo de verificar se o agente do fato sob análise agiu com culpa, tem-se como antecedente lógico, que examinar se foi ele quem deu causa ao resultado. (STOCO, 2007, p. 128)

Este é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado. Aliás, sempre que um problema jurídico vai ter na indagação ou na pesquisa da causa, desponta a sua complexidade maior. Ele envolve, ao lado do aspecto filosófico, dificuldades de ordem prática. (SILVA, 1998, p. 51)

Atestando mais sobre esta complexidade do nexo de causalidade neste tema, reverbera-se que:

Não é fácil como se vê, estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nessa tarefa penosa deve o juiz valer-se de um juízo de razoabilidade, de um juízo causal hipotético [...] o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência normal do desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito. (STOCO, 2007, p. 128)

Sobre o dano causado ao paciente, este “deve provar que houve dano provocado pelo médico que o atendeu, que o dano advém do ato do médico e que este agiu com culpa, sob a forma de negligência, imprudência ou imperícia”. (OLIVEIRA, 2008) No Brasil, prevalece a orientação de que incumbe ao autor o ônus de provar a culpa do profissional médico nas relações contratuais e delituais de natureza privada.

A ausência do nexo de causalidade em demandas judiciais contra profissionais médicos, tem se mostrado a principal causa de indeferimentos e insucesso nestas ações, visto que os magistrados, em regra, enfocam-se friamente nos fatos, usando paralelamente o material probatório, bem como a perícia judicial no processo como base, e através destas análises, realizam um elo da conduta do profissional e do dano buscado, para justificar suas decisões.

O profissional advogado quando duvidoso do nexo de causalidade, não deve fiar-se na inversão do ônus da prova, pois ele pode não vir ou se vir sem o nexo de causalidade, será desastroso, perdendo a demanda seu objeto principal e sucumbindo à falência.

4 | A BUSCA INCESSANTE DA INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA CONTRA O PROFISSIONAL MÉDICO

Com a indústria do dano moral crescendo de modo acelerado, associado as insatisfações humanas e os períodos de crises sociais e psicológicas, é comum em uma profissão onde o risco sempre será a morte, os beneficiários deste, vislumbrarem nos túneis da justiça, uma luz de ganhos pecuniários sobre os profissionais médicos e as instituições prestadoras destes serviços.

Alex Pereira e Antônio Couto citam Miguel Kfoury (Culpa Médica e o ônus da prova), informando que “80% (oitenta por cento) das ações contra médicos são julgadas improcedentes, afirmando esta realidade é consequência do entusiasmo em proteger o paciente oferecendo fomentos imensuráveis para pedidos infundados de danos morais, gerando a realidade cruel de que em 100% dos processos o médico foi réu, muitas vezes em condições desiguais e no mais alto confronto com o maior dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana”. (COUTO FILHO; SOUZA, 2010, p. 02)

Alega-se neste sentido que:

O aumento de processos judiciais contra profissionais da saúde superou a margem dos 1.600% nos últimos 10 anos [...] ações judiciais infundadas, além de prejudicar diretamente a imagem e o prestígio do médico e hospital, acarretam em prejuízos financeiros graves para provar a sua inocência, como despesas com advogado, perícia e custas processuais. Dessa maneira, provar a sua inocência em uma ação judicial mesmo que aventureira por parte do autor (paciente/consumidor), custa muito caro moralmente e financeiramente para um profissional e empresa da saúde. (CRM-PR, 2016)

Segundo Costa e Costa (2008, p. 19):

Muitos pacientes interpretam que certos resultados decorrem da ação médica, quando eles representam o curso natural de sua situação, que não se conseguiu impedir. Um paciente que sofre um acidente vascular cerebral e fica com sequelas pode atribuir essa fatalidade à incompetência do médico, que não lhe teria dado atendimento adequado. Nessa situação, a questão de prova é muito delicada, pela dificuldade de se definir se uma mudança no tratamento teria conduzido a resultado diverso.

Bem sabido é, que toda perda de um ente querido, lesão/incapacidade, ou uma situação intra-hospitalar que acarrete sofrimentos e dores, inerentes aquela iminente situação, desenvolve nos agentes envolvidos, instabilidade emocional, fragilidade e por vezes desequilíbrio psicológico; no entanto, não se pode jamais confundir tais dores, com um dano ou uma suposta lesão, a ponto de buscar dos profissionais envolvidos, uma responsabilidade civil no sentido reparatório, sem os seus devidos pressupostos legais e típicos.

Nesta toada, Chammard (1974, p. 02), vai mais além quando alega que: “a seguridade social, estendeu o uso dos serviços médicos. E o doente, que também é um segurado, confunde facilmente o direito a seguridade com o direito a cura, se esta não ocorre, logo suspeita de um erro médico.

Com uma colocação extremamente relevante, o professor (MORAES, 2003) elucida que:

Muitos fatos atribuídos a erro médico, na verdade, não o são e podem ser arrolados como inconformismo. O que mais gera essa atitude é o paradoxo entre o enorme progresso contraposto a grandes limitações da medicina e sempre com desenvolvimento emocional. Nestas circunstâncias é que aparece, nos indivíduos psicologicamente mais fracos, a revolta contra o seu destino e o espírito de vingança ou de reivindicação. Eles projetam no médico suas angústias. Assim, nascem os impulsos de imputar ao médico a culpa que ele não tem e chamar de erro a limitação da medicina que não pode tratar tudo com êxito.

Assim, cuidadosamente diante da alarmante situação supra, sempre que o profissional advogado estiver diante de um cliente, que busca acalanto de um suposto erro médico, mesmo que este seja incisivo e convicto sobre o erro, o profissional antes de qualquer parecer precoce ou realização de projeções valorativas de alçada, deve prudentemente pedir ao cliente todo o material necessário para uma prévia análise.

Deste modo, através do prontuário médico, e dos exames apresentados, e somente após esta análise e da verificação palpável do nexos de causalidade da ação ou omissão do profissional médico com o suposto erro ali apresentado, é que o profissional advogado poderá disferir o seu parecer negativo ou positivo quanto a continuar com a presente lide,

sempre alertando seu “cliente” das possibilidades de ganho da ação.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se que existe um aumento amplo e evidente nas demandas judiciais na responsabilidade civil médica, maiormente contra os profissionais médicos. Destarte, em grande parte destas demandas, os pacientes / familiares, buscam a todo custo, um acalanto vingativo, que prescinde a esfera do equilíbrio justo e moral, acalanto este que não terá suficiência, mesmo diante de sentença mais favorável e o montante mais vultuoso.

Em muitos momentos, os familiares e o próprio paciente, ao transpassar as portas do intra-hospitalar, acredita piamente que estará curado o mais breve possível, e que retornara ao seu lar, transferindo ao profissional médico uma responsabilidade curativa que não lhe pertence.

Ora, não seria razoável buscar a responsabilidade do profissional médico, por um insucesso, quando usou o tratamento mais adequado, atentando aos protocolos de sua profissão e utilizando todos os meios que possuía naquele momento, vendo que o profissional médico não é dominador do complexo organismo humano, nem tampouco o soberano da vida, e sim um mero instrumento limitado a ciência e suas práticas diligentes.

O profissional advogado tem importante papel intermediário entre o paciente / familiar que lhe procura a fim de buscar a responsabilidade civil médica e o desfecho final deste enredo, pois, sua postura será a definição positiva ou negativa do prosseguimento do feito.

Entretanto, deve saber que toda a busca jurídica por um suposto erro médico, seja ela por negligência, imprudência ou imperícia, demanda análise profunda, escavação nos prontuários, leitura dos exames complementares e bases protocolares doutrinárias, vendo que as questões nesta vertente, tornam-se ainda mais complexas na fase de instrução, onde o conhecimento na área e a experiência no assunto, torna-se essencial para o processo.

Deve estar sempre atento ao o nexos de causalidade com o dano buscado, e se este for encontrado nas análises documentais e periciais, deve o advogado recheá-lo enfaticamente, entretanto, se não encontrado, deve este de pronto abrir mão da causa, elucidando ao paciente / familiar sobre esta ausência e sobre o risco iminente de prosseguir com o desfecho, evitando e rechaçando as aventuras jurídicas, que causam dissabores e resultados negativos a profissão.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**: curso de direito civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Instituições de Direito Médico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010, p. 02.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 9221225-61.2008.8.26.0000**. Apelante: Maria De Lourdes Ferreira Dos Santos. Apelado: Hospital Santa Paula S.A. Relator: Ministro Donegá Morandini. São Paulo, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/5uXpki>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

CHAMMARD, Gerges Boyer. MONZEIN, Paul. **La responsabilité médicale**. Paris: Presses Universitaires, 1974.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. **Erro Médico: Responsabilidade Civil e Penal de Médicos e Hospitais**. Brasília: Thesaurus, 2008, p.

LUZ, Hélio. **O médico, essa “droga” desconhecida**. Rio de Janeiro: ATHENEU, 1999.

MORAES, Irany Novah. **Erro imaginário**. Disponível em: <<https://goo.gl/BK0Ub2>>. Acesso em: 19 maio 2017.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **A responsabilidade civil por erro médico**. Disponível em: <<https://goo.gl/8xJE67>>. Acesso em: 12 maio 2017.

PRETEL, Mariana. **Da responsabilidade civil do médico: a culpa e o dever de informação**. Disponível em: <<https://goo.gl/ZKQrpP>>. Acesso em: 16 maio 2017.

GRISARD, Nelson. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 5. ed. Florianópolis: CREMESC, 2013.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **Responsabilidade Médica**. Disponível em: <<https://goo.gl/QpmGmP>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

SILVA, Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRM-PR. **A banalização de ações judiciais envolvendo médicos e hospitais**. Disponível em: <<https://goo.gl/AAsyun>>. Acesso em: 10 maio 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: O TEMPO PERDIDO EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS

Data de aceite: 03/08/2020

Emerson Andrade Gibaut

Universidade Católica do Salvador

<http://lattes.cnpq.br/0419872880526024>

<https://orcid.org/0000-0002-5941-094X>

Teila Rocha Lins D'Albuquerque

Universidade Católica do Salvador

<http://lattes.cnpq.br/1205009704227065>

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo diagnosticar o tempo desperdiçado pelos consumidores nas agências bancárias de Salvador, a partir da análise dos processos do PROCON/BA. A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor se baseia pelo tempo desperdiçado pelo consumidor, ao perder o seu respectivo tempo em virtude do não atendimento da sua necessidade. Esta teoria veio para fortalecer, o que antes se denominava de “mero aborrecimento”, atualmente, o ordenamento jurídico começa a sugerir uma nova interpretação. Este trabalho discute que o tempo desperdiçado dentro das agências bancárias não é razoável, além disso, a lei dos 15 minutos não se estende ao atendimento individual para tratar de assuntos como empréstimos, habitação, investimentos,

financiamentos, regularização de contratos. Ao todo, foram analisados 89 processos do PROCON de agências bancárias atuadas. Os resultados encontrados evidenciaram que os processos do PROCON que o tamanho do banco (mensurado pelo seu patrimônio líquido), o tempo de espera e a quantidade de processos não interferem no tempo desperdiçado pelos consumidores nas agências bancárias.

PALAVRAS-CHAVE: Desvio Produtivo do Consumidor. Direito do Consumidor. Agência Bancária.

ABSTRACT: This study aims to diagnose the time wasted by consumers at bank branches in Salvador, based on the analysis of PROCON / BA processes. The Consumer Productive Deviation Theory is based on the time wasted by the consumer, by wasting their respective time due to not meeting their needs. This theory came to strengthen, what was previously called “mere annoyance”, nowadays, the legal system begins to suggest a new interpretation. This paper argues that the time wasted within bank branches is unreasonable, in addition, the 15-minute law does not extend to individual service to deal with issues such as loans, housing, investments, financing, regularization of contracts. In all, 89 PROCON processes from

assessed bank branches were analyzed. The results found showed that PROCON processes that the size of the bank (measured by its net worth), the waiting time and the number of processes do not interfere with the time wasted by consumers at bank branches.

KEYWORDS: Consumer Productive Deviation. Consumer Law. Bank branch.

1 | INTRODUÇÃO

A teoria do desvio produtivo do consumidor se baseia no tempo perdido pelo consumidor ao tentar realizar as suas demandas, em detrimento do não atendimento da sua necessidade. Esta teoria surgiu para contribuir com a ampliação do direito do consumidor, pois, decisões judiciais que antes adotavam a perda do tempo como “mero aborrecimento”, atualmente, em consonância com as diretrizes do desvio produtivo, passaram a descortinar esta nova interpretação jurídica.

A teoria se caracteriza pelo tempo em que o consumidor perde ao deixar de produzir e, o desvio produtivo, evidencia-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, desperdiça o seu tempo e desvia as suas competências para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor. O tempo é um elemento que não volta e o seu desperdício é um fator irrecuperável, contudo, há medidas que podem ser tomadas com o objetivo de mitigar o impacto causado por essa perda.

Uma pessoa que perde duas ou três horas na fila de um banco, por exemplo, pode ter esse fato caracterizado como um desvio produtivo, afinal, o consumidor teria naquele tempo diversas atividades pessoais que sofreram o impacto da perda em um dado momento. Deve-se compreender que não há relação com a difundida ideia do “*time is money*”, pois, nesse caso, o tempo se restringe ao dinheiro e a teoria propõe que o tempo representa mais do que o valor econômico, mas o valor do momento perdido atribui diversos elementos até mais significativos do que o próprio recurso financeiro.

A teoria prevê que o fornecedor, ao gerar um problema na relação de consumo e furtar-se da responsabilidade de solucioná-lo tempestivamente, induz o consumidor a um desequilíbrio psicossomático, ou seja, um dano que afeta o organismo e o psíquico. Logo, a condição de vulnerabilidade é potencializada diante desta situação, já que ao desperdiçar o seu tempo desvia as suas energias para algo que deveria ser solucionado pelo fornecedor que provocou este dano. Outro cenário previsto na teoria é que nenhum ser humano pode realizar duas atividades simultâneas, portanto, ao esperar em uma fila por mais tempo do que o limite permitido, o consumidor perde o tempo da sua vida que jamais poderá ser recuperado.

Esta teoria surge, destarte, para responsabilizar o fornecedor pela perda do tempo do consumidor, na tentativa de revogar o “mero aborrecimento”, previsto no ordenamento jurídico. A principal consequência prática é a responsabilização do fornecedor perante os seus atos, no sentido de reconhecer o ato do dano causado ao consumidor, com a devida

culpabilidade da situação ocorrida.

A lei dos 15 minutos (como é conhecida) determina que o tempo máximo de espera do consumidor em uma fila de banco deve ser de 15 minutos. Um instante razoável perante os bilhões de lucros que os bancos conseguem ano após ano. O problema nesta situação é que o fato de o consumidor passar mais de uma hora na fila parece não incomodar as agências bancárias, por se tratar de uma situação habitual.

A teoria do desvio produtivo do consumidor realiza em sua principal função, um papel relevante no sentido de dar voz ao consumidor lesado, devido ao erro cometido pelo fornecedor. O tempo é finito e irrecuperável, portanto, ao ter o seu tempo desperdiçado, o consumidor é diretamente lesado em decorrência de não ter a sua expectativa atendida. O dano se torna mais visível no instante em que o consumidor deixa de realizar as suas atividades laborais para resolver problemas com o fornecedor e acaba por perder o seu tempo diante de um problema que não deveria existir. Por consequência, o consumidor deverá, possivelmente, fazer horas extras no trabalho para compensar o tempo perdido por uma má prestação de serviço, em decorrência de uma situação ocasionada pelo fornecedor.

O principal aspecto que a teoria descreve, dialoga sob o interesse jurídico do lesado e as circunstâncias do evento danoso. Ao arbitrar em defesa do consumidor, o juiz pode conferir o direito e a defesa do consumidor em sua ampla garantia de ressarcimento, mas ao impetrar o direito por meio de uma sentença mais rigorosa, conseqüentemente, haverá uma iniciativa do fornecedor em tentar minimizar os erros.

Ao introduzir o contexto de uma discussão sobre a teoria do desvio produtivo do consumidor, promove-se a análise do olhar sob o impacto da lei dos 15 minutos que é frequentemente descumprida (em observância as denúncias realizadas), dessa forma, o estudo busca verificar o impacto causado do tempo perdido em agências bancárias com base na teoria do desvio produtivo do consumidor.

A pesquisa se torna relevante, portanto, ao realizar um diagnóstico deste cenário com base nos processos do PROCON. A lei dos 15 minutos é uma lei municipal, portanto, não existe uma lei federal que institui esta normativa, contudo, diversos municípios do Brasil adotaram esta lei. No caso de Salvador, esta lei possui o número 5.978/2001.

Este estudo pode contribuir para a discussão de um novo debate desta lei, diante da ineficiência da sua aplicabilidade em outros setores dos bancos, tais como atendimento à gerência, financiamentos, empréstimos, renegociações, atendimento as linhas de crédito e consignados em geral. Dessa forma, problematiza-se: qual o impacto da lei dos 15 minutos nas agências bancárias de Salvador à luz da teoria do desvio produtivo do consumidor?

Esse estudo busca, portanto, verificar o impacto da lei dos 15 minutos nas agências bancárias de Salvador à luz da teoria do desvio produtivo do consumidor. Este modelo, representado na figura 1, sintetiza a ideia central da pesquisa, ao segregar o tempo de

espera condicionado a três variáveis que indica a possibilidade de comparação: tipo de banco (público ou privado); patrimônio líquido que pode ser considerado como um fator de tamanho da empresa (*valuation*); e a quantidade de processos na Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON/BA) que permite identificar quantas vezes a empresa foi autuada pelo órgão.

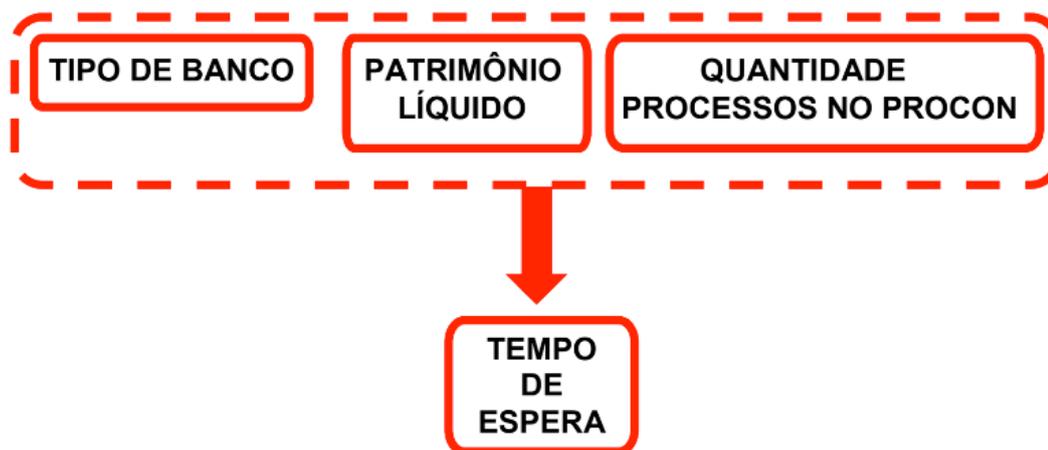


Figura 1: Modelo sintético da pesquisa

Fonte: Elaboração própria (2020).

O tipo de banco, o patrimônio líquido e a quantidade de processos no PROCON/BA, são variáveis independentes e o tempo de espera é a variável dependente. As variáveis independentes condicionam o fator de impacto da variável dependente, portanto, a pesquisa se baseia em identificar a variável dependente e a partir daí verificar se as variáveis independentes representam aspectos que propiciam o aumento ou a diminuição deste tempo de espera.

Diante da possibilidade de a variável dependente representar uma infração ao consumidor (quando violada), a figura 1 sintetiza o modelo criado em torno do estudo. Esta pesquisa tem como objetivo geral verificar o impacto do tempo de espera nos bancos a partir dos processos autuados pelo PROCON/BA e identificar se as variáveis independentes apresentadas estão associadas ao tempo de espera.

Para dar cabo a essa investigação, pretende-se atingir os seguintes objetivos específicos: identificar através dos processos o tempo de espera dos consumidores nos bancos; identificar se o banco é público ou privado; identificar o valor do patrimônio líquido dos bancos; identificar a quantidade de processos que estes bancos possuem no PROCON/BA; diagnosticar a possível relação entre tempo de espera com o tipo de banco, o patrimônio líquido e a quantidade de processos no PROCON/BA.

Esta pesquisa busca comparar de qual forma o tempo de espera nas agências bancárias estão associadas ao tipo de banco, ao valor do patrimônio líquido e a quantidade de processos no PROCON/BA. Ao revelar o resultado desta pesquisa, isto poderá favorecer

para a reflexão acerca do tempo de espera dos consumidores nas agências bancárias e promover um debate mais amplo para que os bancos passem a respeitar dignamente os consumidores.

A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, desenvolvida por Dessaune (2017), traz à tona, uma reflexão para além da vulnerabilidade do consumidor. A teoria promoveu a efetividade da mudança das interpretações do que era *ex ante* considerada mero aborrecimento, para uma interpretação *ex post* de jurisprudência consolidada no cenário brasileiro e a partir destas decisões judiciais, a promoção da interferência positiva na vida do consumidor.

O consumidor ao sofrer a perda do seu tempo, conseqüentemente, ao desviar as suas atividades diárias e seus afazeres particulares, enfrenta ainda, o desperdício do seu tempo em virtude do atendimento deficitário dos bancos. Este fato não representa somente um mero aborrecimento, mas um desvio das suas atividades produtivas, pois o tempo perdido naquele período não retornará mais. A indenização deste tempo desperdiçado em valor pecuniário não restitui os contratempos perdidos daquele momento, pois, mesmo com todo o dinheiro indenizado, o tempo não retroagirá para ser vivido novamente e o alcance daquela oportunidade foi perdida.

O tempo perdido não pode ser recuperado e o pior, a lei é omissa diante do tempo de espera do consumidor. A lesão ao tempo diante das suas atividades desperdiçadas representa um prejuízo de caráter existencial, afinal o tempo é limitado e conforme Dessaune (2017), uma pessoa não pode realizar duas atividades simultaneamente de naturezas incompatíveis ou fisicamente excludentes.

Com este estudo se busca não somente uma reflexão acerca do tema, mas influenciar trabalhos científicos com o intuito de propiciar o debate em torno da ampliação da lei dos 15 minutos, para a criação de um possível projeto de lei que possibilite ao consumidor uma espera digna. As práticas que resultam em danos psicossomáticos impunes favorecem para que tais práticas sejam contínuas, pois sem punição alguma, os bancos continuam a realizar tal descaso com o consumidor.

2 | FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 O tempo perdido em agências bancárias

A pesquisa seguiu as orientações de Lubisco e Vieira (2019, p. 25) em que expressam que o desenvolvimento é a parte mais relevante do estudo e enquadra-se em uma sequência lógica de fundamentação teórica, metodologia, coleta, análise e interpretação dos dados e resultados. Para o presente estudo, o capítulo “coleta” está intrinsecamente apresentado nos procedimentos metodológicos.

O tempo desperdiçado em agências bancárias representa uma ação frequente

por parte significativa dos bancos que atuam no Brasil. As inúmeras reclamações são constantes e diárias, o que impacta diretamente na produtividade do consumidor diante do seu tempo perdido. Tais agências não se responsabilizam pelos seus atos e apenas justificam a sua incompetência com a simples resposta de que há muita demanda, quando na verdade o que existe é uma ineficiência de atendimento ao consumidor.

Diante do descaso acometido com milhões de brasileiros, o ordenamento jurídico determinava que o mero aborrecimento não correspondia a um simples fato de perda de tempo meramente reparável. As decisões dos tribunais seguiam com valores pecuniários ínfimos e insignificantes, não somente diante do constrangimento ocasionado pelo banco contra o consumidor, mas também diante da vulnerabilidade do consumidor diante de uma instituição bancária.

Ao trazer este novo pensamento com a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, Dessaune (2017) apontou que este tempo perdido precisava ser revisto e que as multas aplicadas aos bancos também precisavam. A teoria corroborou para que jurisprudências pudessem ser criadas e a partir destas decisões, o cenário começou a mudar. As agências bancárias desrespeitam constantemente o consumidor e a partir do momento em que as multas aplicadas pelas infrações cometidas são insignificantes, abre-se o caminho para que tais práticas sejam reincidentes.

A ideia de elevar o valor da multa pela sua infração ao Código de Defesa ao Consumidor não é somente restituir o consumidor ou penalizar a agência bancária, mas potencializar a redução desta prática comum. Diante desta tentativa de inibir tais ações, há diversos papéis que necessitam ser cumpridos como fator social: a fiscalização assídua dos órgãos de proteção e defesa do consumidor; a cobrança da sociedade por mais justiça; a mobilização de acadêmicos e dos operadores do direito para que abordagens como esta sejam amplamente divulgadas; e, principalmente, o posicionamento com rigor da esfera jurídica.

Este conjunto de ações não terá efeito algum, caso as violações dos direitos de o consumidor não passem de indignações silenciosas e sem repercussão. Cada infração cometida por uma agência bancária deve ser denunciada na tentativa de que os números não sejam apenas representações estatísticas sem impacto, mas uma contabilização de sucessivos acontecimentos vexatórios que atribuam a um banco ou a uma determinada agência bancária, o significado real da sua incompetência.

Isto faz a realidade ser alterada, a partir do momento que as ações de desrespeito ao consumidor tomam repercussão, a partir do instante em que o consumidor registra a denúncia e quando os órgãos fiscalizadores competentes, as respectivas Superintendências de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCONs) apuram os fatos e o poder judiciário interfere favorecendo a um consumidor que teve o seu direito violado. Acreditar que tal realidade mudará não depende somente de uma cobrança social, mas de fatores que coadunam para uma perspectiva de transformação de atendimento ao

consumidor.

2.2 A teoria do desvio produtivo do consumidor

O que caracteriza a relação de consumo é a existência de elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e objetivos (o produto ou o serviço), ou seja, um vínculo jurídico a partir da compra e venda ou da prestação do serviço. A partir do momento que este vínculo é descumprido, em virtude da perda do tempo que deveria ser devidamente seguida de modo razoável, o consumidor sofre violação. Mesmo que o serviço seja prestado ou a mercadoria tenha sido entregue, mas com um tempo desproporcional a medida do mínimo determinado entre as partes ou do modo convencional, faz-se necessário ressarcir o consumidor.

A frequência de tais práticas indevidas dos fornecedores ou prestadores de serviços foi o prenúncio para o surgimento desta teoria: a teoria do desvio produtivo do consumidor. O estudo de Teixeira e Augusto (2015) apontou que mesmo diante de uma situação em que haja desperdício do tempo em decorrência de problemas causados por fornecedores, a jurisprudência ainda resiste em reconhecer a ressarcibilidade do dano causado pelo tempo perdido, destarte, ainda o qualificando como “mero dissabor” e “aborrecimento inevitável”.

Teixeira e Augusto (2015) no seu trabalho concluem que os fornecedores que exercem práticas ilícitas ou abusivas, disponibilizam produtos ou serviços não compatíveis com as normas regidas pelo produto ou serviço, viola o dever jurídico que lhes foram determinados, conseqüentemente, o que causa um dano ao consumidor. Indica como possível solução ao problema abordado, a inclusão de um dispositivo jurídico que consagraria o tempo como merecedor de tutela no intuito de trazer maior segurança jurídica, com a finalidade adicional de garantir efetivamente a plena reparação dos danos suportados pelo consumidor.

Domingues e Brasilino (2018) realizaram um estudo com base teoria do desvio produtivo do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade do consumidor. Neste estudo, orientados pela lógica da defesa dos interesses do consumidor, chegaram a conclusões relevantes: é incontroversa a importância do tempo ao constituir-se bem juridicamente protegido; a evidência de que, quando o fornecedor deixa de prestar um bom atendimento, negligencia a disponibilização de instrumentos de atendimento adequados, o que fere os direitos à personalidade; o mero aborrecimento não pode ser confundido com a exclusiva falha do fornecedor na prestação de serviço; o desvio produtivo do consumidor representa um dano ofensivo aos direitos da personalidade, portanto, há coerência em classificá-lo como dano moral (extrapatrimonial ou imaterial).

No estudo de Verbicaro e Quaresma (2019), intencionou-se evidenciar que o dano temporal é um tipo de dano extrapatrimonial, através de uma interpretação extensiva das normas jurídicas. Dessa forma, o dano temporal poderia ser cumulado com a

responsabilização de outros tipos, sem incorrer em *bis in idem*. Evidenciou ainda que a reparabilidade integral do dano possui um duplo efeito pedagógico: preventivo diante do dano e punitivo reparatório. A ideia central foi estimular para que tais práticas abusivas se tornassem menos frequentes, no intuito de que os fornecedores busquem melhor atender as demandas dos seus consumidores ao invés de obter benefício ilícito diante da sua vulnerabilidade.

Pereira (2018) apontou que a teoria do desvio produtivo do consumidor é frequentemente recusada em decisões de primeira instância e em raras decisões a teoria é considerada. Destacou que o entendimento da teoria pelos tribunais é condição fundamental para inibir práticas abusivas. Reportou como fator de inibição também a relevância das agências reguladoras, pois o poder de fiscalização acaba reduzindo os litígios entre fornecedor e consumidor.

Para Giacomini (2019) o desvio produtivo do consumidor gera dano extrapatrimonial indenizável, pois ao se desviar das suas atividades habituais ou até mesmo da ausência de atividades, o consumidor ao desperdiçar o seu tempo está diante de um desvio produtivo. O Direito passou a buscar meio de resolução dos conflitos a partir da responsabilização civil das condutas indevidas. Diante das decisões jurídicas anteriores que consideravam as condutas indevidas dos fornecedores como mero dissabor, esta perda de tempo, a partir da teoria do desvio produtivo do consumidor, passou a ser considerada como elemento indenizável com uma maior proteção ao consumidor nas relações com o fornecedor. Giacomini (2019) conclui que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor é um mecanismo que protege o consumidor a partir do tempo perdido e o classifica como direito fundamental.

Na concepção de Marques e Bergstein (2018) cabe ao fornecedor que disponibiliza o produto ou o serviço implementar as medidas para solucionar os problemas que resultam da operacionalização da sua atividade. O fornecedor ao adotar sistemas que causem morosidade em suas atividades, ao deixar de investir em tecnologias que capacitem e adequem a um tempo razoável de espera, o fornecedor transfere para o consumidor a sua própria responsabilidade em virtude da sua inércia. Esta ausência de novos investimentos pode ser considerada como um dano em função do tempo perdido que devem ser restituídos. Neste contexto, observa-se que pelo menos três princípios foram violados: a boa-fé objetiva; a vulnerabilidade e garantia da adequação. Para as autoras, é necessário que as condutas dos fornecedores que menosprezam o tempo dos seus consumidores sejam coibidas e os eventuais danos sofridos sejam recompensados.

Segundo Loureiro e Santana (2016) os prejuízos sofridos pelos consumidores proporcionaram que a jurisprudência iniciasse com o reconhecimento de indenização pela perda do tempo livre. A doutrina passou a reconhecer a relevância do tempo na esfera do direito do consumidor. O tempo desperdiçado em virtude de uma prática indevida do fornecedor ultrapassa o mero aborrecimento e atinge os direitos da personalidade. Diante

do tema, faz-se necessário salientar que a perda do tempo livre está diretamente ligada ao dano denominado de *extra rem*. Este tipo de dano está relacionado à má conduta do fornecedor, devido a sua negligência, omissão ou por conduta desidiosa.

Na opinião de Martins (2017), a perda de tempo de vida útil do consumidor deve ser enquadrada como uma prática abusiva, razão pela qual, os consumidores poderiam se dedicar a outras atividades da sua liberdade de escolha e, no entanto, ficam presos a um problema causados pelo fornecedor. Martins (2017) aponta também que, apesar de vivermos em uma lógica de um sistema econômico baseado pelo tempo é dinheiro, existem outras coisas mais determinantes do que o próprio valor pecuniário.

Guglinski (2015) classificou a indevida subtração do tempo pelos fornecedores como um ato ilícito. Para o autor, devido a concepção de valorização do tempo, o seu desperdício não pode passar sem a devida proteção jurídica. No ordenamento jurídico inexistente uma disposição que qualifique a natureza jurídica do tempo, não há, portanto, uma proteção legislativa que trate sob a perda do tempo. Sob o âmbito do trabalho e da linguagem laboral é factível perceber que o tempo possui valor e até mesmo significado, pois a depender do evento que esteja acontecendo simultaneamente, não há possibilidade em virtude da física, de estar presente em dois lugares ao mesmo tempo ou executar duas atividades simultâneas, portanto, o tempo possui um valor indescritível. A compensação pecuniária, em determinados casos, não repara o dano causado. O autor reitera que, no tocante ao prazo, para exercer a pretensão reparatória em juízo, não se pode levar em consideração a ofensa à dignidade humana como um acidente de consumo.

3 | PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Em linhas gerais, o presente estudo busca identificar o impacto no desperdício do tempo nas agências bancárias pelos consumidores. Essa análise se dará pelos processos do PROCON/BA. Dentro desta perspectiva, analisou-se o porte da empresa através do seu patrimônio líquido, a quantidade de processos que esta entidade possui e o tipo de banco, classificado em público ou privado. O *valuation* é a forma de avaliar a empresa e pode ser mensurado por diversos índices contábeis, tais como: o ativo, o patrimônio líquido, o *market share* (participação no mercado), o valor das ações e entre outros. Para o presente estudo, o *valuation* adotado foi o patrimônio líquido.

A pesquisa seguiu um modelo operacional no intuito de identificar os processos do PROCON/BA e todos os processos selecionados foram analisados com base nessas variáveis. A coleta de dados foi elaborada tomando como base o ano de 2019 em autuações do PROCON/BA nos bancos que descumpriram as leis estabelecidas.

O objetivo foi descrever o impacto do tempo em função das variáveis independentes e demonstrar a associação entre o patrimônio líquido do banco e o tipo de banco, além de possivelmente potencializar o seu tempo de espera. A pesquisa se baseou pelo

método quali-quantitativo, pois utilizou instrumentos dos dois métodos de pesquisa tais como: utilização de teoria para explicar o fenômeno; análise de dados para embasar os resultados; utilização de textos e números; comparação de variáveis; análise interpretativa do evento.

