

A bronze statue of Lady Justice, blindfolded and holding scales of justice, set against a background of decorative scrollwork and a warm, golden light.

Temas Contemporâneos do Direito 2020-2021

Campus de
Carazinho



Adriana Fasolo Pilati
Vanderlise Wentz Baú
(Orgs.)



A presente obra é composta por reflexões interdisciplinares do direito com a sociologia, a filosofia, a psicologia, a hermenêutica e a argumentação. Ainda, guardam relação com os eixos da transversalidade, em especial os direitos humanos e a educação ambiental. Esse diálogo, também, perpassa vários ramos do direito e representa o resultado de aplicados estudos realizados nos grupos de pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, entre seus acadêmicos e professores. Neste livro, os autores, em sua maioria discentes e docentes da graduação, foram desafiados a aplicar os conhecimentos adquiridos em produção científica, como forma de incentivar nestes o hábito da pesquisa e da escrita e, conseqüentemente, a construção do conhecimento. Com isso, os estudos agrupados no presente trabalho representam discussões teórico-acadêmicas interdisciplinares, à luz de um viés transdisciplinar, que envolvem os temas abordados. Por meio de reflexões acuradas, os autores apresentam soluções jurídicas às problemáticas investigadas, sob um prisma hermenêutico e constitucionalizado, em especial para compreender a complexidade do fenômeno social.



Temas Contemporâneos do Direito
(2020-2021)

Temas Contemporâneos do Direito **(2020-2021)**

Campus de Carazinho

Organizadoras
Adriana Fasolo Pilati
Vanderlise Wentz Baú



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PILATI, Adriana Fasolo; BAÚ, Vanderlise Wentz (Orgs.)

Temas Contemporâneos do Direito (2020-2021): Campus de Carazinho [recurso eletrônico] / Adriana Fasolo Pilati; Vanderlise Wentz Baú (Orgs.)-- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

451 p.

ISBN - 978-65-5917-424-9

DOI - 10.22350/9786559174249

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Direito; 3. Filosofia do direito; 4. Direito contemporâneo; 5. Anuário; 6. UPF; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação

13

Adriana Fasolo Pilati
Vanderlise Wentz Baú

1

15

A conciliação nas demandas judiciais previdenciárias e a moralidade administrativa

Alessandra Cláudia Junges
Vanderlise Wentz Baú

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 prevê como meios de solução dos conflitos de interesses, além da jurisdição estatal, a arbitragem, a conciliação e a mediação. Reiterados indeferimentos administrativos dos benefícios que integram o sistema de Previdência Social têm levado ao aumento das demandas judiciais, nas quais o INSS, valendo-se do estímulo à conciliação, tem realizado acordos que despertam discussão acerca de atenderem ou não o direito fundamental à seguridade social. A partir de pesquisas bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais, chegou-se à conclusão de que os acordos propostos pela autarquia devem passar pelo filtro dos princípios da moralidade e da boa-fé. Além disso, o magistrado deve valer-se do princípio da cooperação, informando e esclarecendo o segurado dos seus direitos, além de não homologar o acordo que se mostre prejudicial ao segurado, atento ao direito social de proteção a que se propõe o sistema previdenciário na forma da Constituição Federal.

Palavras-chave: Conciliação. Direitos fundamentais. INSS. Judicialização. Moralidade administrativa. Previdência Social.

2

43

A eficácia da Lei do Feminicídio, através da aplicação de políticas públicas, no combate à violência de gênero no estado do Rio Grande do Sul

Ana Paula Brito Zanon
Dhieimy Quelem Waltrich

Resumo: O presente artigo busca analisar se o endurecimento do ordenamento jurídico pátrio, por meio da Lei nº 13.104/15 (Lei do Feminicídio), possibilitou um progresso no desenvolvimento de políticas públicas com a finalidade de conter a violência de gênero, em especial, o feminicídio. Tendo em vista que a violência se encontra presente na realidade feminina desde épocas remotas, a justificativa do presente trabalho encontra-se na temática, atual e relevante que possui socialmente, em razão da mortalidade feminina encontrada, principalmente, no ambiente familiar e/ou doméstico. Dessa forma, houve o exame dos óbitos de mulheres num prazo de 40 anos, a análise da criação da Lei nº 13.104/15, a indicação das políticas públicas aplicadas nacionalmente e no Rio Grande do Sul, para proteção dos direitos das mulheres, e a constatação da Lei do Feminicídio como orientadora na formulação e aplicação de políticas públicas para a consequente redução de mortes de mulheres no RS.

Palavras-chave: Desigualdade de gênero. Feminicídio. Lei nº 11.340/06. Lei nº 13.104/15. Mulher. Violência doméstica. Violência de gênero.

Justiça Restaurativa: caminhando em direção a um ambiente restaurativo nas escolas

Angélica de Fátima Schneider

Vinícius Francisco Toazza

Resumo: O presente artigo tem como tema a prática da Justiça Restaurativa no ambiente, partindo da análise dos principais desafios para consolidar a Justiça Restaurativa enquanto um instrumento de tratamento de conflitos nesta seara. Apresenta como problema a identificar e superação dos principais desafios para consolidá-la no ambiente escolar e como objetivo avaliar o histórico da Justiça Restaurativa no Brasil, bem como as principais metodologias que constituíram as bases para os projetos de Justiça Restaurativa já implementados, a partir de suas crenças, valores e princípios, focando, principalmente, na identificação das práticas restaurativas no contexto escolar. A pesquisa justificando-se em razão do crescente número de conflitos ocorridos nas escolas e necessidade de meios mais adequados que atendam as necessidades da escola, docentes e discentes de forma integral. Logo, o diálogo é uma ferramenta muito importante para a Justiça Restaurativa, verificando-se a necessidade de utilizar a Comunicação Não-Violenta e seus quatro componentes: observação, sentimento, necessidade e pedido, como ferramentas necessárias para a sua efetivação. Neste sentido, a escola é o local apropriado para o início das práticas restaurativas, podendo ser abordada de forma preventiva na comunidade escolar, por meio dos Círculos de Construção de Paz, método preparado pela norte-americana Kay Pranis, que não se limita a resolução de conflitos já instaurados, mas tem sido uma importante ferramenta de transmissão de conhecimento e de diálogo reflexivo, capaz de estimular a cultura de paz. Por fim, concluiu-se que a caminhada em direção a um ambiente restaurativo nas escolas, ainda é recente e, enfrenta vários desafios, mas que com estratégias a longo e curto prazo poderá se repensar o ambiente escolar e implementar espaços restaurativos.

Palavras-chave: Círculos de Construção de Paz. Comunicação Não-Violenta. Cultura de paz; Escolas; Justiça Restaurativa.

Violência obstétrica e gênero: o que o direito penal tem a dizer?

Bruna Thiane Klein

Josiane Petry Faria

Resumo: No tema se discute a violência obstétrica como desigualdade de gênero no âmbito do direito penal e responde a seguinte questão: Ao averiguar os efeitos jurídicos, físicos e psicológicos que derivam da violência obstétrica como resultado estrutural da desigualdade de gênero, é necessária criação regulamentação penal específica? Objetivou avaliar a necessidade de uma regulamentação penal punitiva específica sobre violência obstétrica, conceituou violência de gênero e comparou normas vigentes de países da América do Sul. Demonstrou que a violência obstétrica é prática que fere diariamente os direitos fundamentais das mulheres pois à submetem a condições degradantes de trabalho de parto. Se compreendeu necessária a criação de legislação específica, visto o desamparo atual das mulheres brasileiras e a falta de sanção das leis atuais, para assegurar o direito sexual e reprodutivo e diminuir a violência sofrida nas maternidades através de sanções eficazes, reduzindo os maus-tratos, o medo e a desinformação.

Palavras-chave: Direitos reprodutivos; Direitos sexuais; Gênero; Violência obstétrica.

O direito personalíssimo ao tempo e a possibilidade de indenização

Cecília Rosa Weiler

Vanderlise Wentz Baú

Resumo: o presente artigo objetiva discutir o reconhecimento do tempo como um direito de personalidade, dando-se ênfase a consequente possibilidade de indenização por danos morais decorrentes de sua violação. A fim de introduzir o estudo acerca do tema, aborda-se os direitos e garantias fundamentais, assim como os direitos de personalidade, examinando-se a sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro. Com o intuito de esboçar o entendimento acerca da extensão dos direitos de personalidade ao tempo, demonstra-se a sua proteção como justificativa na Constituição Federal de 1988. Nesta perspectiva, introduz-se a teoria do desvio produtivo do consumidor, apontando a sua correta compreensão. Por conseguinte, disserta-se acerca do conceito de dano moral, defendendo a sua caracterização em face da violação do direito ora em discussão. Ao final, conclui-se que o tempo promove a concretização da dignidade da pessoa humana, assegurando ao indivíduo o direito à indenização decorrente da situação lesiva.

Palavras-chave: Direitos de personalidade. Indenização por danos morais. Tempo.

Lei Maria da Penha: mapeamento da incidência de ocorrências no município de Carazinho e propostas para sua efetividade

Djulia Dutra Scheffler

Karen Beltrame Becker Fritz

Resumo: A violência doméstica é um tema atual, nunca se falou no presente tema como nos últimos anos. Anos atrás, o marido espancar a mulher poderia ser uma conduta reprovável pela sociedade, mas não era crime, e muitas pessoas acreditavam que os maridos possuíam esse direito. No ano de 2006 foi editada a Lei 11340/06, a qual dispõe sobre a violência doméstica, trazendo em seu texto as formas de violência, medidas para coibir a mesma e proteger as vítimas de violência doméstica. Quinze anos depois ainda convivemos com a violência doméstica, mas agora as mulheres não ficam mais caladas. São realizados inúmeros registros de violência doméstica por dia no Brasil, e ao mesmo tempo mulheres são assassinadas por companheiros violentos. O presente estudo tem por objetivo estudar a violência doméstica no âmbito do município de Carazinho –RS e propostas para aumentar a efetividade da Lei 11340/06.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; medidas protetivas de urgência; violência doméstica

O Panorama Atual da Defesa do Consumidor Dentro do Ordenamento Jurídico Nacional

Gabriel Sassi

Franco Scortegagna

Diretivas Antecipadas de Vontade à luz do Ordenamento Jurídico brasileiro

Gabriela Lopes De Bortoli

Roberto Carlos Gradin

Resumo: O presente artigo examinou os desafios concernentes à validade e aplicabilidade das Diretivas Antecipadas de Vontade no Ordenamento Jurídico brasileiro, a partir de um estudo comparado de sua legalidade em outros países. Foram abarcadas questões atinentes à inviolabilidade da vida, à preservação da dignidade e, ainda à autonomia do paciente quando questionado o direito à morte, perante a Constituição Federal de 1988. Ainda, realizou-se uma análise dos conceitos da eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia face à compreensão da morte como digna. Através desta distinção, tornou-se possível explorar as modalidades das Diretivas Antecipadas de Vontade, contribuindo para a conclusão de que há uma necessidade de regulamentação sobre o tema, sendo o Projeto de Lei nº149/2018 o primeiro passo para a normatização e aceitação no Brasil.

Palavras-chave: Direito comparado; Diretivas Antecipadas de Vontade; Morte digna; Ordenamento Jurídico brasileiro; Ortotanásia.

A abrangência da responsabilidade do Estado na efetivação da educação nos impactos causados pela pandemia do coronavírus

Jéssica Kemmerich

Roberto Carlos Gradin

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a abrangência da responsabilidade civil do Estado no fornecimento do direito social do acesso à educação durante a crise sanitária instituída em decorrência da pandemia da Covid-19. Inicialmente, será analisada a importância de os direitos fundamentais e sociais serem prestados de forma efetiva em nossa sociedade. Contudo, sabe-se que a prestação do direito social do acesso à educação foi afetada durante a pandemia. Nesse contexto, é importante analisar quais medidas foram adotadas para garantir esse direito e se tais medidas foram tomadas de forma efetiva, com a finalidade de amparar, principalmente, os mais vulneráveis. Com a pesquisa realizada foi possível concluir que cada vez mais a doutrina tem sido rigorosa com as excludentes de ilicitudes e que devido ao vínculo obrigacional o Estado é responsável objetivamente e de maneira ampla na efetivação desse direito.

Palavras-chave: Coronavírus; Direito à educação; Responsabilidade do Estado.

A aplicação da guarda compartilhada no combate à alienação parental

Louise Azevedo Ortolan

Roberto Carlos Gradin

Resumo: O presente artigo tem por objetivo fomentar o estudo qualitativo acerca da guarda compartilhada como possibilidade de coibir a alienação parental. Por meio de um estudo sobre o poder familiar, a guarda compartilhada em si e a alienação parental que pode acontecer. Desse modo, em um primeiro momento analisa-se o poder familiar e sua mudança de conceito ao longo dos anos e ainda os direitos e deveres dos pais derivados do exercício do poder familiar como a possibilidade de suspensão, extinção e perda do mencionado poder. Subsequentemente, objetiva examinar o surgimento e o conceito do instituto da guarda compartilhada mostrando a importância da proteção do melhor interesse da criança e do adolescente, versando sobre as modalidades de guarda: unilateral, alternada e compartilhada. Neste mesmo momento, será mostrado o que é a alienação parental e seus aspectos mais relevantes. Por fim, trata-se da efetiva aplicação da guarda compartilhada como uma medida para combater a alienação parental. Derradeiramente, conclui-se que a aplicação do instituto da guarda compartilhada é um possível meio de inibição das atitudes alienantes ao passo que estimula a cooperação entre os genitores e atenua o impacto negativo provocado pelo rompimento do núcleo familiar na vida do menor, com o objetivo de assegurar-lhe o melhor interesse e o integral desenvolvimento de sua personalidade. Sendo assim, a pesquisa a ser desenvolvida pretende contribuir, para o melhor entendimento do assunto abordado, uma vez que é de suma importância na nossa jurisprudência e também na legislação nacional.

Palavras chave: Alienação parental; Guarda Compartilhada; Poder familiar.

O Refugiado Venezuelano e a Justiça Restaurativa: uma visão a partir do método *peacemaking circles*

Manoel Pereira de Almeida Neto

Micheli Piucco

Resumo: Este artigo aborda a temática na Justiça Restaurativa (JR), em específico o método do *peacemaking circles* aplicado à integração dos refugiados venezuelanos que estão adentrando ao Brasil, devido à crise humanitária instaurada em seu país de origem. Destarte, importância do trabalho em rede, no suporte e apoio. *The Non-Conflictive Peacemaking Circles* ou Círculos de Construção de Paz não-conflitivos é um método de Justiça Restaurativa, perfazendo uma metodologia de resolução de problemas, de construção de comunidades. Sendo utilizada a perspectiva da filosofia personalista, que se contrapõe ao idealismo e ao materialismo abstrato, para reencontrar a unidade perdida entre o individualismo e o coletivismo. A JR pode ser visualizada como uma bússola que aponta à direção para a construção de um ambiente seguro e, assim, ter-se-á acolhimento, a cura, a reconexão dos vínculos das relações e traumas causadas pela travessia e chegada até o país de destino.

Palavras-chave: Círculos de Construção de Paz. Justiça Restaurativa. Refugiados.

Resolução de conflitos no ambiente escolar por meio de práticas restaurativas

Natiele Sabrina Hoppen

Vinicius Francisco Toazza

Resumo: No contexto atual nota-se o aumento no número de episódios de violência em algumas escolas. Na expectativa da inserção de práticas que diminuam os conflitos nos ambientes escolares, procura-se desenvolver ações que busquem uma ação pedagógica para a solução dos conflitos. Neste sentido, a mediação de conflitos pode desenvolver práticas com base em uma comunicação não violenta, que possibilite a construção de uma cultura de paz em uma comunidade escolar. A partir dessas colocações, o que deve-se fazer para tornar o método da Justiça Restaurativa efetiva no ambiente escolar e como fazer as práticas restaurativas terem um resultado positivo? O objetivo principal deste estudo é abordar o uso das práticas restaurativas nas escolas, aplicando a Justiça Restaurativa como um método que auxilie na resolução de conflitos de forma extrajudicial, na aplicabilidade dos Círculos de Construção de Paz e da comunicação não-violenta. Como resultado, constata-se que a Justiça Restaurativa é um método de resolução de conflitos que tem mostrado resultados positivos no âmbito jurídico, demonstrando ser mais efetiva que a Justiça Retributiva, por demonstrar melhores resultados nas questões judiciais referentes à reparação de danos causados em conflitos, resolvidos estes, de forma humanizada e compreensível tanto para vítima quanto para ofensor. Nota-se a necessidade de as práticas restaurativas da Justiça Restaurativa ser aplicadas como políticas públicas, devendo ser implementados mais programas de métodos restaurativos.

Palavras-chave: Círculos restaurativos; Conflitos; Diálogo; Justiça restaurativa; Ofensor; Vítima.

Os reflexos do ativismo judicial sobre a segurança jurídica

Péter Papke

Luciano de Araujo Migliavacca

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar os reflexos do ativismo judicial na segurança jurídica. Com a Constituição de 1988, o Poder Judiciário tornou-se mais proativo, julgando demandas de teor político e decidindo sobre situações criadas pela deficiência dos demais poderes. O novo papel exercido pelos julgadores em uma era onde os Estados são regidos pelo constitucionalismo contemporâneo, acabou implicando em insegurança jurídica, bem como na própria prestação jurisdicional. O protagonismo do Judiciário, e o subseqüente processo de novas exigências sociais, haja vista a existência de direitos fundamentais e, a sua inerente necessidade de efetivação para a sociedade, tem gerado tensões com o princípio da segurança jurídica. Para tanto, vale-se de pesquisa bibliográfica exploratória, de cunho descritivo, mediante abordagem dedutiva. Tudo isso conduzirá, ao fim, à afirmação do perfil ativista do Judiciário como um problema para efetivar a segurança jurídica no Brasil.

Palavras-chave: ativismo judicial; constitucionalismo contemporâneo; segurança jurídica.