O instrumento da pesquisa adotado foi a análise documental por meio do exame dos processos do PROCON/BA, a partir do enquadramento de três partes da análise: o patrimônio líquido; o tempo de espera; o tipo de banco. Foram analisados 89 processos do PROCON/BA em sua integralidade. Os respectivos processos foram identificados pelo número do processo, o nome do banco e o tipo de banco. Com o intuito de preservar a imagem das agências atuadas, o presente estudo apenas discerniu o nome e a classificação dos bancos, sem identificação de agência.

Para facilitar a análise técnica dos processos foram identificados o banco e a infração cometida em cada processo, além da numeração de cada processo e o tipo de banco (público ou privado). Cada processo foi devidamente analisado, as informações foram registradas em uma planilha, para uma análise posterior. Todos os processos passaram por revisões na análise dos dados coletados com a finalidade de evitar erros e confirmar os registros encontrados.

A análise dos processos se limitou a identificação da infração ao Código de Defesa do Consumidor, ao número do processo com o objetivo de comprovar a fidedignidade das informações, o banco que cometeu a infração e a sua respectiva classificação. A análise das decisões não foi abordada neste estudo em decorrência do julgamento dos processos se encontrarem em andamento, ou seja, ainda podendo caber recurso, aguardando a decisão interlocutória ou o trânsito em julgado destes processos.

4 | ANÁLISE DE RESULTADOS

Os processos analisados foram identificados pelos seus respectivos patrimônios, pelo número do processo, pelo tipo de banco e pelo tempo de espera dos consumidores na fila. Ao todo foram analisados 89 processos do PROCON/BA referente as autuações realizadas em 2019, destes, 70 processos foram autuados por infração a Lei dos 15 minutos.

O quadro 1 evidenciou o banco, o tipo de banco, o patrimônio líquido e a quantidade de processos autuados pelo PROCON/BA. A construção do quadro 1 seguiu o parâmetro de ordem decrescente pelo tamanho da empresa, determinada pelo valor do patrimônio líquido dos bancos no último trimestre do exercício de 2019, conforme publicação das suas demonstrações contábeis nos *sites* dos respectivos bancos.

Banco	Tipo de Banco	Patrimônio Líquido	Quantidade
ITAÚ	PRIVADO	R\$ 142.847.965.000,00	8
BRADESCO	PRIVADO	R\$ 133.723.221.000,00	39
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	PÚBLICO	R\$ 86.446.927.000,00	8
SANTANDER	PRIVADO	R\$ 65.229.249.000,00	5
BANCO DO BRASIL	PÚBLICO	R\$ 462.531.000,00	10

Quadro 1 – Descrição dos bancos autuados pelo PROCON

Fonte: elaboração própria (2020).

O banco foi identificado nominalmente e o tipo de banco foi classificado em público ou privado, conseqüentemente, o seu patrimônio líquido em valores reais e a quantidade de processos que o banco recebeu em 2019. O patrimônio líquido foi descrito conforme valores evidenciados no balanço patrimonial da empresa no encerramento do exercício de 2019.

Ao todo foram 17 bancos públicos autuados e 72 bancos privados. A pesquisa não identificou o motivo desta discrepância entre bancos públicos e privados. Dos 70 bancos autuados em decorrência da lei dos 15 minutos, 18 bancos foram públicos e 52 eram privados. O estudo analisou 89 processos, porém, como são processos recentes, eles ainda se encontram em análise na coordenação técnica do PROCON/BA, em virtude de que todos os autuados terem entrado com recurso. Até o trânsito em julgado, existem decisões interlocutórias que são julgadas pela Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor e, no caso de apelação, julgadas pelo Tribunal de Justiça da Bahia que levam um tempo considerável até serem definitivamente julgados.

Identificou-se nesta pesquisa que não há relação entre o patrimônio líquido da empresa com a quantidade de autuações dos respectivos bancos, isto demonstra que o tamanho do banco, mensurado pelo seu patrimônio líquido, não influencia no cumprimento das leis do código de defesa do consumidor. Conseqüentemente, o tamanho do banco não representou um condicionante para cometer atos de infração das leis do CDC. Portanto, não se podem levantar hipóteses sem a observação empírica no intuito de fazer conjecturas sobre o fator condicionante que proporciona as infrações cometidas pelas agências bancárias.

Um estudo técnico baseado na análise de tamanho da agência, quantidade de pessoas atendidas, segurança proporcionada pelo banco, localização, facilidade de acesso presencial, quantidade de bancários que trabalham no atendimento, podem ser fatores de interferência para o desvio da conduta consumerista.

Neste estudo deve ser exposto que cabe à instituição bancária cumprir as normas do código de defesa do consumidor e cumpri-las para atender o consumidor da melhor forma possível. O não atendimento adequado nos padrões da lei enseja na conseqüente aplicação da multa aos bancos, em decorrência do não cumprimento do que está previsto na lei e configura uma infração ao CDC. A penalidade aplicada por meio de multa é uma

das formas de tentar garantir ao consumidor que aquela situação não se repita.

Infelizmente, as práticas bancárias de desrespeito ao consumidor e o consequente não cumprimento das leis contidas no código de defesa do consumidor representam ações recorrentes. Desse modo, a intervenção do Estado se faz necessária e coerente, a partir do momento em que não há o cumprimento das regras estabelecidas e o mínimo de condições de atendimento ao consumidor.

A razoabilidade, além de representar um princípio jurídico, deve ser colocada como condicionante para o cumprimento da lei. Somente em 2019, 89 agências bancárias descumpriram a lei, isso sem contar às agências que cometem essas infrações constantemente e não são fiscalizadas ou penalizadas.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo buscou evidenciar o impacto causado pela lei dos 15 minutos em agências bancárias de Salvador à luz da teoria do desvio produtivo do consumidor. Ao verificar a quantidade de processos executados pelo PROCON/BA, percebe-se o constante desperdício de tempo em agências bancárias que tem como consequência a penalização do consumidor ao sofrer com o seu desvio produtivo. A teoria do desvio produtivo do consumidor serviu como arcabouço teórico para explicar as infrações cometidas pelas agências bancárias e a sua contínua lesão aos direitos dos consumidores.

Pensava-se que o tamanho do banco, determinado pelo seu patrimônio líquido, tinha uma relação direta com a quantidade de infrações cometidas, porém, verificou-se com o estudo que não há correlação entre tais variáveis. Nem mesmo o tipo de banco, segregado no estudo como público ou privado, não foi capaz de explicar os fenômenos que ocorreram de infrações ao código de defesa do consumidor e a consequente forma de infringir a lei dos 15 minutos em agências bancárias.

O que está evidente neste estudo é que, precisam-se buscar alternativas para ampliação dos direitos dos consumidores, pois a parte vulnerável será sempre o consumidor. O consumidor é vulnerável em virtude da disparidade da relação existente entre cliente e fornecedor. Não se pode afirmar que todo consumidor é hipossuficiente, pois existem consumidores que possuem fortunas e um patrimônio elevado, porém, mesmo diante de uma situação em que o consumidor não se enquadre neste quesito, ainda assim, será considerado vulnerável. Esta vulnerabilidade está relacionada aos quatro tipos de vulnerabilidade aplicada ao consumidor: técnica, jurídica, fática e informacional.

O tempo desperdiçado nas agências bancárias representa um total desrespeito aos consumidores que têm as suas vidas paralisadas em virtude da incompetência dos bancos em propiciar melhores condições de atendimentos aos consumidores. A lei dos 15 minutos é ineficiente por não abranger outros tipos de atendimento e restringir o direito de ser atendido em um prazo razoável de tempo somente ao caixa.

A extensão da aplicabilidade da lei, a partir do seu amplo debate, como forma de reparar os danos ao consumidor diante da perda do seu tempo, poderia ser uma alternativa à ampliação dos direitos do consumidor. Deve-se compreender que não é razoável a espera de um consumidor dentro de um banco, por duas ou três horas, mesmo que esteja sentado. A lei é omissa diante de tal fato e, portanto, propor a sua aplicabilidade para melhoria de vida da sociedade é um papel do (a) advogado (a).

Além disso, a aplicação de multas pelos órgãos competentes parece não fazer efeito diante da quantidade de processos aplicados, além dos elevados valores das multas para estas agências. Isso pode representar duas hipóteses: a primeira, de que os bancos são incrédulos referentes ao rigor da exigência das multas e por possuir um sistema jurídico eficaz, acabam ganhando o processo na esfera judicial; o segundo, que os valores das multas estão ínfimos em demasia, pois o lucro dos bancos é tão alto, a ponto de demonstrar desprezo diante do rigor da lei.

A pesquisa, portanto, traz algumas reflexões diante deste tema. As frequentes fiscalizações não interferem diretamente na mudança de postura dos bancos, pois o comportamento indisciplinado é recorrente. Dentro das agências bancárias, as pessoas sofrem por negligência. Mesmo que a lei dos 15 minutos fosse rigorosamente aplicada, ainda assim, existiriam consumidores sofrendo com o desvio produtivo em decorrência da ineficácia do banco em atendê-los em outros setores.

As agências bancárias possuem, visivelmente, muitos caixas e poucas pessoas trabalhando, ou seja, o número de máquinas, equipamentos e condições de trabalho existem, porém, há poucos trabalhadores nas agências, o que sobrecarrega os profissionais bancários dentro das suas agências em favorecimento a uma política de cortes de pessoal, típico deste setor que contrata pessoas jovens e brancas. Porém, não se pode deixar despercebido que estas mesmas pessoas outrora contratadas são descartadas pelo sistema quando envelhecem, pois não possuem mais a estética e a agilidade que os bancos exigem.

Deve-se pensar então: se os bancos não respeitam minimamente seus próprios funcionários, eles estariam dispostos a fornecer um atendimento de qualidade aos seus consumidores? Esta pesquisa possui limitações, mas pode ser útil para o surgimento de outros questionamentos e a partir daí, buscar novas propostas, soluções e caminhos mais estáveis nas relações de consumo.

REFERÊNCIAS

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2. ed. Vitória, ES, 2017.

DOMINGUES, J. G. C.; BRASILINO, F. R. R. **A teoria do desvio produtivo e a proteção dos direitos da personalidade do consumidor**. Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, Londrina, v.3, n. 1, p. 190-208, jan/jun. 2018.

GIACOMINI, J. T. O. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2019.

GUGLINSKI, V. V. **O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais brasileiros**. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, n. 11, p. 77-96, 2016.

LOUREIRO, R. E. S.; SANTANA, H. V. **Dano moral e responsabilidade objetiva do fornecedor pela perda do tempo produtivo do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, v. 106, 2016.

LUBISCO, N. M. L.; VIEIRA, S. C. **Manual de estilo acadêmico: trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses**. 6. ed. rev. e ampl. Salvador: EDUFBA, 2019.

MARTINS, L. B. **Responsabilidade civil perda de tempo útil: a perda do tempo do consumidor como um bem jurídico a ser tutelado**. Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

MARQUES, C. L.; BERGSTEIN, L. **A valorização e a tutela do tempo do consumidor: a nova posição do STJ sobre responsabilidade do comerciante por vícios**. Revista dos Tribunais, v. 997, p. 211-226, 2018.

PEREIRA, D. de S. **Dano moral: teoria do desvio produtivo do consumidor no teleatendimento e telemarketing**. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

TEIXEIRA, T.; AUGUSTO, L. S. **O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 177-209. 2015.

VERBICARO, D.; QUARESMA, G. P. **O dano temporal configurado no desvio produtivo do consumidor**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, v.7, n.1, 2019.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O SUPERENDIVIDAMENTO

Data de aceite: 03/08/2020

Augusto Ogradowski

Centro Universitário Santa Amélia

UNISECAL

Ponta Grossa - PR

<http://lattes.cnpq.br/5234946041528052>

Larissa Suzane Biscaia Mendes

Universidade Estadual de Ponta Grossa

UNISECAL

Ponta Grossa - PR

<http://lattes.cnpq.br/7522980031871755>

RESUMO: O presente estudo elegeu pontos do direito do consumidor expostos na Lei n.º 8.078/90, e buscou definir consumidor e teorias do destinatário final, quem é fornecedor, vulnerabilidade e hipossuficiência e o fornecimento de crédito, para que de forma breve pudesse elaborar apontamentos pertinentes ao superendividamento. Para chegar ao objetivo, foi aplicado como metodologia uma pesquisa bibliográfica para revisão de literatura doutrinária da área do direito do consumidor e subsidiariamente ao direito civil. A referência bibliográfica possibilitou novas percepções e novos horizontes sobre o consumo e o endividamento na esfera bancária.

Durante a pesquisa aconteceram modificações no ordenamento jurídico pertinentes ao fornecimento de crédito e por consequência a pesquisa fez uma breve explanação sobre esse tema, por considera-lo pertinente não alterando o resultado quanto o objetivo original da pesquisa. Diante disso, a pesquisa procurou entender os motivos do superendividamento oriundos das contratações de serviço bancários, financeiros em geral. Entendendo que o consumidor, o cliente bancário está em constante posição de vulnerabilidade e de hipossuficiência nas relações contratuais de serviços financeiros.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidores. CDC. Crédito. Bancos.

CONSUMER DEFENSE CODE AND THE OVER INDEBTEDNESS

ABSTRACT: The present work elected Consumer law points exposed in the law number 8.079/90 and looked for to definy consumer and final addressee theories, who is provider, vulnerability and hyperssuficiency and the credit supply, for what in a brief way could create useful appointments about the over indebtedness. To achieve to goal and make the knowledge real, it was done as methodology a biliographic research to review the doctrinal literature of the

law consumer area and subsidiarily to the Civil Law. The bibliographic reference allowed new perceptions and new horizons about the consumption and the indebtedness in the banking sphere. During the research there were some changes in the legal order relevant to the credit supply and for consequence the research has done a small explanation about this theme, for considering it pertinent. Neither changing the result nor the original goal of the research. By this fact, the research has looked for to understand the reasons of the over indebtedness originated from the banking services dealings, financials in general. Understanding that the consumer, the banking cliente is in steadfast position of vulnerability and hypersufficiency in the financial services contractual relations.

KEYWORDS: Consumers, CDC, Credits, Banks.

1 | INTRODUÇÃO

Em face dos avanços nas relações de consumo em massa, conglomerados socioeconômicos em diversos setores do mercado consumerista entre a década de noventa até os dias atuais, o presente estudo traz um breve olhar sobre a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, no sentido de aferir se o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é eficiente no combate do superendividamento.

A pesquisa buscou nesse contexto, responder se o superendividamento do consumidor tem parcela de culpa oriundo do ordenamento jurídico e poder judiciário, excluindo da equação o cenário econômico nacional e internacional.

Nesse sentido houve uma revisão compilada da literatura jurídica consumerista para definir os principais pontos voltados para o consumidor e as teorias que o permeiam, no outro polo da relação de consumo o conceito de fornecedor e suas derivações, a condição de vulnerabilidade e hipossuficiência e por fim analisou-se o fornecimento de crédito contido no artigo 52 do CDC.

2 | DESENVOLVIMENTO

2.1 Contextos da Lei N.º 8.078/90

A história do Direito brasileiro no que trata de consumo não existia de forma codificada até 11 de Setembro de 1990 e a Defesa do Consumidor, ramo do Direito que baliza as relações de consumo passa a vigorar em março de 1991.

Antes do CDC, as relações de consumo eram abarcadas pelo Código Civil de 1916, que não alcançava essas relações na sua totalidade de direitos e deveres, sendo assim, a Lei n.º 8.078/90 surge em seus aspectos, formais e materiais, sendo o mais novo direito a tutelar as relações de consumo. Doutrinariamente, o CDC é tido como

norma principiológica¹, de ordem pública, de interesse social e um microssistema² multidisciplinar, isso porque passa a impactar outras áreas do direito, como por exemplo, o Direito Penal, Empresarial e principalmente o Direito Civil. Nesse tom, o CDC está em posição supralegal, como explana Luiz Antonio Rizzatto Nunes, “Assim como a Lei nº. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem”. (NUNES, 2012, p.118)

2.2 Consumidor e teorias

A norma constituinte determinou que o Estado promovesse a defesa do consumidor, entretanto não definiu quem é o consumidor de fato, ou seja, sem determinar esse sujeito de direitos e deveres. Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, conceituou-se de forma mais tangível quem é o consumidor, a luz do que dispõe o artigo 2º no *caput* e parágrafo único respectivamente: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. “Equipara-se a consumidor, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Ainda, consecutivamente no artigo 17: “Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Considerando ainda o artigo 29: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. (BRASIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990)

O legislador ao atribuir para o consumidor à pecha de “destinatário final” proporcionou uma divisão na doutrina que discute as duas teorias de consumo, a Maximalista e Finalista, e uma terceira corrente teórica denominada Mitigada ou Finalista aprofundada oriunda do Poder Judiciário, nascida no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Complexa é a discussão gerada pela forma da redação elaborada pelo legislador, pois, trata no mesmo código, quatro artigos que versam consumidor de diferentes formas. E por consequência surge a questão de quais as circunstâncias se aplicam o termo “destinatário final”. Sobre o tema, as indagações de Luis Antônio Rizzatto Nunes são pertinentes:

O problema do uso do termo “destinatário final” está relacionado a um caso específico: o daquela pessoa que adquire produto ou serviço como destinatária final, mas que usará tal bem como típico de produção. Por exemplo, o usineiro que compra uma usina para a produção de álcool. Não resta dúvida de que ele será destinatário final do produto (a usina); contudo, pode ser considerado consumidor? E a empresa de contabilidade que adquire num grande supermercado um microcomputador para desenvolver suas atividades, é considerada consumidora? (NUNES, 2012, p. 122, grifo do autor.).

Para desenvolver essa questão, a teoria maximalista é uma tentativa de determinar

1 Nesse caso entenda-se pela quantidade de princípios, fundamentos implícitos e explícitos na legislação consumerista.
2 O Código de Defesa do Consumidor é considerado um microssistema multidisciplinar porque alberga em seu conteúdo as mais diversas disciplinas jurídicas com o objetivo maior de tutelar o consumidor, que é a parte mais fraca — o vulnerável — da relação jurídica de consumo. (BOLZAN, 2013, p. 58).

o consumidor que mais se aproxima do artigo 2º da Lei n.º 8.078/90, pois, é abrangente na caracterização de não importar-se com o destino econômico do consumo, isso porque o consumidor é visto como o que exaure o bem em uso pessoal ou uma pessoa jurídica que desdobra o bem adquirido para auferir lucro em suas atividades. Destaca-se, por lógica que a definição de consumidor para os maximalistas será para todo aquele que adquire um produto ou serviço e dessa maneira só uma pessoa da cadeia de produção, criação, importação, montagem, exportação, distribuição entres outras formas de repasse poderá ser ora fornecedor, ora consumidor.

Claudia Lima Marques conceitua bem a questão dos maximalistas da seguinte forma: “O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores”. (MARQUES, BENJAMIN, BESSA, 2008, p. 69).

Se por uma perspectiva os maximalistas são amplos na questão do consumidor tido como destinatário final devendo o artigo 2º ser aplicado o mais extensivamente possível, os finalistas por outro lado, são contidos e restritos na aplicação do termo “destinatário final”.

A corrente finalista é, portanto, excessivamente protecionista quanto ao que vem a ser o consumidor, como afirma Marques “[...] o consumidor é a parte vulnerável nas relações de contratuais no mercado [...]”, utilizando-se do art. 4º, inciso I para justificar tal alegação. (MARQUES, BENJAMIN, BESSA, 2008, p.68).

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (BRASIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 1990).

Fabrizio Bolzan discorre que o conceito dos finalistas com a ideia de que não bastaria retirar o produto ou serviço do mercado de consumo, mas, sim ser exaurido, ou seja, havendo necessidade de o produto ou serviço ser efetivamente consumido pelo adquirente ou por sua família. (BOLZAN, 2013, p. 96).

De certa forma, a corrente finalista retira da equação de consumo qualquer pessoa jurídica, não a identificando como “destinatário final”. Atenta-se que, no artigo 2º do CDC, o legislador do próprio códex tem redação expressa que a pessoa jurídica é igualmente consumidora.

Assim, para os adeptos dessa corrente, deveria acontecer certa limitação para aplicação do conceito de consumidor, haja vista que a expressão “destinatário final” deveria ser aplicada conforme prevê os artigos 4º e 6º da Lei nº 8.078/90 no tocante as políticas nacionais das relações de consumo e os direitos básicos do consumidor. Marques, como adepta dessa corrente, frisa:

[...] destinatário final seria aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência — **é necessário ser destinatário final econômico do bem**, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. (MARQUES, BENJAMIN, BESSA, 2008, p. 69).

Dado esse contexto sobre as duas teorias e suas lacunas chega-se ao que se aproxima da junção de ambas, formando uma teoria híbrida, elaborada pelo Poder Judiciário, no Superior Tribunal de Justiça, (STJ), surge à teoria denominada Finalista Mitigada, Mista ou Finalista Aprofundada.

Essa terceira corrente trata de uma teoria híbrida, que não leva em consideração apenas a destinação do produto ou serviço adquirido, mas também, o potencial econômico do consumidor. Como dito anteriormente, o CDC determina o consumidor no código em mais de um dispositivo e a linha utilizada pelo STJ para solucionar a questão extremada da teoria Finalista Pura, sobre a exclusão do consumidor pessoas jurídicas e naturais na cadeia consumerista, se ampara no texto do art. 29. “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”. (BRASIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

O artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor é de fato a solução determinante para amparar pessoas jurídicas, desde que por óbvio, esteja sob a égide da vulnerabilidade, pois, todas as pessoas estão expostas as relações de consumo. Se no artigo 2º observa-se consumidor em concreto, no artigo 29 ele passa a ser abstrato, nas palavras de Nunes:

Isto porque, logicamente falando, o *caput* do art. 2º aponta para aquele consumidor real que adquire concretamente um produto ou um serviço, e o art. 29 indica o consumidor do tipo ideal, um ente abstrato, uma espécie de conceito difuso, na medida em que a norma fala da potencialidade, do consumidor que presumivelmente exista, ainda que possa não ser determinado. (NUNES, 2018, p. 83).

Sobre a corrente finalista aprofundada, Bruno Miragem discorre que, “A extensão semântica da regra permite, em tese, que a qualquer contratante seja possível à aplicação das normas dos artigos 30 a 54 do CDC”. E continua, “Todavia, a aplicação jurisprudencial da norma é que deve concentrar-se na finalidade básica do Código, que é a proteção do vulnerável”. (MIRAGEM, 2016, p. 155).

Ainda nos critérios apresentados por Miragem, concorda-se quanto à interpretação finalista aprofundada para sua aplicação quando houver o seguinte:

a) primeiro, de que a extensão do conceito de consumidor por equiparação é medida excepcional no regime do CDC; b) segundo, que é requisito essencial para esta extensão conceitual e por intermédio da equiparação legal (artigo 29), o reconhecimento da vulnerabilidade da parte que pretende ser considerada consumidora equiparada. (MIRAGEM, 2016, p.166).

Por silogismo, pode-se pensar que em meio aos direitos difusos ou interesses

transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato é possível aplicar a extensão do CDC quando em exame concreto, a vulnerabilidade estiver presente, pois nessa teoria busca-se pelo equilíbrio entre dois polos de pessoas jurídicas, por exemplo. Marques, vanguarda no Direito do Consumidor, é enfática ao citar:

As exceções, sempre nesta visão teleológica, devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, uma vez que a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional. (MARQUES, BENJAMIN, BESSA, 2008, pág. 69).

Nesse caso, no que trata a ideia do tamanho e proporções da pessoa jurídica em questão, ela não necessariamente pode ser pequena, imagina-se uma transnacional de qualquer ramo e uma instituição financeira, ambas tem poder econômico, um corpo jurídico que as defende e não contraem problemas informacionais. Isso não impede que a transnacional seja caracterizada como vulnerável em uma relação de consumo bancária, quando essa se depara com os contratos de fornecimento de crédito.

Dessa feita, pode-se dizer que o CDC alcança todas as relações de consumo financeiro, quando foi entendido pelo Superior Tribunal Federal (STF) estendendo a aplicação nas relações de consumo entre instituições financeiras e seus usuários na ADI³ 2.591-ED, Rel. Min. Eros Grau, j. 14.12.2006, *DJ* de 13.04.2007-cf. item 14.10.19. Ação movida pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras (Consif) que alegava a inconstitucionalidade da aplicação e extensão do CDC para os serviços de natureza bancária e obtiveram seu pedido negado.

[...] As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 'Consumidor', para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda a pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. Ação julgada improcedente. (STF ADI 2.591-ED, Rel. Min. Eros Grau, j. 14.12.2006, *DJ* de 13.04.2007-cf. item 14.10.19)

2.3 Fornecedor

Para tratar de fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º tem a redação ampla e define.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990)

Por tanto, tem-se aqui o outro lado da relação de consumo, ora, conforme visto consumidor será alguém que irá usufruir e ou exaurir bens e serviços como destinatário final, o fornecedor é tido como quem oferece, fornece o que será consumido no mercado.

Nitidamente o legislador mais uma vez permitiu uma ampliada definição no diploma

³ Entenda-se por ADI a abreviatura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

legal, isso porque não define três pontos cruciais da relação jurídica de consumo, a natureza do fornecimento, o regime jurídico que se encontra esse fornecedor e as questões pertinentes à nacionalidade de quem irá fornecer. Essa horizontalidade é posta por Miragem da seguinte forma, “São abrangidos, pelo conceito, tanto empresas estrangeiras ou multinacionais, quanto o próprio Estado, diretamente ou por intermédio de seus órgãos e entidades [...]”. (MIRAGEM, 2016, p. 176).

A abrangência do CDC tem sua lógica quando é interpretada no sentido de alcançar o maior número de entes na cadeia de consumo, conforme descreve Marques:

[...] a definição de fornecedor no art. 3º, do CDC é tão ampla, para que um maior número de relações possa estar no campo de aplicação do CDC, uma vez que decisiva é mesmo – por mandamento constitucional – a presença de um consumidor.”. (MARQUES, BENJAMIN, BESSA, 2008, p.79).

Isso é fático quando se lembra de que o CDC não abarca relações entre dois consumidores não profissionais, que são puramente civis, quais são guardados pelo CC/2002. A Lei n.º 8.078/90 determina, no artigo 3º, parágrafo primeiro e segundo, a distinção do que vem a ser o produto e o serviço.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

Diante do exposto pela legislação, deve-se observar a diferenciação entre o fornecedor de produtos e o prestador de serviços, já que, ambos estão ligados pelo fornecimento. Sobre isso, Bolzan explana que:

Sobre o tema, contudo, constataremos nos próximos subitens que tal amplitude não é absoluta, em razão das peculiaridades que cada sujeito deverá atender para seu enquadramento no conceito de fornecedor, bem como em decorrência da indissociabilidade da sua definição com os conceitos de produto e serviço, objetos da relação de consumo. Um exemplo disso refere-se à necessidade da remuneração, ainda que indireta, para que o serviço possa ser considerado objeto de dada relação de consumo, fato que irá influenciar a definição de fornecedor, indicando o fim econômico da atividade de fornecimento. (BOLZAN, 2013, p. 150).

Continua Bolzan “Em suma, desta extensão conceitual podemos concluir que fornecedor é todo aquele que coloca produto ou presta serviço no mercado de consumo”, ou seja, por lógica toda pessoa independente de sua natureza, que está na cadeia de consumo, inserindo ou disponibilizando bens e serviços são os fornecedores para o CDC. (BOLZAN, 2013, p. 149).

2.4 Vulnerabilidades e hipossuficiência

sabe-se que a Lei n.º 8.078/90 tem princípios não abarcados pelo Código Civil anterior, conforme conflagra uma citação dentro da obra de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, “Na verdade, como expõe Rodolfo Pamplona Filho em suas

palestras, o Código Civil de 1916 era norma estruturada apenas para o amparo de uma figura jurídica: o *fazendeiro casado*.” Essa ideia só muda com o advento do CC de 2002, que passa a convergir aos princípios elencados pelo CDC. (TARTUCE, NEVES, 2017, p. 30).

Ao adentrar nas definições de vulnerabilidade e hipossuficiência e suas aplicações nas relações de consumo, frisa-se a necessidade das devidas distinções sobre cada instituto, que por vezes é confundido, ou tido como sinônimo em termos leigos.

Dentre muitos princípios que a Lei n.º 8.078/90 define, para os fins dessa pesquisa, o da vulnerabilidade é eleito com diferenciada importância, porque para as relações de consumo o inciso I do artigo 4º é expresso, “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;” ou ainda na fala de Bolzan:

De fato, o princípio da vulnerabilidade do consumidor norteará toda a Política Nacional das Relações de Consumo, na medida em que identifica quem é o sujeito mais fraco da relação — o consumidor — e a ele confere um sistema tutelar cujo único propósito é reequilibrar uma relação jurídica tão desigual como é a de consumo. (BOLZAN, 2013, p. 301).

Nessa toada, entende-se que a vulnerabilidade expressa na redação citada tem caráter isonômico, isto é, tentativa de nivelar a fraqueza, falta de condição negocial, econômica, ou de outra natureza do consumidor perante os fornecedores de bens e prestadores de serviço. Outrossim, Nunes reforça a ideia com o seguinte pensamento: “Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico”. (NUNES, 2012, p. 178).

Convergindo a ideia, o CDC, em sua seção IV – Das Práticas Abusivas, dita no inciso IV do artigo 39 que veda aos fornecedores de bens e serviços dentre outras práticas “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;”. (BRASIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

Mesmo com todo esse amparo, conforme explica Miragem, o fato de a legislação determinar todo consumidor vulnerável, não é necessariamente uma leitura com ótica absoluta: “O reconhecimento de presunção absoluta da vulnerabilidade a todos os consumidores não significa, contudo, que os mesmos serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor.”, pois, dessa forma, com esse pensamento destaca-se que a vulnerabilidade não é igualmente aplicada para todos os consumidores, nesse caso entende-se que existem espécies diferentes de vulnerabilidade. (MIRAGEM, 2016, p. 129).

Dividindo a vulnerabilidade em quatro grandes grupos tem-se a natureza técnica, jurídica-científica, fática e informacional. Partindo da ideia técnica, essa vulnerabilidade consiste na disparidade do consumidor sobre os aspectos técnicos dos produtos ou serviços consumidos, isso causado pela máxima de que o fornecedor é o detentor dos conhecimentos específicos dos bens e serviços disponibilizados no mercado de consumo.

Bolzan explica:

Sendo ele o presumido *expert* da relação, o conhecedor, por exemplo, da matéria-prima utilizada na confecção de um terno, da espécie de placa-mãe que integra um computador ou do tipo do agrotóxico utilizado na produção de hortifrutigranjeiros, restou para o outro sujeito — o consumidor — o qualificativo da vulnerabilidade nas questões de ordem técnica. O que determina a vulnerabilidade, neste caso, é a falta de conhecimentos específicos pelo consumidor e, por outro lado, a presunção ou exigência destes conhecimentos pelo fornecedor. (BOLZAN, 2013, p. 293).

Na espécie jurídico-científico, sugere-se que o consumidor seja vulnerável a matérias de Direito, como outras ciências do conhecimento, como economia, contabilidade, engenharia ou outra área das exatas por exemplo. Essa espécie será a de maior importância na análise dos contratos de crédito.

Tal situação se deve à evidente fraqueza do consumidor na apreciação das cláusulas dos contratos de consumo que são, em sua maioria, contratos de adesão, cuja elaboração é realizada exclusivamente pelo fornecedor. A impossibilidade de se discutirem os termos da contratação no contrato-formulário maximiza a vulnerabilidade jurídica do consumidor. (BOLZAN, 2013, p. 294).

A terceira espécie de vulnerabilidade é a fática, que tem característica de vastidão, ou seja, é muito abrangente, pois, é voltada em sua gênese para questões socioeconômicas. Nesse caso, o que irá definir sua aplicação é o caso em concreto, visto que essa vulnerabilidade permeia as demais.

Trata-se de modalidade aberta de vulnerabilidade capaz de albergar situações outras que no caso concreto identificam a fragilidade de uma das partes, como no caso do consumidor crédulo, o mais humilde, que se deixa levar pela conversa enganosa de um vendedor que afirma ser o melhor presente a joia mais cara daquele estabelecimento. (BOLZAN, 2013, p. 295).

Por fim, na respectiva ordem encontra-se a vulnerabilidade informacional, essa pode ser considerada a mais nociva entre as quatro espécies, isso porque ela está diretamente ligada ao *marketing*, uma vez que certo é o ditado popular “a propaganda é a alma do negócio”. Essa ideia em um primeiro momento leva ao pensamento de que o consumidor é vulnerável à publicidade geral, ora, como poderia o consumidor testar a eficácia e ou veracidade de determinado produto ou serviço exposto no mercado. Tendo em vista, que a todo o momento é possível estar sujeito a ver/ouvir uma propaganda, rádio, televisão, banner, mídia digital, etc.

Referem-se basicamente à importância das informações a respeito dos bens de consumo e sobre sua influência cada vez maior no poder de persuadir o consumidor no momento de escolher o que comprar ou contratar no mercado consumidor. (BOLZAN, 2013, p. 295- 296).

Prova-se, portanto, que o legislador do Código de Defesa do Consumidor foi assertivo nas questões abordadas na vulnerabilidade e hipossuficiência, uma vez que se teve uma revolução no mercado tecnológico na última década, impulsionando o mercado de consumo de forma agressiva, somado ao potencial de alcance da publicidade. Esse é somente um

exemplo de muitas outras áreas de consumo que cresceram exponencialmente, e que, por consequência, trouxeram cada vez mais a necessidade da lei consumerista.

Como já dito, não se pode confundir o exposto sobre a vulnerabilidade com a hipossuficiência. Tão logo examina-se o que a Lei n.º 8.078/90 retrata sob esse aspecto no artigo 6º, inciso VIII.

VIII - A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

A definição dada por Miragem sobre o tema é bem exemplificativa.