Ações de família e violência doméstica: benefícios da mediação

Roberta Schwertner Xavier da Cruz

Resumo: O tema abordado no presente artigo consiste em analisar a possibilidade da aplicação da mediação de conflitos nas ações de família que envolvam violência doméstica e familiar. O objetivo da pesquisa resume-se em avaliar a viabilidade do encaminhamento consensual, por meio da aplicação da mediação, das ações de família que envolvam eventos de violência doméstica, a fim de garantir soluções eficientes e capazes de romper com o ciclo de abusividade. Em relação à natureza do método utilizado na pesquisa, trata-se do hipotético-dedutivo, ou seja, apoiado essencialmente em pesquisa e deduções a partir de hipóteses. Para fins deste trabalho, conclui-se que a mediação é um meio adequado para solução de tais conflitos, por ser um espaço de restabelecimento de diálogo entre as partes. Para tanto, deve ser analisado o caso concreto, cabendo ao julgador, respeitada a autonomia de vontade das partes, realizar o encaminhamento destes para a sessão de mediação.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; Mediação de Conflitos; Violência Doméstica e Familiar.

Interesse público em Habermas: influências, delimitações e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro

Yuri Alexandre Pastório Rocha

Miguel da Silva Rossetto

Resumo: Considerando a temática apresentada, a presente pesquisa foca-se na concepção do conceito de interesse público, pautada na visão do filósofo alemão Jürgen Habermas, ao qual desenvolve sua visão a partir do conceito da esfera pública, pautada por uma rede ampla de diálogos e ideias desenvolvidas a partir de um consenso comum. Partindo de um aspecto histórico, pautada com base em preceito da publicidade, de Immanuel Kant, tal pauta justifica-se como forma de compreender a formação do interesse público dentro do direito brasileiro, sendo necessária sua limitação a um fundamento base, visando evitar sua aplicação à proteção do interesse de particulares. Tal temática ganha notoriedade, considerando a sua utilidade dentro do ramo do direito administrativo, como preceito limitador da atuação do agente público na prática de atos, limitando a vontade de agir do Estado com base na promoção de interesses gerais, e não a interesses particulares.

Palavras-chave: Esfera pública; Interesse público; Immanuel Kant; Jürgen Habermas;

A concessão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas no direito brasileiro

Yuri Alexandre Pastório Rocha

Roberto Carlos Gradin

Resumo: A pesquisa foca-se na abrangência da assistência judiciária gratuita, na concessão às pessoas jurídicas, que possui brecha legal, considerando que o ordenamento jurídico permite a benesse por tais agentes, mas não regula as hipóteses limitadoras daqueles enquadrados ou não na condição de hipossuficiência econômica, aquiá identifica base legal para o reconhecimento do benefício às categorias de requerentes enquadrados como pessoa jurídica. Nesse sentido, é possível a propositura consistente de critérios norteadores que atendam as necessidades das diferentes pessoas jurídicas para concessão da gratuidade judiciária? Partindo disso, o tema ganha atenção, face a escassez acadêmica de produção crítica e literária, que desconsidera a relevância no campo da assistência judiciária gratuita aos agentes motrizes da economia do país, flagelados pela situação econômica vivenciada. Portanto, a problemática volta-se a abalzar o instituto, pelo estudo de conceitos doutrinários, princípios norteadores da assistência judiciária gratuita, e tecendo críticas à discussão atual.

Palavras-chave: Assistência judiciária gratuita; Gratuidade da justiça; Pessoas jurídicas; Súmula 481.

Apresentação

*Adriana Fasolo Pilati
Vanderlise Wentz Baú*

A terceira edição do *Anuário* da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, ora publicada, há de ser comemorada, principalmente pela viabilidade de produção científica em meio à pandemia COVID-19.

Mesmo diante das dificuldades que se apresentaram nos últimos anos acadêmicos para se estabelecer uma relação de ensino e aprendizagem entre professores pesquisadores e acadêmicos, nesta edição, recebemos várias contribuições advindas tanto do corpo docente quando do corpo discente dessa sexagenária faculdade.

A presente obra é composta por reflexões interdisciplinares do direito com a sociologia, a filosofia, a psicologia, a hermenêutica e a argumentação. Ainda, guardam relação com os eixos da transversalidade, em especial os direitos humanos e a educação ambiental. Esse diálogo, também, perpassa vários ramos do direito e representa o resultado de aplicados estudos realizados nos grupos de pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, entre seus acadêmicos e professores.

A produção científica publicada nos Anuários é resultado dos mecanismos de produção de conhecimento utilizado na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, de acordo com as diretrizes do Ministério de Educação (MEC), conferindo ao acadêmico habilitação para a reconstrução dos conhecimentos durante sua formação, de tal modo que seja capaz de exercer e de praticar os conhecimentos adquiridos no decorrer de sua formação acadêmica.

Neste livro, os autores, em sua maioria discentes e docentes da graduação, foram desafiados a aplicar os conhecimentos adquiridos em produção científica, como forma de incentivar nestes o hábito da pesquisa e da escrita e, conseqüentemente, a construção do conhecimento.

Esta terceira edição dos *Temas Contemporâneos do Direito* apresenta-nos novos autores, novos rostos e novas responsabilidades. Todos os artigos dessa edição contêm seus próprios méritos e refletem o momento histórico e reflexivo de cada pesquisador em particular. Aqui, cabe-nos lhes dar os parabéns pela coragem em expor suas pesquisas aos olhos da crítica acadêmica, o que lhes servem para o aperfeiçoamento intelectual.

Com isso, os estudos agrupados no presente trabalho representam discussões teórico-acadêmicas interdisciplinares, à luz de um viés transdisciplinar, que envolvem os temas abordados. Por meio de reflexões acuradas, os autores apresentam soluções jurídicas às problemáticas investigadas, sob um prisma hermenêutico e constitucionalizado, em especial para compreender a complexidade do fenômeno social.

O desejo das organizadoras é que esta obra contribua nas discussões jurídicas e interdisciplinares, das múltiplas temáticas apresentadas. Agradecemos, de forma especial, a todos os colegas professores e aos alunos que contribuíram nesta edição, reforçando nosso compromisso institucional conjunto de excelência no ensino jurídico.

A conciliação nas demandas judiciais previdenciárias e a moralidade administrativa ¹

*Alessandra Cláudia Junges²
Vanderlise Wentz Baú³*

Introdução

É de notório conhecimento que a Seguridade Social tem importância imensurável na vida dos brasileiros, por sua característica de “sistema de proteção social”. Em especial, a Previdência Social, que vem abraçando um número cada vez maior de segurados o que faz com que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ocupe, ano após ano, posição de destaque na rotina da Advocacia brasileira.

Nos últimos anos é possível identificar a presença da autarquia previdenciária – INSS - reiteradamente no pólo passivo das demandas judiciais, sendo elencado como um dos 100 maiores litigantes da justiça brasileira, consequência direta do insucesso de resolução das demandas na via administrativa.

Diante dessa evidência, mostra-se relevante a análise das razões que revelam essa estatística. Quais são os motivos para tantos indeferimentos administrativos que acabam por desaguar no Poder Judiciário e, ainda, se a condução do procedimento de conciliação judicial, amplamente

¹ Artigo científico produzido na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2020.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Email: alejunges@hotmail.com. Link para Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6137495835448946>.

³ Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientador da pesquisa realizada. Email: wentz@upf.br. Link para Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3816327601913602>.

estimulado no direito contemporâneo, atende a equidade e o equilíbrio dos interesses das partes em juízo.

Sociedade e Direito

O homem por sua natureza gregária, desde os primórdios, vive em grupos. A iniciar pelo núcleo familiar até chegar às grandes sociedades de massa. Objetivando regular e conter os ímpetus individualistas o Direito surge como mecanismo de controle social e que passa a ser ditado pelo Estado.

O Estado, por sua vez, enquanto organização social e política, regulamenta algumas dessas relações intersubjetivas por meio do Direito, com a edição de normas de conduta, cuja observância é imposta a todos e, também, as correspondentes sanções para a hipótese de inobservância. Essas relações passam a ser denominadas relações jurídicas.

O Direito surge com a função disciplinar normativamente a vida social e contribuir para o equilíbrio nas relações sociais, permitindo que o grupo se desenvolva com a menor incidência possível de conflitos, fatores de segregação e instabilidade social a obstaculizar os objetivos sociais propostos (THEODORO JUNIOR, 2017, p.3).

A simples instituição de normas de conduta dotadas de sanção não é, por si só, suficiente para evitar o conflito de interesses que pode surgir entre os membros de uma sociedade, gerando uma situação de instabilidade social. Daí a necessidade de se criar técnicas e/ou meios para a resolução de eventuais conflitos havidos entre os membros do grupo social em busca do restabelecimento da ordem e da paz social.

A autotutela/autodefesa era uma técnica que se valia da força física contra o adversário para vencer sua resistência e satisfazer uma pretensão. Essa forma de composição dos conflitos “restringia-se à imposição de uma solução pelo mais forte sem que houvesse a afirmação da existência ou

inexistência do direito, apresentando como características essenciais a ausência de juiz imparcial e a imposição do interesse da parte mais forte” (PINHO, 2015, p. 43).

Didier Jr (2016, p. 166) ao se referir à autotutela refere que se trata de um modo “egoísta e parcial do litúgio”, pois quem decide é um dos envolvidos no conflito, a partir do uso da força.

Theodoro Jr. (2017, p. 3) leciona que para assegurar a paz social e a atenção ao ordenamento jurídico, o Estado não aceita mais que se faça justiça pelas próprias mãos. Portanto, a autotutela por seu caráter agressivo é, de forma geral, indesejada, uma vez que se trata da justiça dos homens e, atualmente vedada pelo direito, em que pese admitida em algumas situações excepcionais, a exemplo da legítima defesa (artigo 188, I, do Código Civil (CC)).

A justiça heterocompositiva estatal é, nos tempos atuais, a forma mais comum de solução dos conflitos de interesses. Exerce-a o Estado, por meio do Poder Judiciário que o faz por meio da atividade jurisdicional, exercida por terceiro imparcial que aplica o direito de modo imperativo protegendo um determinado fato jurídico por meio de uma decisão que tem o intuito de se tornar indiscutível e imutável em dado momento em determinado caso concreto (DIDIER JR, 2016, p. 155).

Embora ainda se mantenha em destaque a heterocomposição estatal obrigatória, é possível que os conflitos sejam submetidos à solução arbitral privada e, ainda, à consensual privada. Daí falar-se na coexistência de vários métodos/técnicas de solução dos conflitos.

Mesmo no contexto da jurisdição estatal, os métodos de autocomposição foram consideravelmente destacados vigentes no Código de Processo Civil (CPC) de 2015, na medida em que se aproxima-se dos princípios do Estado Democrático de Direito e, em razão disso é, também, preferencialmente adotado para o alcance da pacificação social, na medida

em que leva em conta a autonomia das partes e, com isso, a satisfação de seus interesses (NEVES, 2016, p.86).

Tartuce (2018, p.38) ressalta a importância que tem a comunicação entre as partes para se chegar à solução de um conflito, altamente prestigiada nos métodos de solução consensual dos conflitos. Destaca que para isso devem ser disponibilizados mecanismos prévios e incidentais à demanda e cita como exemplo: o acordo.

Salienta-se que a autocomposição poderá ser alcançada de forma espontânea ou induzida. Será espontânea quando os envolvidos, por si sós, encontram a solução do conflito; será induzida quando alcançada por meio do auxílio de um terceiro que poderá ser o conciliador ou o mediador (DINAMARCO, 2009, p. 124-125).

O estímulo à autocomposição tem ditado a tônica do direito processual civil na solução dos conflitos de interesses, tanto antes como no curso de uma demanda judicial, por uma série de razões, dentre as quais se destaca a participação dos envolvidos na construção da solução e mesmo em busca da efetividade dos direitos.

A atual coexistência de vários métodos de solução dos conflitos de interesses

No Brasil, atualmente, coexistem formas autocompositivas (na esfera judicial ou extrajudicial) e heterocompositivas (judicial ou extrajudicial). Essa coexistência tem dado ensejo à debates doutrinários e jurisprudenciais, acerca de qual delas se apresente mais/menos eficiente a partir da análise das suas fragilidades e potencialidades.

Segundo Tartuce (2018, p. 157), a grande vantagem da solução estatal heterocompositiva é a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a preservação da igualdade entre os sujeitos da relação processual e, por fim, a aptidão de produzir a coisa julgada, que torna imutável e indiscutível a decisão judicial em determinado momento,

estabilizando as relações sociais e evitando que sejam discutidas eternamente.

Por outro enfoque, Vaz (2012, p.30) ressalta que a prestação jurisdicional não tem se mostrado eficaz à pacificação social, por uma série de razões, apontando para a necessidade de se abrir caminho para outros mecanismos de solução dos conflitos, dentre eles as formas autocompositivas.

No Brasil a arbitragem encontra regulamentação na Lei 9.307/1996 e sua adoção como meio hetercompositivo não estatal é uma opção dos sujeitos envolvidos em determinadas relações jurídicas envolvendo direitos disponíveis, que se propõem a submissão da decisão do conflito proferida pelo árbitro (NEVES, 2016, p. 110).

A lei da arbitragem no Brasil atribuiu eficácia própria à sentença arbitral, proporcionando, assim, “os mesmos efeitos da sentença judicial, inclusive com força de título executivo, podendo o procedimento arbitral ser utilizado por partes maiores e capazes que disputam direitos patrimoniais disponíveis” (PINHO, 2015, p. 46).

Destaca Marinoni (2014, p. 158) que o fundamento da arbitragem privada está associada à autonomia da vontade, na medida em que os contendores estão autorizados a afastar a solução estatal. Leciona o autor: “a Lei de Arbitragem teve apenas o propósito de regular uma forma de manifestação da vontade, o que nada tem a ver com as essências da jurisdição e da arbitragem”.

Embora ainda persista debate doutrinário acerca ter a arbitragem natureza de equivalente jurisdicional ou se é atividade jurisdicional propriamente dita, a corrente majoritária defende ser a arbitragem um equivalente jurisdicional, fundamentando-se no disposto no art. 3º, §1º, do CPC. Nesse sentido destaca-se a posição de Neves, ao sustentar que a arbitragem não é jurisdição, já que ao se reconhecer o princípio da

inafastabilidade da jurisdição ressaltando a decisão arbitral, parece claro que a arbitragem é um equivalente jurisdicional (2016, p. 112).

Dinamarco (2009, p.127-128) destaca que as soluções alternativas dos conflitos (extrajudiciais), trazem uma série de vantagens, destacando entre elas, os custos do processo (taxas, eventuais perícias, etc.), a flexibilização do formalismo e a celeridade na solução do conflito, o que promove maior efetividade aos direitos.

Quanto à solução autocompositiva Didier Jr (2016, p. 271) afirma que se trata de “um instrumento de desenvolvimento da cidadania”, pois reforça o caráter democrático, estimulando a participação dos envolvidos no conflito para a construção da solução. Para o autor, não deve ser utilizado o argumento de que o estímulo à autocomposição deva se dar como simples forma de diminuição de processos no Judiciário ou mais rápida solução do conflito, na medida em que são apenas meras consequências de sua adoção e não valores a serem buscados.

Vaz (2012, p. 36-37) salienta que uma solução consensual exige contrapartida de ambas as partes, de modo que não deve ser aceita quando apenas uma das partes sai ganhando, enquanto a outra foi forçada a aceitar por temer a demora do julgamento da causa.

Didier Jr (2016, p. 280-281) refere que embora as formas autocompositivas devam ser estimuladas pelos próprios juízes na condução das demandas, há que se atentar para o fato da “perigosa e ilícita postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais”, o que, sem dúvida, deve ser coibido, porque se encontram na contramão da direção em que a autocomposição deve ser conduzida e promovida.

Nesse sentido, Tartuce (2018, p.157) complementa que “no Brasil, o tema do desequilíbrio entre os litigantes ganha relevo quando se pensa em demandas previdenciárias”. Justifica-se isso, pois numa parte se tem

alguém desprovido de informações técnicas e, na outra, um profissional concursado e altamente experiente nas demandas em questão.

Na mesma linha de Tartuce, Fiss (2004, p.125) questiona a “validade” de certos acordos, evidenciando que o desequilíbrio entre as partes influencia na sua realização, na medida em que a parte economicamente mais fraca pode ser forçada a celebrar um acordo, por vezes a si desfavorável, porque necessita imediatamente do dinheiro e não se propõe a aguardar por uma decisão judicial que, em geral, é consideravelmente mais demorada.

Vários são os métodos/meios para a resolução dos conflitos, todos com méritos e deméritos pontuais, mas que devem ser utilizados levando em conta os litigantes envolvidos e a natureza das lides, tanto nas relações jurídicas privadas quanto públicas.

No presente artigo o enfoque se dará na conciliação judicial dos conflitos envolvendo relações no âmbito do direito previdenciário, notadamente, diante da estatística do número elevado dessas demandas judiciais, tendo de um lado o segurado e de outro o INSS, autarquia federal.

Previdência Social: um direito fundamental social

A proteção do ser humano e a busca pelo bem-estar e justiça social são corolários da Dignidade da Pessoa Humana. Para garanti-los, o Estado deve assegurar aos seus cidadãos os direitos e as garantias fundamentais previstos no seu ordenamento jurídico. O sistema da seguridade social vem ao encontro desse compromisso estatal de dar efetividade ao fundamento da Dignidade da Pessoa Humana.

A previdência social envolve todos os regimes previdenciários básicos ou complementares, sejam eles privados, públicos, abertos ou fechados. Amado (2014, p. 79) ensina que os planos previdenciários básicos independem da vontade do trabalhador em fazer parte do sistema, são os

chamados regimes obrigatórios, enquanto os complementares são de adesão facultativa.

O Regime Geral de Previdência Social forma o plano básico, que pode contar com cerca de 50 milhões de segurados e o responsável por sua gestão é o INSS. Esse regime abrange, em regra, todos os trabalhadores, tendo como exceção aqueles que já fazem parte de outro regime de seguro social (regime próprio de previdência social) (AMADO, 2019, p. 91-92).

Amado (2014, p. 25) destaca que a seguridade social é uma das grandes conquistas do Estado Social de Direito e vem para proteger o homem de eventuais infortúnios que o impeçam de trabalhar e, com isso, de obter o seu sustento e de sua família.

Destaca-se que para o nosso ordenamento jurídico toda pessoa é titular de direitos sociais, principalmente porque tais direitos relacionam-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020, p. 644).