No caso da hipossuficiência, presente no artigo 6º, VIII, do CDC, a noção aparece como critério de avaliação judicial para a decisão sobre a possibilidade ou não de inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Refere a norma em comento indicando direito básico do consumidor: “A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Ou seja, nem todo o consumidor será hipossuficiente, devendo esta condição ser identificada, pelo juiz no caso concreto. Trata-se, portanto, de um critério que depende, segundo duas linhas de entendimento: a) a discricionariedade do juiz, permitindo que ele identifique, topicamente, a existência ou não de debilidade que dificulte ao consumidor, no processo, sustentar suas alegações com provas que demonstrem a veracidade das suas alegações; b) de conceito indeterminado, cujo preenchimento de significado deve se dar segundo critérios objetivos, porém, sem espaço de escolha para o juiz, senão de mera avaliação dos fatos da causa e sua subsunção à norma. (MIRAGEM, 2016, p. 126).

Outro ponto é observado por Nunes quanto à ideia de hipossuficiência, que além de vulnerável seja também hipossuficiente por considerar: “que hipossuficiência é um *plus* em relação à vulnerabilidade.”, (NUNES, 2012), retrata o autor com esse trecho em sentido que, mesmo a hipossuficiência acaba por ser um agravante da condição vulnerável do consumidor. Em caráter processual conforme demonstrou Miragem no parágrafo anterior, ela, em muitas situações, será um complemento da vulnerabilidade do consumidor. (NUNES, 2012, p. 476).

No entanto, mesmo que para algumas situações do mercado de consumo, o consumidor tenha um “bônus” de proteção pela hipossuficiência, Tartuce e Neves, ressaltam que:

Ao contrário do que ocorre com a vulnerabilidade, a hipossuficiência é um conceito fático e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto. Assim sendo, todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente. Logicamente, o significado de hipossuficiência não pode, de maneira alguma, ser analisado de maneira restrita, dentro apenas de um conceito de discrepância econômica, financeira ou política. (TARTUCE, NEVES, 2017, p. 35).

Quando observada a clareza da hipossuficiência, aplica-se a inversão do ônus da prova. A inversão do “*onus probandi*” acontecerá quando o consumidor estiver em clara desvantagem em relação aos fornecedores. O estado de desvantagem é necessariamente, quando o consumidor tem dificuldade em tornar verídicas as alegações, ou formar

provas documentais, por exemplo. Logo passa a ideia de diminuição de capacidade do consumidor, ou seja, nota-se um desequilíbrio nas relações de consumo.

Nunes exemplifica a questão da hipossuficiência demonstrando o estado de necessidade da inversão do ônus se referindo aos contratos.

É evidente que o consumidor é da mesma forma, hipossuficiente para contratar. Não tem ele conhecimento técnico que lhe permita entender o conteúdo das cláusulas contratuais. Tanto mais levando-se em conta que os contratos são típicos de adesão a cujas cláusulas são impostas unilateralmente pelo fornecedor (ou são outras formas de contratar — como veremos adiante — por conteúdo ao qual o consumidor não tem acesso). (NUNES, 2012, p. 675).

É assertiva a questão contratual para o fim exemplificativo, como já mencionado, a hipossuficiência é condição a ser apurada no campo processual e, nesse sentido, nada tem a ver com a condição econômica do consumidor. Disserta Nunes sobre esse ponto da condição financeira do consumidor para com a ideia probatória.

Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais “pobre”. Ou, em outras palavras, não é por ser “pobre” que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material. (NUNES, 2018, p. 582).

Em hipótese imagina-se um engenheiro civil que contrata uma empresa de construção para a reforma de sua casa, como consumidor final da prestação de serviço, o mesmo está vulnerável, mas, não necessariamente hipossuficiente. Isso por presumir que ele não teria dificuldades em formular provas contra a construtora pela execução do serviço em virtude de sua formação. Caso fosse engenheiro mecânico, químico ou florestal, ele manteria a vulnerabilidade e possivelmente estaria em condição de hipossuficiência, assim podendo pedir a inversão do ônus da prova.

Essa diferenciação fez-se necessária, pois, ambos os temas encontram-se presentes na legislação e sem essa feita não é possível continuar a discorrer sobre o próximo tema que tratará dos contratos de fornecimento de crédito.

2.5 Do fornecimento de crédito

Após expor de maneira sucinta os conceitos de consumidor e fornecedor, suas características na cadeia de consumo, chega-se aos contratos, mais especificamente aos contratos de fornecimento de crédito.

Nesse caso, é presumidamente universal para as matérias que versem sobre contratos, o instituto da boa-fé, que tem divisão em caráter objetivo e subjetivo. A cláusula da boa-fé objetiva é reconhecidamente aplicada, desde antes do Código Civil de 2002. Cabe ressaltar que, o Código Civil de 1916, expunha somente sobre a boa-fé subjetiva. Vejamos como a Lei n.º 8.078/90 trata da boa-fé no artigo 4º, inciso III, que é observada pela doutrina como objetiva.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e

compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (BRASIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

Nesse diapasão, Bolzan elenca a boa-fé como força principiológica do Direito do Consumidor:

O princípio da boa-fé representa no plano infraconstitucional tudo aquilo que o princípio da dignidade da pessoa humana significa para a ordem constitucional contemporânea. A boa-fé passa a ser então “um dos princípios basilares do direito do consumidor, assim como no direito privado em geral”. (BOLZAN, 2013, p. 311, grifo do autor.).

Ao passar pelo instituto da boa-fé, é pertinente saber seu emprego subjetivo que está no plano intrínseco, abstrato, sendo uma questão de conduta. Nesse caso, procura-se saber se o indivíduo tinha ciência do vício ante ao ato jurídico.

Do outro lado, a boa-fé objetiva é de caráter comportamental dos indivíduos, presume-se que os dois polos da relação de consumo, consumidor e fornecedor ajam de boa-fé. Conforme explanam Miragem e Nunes respectivamente:

A boa-fé está prevista expressamente no artigo 4º, III, do CDC. É necessário distinguir, todavia, entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Quando se trata do princípio da boa-fé, faz-se necessariamente, referência à boa-fé objetiva. Isto porque a boa-fé subjetiva não se trata de princípio jurídico, mas tão somente de um *estado psicológico* que se reconhece à pessoa e que constitui requisito presente no suporte fático presente em certas normas jurídicas, para produção de efeitos jurídicos. A boa-fé subjetiva, neste sentido, diz respeito, invariavelmente, à ausência de conhecimento sobre determinado fato, ou simplesmente a falta da intenção de prejudicar outrem (assim, por exemplo, quando se diga que determinada pessoa “agiu de boa-fé”). (MIRAGEM, 2013, p. 145, grifo do autor).

Deste modo, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes.

A boa-fé objetiva é uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal. Toda vez que no caso concreto, por exemplo, o magistrado tiver de avaliar o caso para identificar algum tipo de abuso, deve levar em consideração essa condição ideal *a priori*, na qual as partes respeitam-se mutuamente, de forma adequada e justa. (NUNES, 2012, p. 181).

Agora já dado os conceitos da aplicabilidade da boa-fé pode-se passar para os contratos de fornecimento de crédito, com foco nos incisos II e III do artigo 52 que determina:

No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;

II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;

III - acréscimos legalmente previstos;

IV - número e periodicidade das prestações;

V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos. (BRASIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 1990).

Nesse caso o legislador do CDC entendeu que deveria especificar as regras de concessões de crédito e financiamento. Isso porque, os contratos com as instituições financeiras têm objetivo de formalização da relação de consumo.

Tendo em vista que os polos são formados por consumidores e fornecedores, trata-se o consumidor como cliente, potencial devedor, aquele que é o destinatário final do crédito e banco como credor, o detentor da dívida, aquele que crê na devolução do crédito, que fornecerá dinheiro, prestação de serviços de natureza financeira ou outra qualquer ao consumidor.

Quando fala-se de contrato de crédito, a norma consumerista não especifica o contrato de consumo, isto é, não aborda o instrumento pelo qual fará força de lei entre as partes, consumidor e fornecedor. Nesse rumo, a compreensão é que o CDC englobaria todos os contratos até os de natureza mercantil, o que poderia gerar um conflito aparente na aplicabilidade de normas nos contratos. Seguramente não há que se falar em conflito entre diplomas legais, pois, não será aplicado o código consumerista quando alcançar, ou não for por ele explícito, conforme explica Ronaldo Alves de Andrade:

Tratando-se de contrato de consumo, a relação jurídica estará juridicamente regulada pelo microsistema do Código de Defesa do Consumidor, estando afastada a aplicação de qualquer outro diploma legal, salvo subsidiariamente, quando a lei consumerista não tratar de forma específica do tema. (ANDRADE, 2006, pág. 283).

O que significa que haverá a admissão de outra norma sem conflito, como recorrer-se do CC, ou de qualquer outra lei extravagante quando o CDC não for capaz de fornecer guarida à suposta demanda.

Diante do artigo 52 do CDC, denota-se que ele está ligado diretamente ao instituto da boa-fé objetiva, sendo que a prática das instituições financeiras nem sempre vão ao encontro com sua redação. Indiferente se o consumidor é pessoa física ou jurídica, ele está à mercê de práticas abusivas do mercado financeiro, principalmente nas questões de juros. Tema dos incisos II e III que constantemente se fazem presente na realidade nacional, tornando muito caro o crédito aos consumidores em geral.

Esse abuso econômico é consequência de uma jurisprudência majoritária permissiva, onde não cumpre o verdadeiro propósito da lei consumerista, pois, conforme visto na

ADI 2.591 o CDC é aplicado nas relações bancárias, nesse ponto, é lamentável que as instituições bancárias do país não estejam sob a aplicabilidade da lei de USURA⁴ pelo fato de integrarem o sistema nacional financeiro. Isso prova-se verdadeiro quando lido a súmula nº 596 do STF *in verbis*: “As disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional”.

Outro desapontamento é com a súmula n.º 283 do STJ *ipsis litteris*: “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.”. Tartuce e Amorim concordam no pensamento da Lei de Usura estar alinhada aos ideais de proteger o consumidor.

Compreendemos que a Lei de Usura está em total sintonia com a proteção dos vulneráveis (consumidores e aderentes contratuais), constante do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, devendo, pois, ser estabelecido um limite para os juros convencionais. (TARTUCE, NEVES, 2017, p. 194).

Nota-se que o Poder Judiciário está muito aquém do propósito da Lei n.º 8.078/90, no sentido de minimizar os danos no desequilíbrio entre consumidor e fornecedor, dissonante entre aplicar o CDC nas relações de consumo e permitir os abusos exorbitantes na cobrança de juros pelas instituições financeiras. Não obstante, em 2015 reiterou outra súmula do STJ, a de n.º 530 que está travestida de interesse do polo mais frágil da relação de consumo.

Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.(BRASIL, STJ, 2015, súmula n.º 530)

Alerta-se que nessas condições as regras do mercado financeiro se sobrepõem ao direito positivado, ora, por óbvio é possível pensar que o consumidor por vezes é refém das instituições de financeiras, porque, são elas que fixam as taxas de juros. Sobre isso Tartuce e Neves dizem que:

Infelizmente, a questão se estabilizou de tal forma no Superior Tribunal de Justiça que, em 2015, foi editada a sua Súmula nº 530, segundo a qual “nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada – por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos –, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor”. Apesar de se mencionar a taxa mais vantajosa ao devedor, a verdade é que têm prevalecido as abusivas taxas de mercado. (TARTUCE, AMORIM, 2017, p. 195, grifo do autor).

Após o exposto, demonstra-se que os interesses do mercado financeiro sobreposto ao direito, causam um fenômeno ou efeito de superendividamento para os consumidores em geral, pessoas físicas ou jurídicas em decorrência da concessão de crédito facilitado

4 Entende-se por Lei de Usura a lei que dispõe sobre os juros nos contratos e de outras providencias.

a juros altos, geralmente abusivos. Esse tipo de endividamento é característico do consumidor que está sempre impossibilitado de forma global de pagar suas contas, isso porque, ele está em um ciclo desequilibrado mesmo agindo de boa-fé, salvo as dívidas com o fisco ou advindas de causas penais.

Tem notoriedade as palavras da Ministra Nancy Andrichi em julgado prolatado em 2012, que traduzem as condições dos consumidores superendividados:

Em matéria de contratos bancários, os juros remuneratórios são essenciais e preponderantes na decisão de contratar. São justamente essas taxas de juros que viabilizam a saudável concorrência e que levam o consumidor a optar por uma ou outra instituição financeira. Entretanto, apesar de sua irrefutável importância, nota-se que a maioria da população brasileira ainda não compreende o cálculo dos juros bancários. Vê-se que não há qualquer esclarecimento prévio, tampouco se concretizou o ideal de educação do consumidor, previsto no art. 4º, IV, do CDC. Nesse contexto, a capitalização de juros está longe de ser um instituto conhecido, compreendido e facilmente identificado pelo consumidor médio comum. A realidade cotidiana é a de que os contratos bancários, muito embora estejam cada vez mais difundidos na nossa sociedade, ainda são incompreensíveis à maioria dos consumidores, que são levados a contratar e aos poucos vão aprendendo empiricamente com suas próprias experiências. A partir dessas premissas, obtém-se o padrão de comportamento a ser esperado do homem médio, que aceita a contratação do financiamento a partir do confronto entre taxas nominais ofertadas no mercado. Deve-se ainda ter em consideração, como medida da atitude objetivamente esperada de cada contratante, o padrão de conhecimento e comportamento do homem médio da sociedade de massa brasileira. Isso porque vivemos numa sociedade de profundas disparidades sociais, com relativamente baixo grau de instrução. (STJ – REsp 1.302.738/SC – Rel. Min. Nancy Andrichi – Terceira Turma – j. 03.05.2012 – *DJe* 10.05.2012)

Em suma, conforme já visto o consumidor sempre está em desvantagem perante o fornecedor, sendo que para as questões negociais com as instituições financeiras ainda mais. Destaca-se que nos contratos de fornecimento de crédito o consumidor é vulnerável e hipossuficiente, pois, poucas pessoas têm compreensão plena da forma como operam as instituições financeiras e por consequência encontram dificuldades para blindar-se dos abusos cometidos por elas, sem ter que recorrer a um advogado para provocar o Poder Judiciário e ter seus direitos assegurados.

Na esteira dos fornecimentos de crédito, torna-se necessário fazer observações sobre o mais novo instituto que envolve esse tipo de serviço, a Lei Complementar nº 167 de 2019, esta lei dispõe sobre empresas de fornecimento simplificado de crédito, a (ESC). Isso porque a norma em questão passou a vigorar após o início da presente pesquisa.

A ESC passou a alterar outras leis como, a Lei de Lavagem de Dinheiro, a Lei do Simples Nacional e a Lei do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica. Nesses termos, com as mudanças apresentadas pelo novo diploma legal, não invadindo a seara do Direito Econômico, alerta-se que há possibilidade de impactos na política monetária⁵ que não são mensuráveis até o presente momento. Esse novo tipo de fornecimento de crédito não é caracterizado como instituição financeira e em teoria poderá ser mais um fator no

5 Entende-se por política monetária a política econômica que controla a quantidade de dinheiro em circulação, das taxas de juros e do crédito de um país.

superendividamento.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dita a Carta Magna, o direito é igual para todos, mas, sabe-se que a sociedade é desigual, fazendo-se necessária a proteção do consumidor. A pesquisa comprovou que mesmo aplicando-se o CDC nas relações de consumo bancário, não necessariamente o consumidor estará protegido dos abusos cometidos pelas instituições financeiras. Nesses termos, pode-se ponderar que a não aplicação da Lei de Usura no sistema financeiro nacional é ponto pertinente a comprovar que esse tipo de consumidor está sempre à própria sorte dos bancos.

Logo, o consumidor estará hipoteticamente em estado permanente de vulnerabilidade e por consequência, se for a juízo estará em condição hipossuficiente, quanto à formulação de provas que poderiam em tese, provar os abusos cometidos pelos fornecedores de crédito.

Como já visto, para os adotantes da teoria finalista, como Marques, é de suma importância frisar a vulnerabilidade do consumidor na cadeia consumerista e o Poder Judiciário tem parcela de culpa no que diz respeito a não aplicar os mecanismos jurídicos possíveis para a proteção do consumidor. Cabe frisar que levou quase quinze anos entre a vigência do CDC até seu reconhecimento estendido aos contratos bancários pelo STF.

Por fim, este artigo procurou demonstrar que o superendividamento é ocasionado em parte pela falta de aplicabilidade de lei vigente que busca equilibrar as cobranças de juros, no sentido de agregar ao CDC o combate das práticas abusivas do mercado financeiro, buscando veracidade na afirmação de que o consumidor é constantemente vulnerável independentemente de sua natureza.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 25 de maio de 2019.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em 25 de maio de 2019.

BRASIL. Lei 167 de 24 de Abril de 2019. Lei Complementar de Empresa Simples de Crédito. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp167.htm> Acesso em 25 de maio de 2019.

MANKIN, Nicholas Gregory. **Macroeconomia**. 8. ed. São Paulo: Grupo Editora Nacional, 2014.

MARQUES, Claudia Lima.; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio.; NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor Direito Material e Processual**. 6. ed. São Paulo: Grupo Editora Nacional, 2017.

A NEGOCIAÇÃO E A CULTURA DA PACIFICAÇÃO: A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO EFICAZ DO ADVOGADO DIANTE DA CRISE ECONÔMICA

Data de aceite: 03/08/2020

Danielle Cupello

O presente artigo foi elaborado pela advogada Danielle Cupello para a XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira.

RESUMO: Esse artigo analisou a técnica da negociação, seu impacto positivo na atuação dos advogados e sua valorização como instrumento eficaz para a solução de conflitos que se multiplicaram, principalmente após a grave crise econômica dos últimos anos que atingiu diversos contratos e empresas. Nos últimos 20 anos, vários países desenvolvidos, dentre eles os Estados Unidos, incluíram essa técnica no currículo acadêmico e desenvolveram centros específicos para o seu desenvolvimento, dando uma maior visibilidade a sua utilização. Um novo padrão tem sido observado na aplicação da técnica da negociação, com uma diminuição do enfoque ganhar-perder, baseado na confrontação e no domínio sobre a outra parte, para o fortalecimento do enfoque baseado na negociação cooperativa, na qual se busca a satisfação de interesses e não somente a avaliação das condições de confrontação. A

tendência moderna é a atividade negociadora deixar de ser privativa de alguns profissionais, transformando-se em instrumento a ser utilizado por todos. Para enfrentar os desafios diários da advocacia, são necessárias ações por parte do advogado com foco na sua formação e no constante estudo do direito e dos avanços que a cultura da pacificação tem trazido, bem como na necessidade de troca de informações com outros setores do mercado, o que propiciará uma visão global do negócio e de seus impactos, para a melhora da eficiência de sua atuação, dinamizando seus canais de interlocução e influenciando nos resultados a serem alcançados nas demandas a ele submetidas.

PALAVRAS-CHAVE: Negociação; crise econômica; conflito; cultura da pacificação.

THE NEGOTIATION AND CULTURE OF
PACIFICATION: THE IMPORTANCE OF
THE EFFECTIVE PERFORMANCE OF THE
LAWYERS IN FACE OF THE ECONOMIC
CRISES

ABSTRACT: This article analysed the tactics of negotiation, its positive impact in the lawyer's performance and its valorisation as an effective

tool as a solution towards the multiplying conflicts, mainly after the severe economic crises of the last years that had impact on contract and companies. In the last 20 years several developed countries, such as the United States, embraced these tactics in its college and university programme and created specific focal points for its development giving a greater view to its utilisation. A new standard has been observed in the application of the negotiation tactics, with a decrease in the win-lose focus, based on the confrontation and in the control over the other part, for the strengthening of the approach on the cooperative negotiation, which seeks to satisfy interests and not only the evaluation of the confrontation conditions. The modern tendency is that, the negotiation activity no longer be exclusive to some professionals only, its instrument should be transformed capable to be used by everyone. To face the daily legal professional challenge, it is necessary the engagement of the lawyer based on the lawyer background and a constant course of study and improvements that the pacification culture has been giving, as well as, importance of enchase of information with the other market sectors. This will propitiate a global vision of the business and its impacts, a better performance efficiency, causing its interlocution channels to become more dynamic and influencing the results of its demands to be achieved.

KEYWORDS: Negotiation, economic crises, conflict, pacification culture.

1 | INTRODUÇÃO

Um dos temas mais debatidos na sociedade nos últimos anos tem sido a crise enfrentada pela justiça brasileira, sobre a qual tomamos ciência todos os dias por meio dos profissionais atuantes e dos próprios meios de comunicação.

Há vários anos atrás, em 1975, o Supremo Tribunal Federal apresentou um extenso “Diagnóstico sobre a Reforma do Poder Judiciário”¹, no qual já relatava a existência de tal crise na justiça brasileira que, com o passar dos anos, veio se agravando. Na atualidade os Tribunais de Justiça de cada estado, bem como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal divulgam, entre outras informações, as relativas à quantidade de novos processos, processos em curso e julgamentos realizados, e os dados são alarmantes.

O descompasso entre a solução de litígios e a capacidade do Estado de responder a esses anseios não é um privilégio brasileiro e também não é novo, como demonstram os estudos desenvolvidos pelos professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, da Universidade de Stanford nos Estados Unidos, em sua importante obra “Acesso à Justiça”², em que registram a sobrecarga da Justiça americana desde a década de 70, apresentando métodos alternativos de solução de conflitos, dentre eles destacam-se o juízo arbitral, os juizados de pequenas causas e a conciliação informal.

1 **Diagnóstico sobre a Reforma do Poder Judiciário.** Relatório apresentado pelo Supremo Tribunal Federal ao Governo Federal no ano de 1975.

2 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 168.

A redescoberta dos métodos alternativos de solução de conflitos (ADR – *alternative dispute resolution*), também conhecidos como métodos adequados de resolução de conflitos, emergem de um cenário em que a sociedade, ainda mais globalizada e interdependente, exige a solução de controvérsias de forma bem mais simplificada, rápida, confidencial e menos onerosa.

Não obstante os ADRs trazerem uma simplificação e modernização muito grande no campo do direito, mas não se limitando a este, a nossa cultura ainda se mantém arraigada a uma tendência mais tradicionalista e ainda hoje preferem-se soluções que envolvam a decisão de um Juiz. Entretanto, o tradicionalismo cede espaço para uma substancial mudança na preferência **(i)** pela arbitragem, notadamente após a edição da Lei n. 9.307/1996, alterada pela Lei n. 13.129/2015; **(ii)** pela conciliação, vastamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para as previsões contidas no Código de Processo Civil, após as alterações da Lei 13.105/2015, e na Lei dos Juizados Especiais e, mais recentemente, **(iii)** pela mediação, a partir da publicação da Lei n. 13.140/2015.

O objetivo deste artigo é empreender uma breve reflexão acerca da importância do desenvolvimento dessas técnicas, em especial da negociação, na formação do advogado, num contexto da cultura da paz, da necessidade de sua interação com profissionais de outros setores, e dos impactos dessas mudanças em sua sistemática de atuação.

2 | CONCEITOS E REFLEXÕES

A resolução de conflitos é fundamental para a manutenção dos contratos, principalmente os de médio ou longo prazo, e dos próprios negócios diante da grave crise econômica que se apresentou nos últimos anos em nosso país. Os operadores do direito assumem papel relevante e necessitam buscar a melhora de sua formação e ampliar seus conhecimentos diariamente, inclusive, para agregarem noções de economia e administração ao seu campo profissional.

A atuação colaborativa do advogado em conjunto com profissionais de outras áreas, tais como, administradores, economistas, contadores e engenheiros, tem por finalidade estimular a condução adequada para a solução de eventual desajuste surgido no âmbito de um contrato ou do próprio negócio, com o objetivo de sua continuidade e, para isso, a forma de atuar do advogado é fundamental ao representar os interesses de seu cliente e ao negociar.

As ações de negociar precisam ser habituais dentro do exercício da advocacia, tanto pelos advogados internos quanto pelos externos, pois propiciam um entendimento mais claro dos pontos onde os conflitos já existem e de outros riscos potenciais, tudo voltado para a continuidade das relações e, conseqüentemente, dos contratos e dos negócios.

Uma questão que tem merecido destaque nos últimos anos, e se intensificado com a

crise econômica brasileira, diz respeito à quantidade de empresas que têm experimentado gravíssimos problemas relacionados ao cumprimento de seus contratos, fruto de falhas na gestão de sua própria estrutura organizacional.

Diante do atual cenário do país, há uma necessidade maior de reavaliação do papel do advogado interno na estrutura organizacional da empresa, com a ampliação de sua visão, inclusive, quanto a aspectos econômicos relacionados aos contratos ou negócios que são desenvolvidos pela empresa onde trabalha. Já o advogado externo também necessita analisar a demanda de seu cliente de forma mais ampla, sem restringir-se aos aspectos legais que a envolvem, o que permitirá a apresentação de soluções jurídicas em consonância com profissionais de outras áreas, que certamente serão mais adequadas e menos onerosas para a questão a ele submetida, seja na resolução de um conflito ou na viabilização de um projeto ou negócio.

Um bom exemplo encontramos quando a questão sob análise vem pautada pela busca por reparação pelo inadimplemento de um contrato realizado com outra empresa, em que nem sempre a estratégia jurídica que leve a quebra da empresa inadimplente é a melhor ou a mais adequada solução do problema, seja ela proposta pelo advogado interno ou externo. Os advogados, nesse sentido, precisam estar preparados para sempre reavaliar a estratégia elaborada, principalmente para contemplar as informações e perspectivas das demais áreas financeira, contábil e administrativa.

Assim, pensar o Direito de forma estanque e somente sob a ótica das regras jurídicas existentes, e que podem ser aplicadas, é estreitar a perspectiva da melhor solução a ser alcançada, pois resultados melhores podem ser obtidos quando outras áreas são envolvidas e ajudam na avaliação dos riscos e na apresentação de opções para a resolução do conflito.

Por esse motivo, é recomendável que o advogado tenha em sua formação o claro entendimento do que seja a análise econômica do Direito, de forma que possa verificar como a ciência da economia pode impactar na ciência do direito positivamente.

Nesse contexto, podemos identificar a importância da economia para o direito a partir das contribuições científicas trazidas pelos laureados com o Prêmio Nobel dos últimos anos de 1992, 2016 e 2017.

O professor Gary Becker recebeu o Prêmio Nobel em Economia em 1992, em razão de seus estudos que trouxeram importantes contribuições no campo do Direito Criminal. Nas palavras de Luciano Timm e Gustavo Olsson (2012. p. 111-131):

o seu maior mérito foi exatamente tentar pensar os problemas de outras ciências e disciplinas (como sociologia, criminologia) preocupadas com o comportamento humano com o auxílio do ferramental da teoria econômica” e continuam “trata-se de um modelo direcionado a pensar a ação criminoso dentro de um contexto social e econômico – um agente que busca lucratividade (em um sentido amplo, como dinheiro, bens e utilidades) – com o intuito de contribuir para o avanço social, racionalizando custos e políticas e/ou

melhor compreendendo a violência, e, a partir de um ferramental novo, buscar soluções diferenciadas³

Os professores Oliver Hart e Bengt Holmström, respectivamente, professores de Harvard e do Instituto de Tecnologia de Massachusetts, ambos em Cambridge nos Estados Unidos, receberam o Prêmio Nobel de Economia 2016 pelas pesquisas iniciadas na década de 1970 e que trataram da busca por modelos melhores de contratos, trazendo importantes e realistas contribuições para a Teoria dos Contratos ao sustentar que não existem contratos perfeitos e que diferentes situações de mercado exigem diferentes acordos e soluções.

De fato, as pesquisas apresentadas não determinam o que efetivamente é considerado um bom contrato, uma vez que isso depende de inúmeras variáveis, mas levam as partes envolvidas naquela contratação a buscarem, de forma clara e objetiva, as questões relevantes que podem impactá-la.

Revelam os estudos de Hart e Holmström que é preciso permitir que todos os envolvidos busquem cooperar desde a elaboração até a resolução do contrato. No artigo publicado sobre esse tema, os professores Luciano Timm e Luciana Yeung sustentam que (2016):

a incompletude dos contratos faz com que exista, por exemplo, o risco de seleção adversa e a possibilidade de o contratante ter que transacionar contratualmente com parte que não se desejaria.

Ademais, a análise econômica dos contratos revela os problemas concretos derivados dos problemas de agência (conflitos de interesse entre contratantes) e a necessidade de uma regulação desse problema por meio da imposição de deveres fiduciários de administradores frente à companhia, de agentes frente aos principais, do empregado frente ao empregador, entre outros.

Nesse contexto analítico, o contrato passa a ser visto como mecanismo de coordenação e organização das atividades econômicas, sendo um elemento de incentivos ou desincentivos comportamentais.⁴

Recentemente o Prêmio Nobel em Economia de 2017 foi entregue para o professor Richard H. Thaler, da Universidade de Chicago, que fez carreira mostrando que nem todas as decisões de consumo são racionais e, em seu trabalho, concluiu que a tomada de decisão de um indivíduo passa por análises econômicas e psicológicas.

Esse ponto é de extrema importância, pois nem sempre as decisões tomadas no momento da contratação são racionais, o que significa dizer que eventuais problemas pela má avaliação daquela decisão de consumo poderão ocorrer.

Diante dessas relevantes contribuições trazidas pelos ganhadores do Prêmio Nobel de Economia nos anos destacados, verifica-se que é de extrema importância que o

3 Olsson, Gustavo André e Timm, Luciano Benetti. **Análise econômica do crime no Brasil em Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012. p. 111-131.

4 TIMM, Luciano e YEUNG, Luciana. Artigo: A análise econômica dos contratos. *Jornal Valor Econômico*, de 29 de novembro de 2016.

advogado tenha sólidos conhecimentos e domínio da cultura da pacificação, entre elas, da técnica da negociação, para que ao estruturar e adotar uma estratégia para a solução de determinado problema, o faça de forma a efetivamente viabilizá-la.

A volta do estudo mais aprofundado dos diversos métodos hoje disponíveis e de seus desdobramentos que passam pela arbitragem, conciliação, mediação, med-arb, arb-med, *dispute boards*, entre outros, traz como consequência imediata a valorização da técnica da negociação como instrumento prévio de manutenção da liberdade de contratar, do sigilo, da boa-fé entre as partes, da autonomia da vontade, antes que outros desdobramentos ocorram em âmbito judicial ou privado.

Muitas são as razões para o desenvolvimento desta tendência mundial de utilização de outros métodos na solução de controvérsias e não apenas a tradicional intervenção estatal no modelo Autor – Réu – Juiz. Nas relações dinâmicas de mercado, há cada vez mais uma busca por rapidez e especialidade, propiciando que sejam alcançadas soluções que melhor atendam aos interesses das partes e que pacifiquem e mantenham as relações entre os indivíduos ou entre indivíduos e pessoas jurídicas ou entre pessoas jurídicas, e que evitem o surgimento de outros conflitos ainda maiores.

Os contratos norteiam normalmente as relações do mercado e de seus diversos setores, e são formalizados inspirados tanto no princípio da boa-fé quanto no do equilíbrio e, desde o início, trazem a proporcionalidade e equivalência entre as prestações assumidas pelos contratantes, cumpridas, normalmente, de forma continuada e, às vezes, durante longo período de tempo. Nestas hipóteses, estes contratos podem, após certo prazo, necessitar de adequações para a restauração desse equilíbrio.

É inegável que a utilização de composições amigáveis dos litígios particulares e das discórdias é utilizada há centenas de anos, como pode ser observado nos antigos gregos e romanos, conforme nos ensina Mattiolo (1930. p. 120), ao relatar que “em Roma o monumento mais belo levantado em memória de César foi aquela coluna aos pés da qual o povo socorria-se, para dirimir, amigavelmente, os litígios, em nome do pai da pátria”⁵.

Como naquela época, ainda hoje as demandas são provenientes, muitas vezes, da discórdia, da inobservância dos estatutos legais, das convenções não respeitadas e da inadimplência, sendo as lides consideradas fatores de desagregação social.

Há séculos as idéias do filósofo e matemático grego *Platão* (428 a.C. apud SCAMUZZI, Lorenzo 1896. p.38) já traziam:

o desejo de que as lides fossem poucas e breves, e recomendava a conciliação, que substitua a ira pela mansidão, o ódio pelo amor, a incerteza pela tranquilidade, assegurando a paz e a ordem dos cidadãos e das famílias.⁶

Cícero, ao falar da República, já dizia que a paz está depositada na felicidade humana, já que é o primeiro desejo do coração.

5 MATTIROLLO, Luis. **Tratado de Derecho Judicial Civil**. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1930. p. 120.

6 SCAMUZZI, Lorenzo, et all. **Conciliatore, conciliazione giudiziaria**. Primeira Parte. VIII. Torino: Digesto Italiano, 1896. p.38.

No estado social em que as pessoas se sujeitam às leis, o homem de boa índole tem sempre a intenção de dirimir as controvérsias existentes com seu adversário. A história tem demonstrado que a negociação, entre outros métodos existentes, é mecanismo de se obter a Justiça, de forma que se prevaleça o consenso e a boa-fé envolvidas, não havendo nestas hipóteses nem perdedores nem ganhadores.

A negociação é um processo pelo qual as partes contratantes fazem consultas e concessões mútuas com o objetivo de chegarem a um acordo satisfatório, de forma eficiente e amistosa. Para David Berlew, Alex Moore e Roger Harrison (1984) a negociação é “um processo em que duas ou mais partes, com interesses comuns e antagônicos, se reúnem para confrontar e discutir propostas explícitas com o objetivo de alcançarem um acordo”⁷.

Dois são os tipos de negociação: um posicional, que engloba uma posição competitiva, com perdedores e ganhadores, confrontações e utilização de técnicas de convencimento, e; um segundo com base em interesses, que é mais colaborativo, com vencedores (ganha-ganha), amistoso e que tem como meta encontrar soluções mutuamente aceitáveis e equilibradas.

As principais características da negociação são: ser voluntário, privado, informal, não requerer intermediários, não ter limite de apresentação de argumentos para os pontos a serem avaliados ou reavaliados e ter por objetivo um acordo mutuamente aceitável e realizável. Seu desenvolvimento engloba as etapas básicas que são a exploração, a proposta, as opções, a concordância e a ratificação.

A exploração se dá antes do início da negociação. O negociador procurará conhecer tudo sobre o que vai ser negociado e o histórico que envolve ou envolveu as partes dessa negociação. Esta etapa é muito importante e dará a base e os pontos passíveis de serem negociados, bem como permite que já seja elaborado o planejamento prévio de como o negociador a desenvolverá.