Na linha de gerações de direitos fundamentais, a previdência social, insere-se no rol de direitos da segunda geração/dimensão, já que se refere aos direitos sociais do indivíduo, bem como no da terceira dimensão, uma vez que envolve direitos de natureza coletiva e, nos termos do art. 6º, § 4º da Constituição Federal (CF) de 1988, constituem cláusula pétrea (AMADO, 2014, p. 28).

Entende-se que o direito à segurança social constitui um direito de natureza positiva e que a sua realização exige atuação por parte do Estado de forma que devem ser impostas obrigações de fazer e de prestar (CARVALHO, 2015, p. 214).

Os direitos sociais têm por escopo o reconhecimento e proteção não só do interesse primário do indivíduo, mas, principalmente, do interesse geral da sociedade na qual está inserido. O Estado, portanto, como

representante do coletivo, deve criar institutos a fim de garantir esses direitos (LINHARES et al, 2016, p. 298).

Salienta-se ainda que quando o Estado não cumpre com as garantias fixadas em sua Constituição, nascerá para os integrantes da sociedade o direito público subjetivo a ser pleiteado perante o próprio Estado visto que a satisfação das necessidades essenciais se relaciona a garantia de uma vida digna e saudável a todos (CARVALHO, 2015, p. 215).

A garantia do mínimo existencial prevista e defendida em nosso ordenamento jurídico aponta, tanto na doutrina como na jurisprudência brasileira, que o dito “mínimo existencial” ultrapassa a percepção de um mínimo meramente vital, mas que deve prezar por uma vida saudável e de qualidade (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020, p. 666).

Um sistema previdenciário eficaz deve atuar em conjunto com as demais ações sociais e, portanto, a proteção social, por meio da tríade saúde, assistência e previdência social, deve ser vista como uma maneira de construir, de fato, uma sociedade livre, justa e solidária. A globalização muito acrescentou à sociedade moderna, mas passou longe de auxiliar o desenvolvimento sustentável dos países e de diminuir as desigualdades, pelo contrário, destacou-as mais ainda (CARVALHO, 2015, p. 219).

O direito à previdência social, enquanto direito fundamental social da República, exerce função essencial para a população brasileira e apresentou, ao longo de sua evolução, atuação significativa como auxiliar para a diminuição das desigualdades sociais do nosso país.

Uma breve história do direito social à previdência no direito brasileiro

A construção legislativa dessa conquista histórica do direito social à previdência deu-se de forma gradual ao longo de muitos anos e decorre diretamente da luta das mais diversas classes de trabalhadores frente aos líderes políticos e, por isso, demanda esforços não só para manter os

direitos já consagrados, como também para ampliá-los, de modo a consolidar todo o sistema de proteção social.

A Previdência Social no Brasil, um dos tripés da Seguridade Social, que consta no rol de direitos fundamentais, como sendo um direito social de toda população, consoante artigo 6º da CF/88 que, desde a sua instituição já sofreu várias alterações, sendo a mais recente delas por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019.

A história mostra que a proteção social no Brasil principiou ainda nos tempos do Brasil Colônia, com ênfase no caráter beneficente e assistencialista por meio, inclusive, da formação de Santas Casas de Misericórdia, sendo a mais remota datada de 1543. Os textos iniciais são da redação do Príncipe Regente Dom Pedro de Alcântara (LAZZARI; CASTRO, 2016, p.30-31).

A base da Previdência social brasileira considerada pela doutrina é a Lei Eloy Chaves, em 1923, porquanto instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) para trabalhadores de ferrovias (BATICH, 2004, p.33).

Amado (2014, p.72) acrescenta que, de fato, a Lei Eloy Chaves constituiu um grande marco evolutivo da previdência social brasileira, embora mereça críticas porque as CAPs foram inicialmente administradas por empresas privadas e não pelo Poder Público. Resquícios dessa lei são utilizadas até hoje, a exemplo do caráter contributivo e o limite etário para gozar do direito previdenciário (LAZZARI; CASTRO, 2016, p.32).

Passados mais de dez anos as CAPs foram ampliadas e surgem os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) que alcançavam outros trabalhadores, a exemplo dos comerciários, em 1935 (BATICH, 2004, p.34).

A Constituição de 1934 abordou a questão do custeio da previdência social trazendo em sua legislação a previsão tripartite de sustentação do sistema, envolvendo contribuição dos trabalhadores, dos empregadores e

do Estado, sistema que, com a Constituição de 1937 (Polaca), o designou com a expressão “seguro social” (LAZZARI; CASTRO, 2016, p.32).

A Constituição de 1946 cunhou a expressão “Previdência Social”, utilizada até hoje como designativa dessa parcela do Sistema de Seguridade Social (AMADO, 2014, p.73).

Nessa caminhada histórica, gradativamente, os diversos grupos de trabalhadores foram sendo envolvidos pelo manto previdenciário. Exemplo disso é que o profissional liberal conquistou o direito de fazer parte, como segurado, da Previdência Social por meio da categoria de trabalhador autônomo a partir do Decreto nº 32.667 de 1953 (LAZZARI; CASTRO, 2016, p.33).

Mais tarde, em 1960, após muita discussão e intensa pressão política, foi promulgada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) que instituiu um sistema único de previdência para todos os trabalhadores representando um grande avanço em termos de cidadania (BATICH, 2004, p.34).

O Decreto-lei nº 72 de 1966 criou o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), o qual consolidou a unificação dos institutos de aposentadoria e pensão, o que há muito estava sendo clamado pelos estudiosos da área (LAZZARI; CASTRO, 2016, p.34).

Nesse contexto histórico-evolutivo do sistema de seguridade social, a Constituição de 1967 consagrou o seguro-desemprego, então denominado de auxílio-desemprego. E, em 1967, foi criado o Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT), por meio da edição da Lei nº 5.316.

No entanto, foi somente em 1971 que os trabalhadores rurais foram incluídos como segurados pelo Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL) e, em 1972, os empregados domésticos passaram a ser segurados da previdência, ambos por leis próprias (AMADO, 2014, p.74).

Batich (2004, p.35) evidencia que esse período foi importante porque a previdência tornou-se um instrumento oficial de proteção e redistribuição de renda entre trabalhadores.

A questão da necessidade de um sistema de previdência social já encontrava disciplina na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, junto ao rol de direitos humanos e ao lado do direito à vida, à proteção a maternidade e infância e à assistência social aos desamparados (SERAU, JR, 2014, p. 33).

No Brasil, contudo, somente com a Constituição Federal de 1988, Constituição Cidadã, é que a Previdência Social ganhou um capítulo, juntamente com a Saúde e a Assistência Social, chamado de sistema de Seguridade Social, com previsão de orçamento específico na Lei Orçamentária Anual (AMADO, 2014, p.26-27).

Há de se reconhecer que a CF de 1988 passou por diversas alterações em seu texto, por meio de emendas constitucionais, ao longo de seus 32 anos, a última ocorreu em 2019, por meio da EC nº 103, nominada pelo governo federal como “nova previdência social” (SERAU JR, 2019).

A conciliação nas demandas previdenciárias sob a ótica dos princípios da Moralidade e da Boa fé administrativa

Apesar da possibilidade de acesso pela via administrativa dos pedidos de benefícios previdenciários, o Judiciário identifica o INSS como um dos maiores litigantes da justiça brasileira. Na Justiça Federal, tanto no rito comum como no Juizado Especial Federal, o INSS ocupa posição de destaque em termos de quantidade de demandas previdenciárias.

Ainda que os Boletins Estatísticos da Previdência Social mostrem que mais de 50% dos pedidos administrativos de concessão de benefícios previdenciários são deferidos na própria via administrativa, o INSS segue, por anos, sendo um dos maiores litigantes no plano judicial do país, conforme relatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O relatório apresentado pelo CNJ, em 2012, reuniu informações de grande impacto e interesse para o Poder Judiciário, uma vez que apontou os 100 maiores litigantes da Justiça Brasileira. O estudo mostrou que o INSS estava na liderança e identificou que 1 a cada 3 processos ajuizados no 1º grau da Justiça Federal e 79% das ações dos Juizados Especiais envolviam a autarquia.

É de se destacar que a litigância previdenciária não se restringe à jurisdição de primeiro grau, porquanto em 2017, foi apresentado o primeiro relatório analítico das atividades do Supremo Tribunal Federal (STF) pela então presidente e Ministra Carmen Lucia, no qual se confirmou o INSS como um dos maiores litigantes daquela Corte de Justiça durante o ano de 2016.

Essas inúmeras demandas previdenciárias levadas a juízo envolvem como parte autora o segurado e, como parte ré, o INSS, responsável pela concessão dos benefícios previstos no artigo 201 da CF de 1988, que são: auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez, salário maternidade, auxílio-reclusão e pensão por morte, assim como os benefícios assistenciais, previstos no artigo 203, V, da CF (TAKAHASHI, 2019, p. 96).

A doutrina aponta que a grande demanda previdenciária se dá diante da negativa do benefício previdenciário na esfera administrativa, situação que leva à necessidade de o segurado buscar a revisão dessa decisão perante o Poder Judiciário (BERGAMASCHI; TARTUCE, 2017, p. 3).

As controvérsias que envolvem o direito à concessão dos benefícios previdenciários já referidos têm levado à ampla judicialização dessas demandas. Como resposta a esse fenômeno e objetivando a solução consensual dos conflitos previdenciários, em 2019, instituiu-se um programa estratégico nacional integrado para desjudicialização da Previdência Social.