Nessa etapa que envolve a exploração e, conseqüentemente, o primeiro planejamento sobre a negociação a ser iniciada, quatro são as perguntas que devem ser feitas segundo sugestão do professor William Ury⁸: **(i)** Qual é a questão?; **(ii)** Quem são as partes?; **(iii)** O que você quer?⁹; **(iv)** o que eles querem?¹⁰.

Iniciada a negociação, logo após ter sido feita essa análise prévia da possibilidade de realização de novo negócio ou da reavaliação do negócio em curso, propiciando a sua

7 BERLEW, David; MOORE, Alex; HARRISON, Roger. **The Positive Negotiation Program**. MA, USA, 1984.

8 William Ury é um dos maiores especialistas no mundo em **Negociação e Resolução de Conflitos**, tendo sido um dos fundadores do Programa de Negociação da Universidade de Harvard. Sugeriu a realização e resposta dessas quatro perguntas como forma de planejamento da negociação no Fórum Mundial de Negociação, realizado em 2009, organizado pela HSM.

9 Ao responder essa pergunta, a parte e o negociador conseguirão identificar qual a **MAPAN** (Melhor Alternativa para um Acordo Negociado). A MAPAN é o que se busca em uma negociação, mas não pode ser a única e última alternativa naquela negociação.

10 A outra parte envolvida na negociação também tem sua MAPAN (Melhor Alternativa para um Acordo Negociado), e conhecê-la é relevante e se torna uma vantagem para você negociador.

finalização ou o restabelecimento do equilíbrio das relações que o envolvem, as partes e negociadores passam a trabalhar na apresentação de suas propostas. É comum que estas propostas venham na forma de minutas contratuais e que respeitem as disposições legais vigentes.

Na etapa das opções é relevante que sejam apresentadas alternativas variadas para a solução dos desajustes trazidos à negociação, dentro de um padrão mutuamente aceitável. Percebe-se aqui a utilização de um dos elementos básicos previstos na metodologia da Negociação de Harvard.

A concordância tem por objetivo a realização de um acordo pelas partes e é fundamental que os negociadores além de competentes sejam flexíveis, pois será possível, após terem assinalado todos os pontos do contrato, avaliarem todas as hipóteses divergentes e discutidas, propiciando que as partes daquele contrato cheguem a um acordo e a elaboração de um novo contrato ou aditivo mutuamente satisfatório, para a manutenção de seu equilíbrio durante sua vigência.

A ratificação, última etapa, é aquela em que, após realizada a negociação, a minuta contratual final é apresentada e assinada. Uma vez assinado o contrato busca-se não ser preciso revê-lo ou reajustar cláusulas imediatamente, pois isto além de enfraquecer o que havia sido previamente estabelecido e aceito, pode colocar as partes que negociaram em uma situação desconfortável.

Além dessas etapas acima especificadas e que, eventualmente, podem se desdobrar, a negociação deve ser bem planejada, com a definição dos objetivos e pontos a serem negociados, o estabelecimento dos parâmetros para a negociação dos pontos principais, a fixação do prazo para sua avaliação e discussão, a forma de comunicação, a hierarquia de aprovação das questões negociadas e quem serão os responsáveis por tais decisões.

O importante é que o negociador tenha uma metodologia ou várias metodologias para desenvolver o processo de negociação, pois isso faz com que possa ajustar e adequar o processo de forma a melhor adaptá-lo para àquela negociação específica. Cada negociação é única e assim deve ser tratada.

Dentre as várias metodologias existentes, destaca-se a mais famosa, que foi desenvolvida para o Projeto de Negociação da Harvard Law School pelos professores Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton e resultou na obra "*Como Chegar ao Sim*"¹¹, na qual sustentam que qualquer pessoa está apta a negociar, mas desde que observe os princípios éticos e morais no desenvolvimento do processo de negociação.

Essa metodologia, chamada negociação por princípios ou negociação de mérito, baseia-se em quatro pontos fundamentais: pessoas, interesses, opções e critérios. O primeiro ponto diz respeito a pessoas e tem por objetivo separar as pessoas e suas bagagens emocionais, profissionais e até mesmo culturais, do conflito central levado à negociação. Portanto, é importante que as partes envolvidas sejam orientadas a não

11 FISHER, Roger e URY, William e PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim**. São Paulo: Imago, 1994.

assumirem posições e a não misturarem suas emoções e convencimentos pessoais com o conflito levado à negociação, ou seja, deve-se separar as pessoas do conflito.

O segundo ponto, conforme expõe os professores Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (1994. p. 29) destina-se a:

“superar o inconveniente de concentrar-se nas posições declaradas das pessoas, quando o objetivo da negociação é satisfazer seus interesses subjacentes. A posição na negociação frequentemente obscurece o que realmente se quer”¹²

Portanto, concentre-se nos interesses e não nas posições, para otimizar o processo de negociação e chegar ao resultado desejado.

O terceiro ponto refere-se às opções, que devem ser captadas antes e durante o processo de negociação. O negociador precisa solucionar os impasses levantados de forma a privilegiar os interesses comuns e conciliar os interesses contrapostos. É fundamental criar uma variedade de possibilidades antes de decidir o que fazer, ou seja, o negociador deve ser criativo e buscar opções que tragam benefícios a ambas as partes.

O quarto ponto baseia-se na definição e escolha dos critérios que tornarão a negociação mais efetiva, pois ao estabelecer critérios objetivos pautados em padrões razoáveis e aceitáveis pelas partes como, por exemplo, valor de serviço ou produto, costumes, parâmetros de mercado, entre outros, há grande chance do resultado alcançado ser um acordo justo e aceitável.

O objetivo principal é que todas as partes envolvidas na negociação tenham suas necessidades atendidas ou, pelo menos, a maior parte delas, sem a utilização da barganha posicional¹³ afável ou áspera.

3 | CONCLUSÃO

Registra-se que o atual momento econômico e financeiro, complexo e conturbado, que o país atravessa reflete na forma de se negociar e, hoje, é muito difícil à realização de negociações puras, ou seja, sem a utilização da barganha posicional. Nesse momento o negociador precisa ter ainda mais clareza do atual cenário e a percepção de que um acordo alcançado pautado na desvantagem de uma das partes, tem potencial risco de se tornar um problema mais grave a frente, onerando o contrato e as partes de forma a inviabilizar sua continuidade.

Até os dias de hoje, passados quase 15 anos, a pesquisa que estabeleceu as principais características de um negociador eficaz no Brasil¹⁴ se mantém atual, ao ter destacado: o conhecimento do tema; a capacidade de raciocinar de forma clara e rápida

12 FISHER, Roger e URY, William e PATTON, Bruce. Ob. cit, p. 29.

13 FISHER, Roger e URY, William e PATTON, Bruce. Ob. cit, p. 24. Sustentam que “a barganha posicional converte-se numa disputa de vontades. Cada negociador afirma o que fará e o que não fará. A tarefa de conceber conjuntamente uma solução aceitável tende a se transformar numa batalha. Cada um dos lados tenta, através de mera força de vontade, forçar o outro a alterar sua posição”

14 CARVALHAL, Eugênio do. **Negociação: fortalecendo o processo**. São Paulo: Vision, 2002.

sob pressão e incerteza; de planejar e preparar; de debater; de persuadir; de ter percepção das necessidades e reações ocultas; da persistência e determinação; da capacidade de ganhar o respeito e a confiança da outra parte e de ter habilidade de escutar. O êxito do processo de negociação depende da boa formação e, principalmente, da ética, idoneidade e boa-fé de todos aqueles que estejam envolvidos.

O advogado ao ter em sua formação o estudo dos métodos aplicáveis à cultura da pacificação, leva uma vantagem imensa ao analisar a estratégia a ser adotada para a solução de determinada demanda trazida à sua avaliação, pois pode estruturar estratégias específicas e medidas a serem tomadas, sempre com foco de manter aberta a possibilidade de negociar o conflito que gerou a ocorrência daquela demanda.

Portanto, verifica-se que o papel do advogado, seja ele interno ou externo, dentro das organizações é de extrema relevância, pois a viabilidade de determinados negócios e a manutenção dos contratos que os respaldam depende de como orientará e traçará as estratégias a serem adotadas, por isso sua formação é tão importante, bem como a sua interação com outros setores do mercado.

Para enfrentar os desafios diários da advocacia, conclui-se que são necessárias ações por parte do advogado com foco na sua formação e no constante estudo do direito e dos avanços que a cultura da pacificação tem trazido, bem como na troca de informações com outros setores do mercado, o que propiciará uma visão global do negócio e de seus impactos, para que aprimore e introduza em sua metodologia de trabalho conceitos que levem a maior eficiência de sua atuação, dinamizando seus canais de interlocução e influenciando de forma positiva os resultados a serem alcançados nas demandas a ele submetidas.

REFERÊNCIAS

BERLEW, David e MOORE, Alex e Harrison, Roger. **The Positive Negotiation Program**. MA, USA: 1984.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

CARVALHAL, Eugênio do. **Negociação: fortalecendo o processo**. São Paulo: Vision, 2002.

COHEN, David. **A linguagem do corpo: o que precisa saber**. Petrópolis: Vozes, 2009.

FISHER, Roger e URY, William e PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

MALAN, Diogo e BOTTINO, Thiago. **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MATTIROLO, Luis. **Tratado de Derecho Judicial Civil**. Tomo I. Madrid: Editorial Reus S. A., 1930.

MURRAY, Alan. **Gestão de empresas segundo The Wall Street Journal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLSSON, Gustavo André e TIMM, Luciano Benetti. **Análise econômica do crime no Brasil em Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é Justiça**. Petrópolis: Vozes, 2002.

RECHTMAN, Marcos e Young, Carlos Eduardo Frickmann. **Avaliação de Investimentos Sustentáveis**. Rio de Janeiro: Navona, 2011.

SCAMUZZI, Lorenzo. et all. **Conciliatore, conciliazione giudiziaria**. Primeira Parte. VIII. Torino: Digesto Italiano, 1896.

TIMM, Luciano e YEUNG, Luciana. A análise econômica dos contratos. *Jornal Valor Econômico*, de 29 de novembro de 2016.

VIEIRA, Eduardo Eugenio Gouveia Vieira. **Novo mundo, novas fronteiras**. Rio de Janeiro: Centro Internacional de Negócios – Sistema FIRJAN, 2016.

WATKINS, Michael. **Negociação**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

O DESENVOLVIMENTO DO MODELO DE RESPONSABILIDADE DOS JUÍZES A PARTIR DA IDADE MODERNA

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 05/05/2020

João Vitor Sias Franco

Universidade Federal do Espírito Santo
Vitória/ES

CV: <http://lattes.cnpq.br/6071876508729220>

RESUMO: O modelo de responsabilidade de juízes tem-se mostrado uma problemática em diversos países ocidentais no século XXI, especialmente na atualidade. Demonstraremos, em linhas gerais, como o modelo de responsabilidade de juízes consagrado no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 143 do Código de Processo Civil foi influenciado e baseado no modelo desenvolvido a partir da Revolução Francesa (1789) e das ideias iluministas, em rompimento com o modelo então vigente no Antigo Regime.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo; responsabilidade de juízes; Iluminismo; irresponsabilidade; prestação de contas.

THE DEVELOPMENT OF THE JUDGE'S ACCOUNTABILITY FROM THE MODERN AGE

ABSTRACT: The model of judges accountability has emerged as a problematic discussion on the 21st century, especially nowadays. We will demonstrate, in general terms, how the current model of judges accountability stamped on Article 143 of the Code of Civil Procedure is influenced and based on the model developed from the French Revolution (1789) and the enlightenment, disrupting the model developed on Old Order.

KEYWORDS: Paradigm; judge accountability; Enlightenment; not responsible; duty to accountability.

1 | INTRODUÇÃO

O debate a respeito do modelo de responsabilidade de juízes vem ganhando notória relevância no ordenamento jurídico e no contexto político brasileiro, com discussões a respeito da pertinência e correção do paradigma da responsabilidade de juízes apresentado a partir da lei n.º 13.869, de 5 de setembro de 2019, também conhecida como

lei de abuso de autoridade.

O presente trabalho tem como objetivo estabelecer as bases do modelo de responsabilidade vigentes até a edição do referido instrumento normativo bem como contextualizá-lo a partir do desenvolvimento histórico desse instituto. Para isso, analisaremos de que forma a Revolução Francesa, representativa dos ideais iluministas, rompeu com o padrão histórico de responsabilidade de juízes vigente na Idade Moderna, de controle intensivo do exercício do poder judicial pelo monarca.

Conforme será destacado, o modelo de responsabilidade inaugurado pela Revolução Francesa serviu de fundamento para o desenvolvimento desse instituto durante toda a Idade Contemporânea e esteve imbricado com o movimento constitucionalista que se desenvolveu durante esse período, tendo-se perpetuado durante longo tempo, sendo, inclusive utilizado até os dias atuais, no ordenamento jurídico brasileiro, como modelo de responsabilização a ser observado, obviamente com as matizes e aperfeiçoamentos indispensáveis à evolução do pensamento jurídico.

2 | MODELO DE RESPONSABILIDADE NA IDADE MODERNA

Apesar de em período ainda distante do estereótipo do Antigo Regime, ainda no período da Baixa Idade Média, a reforma judiciária promovida pelo Rei Luis IX (1226-1270) na França, pode ser considerada como o marco inaugural da forma como os monarcas desenvolvem a justiça na Idade Moderna. Por meio desse acontecimento histórico, o monarca, que reinava mas não exercia o poder soberano sobre seus súditos, retira dos senhores feudais o poder jurisdicional (*juízo de Deus*), a capacidade para julgar os conflitos, centralizando na monarquia a figura do detentor do poder jurisdicional. Assim, o rei passa a representar a figura central, o administrador da justiça e em nome do qual essa seria realizada.

Nesse sentido, e a partir da teoria de que o monarca seria o representante de Deus, que se difundiu em uma sociedade essencialmente católica, balizada e conduzida pelos valores e costumes religiosos, desenvolve-se uma centralização de todos os poderes na figura do monarca, passando ele a exercer, além do poder político, militar e de imposição de normas, também o poder jurisdicional, que antes era incumbido aos senhores feudais e aos chefes de corporação, sempre com participação ativa da Igreja Católica, maior centro de poder também nesse período.

Deve-se registrar que o referido movimento político foi muito influenciado com a criação das cidades e o fluxo migratório das pessoas do campo, anteriormente submetidas ao poder soberano do senhor feudal¹, para as vilas, decorrente da denominada revolução

1 A palavra feudalismo apareceu com juristas ingleses (...) no século XVII. Na origem, designava o regime jurídico do feudo, o único elemento do velho regime feudal que nessa época ainda sobrevivia. [...] A definição atualmente admitida pela maioria dos historiadores do feudalismo foi estabelecida ao longo do século XIX. Guizot, Michelet, Fustel de Coulagnges, Savigny, Stubbs, e muitos outros, procuram definir a importância, respectivamente, dos vínculos pessoais e do feudo e o

industrial medieval (FRANCO JÚNIOR, 2001, p. 51-52).

Com a centralização dos poderes na figura do monarca e a formação dos Estados Nacionais, houve a integração da justiça e do espaço político, e a autoridade e o poder de julgar passaram para a mão do monarca.

O incremento da idéia de regular as relações jurídicas por meio de normas gerais, e não de regras válidas caso a caso, coincide com o aumento da autoridade do rei, sobretudo em desfavor dos privilégios do clero e da nobreza. O soberano passa da função de árbitro dos dissídios, de fonte de decisões, para o papel de chefe do governo e chefe do Estado: diante dele não estão mais pessoas qualificadas pela tradição, pelos títulos, senão súditos, embora ainda não súditos abstratos e cobertos pela igualdade jurídica. O príncipe se comunica com os seus vassallos – e só o rei tem vassallos – por meio do regulamento, que ao reconhecer os direitos fixos do estamento, delimita-os. Leis para quase-funcionários, aptas a ressaltar a supremacia real e capazes de organizar, por meio de cargos e privilégios, a ordem política do reino. (FAORO, 1998. p. 64)

O monarca passa a ser o detentor da jurisdição, do poder e dizer o direito aplicável, representando um juiz supremo, o *princeps* (GARRIGA, 2007). Exatamente por meio da justiça que o monarca passa a ter maior controle sobre seus súditos e poder de vida e de morte sobre as pessoas, podendo regular a vida em sociedade e decidir conflitos. (LEITE, 2006)

Não se pode esquecer que, apesar de ser a autoridade suprema sobre o território, o poder real é limitado, uma vez que não consegue ele fazer com que suas ordens sejam cumpridas ao longo de todo o território sobre os quais possui essa potestade, especialmente na área rural, a qual ainda é arraigada no modo político-econômico do feudalismo, em que os detentores de terras, os nobres, exercem sobre ela o seu poder, julgando conflitos, ditando os costumes e estabelecendo as relações sociais.

Também deve ser ressaltado que essa sociedade é guiada essencialmente por valores e sentimentos religiosos, de modo que a Igreja Católica exerce enorme influência não somente sobre as questões espirituais, mas também sobre questões políticas e sociais.

Nesse sentido, o monarca depende da nobreza e do clero para exercer o seu poder e assegurar a sua soberania. Considerando as necessidades de atendimento dos anseios da nobreza e diante da impossibilidade de o rei exercer *per se* o poder jurisdicional sobre todo o território, com o intuito de manter os privilégios, distribui os cargos de juizes entre os nobres e passa a regular a sociedade de acordo com os costumes e os valores religiosos, perpetuando a velha ordem jurídica na qual os assuntos religiosos influenciavam fortemente o processo, como a questão das provas.

Entretanto, a atividade judicial não era exercida de forma livre pelos juizes, buscando

lugar do regime feudal nos estados. [...]. No sentido exato do termo: vínculos feudo-vassálicos. Conjunto de obediência e de serviço por parte de um homem livre, dito vassallo, e obrigações de proteção e manutenção por parte do senhor para com o seu vassallo. Em troca da sua fidelidade, o vassallo recebia do seu senhor a posse hereditária de um feudo. Em sentido lato: Sistema de organização econômica, social e política baseado nos vínculos de homem a homem especializados – os senhores -, subordinados uns aos outros por uma hierarquia de vínculos de dependência, domina uma massa campesina que explora a terra e lhes fornece com que viver (LE GOFF, 1984, p. 295 e 296)

o monarca desenvolver mecanismos de controle do exercício do poder jurisdicional, não só em razão da necessidade de primar pelo sentimento de justiça, mas principalmente para determinar um rompimento com a estrutura jurídica feudal, uma vez que o poder dos juízes na Alta Idade Média era símbolo da fragmentação do poder do rei. Assim, o monarca evidencia o seu controle sob o poder da justiça e indica os juízes para atuarem em seu nome, portanto, a eles subordinados.

No exercício de suas funções, os juízes tinham obrigação de fazer justiça, uma vez que não se poderia admitir que uma pessoa que falasse em nome do rei, representante de Deus na terra, cometesse iniquidades.

A literatura jurídica e teológica tende a atribuir aos juízes a função de representantes de Deus na terra, bem como a de descendentes do primeiro magistrado, Moisés – tal como os reis –, invocação que assegura uma legitimidade própria ao poder dos magistrados e tende a ver a figura do rei como o primeiro dos juízes. A utilização dessa metáfora comporta, portanto, dois tipos de efeitos distintos: o primeiro consiste na visão da função dos reis como uma função judicial, o segundo atribui aos juízes a mesma legitimidade histórica que o poder dos reis. (HOMEM, 2003, p. 595-596)

A partir da teoria do juiz perfeito, segundo a qual o modelo de juiz ideal é aquele que tem temor a Deus e guia suas decisões no sentido de concretizar os valores e costumes cristãos, os monarcas exercem um controle sobre a função dos juízes, para impedir que eles se distanciem da justiça, responsabilizando os magistrados que se afastam desse ideal, que se deixem envolver por cobiça; amor e ódio.

Além disso, há a instituição de recursos contra as decisões dos juízes, para permitir que o rei, de forma pessoal, possa definir em última instância, de modo a controlar as decisões judiciais e responsabilizar os magistrados que se afastassem dos imperativos de justiça.

Houve, ainda, um incremento da atividade legiferante do monarca, apropriando-se do processo, com criação de leis para definir o procedimento a ser seguido pelos juízes. O processo passa a assumir uma estrutura lógica-formal, com redução do poder dos magistrados, especialmente em razão do aumento de leis editadas para regular as formas de convivência social e resolver conflitos (PICARDI, 1998). A discricionariedade do juiz na decisão dos casos é significativamente reduzida em razão da atuação incisiva do monarca para evidenciar que é o detentor do poder jurisdicional, de dizer o direito aplicável.²

Assim, verifica-se a influência do monarca no exercício do poder jurisdicional por meio desses mecanismos (recursos, estabelecimento de modelo ideal de juiz, apropriação do processo e incremento da atividade legiferante) e também com o desenvolvimento de formas de responsabilização dos magistrados que não se vinculassem à vontade real como única fonte de justiça.

No caso português, as medidas de responsabilidade já passam a ser previstas nas

² Deve-se observar, entretanto, que, em razão dos variados conflitos existentes, bem como a vastidão dos domínios do rei, não podiam eles exercer esse controle de forma tão intensa quanto o pretendido, além do fato de o papel da interpretação das leis caber ao juiz, de modo que a discricionariedade e os amplos poderes do magistrado se perpetuaram também durante a Idade Moderna, especialmente no mundo ibérico.

Ordenações Manuelinas, em especial no Livro I, título XLIV, seja na sua primeira parte, em que se obriga o juiz a realizar inquirições dentro do prazo sob pena de ser afastado por dois anos e pagar multa, seja na segunda parte, em que, mais direta e explicitamente, prevê-se a responsabilidade do juiz pelas perdas e danos causados na determinação e na realização de devassas. Verifica-se em Portugal a criação do instituto das residências, procedimento fiscalizatório da atividade judicial por pessoas nomeadas pelo monarca para controlar, avaliar e procurar toda e qualquer irregularidade cometida pelo magistrado, permitindo-se que todos da comunidade apresentassem reclamações sobre o trabalho desenvolvido pelo magistrado, a fim de apurar iniquidades.

A responsabilidade dos juízes, portanto, está fundada em uma premissa fundamental: desobediência aos desígnios do monarca como forma de quebra da confiança daquele que nomeou seus mandatários para exercerem a justiça em seu nome e para assegurar a manutenção dos seus privilégios e poder. (HOMEM, 2003, p. 603)

3 | A RESPONSABILIDADE DOS JUÍZES NA IDADE CONTEMPORÂNEA

O desenvolvimento dos ideais iluministas, buscando romper com esse modelo de privilégios e centralização absoluta do poder da Idade Moderna, culminou com a ocorrência da Revolução Francesa, em 1789, inspirada pelo ideário de igualdade e liberdade, inaugurando, assim, a Idade Contemporânea. (KOSELLECK, 2006)

A fim de alcançar seus objetivos, os revolucionários necessitavam romper com o modelo de justiça vigente durante o governo absolutista dos monarcas, uma vez que, por meio dele, o rei tinha a autoridade de dizer o direito, controlava a sociedade e aparelhava o Estado de acordo com suas conveniências, para a manutenção do seu poder.

A Justiça passou a ser elemento essencial dos revolucionários para conseguir fazer prevalentes os ideais iluministas, rompendo com a estrutura de privilégios da organização judiciária implementada por meio da livre nomeação pelo monarca dos juízes, e retirando a subordinação do juiz ao poder e às influências de qualquer pessoa, especialmente do monarca.

Foi por meio da valorização da lei e pelo primado da legalidade que o Estado Iluminista se desenvolveu, impondo um conjunto único de leis, decorrentes do poder estatal como resultado da participação social.

O papel do juiz, com o princípio de separação de poderes adotada e elevada a regra precípua da ordem política, passa a ser engessado na função típica de julgar, que passa a significar exclusivamente aplicar a lei ao caso concreto. É afastado do juiz a sua liberdade interpretativa, passando a figurar, na concepção desse ideal, como um mero subsuntor da norma ao caso concreto.³

3 Elucidativas são as palavras atribuídas a Robespierre para retratar o papel do Judiciário na Idade Contemporânea a partir da Revolução Francesa: “Esta palavra da jurisprudência dos Tribunais, na acepção que tinha no antigo regime, nada significa de novo; deve ser apagado de nosso idioma. Em um Estado que conta com uma Constituição, uma legislação, a juris-

Importante observar que essa vinculação do juiz à lei e a retirada do seu poder interpretativo são incorporados ao ordenamento jurídico-político como forma de conceder liberdade ao juiz, como garantia do seu trabalho, afastando-o das pressões de governantes e terceiros que deixam de ter mecanismos para coagir o juiz a decidir segundo suas vontades, pois ao magistrado não é mais permitido inovar o direito.

A Revolução Francesa, assim, com esse ideal de legalidade⁴ e o desenvolvimento de constituição escrita e, posteriormente com o movimento de codificação, marca o início do constitucionalismo moderno, marcando a ideia de limitação de poderes e restrição do arbítrio judicial. A lei passa a ser vista como instrumento de liberdade e potencializadora dos direitos do homem.

Com esses avanços e para concretizar os ideais de igualdade (fim de privilégios) e separação de poderes (fim do absolutismo), o Iluminismo promove outros avanços, como a profissionalização dos juízes e a secularização do direito.

Assim como a qualquer agente do Estado, segundo o movimento iluminista, também caberia aos juízes cumprir a vontade soberana da nação, do povo, manifestado nas leis. Assim, a responsabilidade dos juízes muda de cerne e passa a ser fundamentada no descumprimento do texto expresso de lei (em oposição à responsabilidade por desobediência do Antigo Regime).

Coube ao iluminismo racionalista um intento de romper com essa tradição dogmática jus-teológica. Na obra de José Inácio Rocha Peniz, professor da Universidade de Coimbra da disciplina forma judicial, encontramos o tema da secularização do direito e dos ofícios judiciais. Inserido na linguagem filosófica da ciência e da legislação, Rocha Peniz projecta realizar uma investigação sobre a influência do direito processual na felicidade pública. Aí questiona, de modo inovador entre nós, a relação entre a imparcialidade dos juízes e a lei, para concluir que a proibição do arbítrio dos juízes e a sua vinculação estrita à lei constitui uma garantia da imparcialidade judicial perante as partes e perante a comunidade. Escreve o autor: 'A melhor lei, dizia Baccon de Verulamio, he a que menos dixa ao arbitrio do Juiz: o melhor Juiz he o que menos deixa ao seu proprio arbitrio. Com razão solidissima o Augusto Fundador da Universidade qualificou de sacrilegio attentado, a temeridade do funcionario publico, que se atreve a restringir, ou ampliar, a pratica das leis por seus proprios, e particulares dictames, constituindo-se Legislador, e fazendo seu o deposito, que lhe foi confiado para o bem de todos'. Facto notável e que esta descrição do sistema de virtudes do magistrado já se coloca, de modo quase insensível, numa distinta valoração normativa, de tal modo que os conteúdos morais que motivam as condutas dos magistrados fossem indiferentes para o direito, interessado apenas na apreciação do problema da responsabilidade exterior do magistrado: 'Pouco importa ao Estado, que o julgador tenha inteireza por amor da Justiça, por honra do cargo, por interesse do seu adiantamento pessoal. Existe a integridade na pratica de julgar; e tanto basta ao bem da sociedade: mas a existencia deste bem social será sempre mais precaria, quando o juiz não for responsável dos abusos da sua autoridade.' A tradição estoica e escolástica de valoração da conduta individual do juiz como dimensão essencial da função judicial é abandonada em favor de outro sistema de imputação de danos. (...) Contudo, estava traçado o enquadramento dogmático à luz do qual o estatuto dos juízes seria futuramente encarado, como reflexão de uma visão distinta que encara as relações entre direito e moral segundo uma relação de interioridade-exterioridade, de tal modo que fique garantida uma esfera de incoercibilidade jurídica da esfera moral. (HOMEM, 2003, p. 606-607)

prudência dos Tribunais não é outra coisa do que a lei; assim há sempre identidade de jurisprudência." (KARAM, 1985, p. 3)

⁴ Trata-se, entretanto, de leis evadas de carga valorativa, que visam a assegurar a liberdade e os direitos naturais do homem. (GAZOTO, 2000, p. 46)

Há, com isso, uma objetivação da responsabilidade judicial, identificável em casos que não dependem de subjetivismos do avaliador, somente sendo aplicável em caso de haver violação a texto expresso de lei, motivo pelo qual se torna essencial a motivação das decisões, assegurando-se à sociedade o controle da atividade judicial. Além disso, a vida privada do juiz, também relevante e considerável para fins de responsabilização segundo o modelo anterior do *judex perfectus*, é separado do exercício da função do juiz, de modo que somente podem ser considerados para fins de responsabilização fatos atrelados ao exercício profissional do magistrado.

Essa responsabilidade na Idade Contemporânea nunca foi objetiva e muito menos absoluta. Em razão da necessidade de assegurar ao magistrado a independência no exercício de suas funções, os iluministas, apesar de preverem o modelo de responsabilidade em caso de descumprimento de texto expresso de lei, visando a afastar qualquer forma de pressões e interferências sobre o trabalho dos juízes, implementaram verdadeiro modelo de irresponsabilidade judicial, em que somente se admitia a responsabilidade do juiz em casos graves de violação da lei e nos casos de verificação de fraude ou erro doloso. É dizer, apesar de devidamente instrumentalizada como medida de justiça e com amparo estatal, a responsabilização de juízes passou a ser exceção, somente aplicável em caso de absoluta ignorância da lei ou erros dolosos, preservando a autonomia e independência do poder judicial, instaurando verdadeiro estado de irresponsabilidade judicial.

Com acerto, Giuliani e Picardi, na companhia de Ludovico Mortara, sustentaram que a principal razão de ser da imunidade, razão de ser que não pode absolutamente ver-se no princípio da coisa julgada, encontra-se sobretudo na exigência, ou finalidade de “garantir ao juiz poder desenvolver, com plena autonomia e independência, todas as funções que lhe são demandadas. Nessa ótica, a imunidade do juiz assume, todavia, caráter relativo e coloca-se o posterior e delicado problema de se, e em que limites, deve ela ser circunscrita. (CAPPELLETTI, 1989, p. 31)

Importante registrar que esse modelo de irresponsabilidade judicial estabelecido na Idade Contemporânea evidencia a preponderância que o movimento iluminista concedeu ao princípio da independência e da autonomia do poder judicial em detrimento do dever democrático de prestação de contas.

E é exatamente esse modelo de responsabilidade de juízes instituído pelo movimento iluminista na Idade Contemporânea, de previsão e institucionalização estatal da responsabilidade pelo descumprimento de texto expresso de lei, mas de utilização excepcional, que vigora até os dias atuais.

Evidentemente, esse modelo de responsabilidade sofreu novos influxos, especialmente no pós-guerra, com institucionalização da principiologia e da axiologia do Direito, para superar o legalismo exacerbado desenvolvido, que contribuiu para o crescimento de movimentos políticos totalitários e que tornaram o processo um mero desencadear de atos jurídicos sem valor, e com o desenvolvimento da teoria jus-filosófica do pós-positivismo que vincula a legalidade aos direitos do homem para a formação da

justiça, sendo ambos imbricados e indissociáveis, não bastando a simples obediência à lei para se considerar uma decisão justa, sendo necessário que esse silogismo considere os direitos do homem, visando a potencializar as suas capacidades.

Assim, o fundamento da responsabilidade dos juízes também acompanha essa mudança, considerando-se descumprimento de dever funcional passível de responsabilização a enunciação de decisões que ignorem os direitos individuais e deixem de assegurar o mínimo indisponível ao homem.

Entretanto, apesar desses avanços no modelo de responsabilidade, verifica-se que a sua ideia e arquétipo são os mesmos desenvolvidos pelo movimento revolucionário iluminista, assim como é idêntica a sua aplicação prática, sendo, apesar do grande debate que se vem travando a respeito do tema, principalmente no século XXI, excepcional e somente aplicada em casos de erro doloso ou ignorância grosseira, estabelecendo-se, ainda, a responsabilidade subsidiária dos juízes, somente respondendo por seus erros perante o Estado, não tendo a parte direito de dele exigir diretamente a reparação pelos danos causados pelo mau-julgado.

Essa realidade foi evidenciada pelo “Novo” Código de Processo Civil brasileiro que, em seu artigo 143, traz a previsão da responsabilidade de juízes exclusiva para casos de erro doloso ou fraude e ainda de forma subsidiária, cabendo à parte demandar contra o Estado e a esse, se julgar conveniente, pleitear a restituição e a penalidade do magistrado.

Assim, verifica-se que, apesar de ter-se desenvolvido em momento histórico bastante distante - Idade Contemporânea (1789) - a Revolução Francesa e o movimento iluminista em si influenciam sobremaneira o modelo de responsabilidade de juízes nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais da atualidade, sendo inegáveis os seus avanços promovidos, mas também a necessidade de reflexão para aperfeiçoamento do modelo à nova realidade.

Entretanto, no Brasil, esse paradigma de irresponsabilidade de juízes é rompido a partir da vigência da Lei n.º 13.869/2019, ao menos na teoria.

4 | DA RESPONSABILIDADE DE JUÍZES A PARTIR DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Apesar de ter provocado muita discussão a respeito da pertinência de alteração do modelo de responsabilidade de juízes, em razão do momento político experimentado pelo Brasil, de atuação intensa e rigorosa da operação Lava Jato, que culminou com o indiciamento e prisão de políticos influentes do país, fato é que a lei n.º 13.869/2019 alterou o regime de responsabilidade criminal de juízes e se encontra vigente na atualidade.

Na oportunidade muito se questionou se o texto normativo não teria sido editado como forma de calar o Poder Judiciário na sua função de punição das autoridades políticas envolvidas em casos de corrupção. Entretanto, o diploma normativo foi aprovado de acordo com o devido processo legislativo e se encontra em vigência.

Apesar de não ser objeto de estudo deste trabalho, porque demanda uma análise específica em trabalho separado, é importante registrar que a lei n.º 13.869/2019 rompeu com o paradigma da irresponsabilidade de juízes, uma vez que trouxe a responsabilidade dos magistrados como regra em caso de abuso de autoridade, tipificando-os como crime em alguns casos, impondo ao Estado o dever de promover a adequada persecução penal para buscar essa responsabilidade.

O referido diploma normativo alterou a responsabilidade criminal dos juízes, e trouxe hipóteses taxativas que, se incorridas por magistrado, configuram fato típico a ensejar a responsabilidade criminal do juiz.

O modelo de irresponsabilidade de juízes que vigia até então, deu lugar a um novo paradigma, de dever de prestação de contas dos magistrados à sociedade pelos seus equívocos que foram tipificados pelo legislador como fato típico.

Entretanto, as regras de responsabilidade civil e administrativa dos juízes permanecem inalteradas sob o manto do paradigma da irresponsabilidade já traçado neste trabalho.

Só o tempo permitirá dizer se essa ruptura com o paradigma da irresponsabilidade criminal dos magistrados vai ser levada a efeito, ou seja, se ecoará na prática, de modo a levar juízes a responder criminalmente por equívocos procedimentais em suas decisões, sendo ainda bastante prematura fazer qualquer análise desse modelo de responsabilidade apresentado pela lei n.º 13.869/2019.

5 | CONCLUSÃO

O movimento iluminista, especialmente a partir da Revolução Francesa, trouxe profundas alterações na organização e funcionamento da Justiça. Baseado nas ideias de igualdade e liberdade, os revolucionários buscavam romper com a estrutura de poder desenvolvida no Antigo Regime, especialmente os privilégios e a centralização do poder, por meio dos quais o monarca aparelhava a justiça, com distribuição de cargos de juízes entre os nobres para a manutenção do seu poder e a prevalência dos seus interesses. Assim, desenvolveram como cerne do sistema político a separação dos poderes, passando o legalismo ao centro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, promoveram também uma ruptura do modelo de responsabilidade de juízes vigente na Idade Moderna, baseado na desobediência aos anseios e interesses do monarca, implementando modelo de responsabilidade fundamentado no descumprimento de texto expresso de lei, de modo que caberia responsabilidade do magistrado nos casos em que se afastasse do texto de lei para decidir. Entretanto, apesar de referido modelo de responsabilidade judicial ter-se institucionalizado, na prática a responsabilização de juízes se tornou algo excepcional, somente sendo aplicada a casos de erros grosseiros e dolosos, em evidente preponderância do princípio da autonomia e independência funcional dos magistrados.

E esse modelo de responsabilidade de juízes desenvolvido pelos revolucionários influencia e é a base do modelo atual de responsabilidade judicial na maioria dos países ocidentais, em que a responsabilidade do juiz é excepcional e tem lugar somente em casos de erros decorrentes de fraude e dolo, como se constata na previsão do artigo 143 do Código de Processo Civil brasileiro, que autoriza a responsabilidade de juízes exclusivamente nos referidos casos e ainda a estabelece de forma subsidiária, demonstrando a importância que o ordenamento jurídico concede à autonomia e à independência do poder judicial, o que evidencia que, apesar do longo tempo decorrido, as alterações promovidas pelos revolucionários continuam ecoando até os dias atuais no modelo de justiça e de responsabilidade de juízes.

Entretanto, verifica-se o início de uma possível nova cultura de responsabilidade e de prestação de contas vigente no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da lei n.º 13.869/2019, com a alteração do regime de responsabilidade criminal dos magistrados, tornando a responsabilidade a regra para os casos de violação de procedimentos tipificados na norma como crimes próprios dos magistrados. É, entretanto, necessária a análise de como esse modelo será aplicado pragmaticamente no sistema jurídico brasileiro para se concluir se efetivamente houve uma ruptura com o paradigma da irresponsabilidade dos juízes.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. v. I. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998.

FRANCO JUNIOR, Hilário. **A Idade Média**: nascimento do ocidente. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

GARRIGA, Carlos. ¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y punto de vista. **PolHis**, V, 10 (2012): 89-100. Disponível em: <<https://www.academia.edu/23872807/>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

GAZOTO, Luís Wanderley. Direito, Linguagem e Revolução Francesa. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJ-DFT**. jan-abr de 2000, p. 11-75.

HESPANHA, António Manoel. **Caleidoscópio do Antigo Regime**. São Paulo: Alameda, 2012.

_____. Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução. In: CLÁVERO, Bartolomé; GROSSI, Paolo, e TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **Hispania**: Entre derechos propios y derechos nacionales. Firenze, 1990, I, p. 135-204. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/biblioteca/034/0139.pdf>>. Acesso em: 18 maio. 2018.

HOMEM, António Pedro Barbas. **Judex perfectus**: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820. Lisboa: Almedina, 2003.

KARAM, Munir. **A função judicial**. Maringá: Bom Livro, 1985.

KOSELLECK, Reinhart. Modernidade: sobre a semântica dos conceitos de movimento na modernidade. In. _____. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 267-296.

LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Lisboa: Estampa/Imprensa Universitária, 1984. vol 2.

LEITE, Rosimeire Ventura. Organização judiciária nas Ordenações Manuelinas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 101. jan/dez 2006. p. 1021 - 1044.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3. Padova: CEDAM, 1998.

STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição europeia. In: BARBAS HOMEM et al (Org.). **O perfil do Juiz na tradição Ocidental**. Lisboa: Almedina, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

A REPRESENTAÇÃO FEMININA NAS UNIVERSIDADES E A CONCREÇÃO DA CIDADANIA

Data de aceite: 03/08/2020

Selma Cristina Tomé Pina

Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)

<http://lattes.cnpq.br/4015540585941553>

<https://orcid.org/0000-0003-3300-0456>

Juvêncio Borges Silva

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

<http://lattes.cnpq.br/2524142543068754>

<https://orcid.org/0000-0001-9403-2713>

RESUMO: Este trabalho faz uma abordagem quali-quantitativa da presença das mulheres no ensino superior brasileiro, trazendo dados oficiais do Censo da Educação Superior do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep/MEC) e dados da Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Passos, (UEMG-PASSOS). O objetivo do estudo é discutir a representatividade da mulher na universidade e sua importância para a concreção da cidadania feminina. Os números comprovam que as mulheres são maioria nos cursos superiores, no entanto, elas ocupam majoritariamente as vagas nos cursos de licenciatura e humanas, enquanto os homens são maioria nos campos de engenharias e tecnológicas, o que, em

tese, perpetua a tradicional divisão sexual do trabalho e mantém a mulher longe de equidade de gênero no ambiente acadêmico. O estudo foi elaborado através de análise de dados consolidados, relatórios oficiais do governo, relatório da UEMG-Passos, além da mobilização da literatura especializada.

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres; equidade de gênero; ensino superior; universidade.

WOMEN'S REPRESENTATION IN UNIVERSITIES AND THE CONCRETION OF CITIZENSHIP

ABSTRACT: This paper makes a qualitative and quantitative approach to the presence of women in Brazilian higher education, bringing official data from the Higher Education Census of the National Institute of Educational Studies and Research Anísio Teixeira (Inep / MEC) and data from the Minas Gerais State University - Steps Unit, (UEMG-STEPS). The aim of the study is to discuss the representativeness of women in the university and its importance for the realization of female citizenship. The numbers show that women are the majority in higher education, however, they occupy mostly vacancies in undergraduate and human courses, while men are the majority in engineering and technological

fields, which, in theory, perpetuates the traditional sexual division. and keeps women away from gender equity in the academic setting. The study was prepared through analysis of consolidated data, official government reports, UEMG-Passos report, and the mobilization of specialized literature.

KEYWORDS: Women; gender equity; University education; university.

1 | INTRODUÇÃO

No Brasil a educação é direito fundamental consagrado pela Constituição da República e, mundialmente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. É um direito de todos, homens, mulheres e crianças sem distinção de raça, cor, crença ou etnias.

A Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996) que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional no Brasil, também declara ser a educação direito fundamental e, mais ainda, a mola propulsora para se construir um mundo mais seguro e sadio, ambientalmente equilibrado, que favoreça o progresso social, econômico e cultural.

Apesar da norma ser taxativa sobre ter direito à educação, sabemos que esta não é suficiente para promover a equidade e consolidar cidadania. A educação brasileira, em termos gerais, apresenta graves deficiências, exclui muitas crianças, jovens e adultos e, faz-se necessário constante incremento de políticas públicas para que ela possa ser oferecida.

Este trabalho vai abordar especificamente a presença das mulheres no ensino superior brasileiro, estudando os dados do Censo da Educação Superior e, com um recorte especial analisando os números da Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Passos, (UEMG-PASSOS) com o objetivo de discutir representatividade na universidade e a importância desta para a concretização da cidadania feminina.

Iniciamos contextualizando legalmente o direito a educação e logo em seguida apresentamos dados estatísticos brasileiros. Fazemos também uma contextualização do ensino superior, suas modalidades e especificidades e, já na discussão do problema de estudo apresentamos como a mulher está inserida no universo do ensino superior, demonstrando através dos dados onde e como ela se apresenta como estudante do ensino superior e, se esta presença em determinados cursos tem ligação direta com a questão de gênero.

Os números comprovam que as mulheres são maioria nos cursos superiores, no entanto, elas ocupam majoritariamente as vagas nos cursos de licenciatura e humanas, enquanto os homens são maioria nos campos de engenharias e tecnológicas, o que, em tese, perpetua a tradicional divisão sexual do trabalho e mantém a mulher longe de equidade de gênero no ambiente acadêmico.

O estudo foi elaborado através de análise de dados consolidados, relatórios oficiais

do governo, relatório da UEMG-Passos, além da mobilização da literatura especializada.

2 | EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL, GÊNERO E CIDADANIA FEMININA

Direito Fundamental consagrado na Constituição Federativa do Brasil promulgada em 1988, a educação está prevista no rol dos direitos sociais presentes no Art. 5º e mais especificamente no art. 205 que diz: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também tem destaque para a educação. Vejamos:

Art. 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. A educação é a mola mestra de desenvolvimento do mundo (BRASIL, 2007).

É pela educação que as normas de conduta da sociedade são incutidas nas novas gerações.

Para Adorno (1995), educação é primordial para a formação ética dos seres humanos e para a construção da cidadania, pois lida com as dimensões social e cultural dos indivíduos, ela ainda, se ancora nos princípios éticos, ou seja, nos valores definidos e praticados na sociedade em que está inserida.

Tais princípios precisam ser aprendidos e, portanto, devem ser ensinados, daí o papel da Instituição Escolar. A escola é a instituição responsável por promover a inserção das pessoas na comunidade, e por meio de um diálogo contínuo com a sociedade, é também, capaz de propor ações de enfrentamento à todas as formas de exclusão social.

De acordo com Lodi e Araújo, dois fatores são necessários para a introjeção de princípios éticos e educacionais:

1) Que os princípios se expressem em situações reais, nas quais possam ter experiências e nas quais possam conviver com a sua prática;

2) que haja um desenvolvimento da sua capacidade de autonomia moral, isto é, da capacidade de analisar e eleger valores para si, consciente e livremente (in MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2007, P. 69).

De acordo com Freire (2005), mais do que discursos, a educação solicita de reflexões sobre a prática e vivências em situações reais. Por meio das experiências o sujeito compreende a necessidade do diálogo, do respeito para si e com o próximo, e do que é ser solidário e justo. Estas discussões educacionais são essenciais para a construção da cidadania e, devem voltar-se para a compreensão da realidade social, dos direitos e deveres do cidadão, e pautar-se nos princípios éticos e morais da nossa sociedade.

Ainda segundo Freire (2005), a educação deve ser vista como prática de liberdade, interligando e envolvendo os homens em uma realidade concreta que traga mudanças que se propõem necessárias, sobre as verdadeiras realidades e contextos dos seres humanos em suas vivências e, que a partir da educação possa se consolidar a consciência e a transformação dos seres humanos.

Nesta linha, os ensinamentos de Moram (2007), demonstram que enquanto instituição pública, a escola é um espaço social e político que tem por finalidade educar as futuras gerações, transmitindo assim os conhecimentos acumulados pela nossa civilização, mas deve se ocupar também com a construção do indivíduo em sua totalidade, preparando-o para a vida em sociedade.

Neste contexto podemos dizer que a inserção da mulher na educação é fator imprescindível para a promoção, por exemplo, da representatividade feminina nas diversas esferas do poder, pois apesar de representar mais de 50% do eleitorado brasileiro, a mulher não alcança porcentagem mínima nos cargos políticos no Brasil. Isso porque, a desigualdade de gênero acarreta a predominância masculina nas relações de poder, confirmando o círculo vicioso que mantém a mulher submissa à sociedade e a dominância masculina.

Para Pereira e Lehfeld (2018) a titularidade de direitos da mulher foi reconhecida tardiamente e, isto seria causa impactante no cotidiano feminino refletindo diretamente na condição da mulher como sujeito capaz de ocupar espaços sociais, culturais, políticos e econômicos a partir de suas próprias identidades e necessidades, perpetuando as desigualdades entre homens e mulheres.

Os autores destacam que, “é notório o progresso das mulheres na sociedade e a existência do aparato legislativo. Entretanto, a mulher está no percurso da construção da cidadania, dentro de uma sociedade patriarcal, sem os mesmos privilégios conferidos os homens” (p.485) e, sem construção de políticas públicas reconhecendo a mulher como sujeito de direitos, ela continuará a ser vítima de discriminação, com seus direitos fundamentais violados e, sem assegurar e exercer sua cidadania, apesar desta ser positivada como direito fundamental. “A mulher não está presente nas relações de poder. Não exerce os direitos fundamentais à vida, à saúde, à educação, ao trabalho, à dignidade, à igualdade, a viver uma vida livre de violência, etc. A reflexão deságua, portanto, na seguinte questão: a legislação é suficiente?” (p.487)

Em breve conclusão temos que a cidadania às mulheres, apesar de garantida, não é efetivada de forma plena e, portanto, não pode ser exercida. O reconhecimento da mulher como sujeito de direitos ocorreu, mas questiona-se no plano da realidade que esta cidadania é exercida em seu conceito restrito, qual seja a concreção do “direito a ter direitos”¹.

1 Hannah Arendt afirma que o direito a ter direitos significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada (ARENDR, 1990, p. 330).

O lugar “doméstico”, determinado para a mulher ao longo da história, reverbera através dos séculos com discursos que produziram e naturalizaram a desigualdade entre homens e mulheres e, promovem um apagamento de seu papel como protagonista na formação do mundo.

De acordo com Melo e Thomé (2018), as desigualdades de gênero também estão presentes quando se trata da história da educação e as mulheres são excluídas. E como a história foi escrita pelos homens, as mulheres sempre foram menosprezadas, sem direito a voz e tituladas como causadoras dos infortúnios humanos.

Seria preciso voltar muitos séculos, milênios, e deles trazer Hipátia, Cleópatra, Joana D’Arc, entre tantas outras, para fazer jus ao papel das mulheres na história das civilizações. Uma participação da qual muito pouco se sabe, tanto porque as mulheres estavam confinadas principalmente em seus lares, como também devido aos poucos registros de suas ações (MELO; THOMÉ, 2018, p. 37).

Hipátia de Alexandria, por exemplo, foi uma cientista pagã, matemática, filósofa, médica e astrônoma do século IV a V d.C., Cleópatra foi rainha do Egito, um dos grandes impérios da antiguidade, no século I a.C., e Joana D’Arc foi uma líder guerreira do período medieval. Além dessas mulheres, existiram muitas outras, cujos feitos permaneceram no esquecimento, pois a história se encarregou de apagá-las. Acerca desse fenômeno, Perrot (2007) declara que nunca teremos uma ideia real de seus feitos, pois, as poucas histórias narradas são frutificadas a partir do imaginário dos homens.

Neste contexto, pode se entender que a educação para a mulher nunca foi pensada como forma de promover e consolidar cidadania e consequente, participação pública.

3 | OS NÚMEROS NO ENSINO SUPERIOR

Nos últimos anos, mais especificamente a partir da década de 90, o estado implantou uma série de políticas universais de inclusão social, entre elas o acesso à educação superior como forma de criar oportunidades e desenvolvimento econômico e social. Estas políticas de inclusão, promoveram uma lenta mudança no cenário universitário com a ampliação da ocupação pelas mulheres de vagas em curso de graduação, por exemplo.

Houve ainda, um aumento significativo no número de instituições de ensino superior no Brasil a partir do governo Lula, com a implantação de universidades públicas e institutos federais, divididos por regiões, saindo dos grandes centros e indo para os interiores e regiões.

Foram criadas 18 novas universidades federais e 173 campus universitários, praticamente duplicando o número de alunos entre 2003 a 2014: de 505 mil para 932 mil. Os institutos federais também tiveram uma grande expansão durante os governos do PT: foram implantados mais de 360 unidades por todo o país. (PARTIDO DOS TRABALHADORES, s.p, 2018)

De acordo com pesquisa do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais

Anísio Teixeira (Inep/MEC) realizada em 2017, o Brasil à época contava com 2448 instituições de ensino superior. Destas 296 públicas e 2.152 privadas. Os dados demonstram ainda que dentre as públicas, 41,9% são estaduais; 36,8%, federais e 21,3%, municipais.

A pesquisa ainda delimita que aproximadamente 3/5 das instituições federais são universidades e outros 36,7%, Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia (IFs) e Centros Federais de Educação Tecnológica (Cefets). Desmembrando estes números as faculdades totalizam 82,5% e as universidades equivalem a 8,1% do total de IES.

A maioria dos estudantes, 53,6%, estão matriculados nas universidades e apenas 1/4 estão nas faculdades. Com relação aos cursos, na graduação se dividem em bacharelado e licenciatura, ensino presencial e na modalidade a distância (EAD), sendo predominante matrículas nos cursos de bacharelado (58,7%).

Ainda de acordo com o Inep/MEC (2017, on line) “o Censo da Educação é o mais completo levantamento estatístico sobre as IES brasileiras e sua oferta de cursos”, é realizado com o objetivo de oferecer para o poder público diretrizes de aprofundamento e criação de políticas públicas no setor educacional, bem como de dar à sociedade parâmetros sobre a situação da política de educação brasileira.

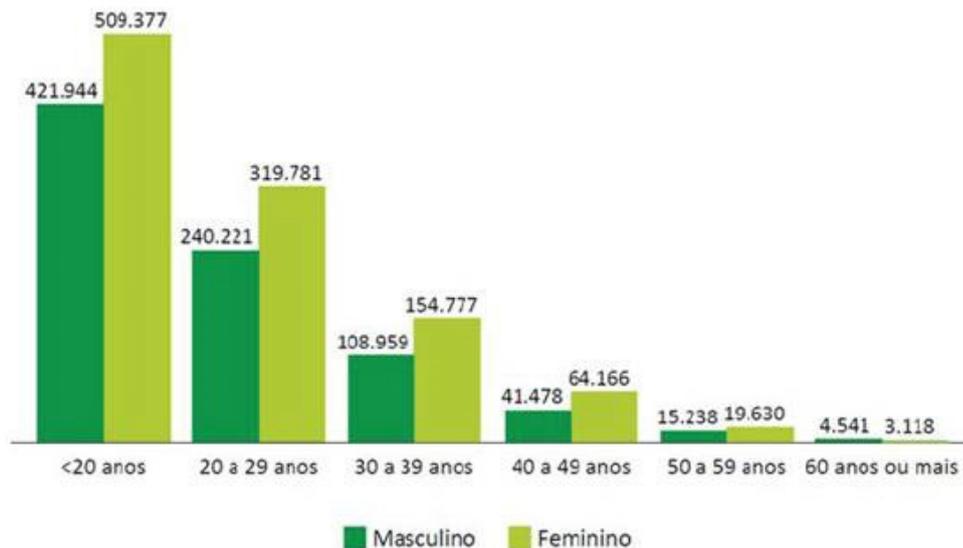
Os dados do Inep/MEC, são orientados através do Censo Escolar, regulamentado pelo Decreto nº 6.425 de 04/04/2008, é realizado anualmente com o objetivo de organizar informações sobre as IES brasileiras, com dados sobre os cursos de graduação, estudantes, docentes e técnicos/as vinculados a esse nível de ensino, número de ingressantes e de concluintes, por sexo, idade, região do País, número de vagas em cursos de graduação, por modalidade de ensino e tipo de vaga, caracterizando o mais completo instrumento de avaliação do ensino superior.

De acordo com o INEP, em dados de 2018, 17% da população brasileira de 25 a 64 anos de idade havia concluído um curso de ensino superior no nível de graduação, 0,8% concluíram mestrado e 0,2% doutorado.

3.1 Os números na sala de aula

A predominância das mulheres no ensino superior está impressa nos dados do Censo. Elas são maioria de ingressantes, matriculados e concluintes sendo, 55% ingressantes, 57% matriculadas e 61% concluintes dos cursos de graduação.

Outro dado de destaque na pesquisa é o que demonstra uma maior presença de mulheres matriculadas nas licenciaturas, sejam elas nos cursos presenciais ou na modalidade EAD, sendo 70,6%. Este percentual só diminui quando a idade é superior aos 60 anos, que compreende formação pela Educação Jovens e Adultos (EJA).



Número de matrículas na educação profissional segundo faixa etária e sexo – Brasil – 2018

Fonte: Elaborado pela Deed/Inep com base nos dados do Censo da Educação Básica

Elas também são maioria esmagadora nos cursos profissionais da Educação Básica com predominância em todas as faixas etárias².

Assim, considerando os dados do Censo, é certo concluir que no Brasil a presença feminina no ensino superior cresceu progressivamente nos últimos anos, porém ainda é clara a diferença na escolha da mulher por cursos em áreas reconhecidamente femininas pela sociedade, como nos cursos das áreas de formação educacional básica, ou seja, nas licenciaturas, onde a presença das mulheres chega próximo aos 60% de concluintes, contra 41% quando são considerados os cursos relacionados às ciências exatas e da saúde, como os de biologia, farmácia, engenharias, matemática, medicina, física, química, ciência da computação, entre outros.

3.2 Os números na UEMG-Passos

Seguindo os mesmos parâmetros do Censo da Educação Superior, realizamos uma pesquisa junto à Secretária Acadêmica da Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Passos. (UEMG-PASSOS). Na pesquisa foram considerados dados de ingressantes e concluintes nos 21 cursos de graduação da universidade de acordo com o sexo, nos anos de 2017, 2018 e 2019.

Os dados confirmam a tendência nacional com maior número de mulheres matriculadas e concluintes e ainda, maior número nas licenciaturas e nos cursos das áreas de humanas, ficando os homens majoritariamente concentrados nas áreas de ciências exatas e tecnológicas, como nas engenharias e sistemas de informação.

Em 2017 foram efetuadas 2.608 matrículas de mulheres contra 2.099 de homens.

² De acordo com o Censo Escolar a educação profissional engloba cursos de formação inicial e continuada, qualificação profissional articulado à EJA ou ao ensino médio; ou ainda os cursos técnicos de nível médio nas formas articuladas (integrada ou concomitante) ou subsequente ao ensino médio.

Em 2018 houve um pequeno aumento no número de mulheres e de homens, sendo 2.645 vagas ocupadas pelo público feminino e 2.120 para o masculino. Já em 2019 as mulheres continuaram maioria efetivando 2.622 matrículas e os homens 2.063.

Vejamos os números em gráficos:

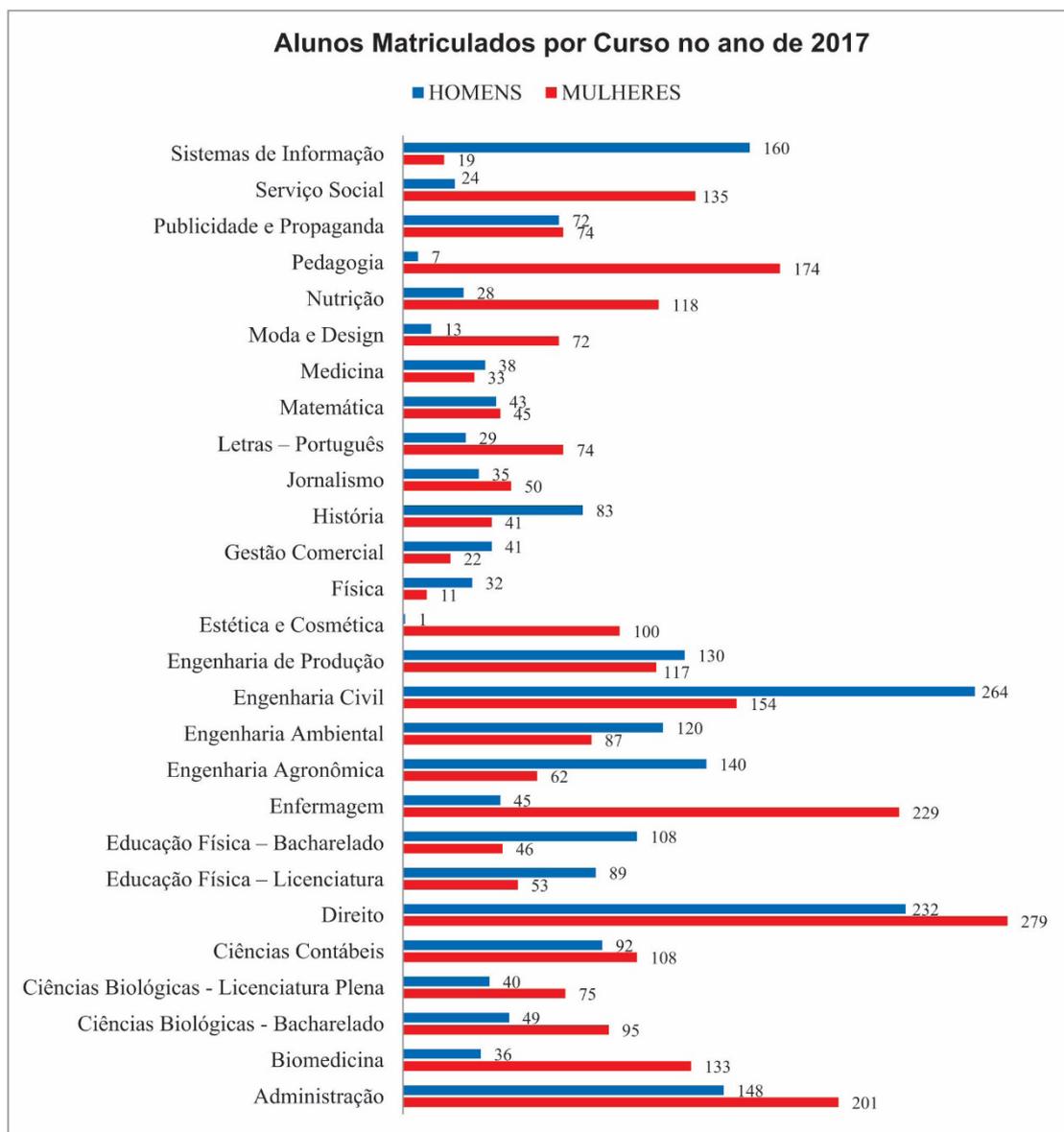


Gráfico 1. Alunos matriculados por curso referente ao ano de 2017

Fonte: Elaborado pelos autores

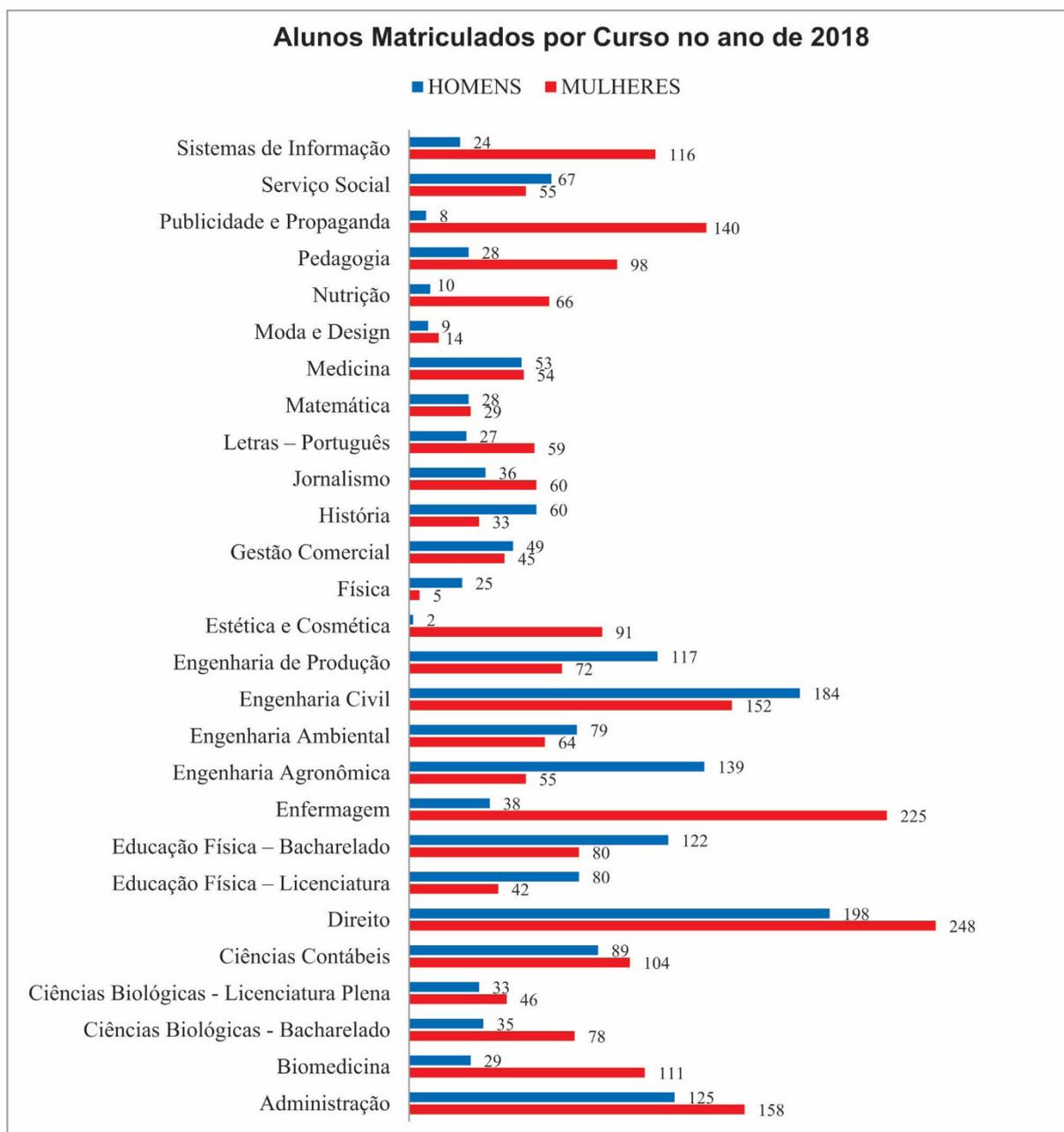


Gráfico 2. Alunos matriculados por curso referente ao ano de 2018

Fonte: Elaborado pelos autores

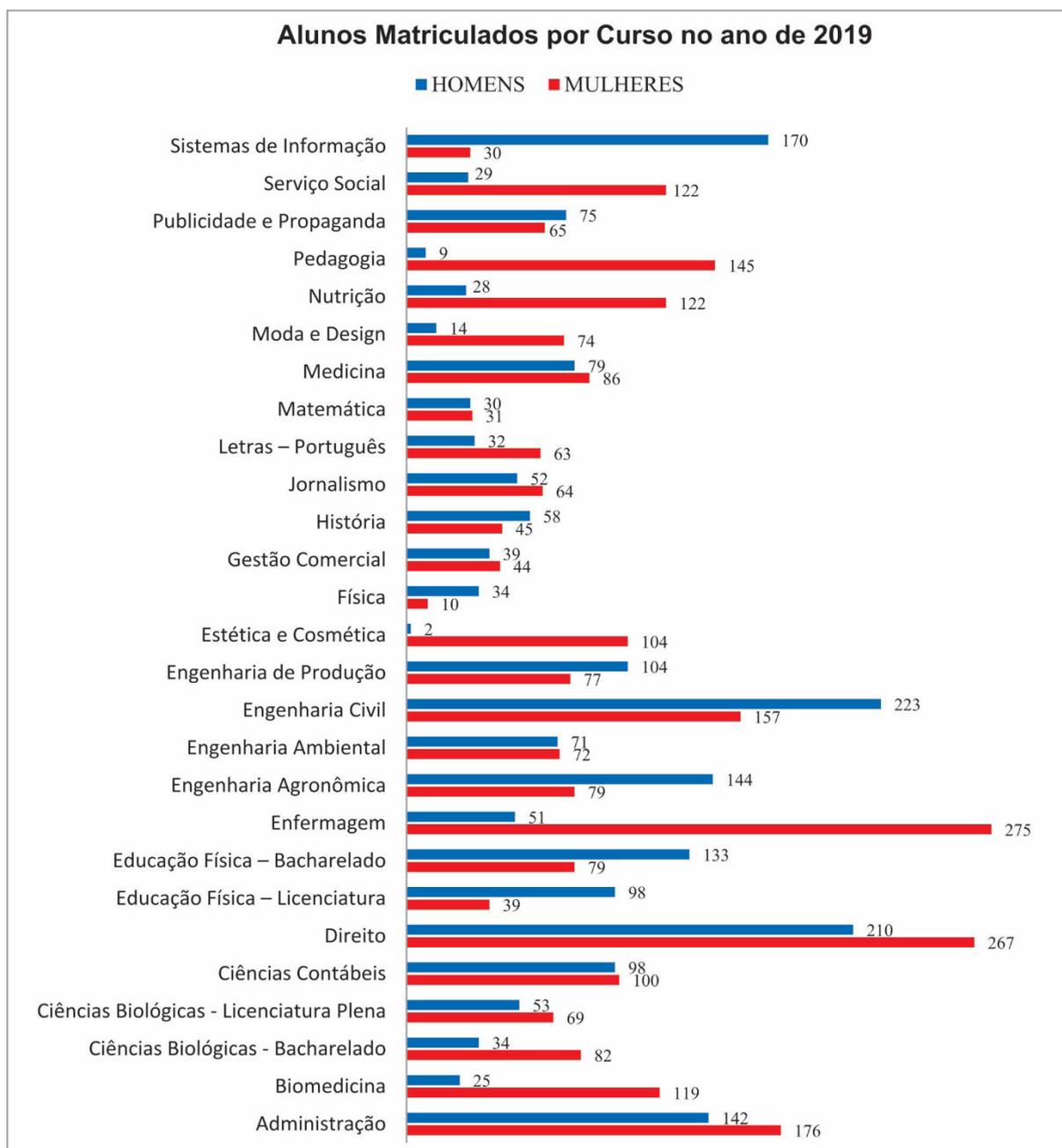


Gráfico 3. Alunos matriculados por curso referente ao ano de 2019

Fonte: Elaborado pelos autores

A diferença nos cursos se mostraram maiores quando consideradas as áreas de formação educacional como nos curso de Pedagogia e Letras e, de formação e atuação social, humana, de estética e moda, como nos cursos de Serviço Social, Enfermagem, Biomedicina, Nutrição, Estética e Cosmética e moda e Design. Já nos cursos de formação tecnológica e exatas predominam os homens como nas Engenharias, Civil, Ambiental, Produção e Agrônômica e no curso de Sistemas de Informação onde temos a maior diferença.