Esse programa foi proposto pelo CNJ em parceria com outras instituições públicas e previu um conjunto de ações que objetivam pontuar os conflitos em matéria previdenciária e a consequente criação de estratégias para a sua solução consensual.

Nos últimos anos é possível notar um crescente número de acordos judiciais nas demandas previdenciárias, o que se deve, em grande medida, à política pública instituída pelo CNJ, uniformizando e estimulando as práticas de mediação e conciliação judicial, por meio da Resolução 125/2010 – Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos. Dentre os principais enfoques dessa resolução estão a capacitação dos profissionais que desenvolvem as práticas de conciliação e/ou mediação para um resultado ainda mais eficiente e o estímulo para a cooperação entre órgãos públicos e privados na propagação de uma cultura de solução pacífica dos conflitos (SALES; CHAVES, 2014, p. 267-268).

O CNJ, em 2016, elaborou um relatório contabilizando os processos nos quais foi obtida a solução consensual do conflito. Os resultados mostraram que o baixo índice de acordos na Justiça Federal foi relacionado à presença do Poder Público em um dos pólos, já que a indisponibilidade do interesse público gera a falta de autonomia para autocomposição.

Vaz (2012, p. 33) argumenta que o interesse público é o interesse da coletividade como um todo, acrescenta ainda que a coletividade tem interesse que sejam atendidas as necessidades de seus membros perante o Estado. Por outro lado, definitivamente, não é do interesse público o pagamento de juros moratórios altíssimos decorrentes de condenações judiciais que poderiam ser evitadas se houvesse, desde logo, a solução consensual. Com base nas argumentações trazidas, o autor destaca que a indisponibilidade do interesse público em momento algum deveria vedar o reconhecimento de direito legítimo.

Tendo em conta que o INSS lidera juntamente com a União a listagem dos maiores litigantes do Brasil há muitos anos, questiona-se: como vêm sendo resolvidas as demandas judiciais envolvendo a referida autarquia e qual o impacto da resolução consensual dos conflitos como alternativa nesta esfera, sem prejuízo à parte adversa?

É nesse contexto que se questiona qual é a razão da pouca resolutividade na via administrativa, o que, por via de consequência, leva à necessidade de judicialização das demandas previdenciárias e, em um segundo momento, como essas demandas são solucionadas no âmbito do Poder Judiciário, ou seja, qual é a efetividade da tutela jurisdicional correspondente.

O ajuizamento de ação judicial pode ocorrer após a negativa do benefício na esfera administrativa – que se apresenta como pressuposto processual - levando em conta que o STF já decidiu ser necessário o prévio requerimento administrativo no Recurso Extraordinário nº 631.240, o que, aliás, também consta do Enunciado 77 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais⁴.

Nas demandas judiciais previdenciárias, assim como nas demandas em geral, o CPC/2015 prevê um momento processual próprio para tentativa da autocomposição - audiência de conciliação e/ou mediação (art. 334), o que não afasta, todavia, a possibilidade de renovar essa tentativa a qualquer momento do procedimento.

A previsão processual se propõe, por certo, a viabilizar a autocomposição antes mesmo do contraditório, na medida em que o prazo para oferecimento da contestação tem início após essa audiência preliminar, caso inexitosa a solução consensual do conflito no qual se sustenta a demanda.

⁴ Enunciado nº. 77. O ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo.

A autocomposição consiste na oportunidade de as próprias partes no processo construírem a solução do conflito que serve de fundamento à demanda, a partir do auxílio e/condução de um conciliador e/ou mediador, ou mesmo pelo próprio juiz, evitando, assim, o contraditório e o processamento da demanda.

Dentre os meios autocompositivos de solução dos conflitos judiciais o CPC/2015 destaca a conciliação e a mediação, nos termos do disposto no seu art. 3º, §§ 2º e 3º, destacando que outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A conciliação difere da mediação, na medida em que na primeira, a participação do conciliador é ativa, contribuindo com o debate e até mesmo propondo formas de resolução às partes, no segundo, o mediador apenas conduz a construção do conflito pelas próprias partes; sua postura é tão-somente a de mediar e não propor ou contribuir com a construção da solução.

Nas demandas previdenciárias o método de solução consensual dos conflitos é a conciliação, já que a mediação se propõe a reconstrução de laços entre sujeitos que mantêm relações intersubjetivas e, por consequência, a solução do conflito – que não é a situação verificada nas relações previdenciárias.

A conciliação envolvendo entes públicos deve ser considerada uma boa maneira de solucionar a lide. Isso porque contempla fundamentos jurídicos constitucionais importantes como o acesso à justiça, que está aliado aos princípios da razoável duração do processo, da efetividade e, ainda, da boa relação de custo-benefício e, também, o princípio democrático, mostrando que o ente público está disposto a conversar com

o seu litigante para que juntos encontrem a melhor solução ao litígio (SOUZA, 2014, p.163).

Nesse contexto, a Lei n. 13.140/2015 é reconhecida como marco regulatório da mediação como solução de controvérsias entre particulares e Administração Pública, no âmbito extrajudicial. Vaz (2015, p.1) identifica essa forma de solução de conflitos como uma possibilidade de devolver às partes a responsabilidade para que resolvam seus conflitos, bem como uma maneira que poderá contribuir para superar a crise jurídica da excessiva judicialização dos conflitos.

No ano de 2016, foi publicada a Portaria nº 258 da Procuradoria Geral Federal, na qual foram estabelecidas diretrizes para a celebração de acordos judiciais envolvendo lides previdenciárias. Apesar do estímulo legislativo para a conciliação e equilíbrio dos interesses da autarquia federal e do segurado, Vaz e Takahashi (2012, p.8) questionam a razão pela qual os procuradores federais seguem resistentes e atuam unicamente propondo acordos nos casos em que não há dúvida de que o INSS acabaria condenado.

O artigo 4^a da Portaria aborda situações em que o Procurador Federal poderia deixar de recorrer. Por exemplo, ações que postulam benefício de auxílio-doença, com laudo pericial apontando incapacidade e sentença fixando data de cessação de benefício, ações que envolvem beneficiário com idade igual ou superior a 60 anos, o Procurador poderá não recorrer da sentença, mesmo que nela não haja a previsão de cessação do benefício.

Outro exemplo da atuação do procurador a fim de evitar a longevidade do curso processual sem perder a qualidade de julgamento é o que consta no artigo 8º da Portaria: o procurador poderá concordar com o pagamento dos atrasados desde a data de início da incapacidade fixada no exame pericial, desde que não seja anterior ao requerimento. Isso, por vezes, não ocorre, conforme consta no Manual de Mediação e Conciliação

da Justiça Federal (TAKAHASHI et al, 2019, p. 97). Infelizmente, é comum, na prática processual, que o INSS proponha acordos com data de início de pagamento diferente da data de início do benefício.

Vaz e Takahashi (2012, p.9) afirmam que o acordo para o Poder Público é interessante quando pretende corrigir uma falha administrativa ou quando se evidencie que a perpetuação da demanda não será vantajosa ao ente público. Nesses casos, os autores alertam que é “dever do Procurador Federal buscar a solução conciliatória, seja para corrigir erros, seja para evitar ônus financeiros desnecessários”.

A conciliação nas demandas previdenciárias, embora autorizada e amplamente estimulada, não está, contudo, imune a críticas. O INSS apenas transaciona nos casos que lhe convém, ou seja, em que vislumbraria a possibilidade de vir a ser condenado, ao final da demanda. Essa postura está em descompasso com o direito fundamental de proteção previdenciária (VAZ; TAKAHASHI, 2012, p.2).

Vaz (2012, p.39), ao analisar demandas envolvendo a seguridade social, conclui que muitos dos acordos firmados nessas demandas são um verdadeiro “calote chancelado pelo Poder Judiciário”. Prossegue o autor asseverando que o direito reconhecido precisa ser satisfeito integralmente, razão pela qual “os acordos com renúncia de parcela dos valores devidos somente teriam lugar quando houvesse margem de dúvida sobre algum aspecto que compõe o direito a ser satisfeito”, o que não ocorre na maioria dos casos.

Vaz (2015, p.3) relata que no cotidiano da Justiça Federal, a audiência de conciliação sequer é designada, seja pelo número alto de demandas ou por não haver centro de conciliação preparado para sua execução. Como solução paliativa alguns juízes têm intimado a parte ré para que, se for de seu interesse, apresente proposta de conciliação escrita, com o que, em geral, o autor não concorda, chegando-se ao mesmo resultado a que se

chegaria sem a designação de audiência para a tentativa de autocomposição.

Outrossim, merece relevo o fato de que muitas vezes quando é designada a audiência de conciliação, os procuradores da autarquia federal não comparecem, inviabilizando a conciliação o que, conseqüentemente, contribui ainda mais “para que haja uma ‘ordinarização’ mesmo no rito dos JEFs” (VAZ; TAKAHASCHI, 2012, p.14).

Algumas demandas previdenciárias não comportam conciliação num primeiro momento, pois demandam dilação probatória, como ocorre com o benefício de aposentadoria por incapacidade, já que a decisão dessa relação pressupõe a submissão do segurado ao exame pericial, ou, ainda, na lide que envolve o reconhecimento de tempo para o segurado especial, que demande dilação probatória (VAZ, 2015, p. 7).