4 | A IMPORTÂNCIA DO ENSINO SUPERIOR NAS RELAÇÕES DE GÊNERO PARA A CONCREÇÃO DA CIDADANIA

Conforme demonstrado pela pesquisa é inegável que as mulheres estão ocupando os bancos das universidades, faculdades e institutos de educação. Inegável ainda, que esta formação superior é um grande avanço na luta feminista em busca de equidade e efetivação de direitos para que se alcance plena cidadania. No entanto, estes mesmos números comprovam que esta ocupação, apesar de ser majoritária em relação ao universo masculino, não se reflete na mesma medida em reconhecimento do papel da mulher na sociedade como importante meio para a promoção social e crescimento econômico, por exemplo.

O relatório *Education at Glance 2019*, produzido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e divulgado pelo Brasil através do INEP (2019), aponta os inúmeros preconceitos e discriminações existentes na educação com relação as questões envolvendo a mulher e, perpetuando estereótipos de gênero. Um exemplo seria o fato das mulheres serem desestimuladas a seguir carreira nas ciências exatas por teoricamente terem uma falta de aptidão natural nestas áreas onde há um ambiente ainda muito hostil encontrado nas academias e em espaços empresariais.

O relatório exemplifica ainda que a taxa de emprego brasileira é influenciada pelo nível de escolaridade, com o ensino superior ocupando 83% das vagas.

“No Brasil, a escolaridade tem maior impacto para as mulheres do que para os homens no acesso ao mercado de trabalho. Na faixa etária mais jovem, de 25 a 34 anos, 82% das mulheres com o ensino superior estavam empregadas, percentual bem superior aos 63% das mulheres com o ensino médio e 45%, com até o ensino fundamental completo. Já para os homens, na mesma faixa etária, as taxas de emprego observadas foram de 89%, 84% e 76%, respectivamente” (BRASIL, 2019, p. 9-10).

De acordo com Barreto (2014) é preciso levar em consideração que as mulheres estudantes são, em sua maioria trabalhadoras, em dupla e muitas vezes tripla jornada, seguindo a tradição persistente no Brasil, onde elas ainda são as maiores responsáveis pelo trabalho doméstico.

Outra avaliação da autora é de que a sociedade ainda não reconhece a mulher em seu papel profissional e, assim perpetua-se as disparidades de gênero com relação a divisão sexual do trabalho, por exemplo, com as mulheres ocupando postos inferiores a sua qualificação e com remuneração menor que dos homens nos mesmos postos de trabalho.

O modo como as mulheres participam em diversos âmbitos da vida em sociedade ainda não significa equivalência de poder e de acesso aos bens comuns. A despeito da formalização da igualdade, a ordem social continua marcada pela desigualdade, configurando uma divisão sexual de tarefas em que, para determinadas posições, carreiras e funções, são valorizadas características atribuídas aos homens e à masculinidade e, para outras, características atribuídas às mulheres e ao feminino. Para uma boa atuação no mercado de trabalho, por exemplo, é ainda comum que se valorizem a racionalidade, a competitividade, a busca pelo sucesso, entendidas pelo senso comum como pertinentes ao universo masculino. Já os cuidados da casa e da

família, como a valorização do amor, da compaixão, da submissão, da empatia, ainda são vistos muitas vezes como características essencialmente femininas. Os diversos estereótipos atribuídos aos gêneros moldam, definitivamente, o significado atribuído às ocupações e às carreiras, pois é comum o entendimento de que há carreiras mais afeitas às mulheres e carreiras propriamente masculinas. Como consequência, o gênero também influencia no valor social atribuído às ocupações no mercado de trabalho e atua do mesmo modo na universidade, onde as mulheres, ainda que presentes em número crescente, não se distribuem de modo uniforme pelas diferentes “vocações” (p. 09-10).

Os dados do IBGE (2013) comprovam estas dificuldades femininas e demonstram que a maioria das brasileiras tem dupla jornada de trabalho sendo 88% delas. Já no universo masculino este percentual cai para 46%. Os números indicam ainda que as mulheres trabalham o dobro dos homens exercendo as tarefas domésticas, com elas dedicando 20,6 horas/ semana contra apenas 9,8 horas/semana para os homens. Se somadas as horas de trabalho profissional e jornadas domésticas, as mulheres então trabalham aproximadamente 60/horas semanais contra 51,6 horas dos homens.

Como dito anteriormente, apesar do irrefutável avanço com as mulheres ocupando seus espaços nas academias torna-se imprescindível discutir como mudar a realidade dos números para concreção da cidadania buscando equidade de gênero, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento das competências da mulher e consequente valorização no mercado de trabalho.

De acordo com Barreto (2014) avaliando números da educação superior no Brasil fica latente a presença da mulher na academia. No entanto os resultados devem chamar a atenção também para propor novas investigações do lugar da mulher na sociedade, com análise de “variáveis relativas à família, reprodução, inserção no mercado de trabalho, renda, região, entre diversas outras que atingem de forma diferente homens e mulheres na vida social” (p. 42). Entretanto, a autora chama a atenção para a necessidade de que se uma reflexão imediata sobre as questões de gênero relativas ao poder e como a mulher se insere com ocupação de postos de comando e influência política, por exemplo, e que poderiam contribuir para uma revisão mais ampla dos papéis de gênero na sociedade.

Após a análise dos dados, esta se torna a discussão necessária, pois somente com a representação feminina quebrando paradigmas e estereótipos de gênero e reconstruindo o papel da mulher profissional é que teremos reconhecimento e redistribuição de valores, incluindo aqui os profissionais. Uma das formas de operar mudanças neste cenário seria com o aumento de recursos em pesquisas científicas e em bolsas de iniciação científica, por exemplo, incentivando as mulheres a contribuírem com a ciência.

Este estudo não tem a pretensão de esgotar o tema, pois discutir a equidade de gênero entre mulheres e homens deve ser pauta contínua na agenda de políticas públicas e sociais dos governos federal, estaduais e municipais, e ainda, das entidades não governamentais, organizações sociais, organismos internacionais, como Organização das Nações Unidas (por meio da ONU Mulheres) Unesco e OIT. De acordo com Barreto (2014), é importante destacar ainda que a promoção da igualdade de gênero é um dos

objetivos do milênio estabelecidos pela ONU, figurando em terceiro lugar entre suas oito metas.

5 | CONCLUSÃO

A educação propicia ao indivíduo investigar, conhecer e compreender o mundo com um olhar de cidadania, dos direitos e deveres do cidadão e, isso é de fundamental importância para que o ser humano exerça seus papéis civis, sociais e políticos em sociedade. Neste contexto, a possibilidade de se formar profissionalmente em um curso superior traz novas formas de ver o mundo e assim, abrir os horizontes dos pensamentos, ideias e atitudes das pessoas.

Para a mulher, esta formação abrange novas perspectivas de trabalho, novas oportunidades, novas experiências e consolidação do papel de cidadã transformadora da sociedade em que está inserida.

Nesse contexto, a educação torna-se o mais importante instrumento do Estado à serviço da sociedade para a promoção da cidadania plena. Embora não seja o único meio de transformação social, apresenta-se como elemento para o desenvolvimento da criticidade e de autonomia dos indivíduos.

É preciso destacar que, longe de ser considerado heroísmo, a presença das mulheres nos bancos das universidades, apresenta-se como mais um capítulo da luta feminina para ocupar espaços na sociedade, tanto no que diz respeito a questões de direito, como para garantir a adequada divisão do trabalho doméstico e ainda a paridade salarial no mercado de trabalho.

Construir condições para que a mulher ocupe vagas nas áreas de exatas e tecnológicas também deve ser foco de políticas públicas, com incentivo e fomento específico para o público feminino em pesquisas científicas, por exemplo.

É preciso entender os dados deste estudo com foco no conceito de cidadania que compreende o exercício de direitos e deveres fundamentais, com a efetiva participação de todos na construção de um País mais justo e igual, em níveis sociais, educacionais, culturais, econômicos e rico em diversidade.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Tradução: Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1995.

BARRETO, Andreia. A mulher no ensino superior: distribuição e representatividade. **Cadernos do GEA**. – n.6 (jul./dez. 2014). – Rio de Janeiro: FLACSO, GEA; UERJ, LPP, 2012.

BARROS, Aidil de Jesus Paes de; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Projeto de pesquisa: propostas metodológicas**. 13 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, Unesco, 2007.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 agosto 2019.

_____. Inep - Censo da Educação Superior. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep/MEC). **Dados do Censo da Educação Superior**. Disponível em: < http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/dados-do-censo-da-educacao-superior-as-universidades-brasileiras-representam-8-da-rede-mas-concentram-53-das-matriculas/21206>. Acesso em: 17 setembro 2019.

_____. Inep - Censo da Educação Superior. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep/MEC). **Mulheres são maioria na educação profissional e nos cursos de graduação**. Disponível em: < http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/mulheres-sao-maioria-na-educacao-profissional-e-nos-cursos-de-graduacao/21206>. Acesso em: 17 setembro 2019.

_____. Inep - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep/MEC). **Panorama da educação/Destaques do Education at a Glance 2019**. Disponível em: < http://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/eag/documentos/2019/Panorama_da_Educacao_2019.pdf>. Acesso em: 17 setembro 2019.

_____. Ministério da Educação. **Ética e cidadania: construindo valores na escola e na sociedade**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Básica, 2007.

FREIRE, P. Educação e mudança. 20. edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

MORAN, José Manuel. Como utilizar a Internet na educação. In: **Ciência da Informação**, Brasília, v. 26, n. 2, p., May 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651997000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 agosto 2019.

PEREIRA, Fernanda Morato da Silva, LEHFELD, Lucas de Souza. A concreção da cidadania e a mulher nas relações de poder. **Revista Humus**. vol. 8, num. 24, 2018 disponível em: <<http://www.periodicos eletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/9999>>. Acesso em 26 de agosto de 2019.

PT, Partido dos Trabalhadores. **Confira as universidades e institutos federais criados pelo PT** - disponível em: <<https://pt.org.br/confira-as-universidades-e-institutos-federais-criados-pelo-pt/>>. Acesso em 26 setembro de 2019.

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 04/05/2020

Rosiane Sasso Rissi

Instituto Municipal de Ensino Superior de
Bebedouro-(IMESB)
Bebedouro - SP

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1969323663303624>

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo promover uma análise crítica sobre o modelo de ensino jurídico vigente nas instituições brasileiras de ensino superior, bem como verificar o papel do docente no processo de ensino-aprendizagem. Neste sentido, parte de sua contextualização histórica a fim de delinear os motivos de sua má qualidade na atualidade. Busca ainda situar o direito como um objeto cultural, considerando as três dimensões da experiência jurídica: a normativa, a fática e a valorativa, para que se possa compreender de forma integral o fenômeno jurídico, priorizando uma formação humanística em detrimento da técnico-legalista. Enfatiza também a importância do papel do docente no processo de ensino-aprendizagem e a necessidade de uma formação continuada voltada para a prática

pedagógica. Por fim, conclui pela necessidade de mudança, apresentando algumas propostas que podem contribuir para a superação da crise experimentada. Essas questões foram analisadas com a utilização do método dedutivo, partindo-se da identificação histórica acerca do modelo de ensino jurídico vigente, para depois, apontar os atuais desafios enfrentados pela comunidade acadêmica no que se refere à qualidade do ensino, propondo soluções para tanto.

PALAVRAS- CHAVE: Ensino jurídico. Tecnicismo. Criticidade. Docência.

CRITICAL ANALYSIS ON LEGAL EDUCATION IN BRAZIL

ABSTRACT: This article aims to promote a critical analysis of the legal teaching model in force in Brazilian higher education institutions, as well as to verify the role of the teacher in the teaching-learning process. In this sense, part of its historical contextualization in order to delineate the reasons for its poor quality today. It also seeks to situate the law as a cultural object, considering the three dimensions of legal experience: the normative, the factual and the evaluative, so that the legal phenomenon can be fully understood, giving priority to a

humanistic formation over the technical-legalistic one. It also emphasizes the importance of the teacher's role in the teaching-learning process and the need for continuing education focused on pedagogical practice. Finally, it concludes the need for change, presenting some proposals that can contribute to overcoming the crisis experienced. These questions were analyzed using the deductive method, starting from the historical identification about the current legal education model, and then pointing out the current challenges faced by the academic community regarding the quality of education, proposing solutions for this.

KEYWORDS: Legal education. Technicality. Criticality. Teaching.

1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a crise enfrentada pelo ensino jurídico no Brasil, que não é uma questão nova, mas permanece latente e de extrema relevância.

Nota-se, que de modo geral, prevalece nas universidades brasileiras o método de explicação do fenômeno jurídico no seu aspecto normativo abstrato, sem referência alguma sobre a sua função no contexto social. O discente é provocado a buscar soluções prontas no direito positivo, sem que, para tanto, exerça alguma contribuição crítica-reflexiva. É simplesmente levado a descobrir uma resposta para o problema proposto dentro de um sistema completo de normas. Ocorre que o ensino do Direito não deve ser encarado como um sistema fechado em si mesmo, em desconexão com a realidade que o cerca.

A função jurisdicional não deve ser identificada com a simples descoberta de soluções prontas dentro do sistema jurídico normativo, mas sim pela busca da verdadeira justiça para o caso concreto, considerando-se, para tanto, sua complexidade.

O modelo de ensino jurídico que vem prevalecendo nas universidades brasileiras é meramente expositivo e não crítico-reflexivo, transparecendo com nitidez o desprezo pelas dimensões sociológica e valorativa do Direito. A priorização do conhecimento técnico em detrimento de uma formação humanística e social é ainda bastante visível nos dias de hoje em vários projetos pedagógicos de cursos jurídicos disponibilizados por algumas instituições de ensino.

Não basta conhecer a norma, mas sim o porquê da sua existência, para que existe e como ela deve atuar para atender as necessidades sociais de acordo com os valores vigentes. É indispensável que os docentes tenham consciência do seu papel nesse processo de ensino - aprendizagem, estimulando nos discentes o hábito do pensamento crítico na busca de soluções mais justas para os conflitos jurídicos.

Desta forma, cabe verificar em que medida o estilo de ensino jurídico predominante na atualidade priva o jurista de uma postura crítica diante do fenômeno jurídico e, conseqüentemente, o afasta da defesa dos interesses sociais mais relevantes.

Para compreender esta crise experimentada pelo ensino jurídico no Brasil é fundamental conhecer a evolução da educação jurídica no cenário nacional, desde os

primeiros cursos até o presente, bem como a compreender a dimensão do fenômeno jurídico em sua totalidade e, a partir daí, concluir pela necessidade de uma educação menos técnico-legalista, afastada da realidade social, cultural e política.

Impõe-se, igualmente, investigar o modelo educacional exigido nos dias atuais diante das necessidades do mercado, moldado por uma estrutura capitalista, passando a exigir um operador do direito extremamente técnico, conhecedor dos trâmites processuais e, conseqüentemente, qual o papel do docente neste contexto. Por fim, serão apontadas algumas propostas visando à melhoria da qualidade do ensino jurídico no Brasil.

Por tratar-se de pesquisa bibliográfica os dados foram coletados, sobretudo, em obras doutrinárias e revistas especializadas. Após a coleta dos dados, procedeu-se a leitura, análise e seleção dos mesmos, para posterior redação da presente pesquisa.

2 | CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

A fim de compreender o cenário atual do ensino jurídico no Brasil é preciso considerar a sua evolução histórica, desde a criação dos primeiros cursos jurídicos.

No período imperial, com a chegada da família real portuguesa no Brasil, foram criadas cátedras isoladas de ensino superior. As cátedras eram locais de ensino muito simples e improvisados, onde havia um professor que repassa seus conhecimentos aos alunos, sobre forte influência dos ideais iluministas (OLIVEIRA, 2012).

A criação do Curso de Direito somente surgiu após a proclamação da Independência em 1827, nas cidades de São Paulo e Olinda. Esses cursos eram disponíveis apenas às elites aristocráticas que controlavam e mantinham o poder político do país, tendo por objetivo formar administradores para compor os quadros de dirigentes da administração pública. Segundo Oliveira:

O Curso de Direito, ao se identificar com as pretensões da elite social brasileira, quanto à manutenção do controle social pelas vias legais, construiu um arcabouço curricular, concentrado, basicamente, em disciplinas técnicas, cujo aprendizado das operações fundamentais para o exercício do trabalho do jurista em diversos campos de atuação se concentrou no saber-fazer, em detrimento do viés social na formação profissional (OLIVEIRA, 2012, p.55).

Nota-se que a criação dos cursos superiores no Brasil teve por principal objetivo atender as necessidades e os interesses particulares da classe aristocrata dominante na época, que exercia o controle político e social, focando as ações pedagógicas em um tecnicismo desprovido de qualquer preocupação com os fins sociais ou práticos do conhecimento transmitido. Logo, os cursos jurídicos no Brasil, em sua origem, não contemplam na formação do bacharel, a dimensão social do fenômeno jurídico como um importantíssimo instrumento para o acesso à justiça.

Durante o período republicano, o formato dos cursos jurídicos no Brasil não sofreu significativas mudanças, apenas introduziu um viés cientificista ao adotar os ideais

positivistas predominantes na época, passando o bacharel ser um profissional de elevada competência técnica com a tarefa de interpretar e aplicar a norma jurídica, sem levar em consideração os fins sociais para os quais a mesma foi criada. Neste período também surgiram as primeiras instituições de ensino superior de iniciativa privada mediante a concessão do poder público, denominadas de Faculdades Livres.

Já na década de 1930, com a mudança do paradigma econômico e social, que passou de agrário para o urbano-industrial, houve uma universalização dos cursos jurídicos no Brasil, para poder atender a demanda do capitalismo industrial. Conforme bem coloca Oliveira (2012, p.59): “Assim, a formação do bacharel em Direito se convergiu de acordo com as novas relações econômicas e sociais, pautadas nos princípios do liberalismo econômico que orientaram as ações do Estado”.

O modelo de produção dominante fez com que os cursos superiores sofressem alterações curriculares para atender as necessidades do sistema produtivo, sobretudo, tendo em vista a entrada em vigor dos novos diplomas legais: tais como o Código de Processo Civil, o Código Penal e a Lei de Introdução ao Código Civil, o que acabou por resultar em uma formação estritamente tecnicista do bacharel desprovida de qualquer dimensão humana e social.

A mercantilização da profissão e a possibilidade de ascensão e destaque social marcaram a década de 1930 e as que se seguiram. Nas décadas de 60 e 70, com o domínio militar no cenário político do país, o tecnicismo orientou os currículos dos cursos superiores no Brasil, visando estagnar o pensamento crítico-social dos profissionais formados pelas universidades, com o propósito de não se contestar a ordem vigente. Ganha destaque, neste contexto, a formação de práticos forenses que atendiam a demanda do mercado, porém, desprovidos de capacidade de criticar os valores éticos e sociais dominantes, em uma sociedade em que a grande maioria da população vivia excluída do acesso à justiça e dos bens fundamentais para uma vida digna.

Já as três últimas décadas foram marcadas pelo fenômeno denominado de globalização, que trouxe novos contornos para as relações sociais, econômicas e políticas. Essa nova fase do capitalismo fez com que a orientação a ser seguida pelos cursos superiores no Brasil, buscasse atender a demanda crescente pela sociedade em busca por mais escolarização, por mais mão de obra qualificada para o desenvolvimento do país.

Não há como negar que houve uma expansão significativa dos Cursos de Direito na sociedade brasileira como resultado das políticas neoliberais de mercantilização da educação superior, especialmente no âmbito privado.

Fala-se, hoje, em uma democratização do ensino jurídico, no sentido de que o diploma de bacharel em Direito está acessível a um número cada vez maior de pessoas. Neste cenário, a maioria das propostas curriculares está orientada para uma formação com enfoque no mercado de trabalho, mantendo um currículo mínimo de cunho generalista,

destituído de qualquer preocupação com uma formação crítica e problematizadora da realidade social. As instituições de ensino superior, na atualidade, praticam uma forma de ensino aproximada do profissionalizante, que prepara o bacharel para o mercado de trabalho.

O perfil do bacharel, seguindo esta ordem de pensamento, está atrelado somente às necessidades do mercado, apresentando-se preparado para o enfrentamento dos problemas práticos da vida forense, sendo eficiente ao responder rapidamente à demanda por um procedimento que resolva o problema imediato do seu cliente. Esta é a visão de uma parcela que considera o Direito como um saber eminentemente prático, cujo pensar reflete forçosamente nas cobranças feitas pelos exames e concursos exigidos para o ingresso nas diferentes carreiras jurídicas. Conforme bem coloca Gentil:

Assim também é que, pelos mesmos motivos, um certo tipo de literatura jurídica predomina, em geral sem qualquer criatividade nem exteriorização da possível opinião do autor; tem, via de regra, características descritivas, abordando fenômenos jurídicos objetivamente e, talvez com o propósito de facilitar a memorização, entregando-se a classificações e subdivisões, por vezes ilustradas com quadros sinóticos; é um processo que, se ganha em didática, perde em profundidade, já tendo sido apelidado de *fast food* jurídico. A alternativa para o estudante, às vezes incapaz de compreender a conexão do que estuda com a evolução do próprio Direito - já que frequentemente nenhum espaço é dedicado à análise dos fundamentos dos fenômenos abordados-, é simplesmente decorar os itens e conceitos que lê. (GENTIL, 2010, p.92).

Essa é a situação do ensino jurídico no país que apresenta um baixo nível de qualidade na formação de profissionais que assumem uma visão positivista do fenômeno jurídico, se subordinando a ordem social vigente, sem que haja qualquer contestação do caráter tecnicista do ensino ofertado pelas instituições.

O modelo de ensino que prima pela técnica em detrimento da reflexão, atende a uma clientela envolvida com questões de baixa complexidade. É evidente que para tais tarefas o profissional do Direito será bem sucedido. Assim, nada mais oportuno do que a manutenção de uma estrutura educacional mercantilista, que conta com a cumplicidade dos alunos, que voltados para um suposto sucesso promissor no futuro, esquecem-se de qualquer reflexão acerca dos fundamentos e do papel social do seu objeto de estudo.

3 | O FENÔMENO JURÍDICO EM SEU ASPECTO TRIDIMENSIONAL

A história do Direito nos tempos atuais encontra-se marcada pelo ensino jurídico-positivista e pragmático. Pode-se dizer que a Dogmática Jurídica ocupou a esfera do saber jurídico, ignorando totalmente que o Direito é um objeto cultural.

Atualmente, dá-se mais valor ao conhecimento das leis sancionadas pelo poder público do que da realidade socioeconômica em que se vive. E com isso não se reconhece a existência de um Direito que se fundamenta nas tradições históricas, políticas e nas práticas cotidianas. Desta forma, observa-se que o conhecimento reproduzido no ensino

do Direito apresenta-se desconectado da realidade social em que se insere.

O Direito enquanto objeto de estudo da Ciência Jurídica não deve ser identificado apenas em seu aspecto normativo, esquecendo-se da sua dimensão fático-valorativa. Para André Franco Montoro (2011, p.77), o termo direito apresenta uma pluralidade de significados correspondentes a cinco realidades fundamentais, ou seja, direito como norma, como faculdade, como justo, como ciência e como fato social. Essas cinco realidades diferentes correspondem às acepções fundamentais do direito.

As diferentes perspectivas citadas revelam o caráter analógico do conceito de direito, podendo levar os juristas a utilizar preferencialmente uma dessas acepções em detrimento de outra na concepção do fenômeno jurídico. Mas conforme observa o referido autor:

O direito pode ser encarado sob duas perspectivas diferentes: como elemento de conservação das estruturas sociais, ou como instrumento de promoção das transformações da sociedade. Para os que defendem a função conservadora do direito, a concepção mais adequada a essa missão é a identificação do direito com a lei, e, por extensão, ao contrato, como lei entre as partes. [...] Mas, principalmente nos países em desenvolvimento, o erro dessa posição é patente. Fazer do direito uma força conservadora é perpetuar o subdesenvolvimento e o atraso. Identificar o direito com a lei é errar duplamente, porque significa desconhecer seu verdadeiro fundamento e condená-lo à estagnação. Para fundamentar a missão renovadora e dinâmica do direito é preciso rever certos conceitos de base e afirmar, na sua plenitude, o valor fundamental, que dá ao direito seu sentido e dignidade: a justiça. Não se trata de um conceito novo, mas permanente, que deve ser afirmado, estudado e efetivamente aplicado, se quisermos dar ao direito sua destinação verdadeira, que é a de ordenar a convivência e o desenvolvimento dos povos (MONTORO, 2011, p.49).

A Ciência Jurídica situa-se no conjunto dos conhecimentos humanos, é uma ciência social e, portanto, uma ciência cultural, que deve ter uma visão conjunta da ordem jurídica. Assim, devem ser incluídos no seu estudo os aspectos teóricos, práticos, filosóficos, sociológicos e técnicos, pois não se pode conhecer o fenômeno jurídico em todas as suas dimensões reais, se focar apenas em um ou mais destes aspectos.

Ao jurista não pode faltar o conhecimento da natureza de sua ciência (Epistemologia Jurídica) e dos valores fundamentais (Axiologia Jurídica) que dão sentido e significação a qualquer instituição jurídica. Mas também não lhe pode faltar o conhecimento da realidade jurídico-social (Sociologia Jurídica) que serve de fundamento para a criação da norma (Dogmática Jurídica). Para Miguel Reale:

O simples fato de existirem várias acepções da palavra Direito já devia ter suscitado uma pergunta, que, todavia, só recentemente veio a ser formulada, isto é: esses significados fundamentais que, através do tempo, têm sido atribuídos a uma mesma palavra, já não revelam que há aspecto ou elementos complementares na experiência jurídica? Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça). (REALE, 2004, p. 64).

Nota-se que, para Reale, o Direito possui estrutura tridimensional, na qual fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, num processo dialético. Ainda

segundo o autor: “Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores” (REALE, 2004, p.65).

Desta forma, pode-se concluir que a compreensão de forma integral do fenômeno jurídico somente pode ser atingida se forem consideradas estas três dimensões da experiência jurídica. O que se tem observado nas últimas décadas, contudo, é que a grande maioria dos juristas permaneceu voltada quase que exclusivamente aos aspectos formais e técnicos do Direito, esquecendo-se dos seus fundamentos fáticos e valorativos. Estabeleceu-se uma verdadeira ruptura entre a Filosofia, a Sociologia e o Direito.

É evidente a necessidade de uma Ciência Jurídica onde o jurista se interesse cada vez mais pelos aspectos filosóficos e sociais dos problemas que lhe são submetidos à luz do direito positivo. Por essas razões, é possível dizer que a experiência jurídica não pode ser integralmente entendida sem ter presente a complexidade de sua estrutura.

Portanto, ao identificar o Direito enquanto Ciência Jurídica com a norma, o ensino jurídico deixa de ser vivenciado de forma crítica-reflexiva, caracterizando-se como um sistema fechado em si mesmo, havendo a necessidade de se buscar alternativas para que seja incorporada uma postura sustentada na transformação social dentro de um processo dinâmico e dialético.

4 | ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE O PROCESSO DE ENSINO APRENDIZAGEM NO CURSO DE DIREITO

Fala-se na atualidade em uma democratização do ensino jurídico no Brasil. As políticas públicas de inclusão educacional em nível superior e a expansão quantitativa dos cursos superiores privados possibilitaram, há alguns setores da sociedade, fácil acesso à graduação, fazendo com que o diploma de Bacharel em Direito esteja ao alcance de um número cada vez maior de pessoas. A clientela que frequenta tais cursos, em sua maioria, é composta por trabalhadores que estudam à noite e, conseqüentemente, dispõem de pouco tempo para se dedicar à leitura e às pesquisas. Essa é a realidade que reflete a situação atual do ensino jurídico pátrio.

Se por um lado tal fato apresenta um aspecto positivo que é o de proporcionar o acesso ao ensino superior à grande parte da sociedade, ostenta de outra parte uma feição negativa que merece ser destacada: a falta de qualidade do ensino ofertado. A universalização do ensino, desde o fundamental até o superior é algo positivo, desde que não sirva aos interesses de uma parcela do mercado ávida por lucros e alienada ao desenvolvimento social.

A crise do Direito está diretamente ligada à forma pela qual o conhecimento é transmitido. Neste contexto, surge uma figura essencial que é o professor. No ensino jurídico, entretanto, muitos ingressam no campo da docência sem saber o verdadeiro

significado de ser professor.

Cabe observar que muitos docentes dos cursos jurídicos não exercem exclusivamente o magistério, pois também ocupam cargos públicos ou se dedicam a advocacia, não construindo sua identidade profissional como “professor”. Além disso, o corpo docente, de um modo geral, é composto por professores que não possuem formação na área pedagógica e passam a ensinar o Direito por meio da transmissão de conteúdos que aprenderam, sem ter de fato aprendido a ensinar.

Infelizmente não existe uma preocupação com a formação pedagógica do docente na área do ensino jurídico, deficiência esta que deveria ser suprida pelas próprias instituições de ensino superior por meio da criação de serviços de apoio pedagógico aos professores, treinamentos ou capacitação, para que possam iniciar sua atividade docente com mais segurança ou ainda, acompanhá-los durante toda a sua trajetória profissional, auxiliando-os em suas dificuldades. Mesmo aqueles que já possuem uma titulação, geralmente, não tiveram em suas pós-graduações matérias voltadas para a formação pedagógica, apresentando também certa deficiência neste sentido.

Assim, o professor-jurista ao elaborar suas aulas acaba ficando limitado à exegese do Direito posto, recusando-lhe a crítica e apresentando aos discentes um sistema pronto e acabado, supostamente harmônico, que possui todas as respostas possíveis para os casos concretos. Conforme bem coloca Gentil:

Considerar o Direito como um sistema aberto implicaria em ter de buscar suas fontes na história e na filosofia. Então se opta pela visão do fenômeno jurídico como algo contido num sistema fechado e, portanto, autoexplicável, opção que frequentemente tem conduzido a um grau de teorização interna que acaba por desvincular o Direito da realidade. Criam-se, no interior desse sistema fechado, campos nos quais se “explica” o fenômeno jurídico a partir de categorias próprias desses mesmos campos, o que o distancia cada vez mais do mundo real e produz “especialistas da generalidade” (GENTIL, 2010, p.92).

Desta forma, o conhecimento é transmitido por meio de aulas expositivas, onde o procedimento metodológico de ensino privilegia o ato de repetição e memorização do conteúdo transmitido, para posterior avaliação daquilo que foi sendo depositado na cabeça do aluno. Segundo Mello:

Partindo do pressuposto de que a sala de aula deve ser um palco de debates e não um lugar de narração, a elaboração de um plano de ensino deve ter como objetivo a proposta de criar condições para envolver professor e alunos nos debates, possibilitando, assim, a formação do raciocínio, da participação, da reflexão e da crítica (MELLO, 2007, p.64).

Essa postura dogmática e tradicional dos docentes da área jurídica implica em uma formação dos discentes distanciada do contexto social em que se apresenta o fenômeno jurídico. Portanto, o professor de Direito deve dar ao seu magistério uma dimensão mais ampla do que vem ocorrendo na atualidade, adotando metodologias de ensino que desafiem o aluno a pensar, a refletir sobre o real sentido e valor do Direito. Se o professor não assume uma postura crítica-reflexiva no exercício de sua docência, como exigir tal postura de seus alunos? Para Oliveira:

A influência do tecnicismo na atividade docente, herdada, muitas vezes, da prática jurídica, impede que se assegure um processo de formação do bacharel em ciências jurídicas com uma visão humanista e social, devido à lacuna na formação dos professores, alguns sem a titulação necessária, valendo-se, apenas, da experiência na militância forense. Essa situação perdura na maioria das instituições privadas de ensino que oferecem cursos jurídicos e, assim, as temáticas de estudo culminam com o baixo nível da qualidade da formação, assumindo o viés positivista para formar burocratas submissos à ordem social vigente, sem que haja a contestação do caráter tecnicista do ensino (OLIVEIRA, 2012, p.64-65).

Para superar tal situação do ensino jurídico é necessário haver uma ruptura com o tecnicismo a partir do desenvolvimento de grades curriculares que privilegiem disciplinas de caráter humanista, como a Filosofia, a Ética, a Sociologia, a Antropologia, a Ciência Política, entre outras, que auxiliem o jurista na análise e na reflexão da realidade social em que a norma se insere de forma interdisciplinar, propiciando ao discente uma visão mais crítica e unitária do fenômeno jurídico. Com uma matriz curricular capaz de orientar o ensino para uma dimensão mais social, menos fragmentada da realidade, essa visão tecnicista pautada em uma perspectiva mercadológica poderá ser superada. Além disso, segundo Mello:

A cultura do ensino errado nos cursos de Direito se amplia na medida em que a autorização e o funcionamento dados pelo Ministério da Educação- MEC não levam em consideração as deficiências dos professores quanto à titulação acadêmica em cursos de mestrado e de doutorado, levando a presença de profissionais com reconhecido domínio das técnicas forenses ao exercício do magistério. O ensino, centralizado no aprendizado das normas, sem que se ofereça espaço para a reflexão e para a problematização da realidade, do contexto histórico, social e político em que elas se inserem, contribui, paralelamente, para a formação de um profissional fragmentado, sem a devida compreensão crítica da realidade em que irá atuar (MELLO, 2012, p.88).

O modelo de professor que a mentalidade dominante privilegia é aquele de um profissional preparado para o enfrentamento de problemas forenses, práticos, que domina a técnica, o saber prático e objetivo (GENTIL, 2010). Ou seja, ele deve exercer simultaneamente ao magistério outra profissão. Não que a prática não seja importante, mas teoria e prática devem caminhar juntas. A valorização exclusiva do saber técnico em detrimento da formação humanística do bacharel acaba predominando no ensino praticado pelas universidades para atender a demanda do mercado capitalista e, desta forma, também formar um profissional que esteja exclusivamente preparado para o enfrentamento de problemas práticos de baixa indagação.

O ensino do direito é, com certeza, muito mais do que proferir lições acerca de uma determinada disciplina. É preciso que o professor mude a forma de transmitir o conhecimento, atuando como um verdadeiro mediador na construção do saber, estimulando o aluno a pensar, a questionar, a refletir, a pesquisar sobre o tema proposto. A didática, neste sentido, tem um papel fundamental no ensino do direito. Sobre o assunto acrescenta Mello:

A evolução da didática e da pedagogia, especialmente nos últimos anos, trouxe uma série de transformações no papel do professor que, sem dúvida, tem evoluído, passando

de figura onisciente e distante a professor-mediador, ou seja, um a mais no grupo que busca o seu desenvolvimento conjunto. O verdadeiro professor não impõe seus saberes pessoais, porque é aberto, receptivo, democrático e respeita o outro. É crítico e exerce a autocrítica na busca de sua realização pessoal (MELLO, 2007, p.66).

É evidente que o docente que atua na área jurídica precisa aprender a articular sua competência técnica com o saber pedagógico, pois, ninguém nasce professor, mas se torna professor a cada dia. No exercício de sua profissão deve, ao mesmo tempo, refletir sobre sua ação de forma crítica, verificando seus erros e acertos, buscando sempre aprimorar-se. Para tanto, é preciso que o professor tenha plena consciência de seu papel como agente de mudança e de transformação social. Essa nova concepção da atividade docente, supõe um modelo de formação continuada, na qual, durante toda a carreira docente o trabalho seja conciliado a uma formação contínua para a prática profissional. Segundo Stahlschmidt:

Considerando a formação continuada do professor, a perspectiva histórico-social toma como base a prática pedagógica e situa, como finalidade essa prática, levar os alunos ao domínio dos conhecimentos acumulados historicamente pela humanidade. Para conseguir que os alunos se apropriem do saber escolar de modo a se tornarem autônomos e críticos, o professor precisa estar, ele próprio, apropriando-se desse saber e tornando-se cada vez mais autônomo e crítico (STAHLSCHMIDT, 2016, p.76).

A perspectiva clássica da educação que perdura até os dias de hoje, coloca o professor como elemento essencial do processo de ensino aprendizagem, situando os alunos como instrumentos passivos, capazes de aprender e aceitar orientações, sem questionar. A reação a esta perspectiva é chamada de humanista, onde se enfatiza mais a liberdade do que a eficiência, centrando o ensino no aluno, tendo o professor o papel de facilitador da aprendizagem. O principal papel do professor deixa de ser o de ensinar e passa a ser o de ajudar o aluno a aprender. A síntese destas duas posturas resultou mais recentemente na perspectiva moderna, onde a ênfase não deve recair no professor ou no aluno, mas sim no processo de ensino-aprendizagem (CORRÊA, 2004). Uma das características fundamentais desta perspectiva moderna é a ênfase à pesquisa como elemento imprescindível para determinar a necessidade de reforma das metodologias e dos programas de ensino.

5 | PROPOSTAS PARA A MELHORIA DA QUALIDADE DO ENSINO JURÍDICO

Diante do exposto anteriormente serão apresentadas algumas sugestões para o aperfeiçoamento do ensino jurídico no Brasil. Cabe salientar que não são soluções imediatas para os problemas enfrentados, mas propostas que a médio e longo prazo poderão contribuir para uma reformulação do modelo vigente.

A referida mudança exige do docente uma atualização periódica por meio de cursos de pós-graduação, especialização, extensão universitária, pois não basta que tenha um

preparo especializado na disciplina que ministra, já que no ensino superior as áreas de conhecimento se inter-relacionam, exigindo do professor uma cultura geral e uma constante atualização. Neste sentido, a pesquisa é um importantíssimo instrumento no auxílio ao docente tendo em vista sua formação continuada.

Outro aspecto importante é a preparação pedagógica do professor de Direito. Os conhecimentos e habilidades pedagógicas podem ser adquiridos por meio de cursos, leituras de obras especializadas, dentre outras. A instituição de ensino deve, nesse sentido, exercer um importante papel ao dar o suporte pedagógico necessário ao docente durante toda a sua trajetória profissional.

O planejamento de ensino é outra habilidade pedagógica que deve ser estimulada e desenvolvida. No plano de ensino devem ser explicitados claramente quais os objetivos pretendidos pela disciplina, de forma minuciosa, ou seja, quais as habilidades que se pretende desenvolver nos discentes. O ideal seria incluir planos por unidade, ou seja, planos de aula. Quando cada aula é planejada, o docente sabe exatamente quais os objetivos a serem alcançados e, portanto, não faz longas divagações não relacionadas ao conteúdo da aula. Os docentes que não planejam sua aula correm um sério risco de dificultar ao invés de facilitar a aprendizagem.

Outra atividade pedagógica de extrema importância é a metodologia utilizada para avaliação do conteúdo ministrado. O professor deve evitar a tradicional inclinação dos alunos à memorização de apostilas e manuais, incentivando a pesquisa diretamente nas fontes. Assim, a reformulação da forma de avaliação também se faz necessária, já que não deve ser vista como um instrumento para uma avaliação simplesmente classificatória, mas sim como um meio de ensino e aprendizagem. A solução de uma situação problema bem formulada, com possibilidade de consulta às fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legais para a sua solução, seria uma forma de avaliar enquanto o aluno aprende ao ser avaliado.

Por outro lado, faz-se necessária a elaboração de uma matriz curricular para os Cursos de Direito que privilegie em suas fases iniciais disciplinas de cunho humanista, tais como: a Filosofia, a Sociologia, a Ciência Política, a Economia, dentre outras, de forma interdisciplinar, possibilitando ao aluno uma análise dos institutos jurídicos em seu contexto histórico, situando-os no ambiente social, político e econômico, a fim de se verificar em que medida ainda preenchem os objetivos para os quais foram criados. Recomenda-se também que os princípios fundamentais da lógica jurídica sejam ministrados desde as fases iniciais dos cursos de graduação, pois a formulação do raciocínio jurídico deve ser buscada insistentemente, como uma das metas fundamentais do ensino.

As aulas meramente expositivas devem ser evitadas, inserindo-se outras metodologias de ensino tais como: painéis, mesas redondas, seminários, discussão com a sala toda ou por meio de pequenos grupos, debates, etc. Uma iniciativa interessante, neste sentido, é a proposição de problemas que comportem mais de uma solução, para

discussão pelos alunos, apontando-se os méritos e deméritos de cada solução encontrada, tanto sob o aspecto lógico quanto das finalidades sociais da ordem jurídica, estimulando, assim, a capacidade inventiva, habituando-os a construir a solução mais adequada ao caso concreto, mesmo que desconheçam a norma vigente. A correção das construções propostas à luz do direito positivo deve dar-se somente *a posteriori*.

Também deve ser estimulada a crítica axiológica do sistema jurídico de forma a se evitar o neutralismo. Assim, o professor deve promover o debate sobre a justiça e o direito posto, evitando a exposição pura do sistema vigente, condicionando o direito em função dos grandes valores da pessoa humana.

Nota-se que o professor, geralmente, está mais preocupado com o conteúdo e com a transmissão do conhecimento do que com a aprendizagem. Não basta, portanto, o professor ser um excelente expositor, ele precisa também ser um facilitador da aprendizagem. Infelizmente, alguns professores não motivam os alunos de forma a despertar o interesse em aprender. Procuram manter sua autoridade por meio de cobranças e ameaças, utilizando muitas vezes, as provas e os exames como instrumentos de punição. Enfim, a metodologia do ensino deve estimular a reflexão crítica sobre o direito, afastando as formas autoritárias de relacionamento professor/aluno.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os primeiros cursos jurídicos criados no Brasil tinham por objetivo formar os quadros da elite política, sem se preocupar com os aspectos sociais da profissão. Atualmente, com a massificação e mercantilização dos cursos jurídicos, a forma de ensino aproxima-se cada vez mais do profissionalizante que prepara a clientela para o mercado de trabalho, destacando-se em seus aspectos práticos. Daí a tendência a um ensino menos problematizador e mais pragmático, que tem por fim capacitar o aluno para ser aprovado em exames ou concursos, afastando-o de qualquer reflexão acerca dos fundamentos e do papel social do objeto de estudo.

Nota-se que nesta seara encontra-se uma aparente contradição entre a formação generalizadora e desvinculada de compromissos profissionais que marcou a sociedade pré-industrial e elitista de outrora e o ensino profissionalizante, que procura atender as necessidades de um país em desenvolvimento, econômica, política e socialmente, no sentido de proporcionar uma maior igualdade de oportunidades.

Atualmente, quando se fala em Ciência Jurídica, há uma tendência em identificá-la com um tipo de produção técnica, destinada apenas a atender as necessidades profissionais no desempenho de suas funções. Ou seja, uma formação fechada e formalista que compreende o fenômeno jurídico apenas em seu aspecto normativo, ignorando que o direito é, antes de qualquer coisa, um fenômeno cultural. O ensino da

Ciência Jurídica carece, portanto, de uma visão adequada do seu próprio objeto, que não deve ser identificado apenas com a norma jurídica, mas com um fenômeno que envolve outras realidades fundamentais, ou seja, os aspectos fático e valorativo.

Assim, seu estudo não pode ser reduzido a uma prática forense, alheia aos seus aspectos filosóficos, sociológicos e antropológicos. Ensinar direito não significa apenas repetir dogmas. A crítica que se faz a esse modelo de difusão de conhecimento jurídico é que ele prima pela técnica e se esquece, totalmente, de exercer qualquer reflexão acerca do fenômeno jurídico.

Não é fácil superar essa visão de educação como uma instância em que o professor ensina e o aluno aprende. Mudar hábitos que há muito se encontram arraigados e centrados, sobretudo, na metodologia das aulas expositivas é, sem dúvida, um grande desafio. A construção de um ensino de qualidade passa necessariamente pela educação sob a ótica de obra coletiva onde o aluno não é mero espectador, mas sim um dos sujeitos do fenômeno ensino-aprendizagem, que precisa saber pensar para intervir na realidade em que irá atuar.

Diante deste cenário, os profissionais da educação não podem relegar as práticas pedagógicas para um segundo plano, mesmo que dominem com maestria o conteúdo a ser ministrado. Assim, uma pedagogia que incentive a ampla liberdade no processo de ensino-aprendizagem jurídico de graduação parece vir de encontro aos anseios contemporâneos por um conhecimento mais crítico e reflexivo.

É preciso que o docente que atua na área jurídica tenha coragem para mudar o formato de suas aulas meramente expositivas, introduzindo novas técnicas de ensino e, sobretudo, estimulando a pesquisa como uma forma de construção do conhecimento. Além disso, a busca pelo aperfeiçoamento constante deve acompanhar o professor durante toda a sua trajetória profissional.

A principal função desempenhada pelo professor é a de ser mediador no processo de ensino-aprendizagem, problematizando a realidade que o cerca, para que os alunos possam descobrir os caminhos para a construção de um Direito promotor da verdade e da justiça, de forma a alcançar uma transformação mais significativa da realidade social.

Conclui-se, diante do exposto, que embora o objetivo de conjugar o ensino técnico com o ético seja uma constante nos planos pedagógicos dos inúmeros cursos jurídicos em todo o território nacional, isso ainda se mostra uma realidade a ser alcançada. Enfim, conciliar o saber crítico e o saber técnico, de forma a encontrar um vetor comum que possa dar ao ensino jurídico uma nova vertente que concilie suas bases normativa, axiológica e filosófica é um desafio a ser enfrentado por todo aquele que milita na docência do Direito.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Jane Rangel Alves. **Didática do ensino superior**. 2. ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2011.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia jurídica**: ética das profissões jurídicas. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CORRÊA, José Theodoro. Ensino jurídico: reflexões didático-pedagógicas. **Direito em debate**, ano XII, n.º 22, p. 147-16, jul./dez.2004. Disponível em: <www.revistas.unijui.edu.br> Acesso em:14 de out. 2017.

FERREIRA, Mateus de Moura. **Os desafios do ensino jurídico na pós-modernidade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FORNO, Márcia Rakel Grahl Dal. **Avaliação educacional**. Curitiba, PR: IESDE Brasil S/A, 2016.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

GALVES, Carlos Nicolau. **Manual de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. A ética do ensino jurídico: entre a criticidade e o tecnicismo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 99, v. 892, p.87-104, fev.2010.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MELLO, Reynaldo Irapuã Camargo Mello. **Ensino jurídico**: formação e trabalho docente. Curitiba: Juruá, 2007.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Vanderlei Portes de. **Ensino jurídico**: a crise do ensino ao direito e o acesso à justiça. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

RANKEL, Luiz Fernando; STAHLSCHMIDT. **Profissão docente**. 2. ed. Curitiba, PR: IESDE Brasil S/A, 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCOZ, Alexandra Silvia. **Ensino jurídico de graduação brasileiro**: ensaio sobre a produção do direito na pós – modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SILVA, Maria Heloísa Aguiar da; PEREZ, Isilda Louzano. **Docência do ensino superior**. Curitiba: IESDE Brasil S/A, 2009.

O ENSINO DA ANTROPOLOGIA NOS CURSOS JURÍDICOS E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: PARA PENSAR O DIREITO ALÉM DA TÉCNICA

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 05/05/2020

Danley Dênis da Silva

Universidade Federal do Piauí

Teresina - Piauí

<http://lattes.cnpq.br/3028417019835931>

RESUMO: O presente estudo propõe-se a discutir o lugar que a antropologia assume no hodierno contexto jurídico-acadêmico, seja por meio do ensino da antropologia jurídica, seja por meio de práticas de pesquisa e de extensão, que proporcionem aos futuros juristas a “experiência do estranhamento” no que diz respeito, principalmente, aos direitos humanos. Ao apoiar-se na revisão bibliográfica concernente ao tema, a pesquisa revela um cenário acadêmico consideravelmente opaco à discussão das bases culturais do direito, reduzido, devido às exigências mercadológicas que imperam nas práticas cotidianas de Justiça, à sua esfera meramente técnica. Porém, a crise vislumbrada tem duplo âmbito de enunciação: por um lado, serve à denúncia da insuficiência política com que os direitos humanos são geralmente tratados nas academias jurídicas; de

outro, pode impulsionar propostas que busquem reativar as sensibilidades jurídicas, fazendo os estudantes compreenderem que as questões fundamentais do direito são de cunho ético e, portanto, atravessadas por questões culturais que não devem ser relegadas a um nível menor de problematização em suas formações. O percurso da pesquisa aposta na articulação dos seguintes elementos argumentativos: estado do ensino, da pesquisa e da extensão no direito e suas implicações teóricas específicas no campo da antropologia jurídica; sensibilidades jurídicas, dimensão simbólica dos direitos e desafios da politização da justiça; cegueira normativa e violação de direitos; o despertar – necessário e inelutável – dos direitos humanos à antropologia; e a possibilidade de uma educação jurídica que promova os direitos humanos, assumindo-se política ao permitir pensar o direito além da técnica.

PALAVRAS-CHAVE: Antropologia jurídica; Direitos humanos; Sensibilidades jurídicas; Educação; Direito além da técnica.

THE TEACHING OF ANTHROPOLOGY IN LEGAL COURSES AND THE PROMOTION OF HUMAN RIGHTS: TO THINK LAW BEYOND TECHNIQUE

ABSTRACT: This study aims to discuss the place that anthropology assumes in today's legal-academic context, whether through the teaching of legal anthropology, or through research and extension practices, which provide future jurists with the "experience of strangeness" with regard mainly to human rights. By relying on the literature review on the topic, the research reveals an academic scenario that is considerably opaque to the discussion of the cultural bases of law, reduced, due to the market demands that prevail in the daily practices of Justice, to its purely technical sphere. However, the envisioned crisis has a double scope: on the one hand, it serves to denounce the political insufficiency with which human rights are generally treated in legal academies; on the other, it can boost proposals that seek to reactivate legal sensitivities, making students understand that the fundamental questions of law are of an ethical nature and, therefore, crossed by cultural issues that should not be relegated to a lower level of problematization in their training. The research path is based on the articulation of the following argumentative elements: state of teaching, research and extension in law and its specific theoretical implications in the field of legal anthropology; legal sensitivities, symbolic dimension of rights and challenges of politicization of justice; normative blindness and violation of rights; the awakening - necessary and inescapable - of human rights to anthropology; and the possibility of a legal education that promotes human rights, assuming politics by allowing to think the law beyond the technique.

KEYWORDS: Legal anthropology; Human rights; Legal sensitivities; Education; Law beyond technique.

1 | INTRODUÇÃO

A antropologia é definida, em diversas tradições de pensamento, como a "ciência do estranhamento". Sem dúvida, a existência fundamental do elemento empírico na empreitada artesanal de produção do conhecimento antropológico evidencia o contexto de "choque" perante o diferente, o que demanda habilidade cognitiva de abertura ao "outro". Dessa forma, os dados antropológicos podem servir de base ao aprofundamento tanto das teorias que versam sobre os direitos humanos como nas práticas que visam à efetivação dos mesmos.

Nesse cenário, o trabalho ergue-se num cenário de contastação de um abismo entre o discurso de promoção de uma ética da alteridade (SEGATO, 2006) e o percurso cultural com os direitos são percebidos acadêmica, social e institucionalmente no nosso país (LIMA, 2009). Entretanto, por questões de limitação espaço-temporal, centra-se especialmente no silêncio do debate antropológico nos cursos jurídicos, marcados hoje, como no século XIX,

quando das primeiras experiências jurídico-acadêmicas em solo tupiniquim, pelo elitismo e pela precária ou até mesmo a falta de comunicação entre o direito e a sociedade.

Desse modo, a pesquisa busca evidenciar percepções tanto de juristas como de antropólogos a respeito do lugar da antropologia nos cursos jurídicos. Destaca-se que a temática escolhida faz parte de um cenário mais amplo, qual seja, o das potencialidades do universo acadêmico do direito em proporcionar aos seus estudantes uma experiência marcada pelo entendimento do direito além da técnica. Esta é fundamental, mas insuficiente diante de uma tradição social negadora de direitos humanos como a nossa (LIMA, 2009).

Por seu turno, a pesquisa em direito, muitas vezes, acaba revelando trabalhos que pouco contribuem para a discussão das bases culturais do direito, o que fomenta o caráter elitista e conservador em que o ensino jurídico vem sendo construído (COLAÇO, 2011). Destarte, em termos de direitos humanos, as consequências desse processo de reprodução e de pouca recriação e crítica são nefastos, pois as políticas de abertura ao Outro já referidas acabam perdendo espaço para os imperativos mercadológicos do “mundo da justiça”, o que foi percebido por meio de revisão bibliográfica sobre o tema.

2 | ANTROPOLOGIA, ENSINO JURÍDICO E DIREITOS HUMANOS

De acordo com a Resolução N.º 09/2004 do Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação (CNE-MEC), o ensino da antropologia nos cursos jurídicos passou a ser obrigatório. Porém, percebe-se que muitos cursos preferem “dissolver” os tópicos antropológicos em disciplinas afins, a exemplo da sociologia, a ofertarem aos estudantes uma disciplina específica de antropologia jurídica, erguendo-se um cenário de retira de tal ciência seu maior arsenal, qual seja, o da autocrítica cultural (COLAÇO, 2011).

Outra questão também fundante para esta pesquisa diz respeito às sensibilidades jurídicas, compreendidas como as bases culturais sobre as quais se constituem os sistemas de justiça e suas diversas implicações sociais, a exemplo do modelo de educação jurídica. No Brasil, vige um modelo de produção e reprodução do conhecimento universitário no qual prevalecem os moldes dogmático e instrucional. Isso repercute nos esquemas de instalação e condução processuais de resolução dos conflitos, baseados na lógica do contraditório em busca de um suposta “verdade real”, distante de um programa de cunho consensual.

Nesse ínterim, os juristas são concebidos como seres superiores que dispõem dos mecanismos institucionais absolutos para gerir os conflitos inerentes às malhas das interações sociais (LIMA, 2009). Desse modo, o saber jurídico particular torna-se, no âmbito público, pressuposto de legitimação da autoridade dos operadores do quase impenetrável campo de justiça, retirando dos próprios sujeitos envolvidos nos litígios a capacidade de gestão dos seus interesse. O Estado, assim, sobrepõe-se à sociedade, afinal as “massas” não costumam entender os ritos praticamente mágicos do Judiciário.

Além do mais, é imprescindível a compreensão do caráter simbólico com o qual os

direitos humanos têm sido cobertos ao longo dos séculos. Alguns autores apresentam os mesmos como invenções ocidentais surgidas em contextos que, aos olhos do ocidente em sua atual configuração, pressupunham justamente a sua violação, ou contextos improváveis (HUNT, 2009). À luz da antropologia jurídica – que foge da linearidade de operação do conhecimento histórico – cabe ressaltar que o simbolismo dos direitos pode ser atualizado como “a maneira como os direitos são vividos pelos atores que se envolvem nas relações conflituosas” (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010, p. 456-457).

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que as lutas por direitos inevitavelmente se desenrolam em situações de caráter conflito, uma vez que as pautas presentes nos discursos distintos e/ou opostos possuem significações específicas para os atores em questão. O conflito é uma marca inelutável das relações humanas tal como os percursos normativos que se apresentam como alternativos a tais interações.

A dificuldade revelada, no entanto, durante o levantamento de dados, consiste nos desafios da politização da justiça. Em decorrência, muito tem se falado, nos centros jurídicos, a respeito da judicialização da política e das relações sociais, o que infelizmente implica também sua criminalização, pelo menos em parte. Aqui, faz-se coro com Guita Grin Debert no que tange à dinâmica das formas de controle social e das emergências reflexivas no entrelace antropológico-jurídico:

O aumento das formas de controle parece vir acompanhado do interesse dos Estados de abrirem mão de certas áreas que caracterizam o biopoder num convite ao cidadão, às organizações não governamentais e à família para assumir uma parceria e redistribuir obrigações. Oferecer elementos capazes de dar conta do caráter dessas mudanças e de como elas afetam as formas do exercício do poder e a vida de cada um de nós é fazer um convite irrecusável para uma antropologia do direito (DEBERT, 2010, p. 490).

O cenário anunciado de judicialização da vida política e social pode despertar nos sujeitos envolvidos a falsa impressão de influência sistemático nos assuntos de Estado, quando, em verdade, ocorre uma “cegueira normativa” (NADER, 2009). Nesse sentido, os atores perdem de vista o horizonte das possibilidades autoconstitutivas de composição dos litígios, havendo mais a violação – assim não compreendida pelos atores sociais em cena – dos direitos cidadãos de participação democrática.

Porém, esse cenário no qual a crise de gestão dos direitos humanos tem duplo âmbito de enunciação: por um lado, serve à denúncia da insuficiência política com que os direitos humanos são geralmente tratados nas academias jurídicas; de outro, pode impulsionar propostas que busquem reativar as sensibilidades jurídicas, fazendo os estudantes compreender que as questões fundamentais do(s) direito(s) são cunho ético e, portanto, atravessadas por questões culturais que não devem ser relegadas a um nível menor de problematização em suas formações:

As perspectivas de avanço dos direitos humanos estão ligadas às possibilidades de reconstrução cultural que dependem de um processo aberto de comunicação, livre de interferência dogmática. Nós precisamos de uma filosofia de direitos humanos mais aberta para qualquer salto adiante. Já que a concepção de direitos humanos transcende

a cidadania do indivíduo, o apoio aos direitos humanos pode vir de qualquer um – sendo ele ou não cidadão do mesmo país do indivíduo cujos direitos foram ameaçados – mais motivo ainda para aplicar a razão prática. Tanto a humildade quanto a paixão são componentes importantes de qualquer plano de ação (NADER, 1999, p. 68).

Ademais, urge repensar o processo educacional em que os direitos humanos são debatidos em suas implicações teóricas e potencialidades práticas de intervenção na realidade social. A promoção de uma cultura de paz deve aliar-se, nesse sentido, a uma tarefa de autogestão dos conflitos pela sociedade ((MONTE MASCARO, 2014; PINHEIRO, 2014). Dessarte, não se eliminará o caráter conflitivo e a tensão interminável entre interesse sociais diferentes e/ou antagônicos, mas se evidenciará a possibilidade de percepção da justiça não como uma imposição autoritária, mas uma exigência antropológica, cuja aprendizagem demanda que se assuma a politicidade do ensino jurídico, em especial.

3 | CONCLUSÃO

A pesquisa a dar suporte a esta construção teórica a respeito do lugar da antropologia na formação acadêmico-jurídico-cultural fez o seguinte percurso: partiu do convite ao “outro” proporcionado pelos objeto e método antropológico; expliou as possibilidades de diálogo no centros de formação jurídica por meio do ensino, da pesquisa e da extensão em antropologia legal. Assim, deparou-se com um cenário de crise, seja na academia, seja na sociedade, seja nas instituições oficiais quanto à autogestão conflitiva. Infelizmente, tal estado de coisas implica, em verdade, a afirmação dos dispositivos de controle social e não a sua autoinvenção, recomendando-se, portanto, que o direito desperte à antropologia para abrir-se à Justiça.

REFERÊNCIAS

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos. **Revista de Antropologia da USP**, São Paulo, v. 53, p. 451- 473 , 2010.

COLAÇO, Thais Luzia. Ensino e pesquisa do direito e da antropologia jurídica. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, v. 16, p. 18-29, 2011.

DEBERT, Guita Grin. Desafios da politização da justiça e a antropologia do direito. **Revista de Antropologia da USP**, São Paulo, v. 53, p. 475-492, 2010.

HUNT, Lyn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, v. 2, p. 25-51, 2009.

MONTE MASCARO, Laura Degaspere. A Declaração Universal dos Direitos Humanos: educação para o pensamento e para a política. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, Belém, v. 5, n. 1, p. 56-76, 2014.

NADER, Laura. Num espelho de mulher: cegueira normativa e questões de direitos humanos não resolvidas. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 5, n. 10, p. 61-81, 1999.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. **Educação em direitos humanos**. Goiânia: UFG/ FUNAPE, 2014.

SCUCH, Patrice. Antropologia do direito: trajetórias e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica**, São Paulo, v. 67, p. 51-73, 2009.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 207-236, 2006.

OS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: DA ERA VARGAS À CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Data de aceite: 03/08/2020

José Vitor Lemes Gomes

Universidade do Estado de Minas Gerais

Camila Ramos Ferreira Vasconcelos

Faculdade de Educação São Luís

RESUMO: Este estudo tem como questão central compreender os principais direitos sociais legalizados e institucionalizados entre os anos 1930 e início dos anos 1990 no Brasil. Desse modo, o objetivo principal é descrever o percurso histórico dos direitos sociais no Brasil daquele período, enfatizando os direitos trabalhistas e o desenvolvimento do sistema previdenciário. As informações contidas nesse trabalho resultam de pesquisas bibliográfica e documental.

PALAVRAS -CHAVE: Direitos Sociais, Direitos Trabalhistas, Previdência Social.

ABSTRACT: This study has as its central question to understand the main legalized and institutionalized social rights between the 1930s and early 1990s in Brazil. Thus, the main objective is to describe the historical path of social rights in Brazil from that period,

emphasizing labor rights and the development of the social security system. The information contained in this work results from bibliographic and documentary research.

KEYWORDS: Social Rights, Labor Rights, Social Security.

1 | INTRODUÇÃO

Thomas Marshall (1967) desenvolveu um estudo sobre a cidadania na Inglaterra que se tornou a principal referência sobre o tema. O autor esclarece que a cidadania plena no mundo democrático tem como fundamento três conjuntos de direitos: os direitos civis, políticos e sociais. Ao longo da História inglesa cada ramo desse conjunto de direitos se efetivou em um período histórico. De acordo com Marshall os direitos civis se consolidaram no século XVIII, os direitos políticos no século XIX e os direitos sociais no século XX.

No caso brasileiro a consolidação desses direitos ocorreu em ordem diferente do que ocorreu na Inglaterra. O historiador José Murilo de Carvalho (2011) desenvolveu um detalhado estudo sobre a cidadania no Brasil, no qual, demonstra a fragilidade dos direitos civis e políticos ao longo da história do país

e a inexistência de direitos sociais até a década de 1930. Esse artigo se limita a abordar os direitos sociais no Brasil entre os anos 1930 e início dos anos 1990 quando se inicia a implementação das políticas sociais previstas na Constituição Federal de 1988.

Desse modo, a questão central do trabalho é compreender quais os principais direitos sociais legalizados e institucionalizados entre os anos 1930 e 1990 no Brasil. Assim, o nosso objetivo é descrever a evolução dos Direitos Sociais no Brasil considerando o período compreendido entre os anos 1930 e 1990, enfatizando os Direitos Trabalhistas e a Previdência Social.

Essa abordagem se justifica no fato de que os direitos sociais são essenciais para a consolidação da cidadania. Logo, a modernização e democratização de um país seriam incompletas sem a legalização e institucionalização de tais direitos. A aposentadoria e os direitos trabalhistas são essenciais para promoção da dignidade à classe trabalhadora.

Com o objetivo de descrever a evolução dos direitos trabalhistas e previdenciários, adotamos como método a pesquisa bibliográfica e documental. No âmbito da pesquisa bibliográfica pesquisamos os trabalhos de autores como José Murilo de Carvalho, Wanderley Guilherme dos Santos, Maria Cristina Piana, entre outros. A pesquisa documental se deu sobre as Constituições de 1967 e 1988 em perspectiva comparada.

O desenvolvimento do artigo é dividido em três seções. A primeira seção contém a abordagem dos direitos sociais e previdenciários no período de 1930 a 1964. A segunda seção apresenta o tema no período delimitado entre o ano de 1964 e 1985. Por fim, a terceira seção contém a reflexão sobre os direitos sociais no contexto da Constituição de 1988.

2 | EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ENTRE 1930 E 1964

A Revolução de 1930 e a conseqüente ascensão de Getúlio Vargas a presidência da República é o marco do início de um período caracterizado por grandes avanços das políticas sociais, fato que se traduziu na efetivação de direitos trabalhistas e em avanços relativos ao sistema previdenciário. É importante ressaltar que, apesar do avanço no âmbito dos direitos sociais, o período é marcado pela supressão de direitos civis e políticos, fato que inviabilizou maior amadurecimento da cidadania no país.

O ápice da supressão dos direitos civis e políticos teve início em 1937, quando Vargas instala um regime ditatorial civil, garantido pelas forças armadas. Apesar da supressão dos direitos civis e políticos, o governo promoveu a cidadania por meio de avanços nos direitos sociais, mas isso ocorreu de maneira peculiar. “Um dos aspectos do autoritarismo estado-novista¹ revelou-se no esforço de organizar patrões e operários por meio de uma versão local de corporativismo” (CARVALHO, 2011, 109). Nesse contexto,

¹ A expressão estado-novista refere-se ao período da História do Brasil compreendido entre 1937 e 1945, quando Vargas governou o país ditatorialmente. Esse período recebeu o nome de “Estado Novo”.

empregados e patrões eram obrigados a filiar-se a sindicatos colocados sobre o controle do governo. A essência desse corporativismo era consolidar a percepção de cooperação entre trabalhadores e patrões supervisionada pelo Estado, ocultando possíveis conflitos entre essas instâncias.

Dois meses depois de assumir o poder em 1930, Getúlio Vargas sinaliza que seu governo daria ênfase aos direitos trabalhistas quando cria o Ministério do Trabalho Indústria e Comércio. Apesar de abranger as áreas de indústria e comércio, a prioridade para com a questão trabalhista era explícita por parte do governo. “O próprio ministro² referia-se a ele (o ministério), com frequência, simplesmente como Ministério do Trabalho e dizia ser ele por excelência o Ministério da Revolução” (CARVALHO, 2011, 112). Nos anos seguintes, o Ministério do Trabalho apresentou avanços no âmbito trabalhista e previdenciário.

No âmbito trabalhista os primeiros avanços foram: a criação do Departamento Nacional do Trabalho em 1931 e a implantação de regulamentos para o trabalho no ano seguinte. Desse modo, em 1932 foi decretada a jornada de oito horas no comércio e na indústria. No mesmo ano o governo regulamentou o trabalho feminino com a ressalva da proibição de trabalhos noturnos para as mulheres. Além disso, foi estabelecido salário igual para homens e mulheres. (CARVALHO, 2011).

Ainda em 1932, o governo criou a carteira de trabalho. Esse documento foi de grande valia para o trabalhador por servir de registro das suas atividades e de prova nas disputas judiciais com os patrões. Para dirimir tais litígios (entre patrões e empregados) foram criadas, também em 1932, as Comissões e Juntas de Conciliação e Julgamento. Essas instâncias de conciliação e julgamento foram, de acordo com Carvalho (2011), o primeiro esboço da justiça do trabalho. Outra regulamentação relevante para o trabalhador ocorreu entre 1933 e 1934, trata-se do direito de férias, estendido a priori para comerciantes, bancários e trabalhadores da indústria.

Em 1934, com a consolidação da nova constituição, os direitos anteriormente explicitados foram consagrados e o governo foi investido como instância competente para regular as relações de trabalho. A Constituição de 1934 apresentou apontamentos para a regulamentação de um salário mínimo capaz de atender as necessidades do trabalhador e para criação da Justiça do Trabalho. No entanto, o salário mínimo só foi adotado em 1940 e a Justiça do Trabalho só foi instituída, de fato, em 1941. (CARVALHO, 2011).

Esse conjunto de direitos trabalhistas foram agrupados e consolidados no ano de 1943 através da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), uma codificação de todas as leis trabalhistas e sindicais do período. De acordo com Carvalho (2011, 113) “... a CLT teve impacto profundo e prolongado nas relações entre patrões, empregados e Estado”.