Takahashi (2014) reconhece que em muitos acordos realizados nas demandas previdenciárias ocorre a renúncia, total ou parcial, de valores de parcelas referentes aos benefícios atrasados a que o segurado faria *jus*, mediante o argumento, em forma de coação, da incerteza do tempo de duração do processo. Essa situação acaba por prejudicar o segurado, que renuncia à parcela do seu direito, o que talvez não fizesse livremente, mas o faz porque precisa do dinheiro para sobreviver.

A prática recorrente dos entes públicos, em especial do INSS, de não atender a pretensão do segurado na esfera administrativa, compelindo-o a judicializar a questão e depois, em juízo propor acordos com evidentes desvantagens ao segurado mostra-se censurável, na medida em que o INSS oferece resistência às legítimas pretensões. “Isso é inaceitável, mas ocorre com frequência” (VAZ, 2012, p.33).

O autor é firme em seu posicionamento quando afirma que o INSS resiste às pretensões na via administrativa, forçando o segurado a buscar a efetividade do seu direito por meio da via judicial e, ainda nessa via, a

proposta de solução consensual do conflito é utilizada como meio de barganha para que o segurado aceite a conciliação, sob o argumento de que em não aceitando, seu eventual direito demorará a ser alcançado, diante da natural morosidade judiciária.

Nesse contexto de solução consensual dos conflitos nas demandas previdenciárias, que deveria ser amplamente estimulada, têm por vezes, sido efetivamente um mecanismo de suprimir ou reduzir direitos do segurado e, por isso, cumpre ponderar essa prática diante de alguns dos princípios que devem reger a Administração Pública, notadamente, o princípio da moralidade, expresso no artigo 37 da Constituição Federal.

Carvalho Filho (2018, p.76) ressalta que o administrador público deve basear suas condutas não só em critérios de conveniência, oportunidade e justiça, mas também em preceitos éticos, distinguindo o que é honesto do que é desonesto. Pretende-se com esse princípio afastar toda e qualquer atuação imoral no campo da Administração Pública.

Além disso, deve-se atentar para o princípio da boa-fé que deve estar presente no administrado e na Administração. Por meio desse princípio protege-se a confiança que o administrado deposita na Administração Pública. Depreende-se do exposto que o particular confia que a conduta adotada pela Administração esteja correta (DI PIETRO, 2017, p. 126).

É evidente que a prática corriqueira de resistir às pretensões do segurado na via administrativa, compelindo-o a judicializar o conflito e o hábito de, em juízo, propor acordos que impliquem renúncia de parcela do crédito pelo segurado, violam os princípios de moralidade e boa-fé administrativa (VAZ, 2012, p.33).

Neto e Gonçalves (2013) destacam que o modo como a jurisprudência se manifesta na solução das questões previdenciárias, serve de estímulo para que administrativamente o INSS indefira os benefícios pleiteados, já que a judicialização do conflito retarda a alcance do direito ao jurisdicional

e, ainda em juízo, transação judicial é vantajosa ao INSS porque em geral propõe pagamento não integral do que efetivamente é devido para fins de acordo, o que reduz os seus custos. Os autores exemplificam, caso seja devido R\$ 10.000,00 ao segurado em razão de uma aposentadoria que foi negada administrativamente, o segurado busca seu direito via judicial, onde lhe é oferecido um acordo para concessão de 80-90% desse valor. Se for aceito, o segurado acaba por renunciar parcela de seu benefício, já devido desde o requerimento administrativo.

Nesse sentido, parece evidente o desequilíbrio de forças entre autarquia federal e o segurado nas demandas previdenciárias. Sobre essa questão Takahashi (2014) questiona o que pode ser feito para que ambas as partes saiam satisfeitas com o acordo realizado e, em seguida, ele mesmo propõe que a atuação do Poder Judiciário aqui é decisiva, na medida em que lhe cabe a não homologação de acordos injustos para qualquer das partes. Sendo assim, o Poder Judiciário não deveria homologar os acordos quando evidenciar a supressão de direitos do segurado, já que desse órgão do Poder estatal se espera uma atuação equalizadora das partes, cabendo ao juiz rejeitar acordos que não gerem benefício para ambos.

Resta evidente o desequilíbrio entre os demandantes: de um lado o INSS, autarquia federal, e, de outro, o segurado, que recorre à justiça por ser a pessoa mais frágil que deveria ter sua proteção integral assegurada pela autarquia, diante da característica do direito social de que se reveste a pretensão previdenciária.

Ressalta-se que o êxito na conciliação, proporcionando satisfação para ambas as partes, resultaria numa melhora da visão do INSS pela sociedade, fato que, indiscutivelmente, está comprometido nos dias de hoje. Ademais, evidenciaria a função social do regime de previdência

social, assegurado pela Constituição Federal, como já anteriormente referido.

Para a Autarquia Federal, a maior flexibilização quando a análise do pedido administrativo implicaria redução do gasto produzido pela jurisdição contenciosa. Ao refletir sobre o custo-benefício das demandas previdenciárias, entende-se que não é favorável aos cofres públicos a perpetuação dessas ações, já que a manutenção das ações, a longo prazo, gerará juros moratórios altíssimos, e isso não será de interesse público, uma vez que irá onerar a coletividade (VAZ, 2012, p.34).

Com o mesmo propósito, a coletividade tem necessidade de buscar a proteção social de forma ágil e eficiente, sendo quase que uma obrigação a existência da conciliação quando se está diante de um direito inequívoco, assim como nos casos em que a perpetuação da demanda judicial acarretar lesão ao interesse público (VAZ, TAKAHASHI, 2012, p.8).

Vaz (2012, p. 37) salienta que existem variáveis que influenciam para que as partes escolham pela conciliação, são elas: certeza do direito e a demora na tramitação; o autor acrescenta, ainda, a capacidade da parte poder esperar pelo andamento normal do processo.

Neto e Gonçalves (2013) alertam que a não concessão do benefício na via administrativa pode estar lastreada por um comportamento oportunista do INSS, pelo qual nega o pedido objetivando reduzir seus custos por meio da conciliação judicial.

Para que se tenha êxito na conciliação é imprescindível que as partes estejam livres para decidir e que adotem uma postura de forma consciente, para tanto devem estar previamente informadas de seus direitos e deveres. Compreende-se, portanto, que o princípio da decisão informada é corolário do princípio da autonomia das partes. Quando se pensa em processo previdenciário, a decisão informada reflete ao segurado a consciência de que está renunciando a valores devidos pelo INSS, assim

como está ciente de que, se pudesse aguardar o andamento do processo, a autarquia restaria condenada aos pagamentos (TAKAHASHI et al., 2019, p.35).

Serau Jr (2014, p. 233) concorda com o posicionamento de que o segurado deve estar informado de seus direitos e da jurisprudência que os envolve a fim de “nivelar” o conhecimento do segurado ao dos prepostos da autarquia. Além disso, reforça que devem ser vedadas as cláusulas abusivas e os descontos excessivos em relação aos valores em atraso.

A conciliação nas demandas previdenciárias, embora legalmente autorizada e estimulada, ainda enfrenta uma série de questões pontuais para que, enfim, se apresente como um mecanismo de solução consensual do conflito que atenda à igualdade entre os atores do processo e, afinal, cumpra o papel social que o sistema de previdência social deve atender, por expressa disposição constitucional, já que é reconhecido o seu *status* de direito fundamental social.

Conclusão

A CF/88 lançou a Previdência Social ao *status* de direito fundamental social, visto que a estrutura previdenciária estende seu manto aos seus segurados quando expostos a situações que coloquem a sua subsistência, e de seus familiares, em risco.

Porém, o elevado índice de indeferimentos administrativos pelo INSS, nos últimos anos, tem elevado, na mesma proporção, as demandas judiciais em busca do direito negado pela autarquia. Tanto assim, que o INSS segue, há anos, como um dos maiores litigantes do nosso país.

Não se pode admitir que os direitos previdenciários sejam simplesmente ignorados na via administrativa, de forma que benefícios previdenciários são indeferidos perante a autarquia, no entanto, a mesma situação fática é admitida via judicial. Mais estranho ainda é quando o

próprio INSS, em via judicial, admite e postula acordo para encerrar o processo garantindo vantagem para a autarquia, visto que oferece conciliação na condição de que o segurado renuncie parte de seu direito. Tal conjuntura reflete uma descrença tanto em institutos da Administração Pública como no Poder Judiciário que homologa acordos claramente benéficos apenas para uma das partes.

Deve-se salientar que o princípio da decisão informada não está presente nessas demandas e, em decorrência disso, o segurado hipossuficiente aceita uma proposta de acordo feita pelo INSS sem ter noção de que está dispondo de parte de seu direito, o qual lhe seria concedido integralmente, caso a demanda fosse decidida em juízo. Isso ocorre porque o segurado tem receio da morosidade do Judiciário e necessita imediatamente do benefício que está pleiteando. Tal situação não pode ser admitida como usual em nosso ordenamento jurídico.

Assim, embora a conciliação, enquanto meio democrático, célere e eficiente de solução consensual dos conflitos previdenciários, quando realizada no âmbito das demandas previdenciárias, merece um olhar especial, notadamente, pelo juiz que deve se abster de homologar acordos que não atendam ao equilíbrio dos atores processuais – INSS e segurado, notadamente, por versarem sobre direito social fundamental de proteção ao segurado consagrado na CF/1988.