O governo Vargas não restringiu sua ação na regulamentação de leis trabalhistas, mas implantou avanços, também, no âmbito da previdência social. “No ano de 1933

² Vargas nomeou como ministro do trabalho o seu conterrâneo rio-grandense Lindolfo Collor.

foi criado o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos (IAPM), dando início a um processo de transformação e ampliação das Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs)³ da década de 20". (CARVALHO, 2011, 113). Ao contrário das CAPs, os IAPs não eram restritos às empresas, mas às categorias profissionais amplas como marítimos, comerciários, bancários e etc. Enquanto as CAPs eram administradas apenas por patrões e empregados, os IAPs eram administrados por patrões, empregados e, também, pelo governo. "O presidente da República nomeava o presidente de cada IAP, que contava com um Conselho de Administração formado de maneira paritária por representantes das organizações sindicais de patrões e empregados" (CARVALHO, 2011, 113). Ao longo da década de 1930 foram criados novos IAPs⁴ que contemplavam categorias ainda não inseridas no novo modelo de previdência. Desse modo, o número de beneficiários foi ampliado progressivamente. O financiamento dos IAPs provinha do governo, dos empregadores e dos empregados, mas variavam em quantia de acordo com a categoria.

Todos concediam aposentadoria por invalidez e pensão para dependentes. Os IAPs mais ricos, como o dos bancários, forneciam ainda aposentadoria por tempo de trabalho, auxílio médico hospitalar, auxílio para caso de doença, de morte, de parto. Salientou-se entre os IAPs o dos industriários, o maior de todos. Criado em 1936, regulamentado em 1937, O IAPI já contava em 1938 com mais de 1 milhão de inscritos. Além disso, ele inovou em matéria de administração, introduzindo o sistema de mérito verificado por meio de concursos públicos. O IAPI tornou-se famoso pelos técnicos competentes que formou e que tiveram posteriormente grande influência na política previdenciária (CARVALHO, 2011, 114).

Apesar dos avanços no âmbito previdenciário, permaneceram excluídas do sistema categorias importantes de trabalhadores. Entre as categorias urbanas permaneceram excluídos os autônomos e os trabalhadores domésticos, grupos que sequer foram sindicalizados. Os trabalhadores rurais, maioria na época, também não foram incluídos em nenhum instituto de aposentadoria e pensão. Carvalho (2001) ressalta que, nesse caso, efetivou-se uma política social como privilégio e não como direito.

Do modo como foram introduzidos, os benefícios atingiam aqueles que o governo decidia favorecer, de modo particular aqueles que se enquadravam na estrutura sindical corporativa montada pelo Estado. Por esta razão, a política social foi caracterizada por Wanderley G. dos Santos como cidadania regulada, isto é, uma cidadania limitada por restrições políticas. (CARVALHO, 2011, 115)

Sob o autoritarismo de Vargas o Brasil inicia um processo de desenvolvimento econômico e industrial coordenado pelo Estado, com pouca iniciativa da sociedade, fenômeno caracterizado como modernização conservadora. Carvalho (2011) ressalta que os direitos essenciais à cidadania foram implantados no Brasil em ordem diversa do que ocorreu na Inglaterra (experiência abordada por Marshall), pois enquanto lá os

3 As Caixas de Aposentadoria e Pensão foram instituídas em 1923 através da lei Elói Chaves, tal lei é considerada a base para a concepção da previdência social no Brasil, e tinha como objetivo garantir aos empregados e seus familiares assistência médica e farmacêutica. Em 1932 havia cerca de 140 CAPs, com aproximadamente 200.000 assegurados.

4 Após o IAPM (Marítimos) foram criados: o IAPB (bancários) e o IAPC (comerciários) em 1934; o IAPI (industriários) em 1936; o IAPETEC (empregados de transporte e cargas) e o IAPE (estiva, carregadores de navios) em 1938. Também em 1938 foi criado o IPASE (Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado).

direitos civis foram os pioneiros, no Brasil foram os direitos sociais. Para Santos (1985), a concessão dos direitos sociais, em um momento de suspensão dos direitos civis e políticos, implicaram na efetivação de uma “cidadania regulada” pela condição profissional.

Por cidadania regulada entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. Em outras palavras, são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei. A extensão da cidadania se faz, pois, via regulamentação de novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante a ampliação do escopo dos direitos associados a estas profissões, antes que por expansão dos valores inerentes ao conceito de membro da comunidade. Uma ordem constituída por indivíduos cuja cidadania é subordinada à regulação estatal apresenta características bem distintas, em sua evolução, de outras em que a cidadania consiste em pauta de direitos adquiridos historicamente, mediante a confrontação política, e independente da estratificação ocupacional (SANTOS, 1985, 293-294).

Nesse contexto o associativismo trabalhista, sob a forma de sindicatos, ganhou corpo, mas regulado pelo Estado autoritário. O corporativismo, típico desse período, implicou em participação ampliada do cidadão em um âmbito regulado da vida social, isto é, o mercado de trabalho. Por outro lado, era insatisfatória a institucionalização da cidadania no âmbito dos direitos civis e políticos.

As leis trabalhistas não foram estendidas aos trabalhadores do campo, do mesmo modo, não foi criado instituto de aposentadoria e pensão para essa categoria profissional. No intuito de preservar o apoio dos grandes proprietários de terra, Vargas manteve os trabalhadores rurais privados dos direitos sociais consolidados para outras categorias urbanas.

Os presidentes do período democrático, inaugurado em 1946⁵, mantiveram os camponeses fora da legislação social e sindical, com exceção de João Goulart que, em 1963, estendeu ao campo a legislação trabalhista através da criação do Estatuto do Trabalhador Rural. Segundo Carvalho (2011, 153) o estatuto previa, também, a extensão da previdência ao campo, mas essa parte da lei permaneceu letra morta, pois não foram previstos recursos para o financiamento dos benefícios.

Os trabalhadores rurais permaneceram sem aposentadoria, apesar dos muitos sindicatos organizados e da ênfase do governo na reforma agrária. Os trabalhadores autônomos e as empregadas domésticas também continuaram sem aposentadoria.

É notável que no período democrático, inaugurado com a Constituição de 1946, os direitos sociais evoluíram pouco, em relação ao período anterior. A análise da evolução dos direitos fundamentais da cidadania (direitos civis, políticos e sociais) revela um paradoxo na História do Brasil do século XX. Os maiores avanços dos direitos sociais ocorreram em período de retrocesso dos direitos civis e políticos (1930-1945). Por outro lado, quando

5 Um desses presidentes foi Juscelino Kubitschek, que em 1960 promulgou a Lei Orgânica da Previdência Social que tinha como objetivo a uniformização dos benefícios e padronização dos serviços de saúde a que todos os segurados teriam direito, independentemente do instituto a que estivessem filiados (BRASIL, 1960).

mais avançaram os direitos civis e políticos, quase não evoluíram os direitos sociais (1946-1964). Essa contradição se repetiu no período seguinte (1964-1985), quando os militares assumiram o poder autoritariamente. Durante a ditadura militar os direitos civis e políticos foram tão suprimidos quanto no Estado Novo e, tal como na ditadura varguista, ocorreram consideráveis avanços no âmbito dos direitos sociais, com forte ênfase na previdência social.

3 | EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ENTRE 1964 E 1985

O período inaugurado em 1964, caracterizado por governos de presidentes militares não eleitos democraticamente, se assemelha à era Vargas (mais precisamente ao Estado Novo), pois foi uma fase de evolução dos direitos sociais e retrocesso de direitos civis e políticos. Logo após assumir o poder, o general Castelo Branco impõe o Ato Institucional número 1 (AI-1). Esse ato implicou na cassação de direitos políticos de várias lideranças políticas, sindicais e de intelectuais. Muitos sindicatos sofreram intervenção e foram fechados órgãos de cúpula do movimento operário como CGT⁶ e PUA⁷.

Em 1965, o AI-2 aboliu a eleição direta para presidente da República, dissolveu os partidos políticos criados a partir de 1945, restringiu o direito de opinião e deu, ao presidente da República, o direito de dissolver o parlamento. Em 1968, o AI-5 chegou a fechar o Congresso Nacional e suspendeu o habeas corpus para crimes contra a segurança nacional. Apesar do imenso retrocesso nos direitos civis e políticos, o período em questão foi promissor ao avanço dos direitos sociais.

Os governos militares completaram a unificação e universalização da previdência, feito que Vargas e Goulart não conseguiram. Em 1966, ainda no primeiro governo militar, de Castelo Branco, foi criado o INPS (Instituto Nacional de Previdência Social⁸). O INPS pôs fim aos IAPs unificando diversas categorias profissionais no mesmo sistema previdenciário, com exceção do funcionalismo público civil e militar, que ainda conservou seus próprios fundos. No INPS “as contribuições foram definidas em 8% do salário de todos os trabalhadores registrados, descontados mensalmente da folha de pagamento; os benefícios como aposentadoria, pensão, assistência médica, foram também uniformizados” (CARVALHO, 2011, 171). Ainda no primeiro governo militar, em 1966, foi criado o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Trabalho). O fundo era pago pelos empresários e retirado pelos trabalhadores em caso de demissão. Em 1967, o INPS ainda agregou o seguro de acidentes de trabalho que até então era gerenciado por empresas privadas.

Os trabalhadores rurais continuaram desprovidos de aposentadoria até o ano de

6 Comando Geral dos Trabalhadores.

7 Pacto de Unidade e Ação.

8 Órgão criado pelo Decreto nº 72, de 21 de novembro de 1966, como resultado da fusão dos institutos de aposentadoria e pensões do setor privado então existentes e dos serviços integrados e comuns a todos esses institutos, entre os quais o Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência (SAMDU) e o Serviço de Alimentação da Previdência Social (SAPS).

1971, no governo Médici. Naquele ano foi fundado o Funrural (Fundo de Assistência Rural) que efetivamente incluiu os trabalhadores rurais na previdência. O financiamento e administração do Funrural eram separados do INPS. Os governos militares não ousaram cobrar contribuições dos proprietários rurais, mas também não cobraram dos trabalhadores.

Os recursos do Funrural vinham de um imposto sobre produtos rurais, pago pelos consumidores, e de um imposto sobre as folhas de pagamento de empresas urbanas, cujos custos eram também, naturalmente, repassados pelos empresários para os consumidores. De qualquer maneira, os eternos parias do sistema, os trabalhadores rurais, tinham, afinal, direito a aposentadoria e pensão, além da assistência médica. Por mais modestas que fossem as aposentadorias, eram frequentemente equivalentes, se não superiores, aos baixos salários pagos nas áreas rurais (CARVALHO, 2011, 171).

Ainda no governo Médici, foram incorporadas à previdência as últimas duas categorias excluídas do sistema, as empregadas domésticas em 1972 e os trabalhadores autônomos em 1973. A partir de então só não foram contemplados com a aposentadoria os trabalhadores sem relação formal de emprego. Em 1974, o governo criou o Banco Nacional de Habitação (BNH), para facilitar a compra da casa própria para os trabalhadores com menor renda. No mesmo ano, como coroamento das políticas sociais, os militares criaram o Ministério da Previdência e Assistência Social.

No âmbito da assistência médica os governos militares criaram o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social). O INAMPS foi criado em 1977, pela Lei nº 6.439, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), definindo um novo desenho institucional para o sistema previdenciário, voltado para a especialização e integração de suas diferentes atividades e instituições. O novo sistema transferiu parte das funções até então exercidas pelo INPS para duas novas instituições. A assistência médica aos segurados foi atribuída ao INAMPS e a gestão financeira, ao Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), permanecendo no INPS apenas a competência para a concessão de benefícios. (FLEURY & CARVALHO)

No âmbito dos direitos políticos, em 1974 o presidente general Geisel permitiu uma propaganda eleitoral mais livre para as eleições legislativas. A oposição teve mais liberdade e acesso a televisão, como resultado o governo foi derrotado no pleito para o Senado, o MDB ganhou 16 das 22 cadeiras em disputa. Na Câmara dos deputados o MDB não fez maioria, mas aumentou sua bancada de 87 para 165 deputados. Em 1978 o Congresso votou o fim do AI-5, o fim da censura no rádio e na TV, e o reestabelecimento do *habeas corpus* para crimes políticos.

A flexibilização do autoritarismo político ao longo dos anos 1970 favoreceu uma crescente participação da população na vida pública. No campo dos direitos civis e políticos a “abertura política” implicou em maior liberdade de expressão, mais participação de manifestações populares, mais engajamento em movimentos sociais e etc. No campo

dos direitos sociais foram reativados movimentos sindicais importantes. Santos (1985) apresenta dados sobre o crescimento do número de trabalhadores sindicalizados ao longo dos anos 1970 e a intensificação da ocorrência de greves no mesmo período. O autor ainda ressalta que a pauta de reivindicação dos trabalhadores deixou de ser apenas as questões salariais e passou a envolver outros itens. Carvalho (2011) destaca o movimento de metalúrgicos de empresas automotivas e de siderurgia concentrados ao redor de São Paulo em 1977. Esse movimento iniciou-se com reivindicação de recuperação salarial e culminou com greves no ano de 1979, fato que envolveu mais de três milhões de trabalhadores em todo o país. É importante notar que nesse período o Estado já não controlava mais os sindicatos como ocorreu desde o período do Estado Novo. Esse é um dos motivos pelos quais Santos (1985) expressa o declínio da cidadania regulada.

4 | OS DIREITOS SOCIAIS A PARTIR DA REDEMOCRATIZAÇÃO

Em 1985⁹ encerra-se o governo ditatorial e inicia-se o processo de redemocratização do país, que deu origem a chamada Nova República. Este processo retoma com os princípios democráticos do Estado de direito, o momento é marcado pela volta das eleições diretas¹⁰. Outro marco foi a convocação de uma constituinte para a aprovação de uma nova constituição que foi promulgada em 05 de outubro de 1988, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, popularmente chamada de Constituição Cidadã. Ressaltamos que os movimentos sociais emergidos durante este período foram essenciais para os avanços na legislação brasileira principalmente dos direitos sociais (PIANA, 2009).

A Assembleia Nacional Constituinte foi composta por 559 membros entre os quais estavam inclusos todos deputados federais e senadores em atividade na época. Os trabalhos da assembleia foram iniciados em 1º de fevereiro de 1987 e concluídos em 5 de outubro de 1988 quando a constituição foi promulgada. A constituinte foi caracterizada pela pluralidade ideológica entre seus componentes e dos diversos grupos de pressão da sociedade civil atuantes no processo. No início dos trabalhos, em 1987, os 559 constituintes estavam distribuídos em 13 partidos, tal como descrito no quadro a seguir:

PARTIDOS	NÚMERO DE CONSTITUENTES
Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB	303
Partido da Frente Liberal – PFL	135
Partido Democrático Social – PDS	38
Partido Democrático Trabalhista – PDT	26

9 Em 1985 toma posse o primeiro presidente civil após o golpe militar de 1964. José Sarney, vice de Tancredo Neves (presidente eleito indiretamente pelo colégio eleitoral) é empossado em 15 de março de 1985, devido à problemas de saúde de Tancredo que viria a falecer em abril.

10 A primeira eleição direta para presidente da República só viria a acontecer em 1989.

Partido Trabalhista Brasileiro – PTB	18
Partido dos Trabalhadores – PT	16
Partido Liberal – PL	7
Partido Democrata Cristão – PDC	6
Partido Comunista Brasileiro – PCB	3
Partido Comunista do Brasil – PCdoB	3
Partido Socialista Brasileiro – PSB	2
Partido Social Cristão – PSC	1
Partido Municipalista Brasileiro - PMB	1

Quadro 1: Número de constituintes por partido.

Fonte: Elaboração própria a partir de informações de NOGUEIRA, verbete Assembleia Nacional Constituinte, Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro. CPDOC/FGV.

Grupos organizados da sociedade civil poderiam exercer influência na constituinte através de audiências públicas e projetos de iniciativa popular que possibilitavam a proposta de emendas ao projeto da constituição, desde que houvesse o apoio de 30 mil eleitores e o respaldo de 3 entidades. Praça e Noronha (2012) ressaltam o caráter descentralizado dos trabalhos na constituinte. O conjunto de constituintes foi dividido em oito comissões temáticas e uma comissão de sistematização, respeitando, no interior de cada comissão a proporcionalidade partidária. A descentralização permitiu que cada detalhe temático fosse avaliado por uma subcomissão. Os direitos sociais foram trabalhados, em grande medida, na Comissão da Ordem Social que foi dividida em três subcomissões: a Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos; a Subcomissão da Saúde, Seguridade Social e Meio Ambiente; e a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Menores.

Os direitos sociais foram ampliados entre 1930 e 1985 em contextos de “cidadania regulada”, pois os direitos civis e políticos estavam suspensos por medidas autoritárias. A redemocratização iniciada em 1985 esteve imbuída do desejo de promoção concomitante dos três direitos fundamentais da cidadania (direitos civis, políticos e sociais). A Constituição de 1988 resguarda tais direitos como expressão da vontade geral e garante legalidade para consolidação e institucionalização dos mesmos.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, chamada Constituição Cidadã, pauta-se em parâmetros de equidade e direitos sociais universais. Consolidou conquistas, ampliou os direitos nos campos da Educação, da Saúde, da Assistência, da Previdência Social, do Trabalho, do Lazer, da Maternidade, da Infância, da Segurança, definido especificamente direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, da associação profissional e sindical, de greve, da participação de trabalhadores e empregadores em colegiados dos órgãos públicos, da atuação de representantes dos trabalhadores no entendimento do direito com empregadores (artigos 6 a 11, do Capítulo II, do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. (PIANA, 2009, p. 39).

Piana (2009) enfatiza que “pela primeira vez na história brasileira, a política social teve grande acolhimento em uma constituição” Buscamos abordar os direitos sociais neste novo texto constitucional e sua importância para a sociedade brasileira.

No campo dos direitos trabalhistas a nova constituição assegura conquistas da CLT, tais como, salário mínimo, regulamentação da carga horária da jornada de trabalho, carteira de trabalho, férias anuais etc. O texto constitucional de 1988 especifica novos regulamentos em relação ao direito dos trabalhadores, expressos no artigo 7º da carta, entre os quais destacamos:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III – fundo de garantia do tempo de serviço;

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII – garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII – décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno...¹¹

A aposentadoria como direito do trabalhador é prevista no inciso XXIV do artigo 7º da Constituição Federal de 1988. A partir desse novo marco legal a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde passam a ser consideradas o tripé compõe o sistema de Seguridade Social brasileiro (SILVA, 2008). No artigo 194 da Constituição de 1988 é posto que: “A seguridade social compreende, um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

De forma breve é necessário sinalizar que antes do surgimento da Seguridade Social, as políticas citadas acima eram fragmentadas e sem o caráter de direito garantido, permitindo práticas assistencialistas, paternalistas e clientelista, destaca-se que:

[...] as políticas sociais brasileiras sempre tiveram um caráter assistencialista, paternalista e clientelista, com o qual o Estado, por meio de medidas paliativas e fragmentadas, intervém nas manifestações da questão social, preocupado, inicialmente, em manter a ordem social. São elas formatadas a partir de um contexto autoritário no interior de um modelo de crescimento econômico concentrador de renda e socialmente excludente. (PIANA, 2009, 38)

11 Texto integral disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consulta realizada no dia 11 de abril de 2020.

Com o avanço das questões sociais, e a concentração de renda que ampliou a desigualdade social e a pobreza, na década de 1980, as políticas sociais brasileiras foram formuladas e causaram impactos na vida dos trabalhadores (PIANA, 2009). A nova Constituição propunha a garantia de direitos da classe trabalhadora. Em 1990, através do artigo 17 da Lei nº 8.029¹², ocorre a extinção do antigo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o qual foi substituído pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A Lei 8.029/1990 autoriza o poder executivo a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social, como autarquia federal, mediante a fusão do Instituto de Administração da Previdência Social (IAPAS), com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

No campo da assistência médica o INAMPS foi extinto em 1993, pela Lei nº 8.689, e suas competências transferidas às instâncias federal, estadual e municipal gestoras do Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela Constituição de 1988, que consagrou o direito universal à saúde e a descentralização para os estados e municípios da responsabilidade pela gestão dos serviços de saúde. Em seus 16 anos de existência o INAMPS concedeu assistência médica a um público segmentado, isto é, os trabalhadores formais, contribuintes da previdência. Esse modelo meritocrático deu lugar a um ao ideal da universalização da assistência médica, o que se consolidou no SUS.

Em um modelo meritocrático só são assegurados os cidadãos que contribuem para o sistema. As políticas de proteção social só seriam estendidas aos trabalhadores com carteira assinada atuantes no mercado formal de trabalho. Essa foi a regra no Brasil até a Constituição de 1988.

Vale ressaltar que o modelo de proteção brasileiro possui influência de dois modelos distintos de proteção social: os modelos bismarkiano (seguro social) e beveredgiano (seguridade social):

“O modelo bismarkiano nasce na Alemanha no final do século XIX durante o governo de Otto Bismarck, como resposta à greve e pressão dos trabalhadores. Consiste em modelo de seguros sociais que se assemelham a seguros privados, uma vez que o acesso está condicionado à contribuição direta anterior, assegurando majoritariamente trabalhadores e seus dependentes. Já o modelo beveredgiano, surge na Inglaterra no contexto da segunda guerra mundial e propõe a instituição do Estado de Bem-Estar Social, por meio de políticas e ações de acesso universal, ou seja, destinados a todos os cidadãos, independente de contribuição” (JESUS, 2015, 216.).

No Brasil, inicialmente, o modelo de proteção social segue o modelo bismarkiano (seguro social) e só posteriormente, após a Constituição Federal de 1988, o modelo de proteção social brasileiro apresenta características de ambos. A previdência social ainda segue o princípio bismarkiano, já a saúde e a assistência social se pautam no modelo beveredgiano (é seguridade social). O artigo 196 da Constituição de 1988 universaliza o direito a saúde e a caracteriza como uma política de seguridade social: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem

12 Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8029-12-abril-1990-363688-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Consulta realizada no dia 25 de abril de 2020.

à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). O artigo 203 da Constituição de 1988 evidencia que o mesmo ocorre com a assistência social, que passa a ser tratada como política de seguridade social. A previdência social, por outro lado, é mantida como política de seguro social, de acordo com o modelo bismarkiano, ou seja, só assegura aqueles que contribuem para o sistema. Jesus (2015) argumenta que o sistema de proteção social brasileiro assumiu, a partir da Constituição de 1988 um caráter misto dos modelos bismarkiano (seguro social) e beveridgiano (seguridade social).

Os princípios do modelo beveridgiano, após a promulgação da carta constitucional, passaram a orientar a política de saúde e em certa medida a política de assistência social. No entanto, a Previdência Social, permanece fundada no modelo bismarkiano, seguindo à risca a lógica do seguro social. Por este fundamento, só possuem acesso aos benefícios previdenciários os chamados “segurados” e seus dependentes, ou seja, os que contribuem diretamente para o sistema e estão inseridos em relações formais de trabalho. Estes trabalhadores necessitam ter contribuições prévias, com carência determinada para cada benefício (JESUS, 2015, 216).

Até a Constituição de 1988 não existiu uma política de seguridade social por parte do estado brasileiro. Os direitos sociais eram restritos aos trabalhadores formalizados no mercado de trabalho com carteira assinada. Com a Constituição de 1988 isso passa a mudar, a começar pela criação do Título VIII que aborda sobre a Ordem Social, ponto que se quer era mencionado nas constituições anteriores. Na Constituição de 1967 o título que tratava sobre a Ordem Social era associado à Ordem Econômica, basta observar o que está expresso no artigo 157 daquela carta constitucional: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social”. Os quadros a seguir estabelecem um panorama comparativo entre as constituições brasileiras de 1967 e 1988.

	Direitos Sociais 1967		Direitos Sociais 1988
Art. 158	“A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social”	Art. 6	São Direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social
Inciso I	Salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família	Inciso IV	Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim
Inciso II	Salário família aos dependentes do trabalhador	Inciso XII	Salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei

Inciso III	Proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil	Incisos XX; XXX e XXXI	Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.
Inciso VI	Duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos	Inciso XIII	Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho
Inciso VII	Repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local	Inciso XV	Repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.
Inciso VIII	Férias anuais remuneradas	Inciso XVII	Gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos um terço a mais do que o salário normal
Inciso IX	Higiene e segurança do trabalho	Inciso XXII	Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança
Inciso X	Proibição do trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres	Inciso XXXIII	Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 anos
Inciso XI	Descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário	Inciso XVIII	Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias
Inciso XIII FGTS	Estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente	Incisos I, II e III	Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; Seguro desemprego, em caso de desemprego involuntário; Fundo de garantia do tempo de serviço;
Inciso XIV	Reconhecimento das convenções coletivas de trabalho	Inciso XXVI	Reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho

Incisos XV; XVI; XVII; XIX; XX	Assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; Previdência Social, mediante <u>contribuição</u> da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; Seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho; Colônia de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei; Aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral	Incisos XXIV; XXVII e XXVIII	Aposentadoria; Proteção em face da automação, na forma da lei; Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa
--------------------------------	--	------------------------------	---

Quadro 2: Direitos Sociais nas constituições de 1967 e 1988.

Fonte: Elaboração própria.

Constituição Federal de 1988	
Artigo 7º	São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição
Incisos	<p>V – Piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;</p> <p>VI – Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;</p> <p>VII – Garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variada;</p> <p>VIII – Décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;</p> <p>X – Proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;</p> <p>XIV – Jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo em negociação coletiva;</p> <p>XVI – Remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;</p> <p>XIX – Licença-paternidade, nos termos fixados em lei;</p> <p>XXI -Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;</p> <p>XXIII – Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;</p> <p>XXV – Assistência Gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idades em creches e pré-escolas;</p> <p>XXIX – Ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com o prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;</p> <p>XXXIV – Igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso</p>

Quadro 3: Direitos Sociais na constituição de 1988 que não constavam na constituição de 1967

Fonte: Elaboração própria.

A Seguridade Social instituída em 1988, passa a garantir a saúde e a assistência social de forma universal, gratuita e igualitária, prestadas a quem delas necessitar, independentemente de contribuição. Esse novo sistema (de seguridade social) passa a incluir e a garantir direitos não somente ao cidadão de carteira assinada, mas também a toda a população que estava desvalidada, que não tinha acesso ao mercado de trabalho formal.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a evolução dos direitos sociais no Brasil entre os anos 1930 e início dos anos 1990 percebemos o descompasso entre as políticas sociais e a supressão dos direitos civis e políticos (tal como ocorre no Estado Novo e na Ditadura Militar). Enquanto os direitos sociais avançam, os direitos civis e políticos são abalados. Essa realidade só se modifica em 1985 quando, na redemocratização, os atores políticos compõem uma coalizão comprometida em amadurecer a cidadania em seus três âmbitos fundamentais. Esse fato é expresso na Constituição de 1988.

O período 1930-1945 é caracterizado pela instabilidade e supressão dos direitos civis e políticos. Por outro lado, é nesse período que ocorrem grandes avanços na legislação trabalhista, fato sintetizado na CLT (1943) que agrega inúmeras conquistas como: regulamentação da jornada de trabalho, regulamentação do trabalho feminino, criação da carteira de trabalho, direito a férias, regulamentação do salário mínimo e criação da Justiça do Trabalho.

O período de 1946-1964 é marcado pela redemocratização e reestabelecimento dos direitos civis e políticos. Os direitos sociais conquistados anteriormente são mantidos, mas ocorrem poucos avanços em relação aos mesmos. A retomada do desenvolvimento dos direitos sociais só voltou a ocorrer em uma nova fase (1964-1985) de autoritarismo político e retrocesso dos direitos civis e políticos. O regime militar instaurado em 1964 promoveu grandes avanços no campo da previdência social com a criação do INPS e do Funrural, além disso incluiu os autônomos e empregadas domésticas na previdência.

O desenvolvimento dos direitos sociais só viria a avançar simultaneamente ao avanço dos direitos civis e políticos a partir da constituinte (1987-1988) que culmina na promulgação da Constituição de 1988. A Carta de 1988 consagra avanços nos três âmbitos da cidadania. No campo dos direitos sociais o maior avanço foi a proposição da seguridade social no campo da assistência médica e social, ou seja, não apenas os trabalhadores de carteira assinada teriam acesso a tais serviços, pois os mesmos vieram a ser universalizados. A implantação e desenvolvimento de direitos sociais no Brasil é, portanto, progressiva, apesar das adversidades que tornam seu processo lento e instável.

Esse artigo, devido a delimitação do período histórico em análise, não pode abordar os dilemas de institucionalização das medidas propostas na Constituição de 1988. A instabilidade econômica brasileira dos anos 1980 e 1990 foi caracterizada por escassez de recursos que dificultou a implantação e desenvolvimento do SUS e INSS, que apesar disso prossegue em avanços e retrocessos até o presente. A devida avaliação desses percalços poderá ser desenvolvida em trabalhos futuros.

REFERÊNCIAS

ABREU, Alzira Alves de. Instituto Nacional de Previdência Social (Verbete). Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. FGV. < <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/instituto-nacional-de-previdencia-social-inps>>

BRASIL. Constituição Federal de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. Lei Nº 8.029, de 12 de Abril DE 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8029cons.htm>

CARVALHO, José Murilo. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

FLEURY, Sônia e CARVALHO, Antônio Ivo de. Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Verbete). Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. FGV. < <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/instituto-nacional-de-assistencia-medica-da-previdencia-social-inamps>>

JESUS, Edivane. A previdência social e o trabalhador: entre o acesso ao direito e a contribuição. Revista Katál, Florianópolis, v. 18, n. 2, p.213-221, jul/dez, 2015.

MARSHALL, T.H. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

NOGUEIRA, André Magalhães. Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. (Verbete). Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. FGV. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/assembleia-nacional-constituente-de-1987-88>>

PIANA, M.C. A construção do perfil do assistente social no cenário educacional [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

PRAÇA, Sérgio e NORONHA, Lincoln. Políticas públicas e a descentralização legislativa da Assembleia Constituinte Brasileira, 1987-1988. RBCS. Vol. 27, nº78, 2012.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A pós revolução brasileira. In: SANTOS, W. G. et al. (orgs.) Brasil: sociedade democrática. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1985.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: awsvasconcelos@gmail.com.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Ação direta de inconstitucionalidade 1, 5, 9, 14, 15, 173

Ação popular 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24

Adolescente 110, 113, 139

Advogado 9, 12, 41, 56, 58, 85, 91, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 166, 182, 185, 187, 188, 190, 194, 257

Agência bancária 154, 159

Antropologia 229, 235, 236, 237, 238, 239, 240

Argentina 25, 26, 29, 30, 31, 32, 62, 82, 83, 88, 89, 92

B

Brasil 5, 6, 3, 4, 5, 6, 15, 17, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 34, 35, 41, 42, 43, 62, 63, 80, 82, 84, 89, 90, 92, 112, 116, 117, 118, 121, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 136, 143, 145, 150, 156, 159, 164, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 180, 181, 183, 189, 193, 195, 203, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 217, 218, 220, 221, 222, 223, 224, 227, 230, 232, 233, 234, 237, 241, 242, 244, 245, 248, 249, 251, 252, 255, 256, 257

C

Cidadania 2, 97, 166, 207, 208, 209, 210, 211, 217, 218, 219, 220, 239, 241, 242, 244, 245, 248, 249, 255, 256

Código de processo civil 8, 19, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 61, 70, 71, 74, 77, 78, 80, 83, 85, 86, 87, 88, 94, 187, 196, 203, 205, 224

Consumidor 64, 103, 104, 124, 139, 140, 143, 144, 145, 151, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184

Contrato 16, 64, 66, 95, 96, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 107, 108, 109, 126, 127, 128, 129, 136, 138, 139, 140, 142, 143, 145, 148, 176, 179, 180, 187, 188, 189, 192, 193, 226, 254

Controle de constitucionalidade 1, 2, 3, 4, 6, 10, 15, 16, 20, 21, 23

Criança 110, 111, 112, 113, 119, 120, 121, 122, 139

Cultura da pacificação 185, 190, 194

D

Dados pessoais 110, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123

Direito 1, 3, 8, 10, 12, 15, 17, 18, 19, 22, 24, 26, 28, 31, 32, 34, 35, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 77, 80, 88, 89, 90, 93,

94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 123, 124, 126, 127, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 143, 144, 145, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 159, 161, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 173, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 188, 189, 194, 195, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 238, 239, 240, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 255, 256, 257
Direitos humanos 54, 57, 58, 208, 209, 220, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 257
Doação 125, 126, 127, 128, 129, 134, 135, 136

E

Ensino 5, 7, 22, 207, 208, 211, 212, 213, 217, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 239, 257

F

Feminino 210, 214, 217, 219, 243, 255
Função social 95, 96, 103, 104, 107, 132, 134, 136

J

Juiz 5, 6, 8, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 38, 43, 62, 65, 66, 67, 68, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 128, 150, 156, 177, 187, 190, 198, 199, 200, 201, 202, 204, 205, 206
Jurisprudência 12, 16, 18, 20, 21, 22, 24, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 42, 62, 64, 67, 69, 70, 85, 91, 100, 105, 110, 115, 120, 124, 153, 158, 160, 161, 180, 200, 201, 205

M

Movimento 103, 197, 201, 202, 203, 204, 206, 240, 246, 248

N

Negociação 185, 187, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 254
Nexo de causalidade 146, 147, 149, 150, 151, 152

P

Personalidade jurídica 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70
Prescrição civil 25

R

Repercussão geral 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44
Representação 5, 85, 107, 207, 218
Responsabilidade 3, 40, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 87, 99, 104, 107, 111, 117, 118,

127, 139, 142, 143, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 155, 161, 167, 196, 197, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 251

Responsabilidade civil médica 146, 149, 152

S

Saber 41, 46, 51, 63, 90, 105, 107, 152, 179, 194, 205, 223, 225, 227, 229, 230, 233, 237, 239

Sociedade contemporânea 116

Sucessão 69, 99, 125, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136

Superendividamento 168, 169, 181, 183

T

Transformação 114, 159, 173, 210, 219, 227, 230, 233, 244

U

Universidade 3, 4, 5, 6, 7, 1, 15, 16, 25, 32, 44, 45, 46, 47, 58, 59, 70, 82, 95, 108, 110, 146, 154, 167, 168, 186, 189, 191, 196, 201, 206, 207, 208, 213, 218, 235, 241, 257



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

2

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

 **Atena**
Editora

Ano 2020



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

2

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

 **Atena**
Editora

Ano 2020