Referências

AMADO, F. Direito Previdenciário – coleção sinopses para concursos – 4ed – Salvador: Ed juspodivm, 2014.

AMADO, F. Direito Previdenciário – coleção sinopses para concursos – 10ed – Salvador: Ed juspodivm, 2019.

BATICH, M. PREVIDÊNCIA DO TRABALHADOR - uma trajetória inesperada. *São Paulo Em Perspectiva*, São Paulo, n.18, v.3, p.33-40, 2004.

BERGAMASCHI A.L.; TARTUCE, F. Meios Consensuais na Esfera Previdenciária: Impactos da Nova Legislação e Papel do Terceiro Imparcial. *Revista Magister de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, n.37, 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. FONAJEF - Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais. Enunciado n.77. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/corregedoria-geral-da-justica-federal/enunciados-fonajef/lista-completa-dos-enunciados-do-fonajef.pdf>>

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal, Brasília, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ apresenta o primeiro relatório analítico do Supremo. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-apresenta-o-primeiro-relatorio-analitico-do-supremo/>> Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ participa da instalação do Fórum Previdenciário e da Conciliação. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-participa-da-instalacao-do-forum-previdenciario-e-da-conciliacao/>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório anual 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números traz índice de conciliação. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez/>> Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 03 out. 2020.

BRASIL. Lei Nº 10.406. Código Civil, 10 de janeiro de 2002. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm> Acesso em 03 out. 2020.

BRASIL. Lei Nº 13.105. Código de Processo Civil, 16 de março de 2015. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 03 out. 2020.

BRASIL. Lei Nº 13.140. Lei de Mediação, 26 de junho de 2015. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm> Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Portaria Nº 258, de 13 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/21509628> Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 631.240 Minas Gerais. Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-220 Divulg 07-11-2014 Public 10-11-2014 RTJ Vol-00234-01 Pp-00220.

CARVALHO, O.F. O Direito fundamental à segurança Social e seu panorama na ordem constitucional brasileira. *Revista do Direito Público*, Londrina, n.3, v.10, p.213-228, 2015.

CARVALHO FILHO, J.S. Manual de Direito Administrativo - 32 ed - São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo - 30 ed - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JR, F. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento - 18 ed - Salvador. Ed Jus Podivm, 2016, v.1.

DINAMARCO, C.R. Instituições de Direito Processual Civil - 6 ed. - São Paulo: Malheiros, 2009.

FISS, O. Um novo Processo Civil - estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LAZZARI, J.B.; CASTRO, C.A.P. Direito Previdenciário - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LINHARES, E. A. et al. Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides - São Paulo: Atlas, 2016.

- MARINONI, L.G. Curso de processo civil: teoria geral do processo – 8ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NETO, A.B.F; GONÇALVES, O. O comportamento oportunista do INSS e a sobre utilização do Poder Judiciário. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dd48d8df816e1b2>> Acesso em: 31 out.2020.
- NEVES, D.A.A. Manual de direito processual civil – 8 ed – Salvador: JusPodivm, 2016, Volume único.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo: Teoria Geral do Processo. v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SALES, L.M.M.; CHAVES, E.C.C. Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v.35, n.69, p.255-280, 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p255>>. Acesso em: 31 ago. 2020. doi: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p255>.
- SARLET, I.W.; MITIDIERO, D.; MARINONI, L.G. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SERAU JR, M.A. Reforma previdenciária brasileira: eixos centrais da Emenda Constitucional 103/2019. *Revista Forense*, v. 431. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/08/14/reforma-previdenciaria-brasileira/> Acesso em: 03 out. 2020.
- SERAU JR, M.A. Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais. 2014. 255 f. Tese (Doutor em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- SOUZA, L. M. de. Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo. *Revista do Advogado*, São Paulo, n.123, p. 162-169, 2014.
- TAKAHASHI, B. O Direito Processual Previdenciário, a conciliação e o papel do Poder Judiciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 60, jun. 2014. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Bruno_Takahashi.html Acesso em: 30 ago. 2020.

TARTUCE, F. *Mediação nos conflitos civis* – 4ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JUNIOR, H. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – 58 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. I.

VAZ, P.A.B.; TAKAHASHI, B. Barreiras da conciliação na seguridade social e a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos. *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região*. Porto Alegre, n.46, 2012

VAZ, P.A.B. Conciliações nos conflitos sobre direitos da Seguridade Social. *Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região*. Porto Alegre, a. 23, n.80, p. 13-58, 2012.

VAZ, P.A.B. Primeiros comentários à Lei nº 13.140/2015 (marco regulatório da mediação/conciliação): imbricação com o NCPC e enfoque para os processos da Justiça Federal. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 68, 2015.

A eficácia da Lei do Feminicídio, através da aplicação de políticas públicas, no combate à violência de gênero no estado do Rio Grande do Sul ¹

*Ana Paula Brito Zanon ²
Dhieimy Quelem Waltrich ³*

Introdução

O artigo doravante apresentado visa analisar as mudanças jurídico-sociais ocorridas no cenário brasileiro, explorando se o endurecimento do ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 13.104/15, possibilitou um progresso no desenvolvimento de políticas públicas com a finalidade de combater a violência de gênero, em especial, o feminicídio.

A violência de gênero empregada contra as mulheres é visível desde o período colonial/a fundação do Brasil. Com o transcorrer do tempo muito se avançou na salvaguarda dos direitos femininos, mas a violência ainda espreita a realidade destas todos os dias, principalmente no ambiente doméstico.

Dessa forma, a justificativa do presente estudo está na atual e relevante temática, tendo em vista a mortalidade feminina encontrada, principalmente, no ambiente familiar e/ou doméstico. Assim, busca-se a efetivação de políticas públicas para a garantia de uma vida digna e livre de agressões e estereótipos para a mulher brasileira, a partir da sanção da

¹ Artigo científico produzido no Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 165053@upf.br.

³ Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientadora da pesquisa realizada. E-mail: dhieimy@upf.br.

Lei nº 13.104/15 (Lei do Feminicídio), de forma a averiguar o caráter real desta norma, para além do simbolismo presente na elaboração.

Primeiramente, será feito um inventário dos óbitos de mulheres ocorridos no prazo de 40 anos, observando, de maneira interseccional, as vulnerabilidades em que estavam expostas as vítimas. A seguir, tem-se a construção do termo feminicídio, a criação da Lei nº 13.104/15, como objeto de contenção na morte de mulheres, além de serem analisados os diferentes questionamentos levantados com a sanção desta.

Seguindo, será exposto políticas públicas desenvolvidas em nível nacional e estadual para a redução da desigualdade e violência de gênero. Por fim, será contestado se a alteração legislativa, para inclusão do crime de feminicídio no ordenamento jurídico pátrio, possibilitou maior aplicabilidade de políticas públicas a fim de reduzir e combater a violência e, conseqüentemente, a mortes de mulheres no estado do Rio Grande do Sul.

1 Morte violenta de mulheres: Realidade explícita do cotidiano social brasileiro

A pior e derradeira forma de violentar um ser humano é causando-lhe a morte, de modo que o cometimento de tal ato perpassa, em sua grande maioria, por motivações, sejam elas econômicas, emocionais, raciais. A morte intencional, da maior parte das mulheres, encontra-se baseada na discriminação destas em razão do sexo, na violência exercida sobre elas no meio doméstico e familiar (ONU MULHERES et al., 2015, p. 07), em virtude do poder masculino, entendido por muitos, como real.

Em análise entre os anos de 1980 e 2013, foram registrados o homicídio de 106.093 mulheres, sendo que nesse período o número de registros foi crescente, tendo, no ano de 1980, sido apontadas 1.353 mortes, enquanto, no ano de 2013, foram 4.762 mortes. Dessa forma, a taxa no ano de 1980 era de 2,3 mortes para cada 100 mil habitantes, ao

passo que, no ano de 2013, era de 4,8, tendo ocorrido um aumento de 111,1% de mulheres vítimas de homicídio (ONU MULHERES et al., 2015, p. 11). Delimitando o intervalo de tempo para 10 anos, em 2003 o número de homicídios foi de 3.937, em contraposição à 4.762 no ano de 2013, sendo que neste último acontecia 13 mortes de mulheres por dia (ONU MULHERES et al., 2015, p. 13).

Quando se investiga em que contexto e sob quais características os homicídios ocorreram, a morte de mulheres negras é a que prevalece, sendo que, entre a última década analisada na pesquisa, 2003 a 2013, os homicídios aumentaram de 1.864 a 2.875, um crescimento de 54,2%. Já a morte de mulheres brancas estava em queda no mesmo período, passando de 1.747 para 1.576 (ONU MULHERES et al., 2015, p. 29-30). A diferença presente nas realidades femininas demonstra uma dupla discriminação para as mulheres negras, ao passo que o Mapa da Violência indica tal vivência como a vitimização negra, pois, baseado em índices, no ano de 2003 morriam 22,9% mais negras do que brancas, taxa que cresceu até o ano de 2013, onde passou para 66,7% (ONU MULHERES et al., 2015, p. 32).

Em 2017 foi o primeiro momento que o Atlas da Violência, desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), mencionou a violência contra a mulher, pois, anteriormente, não havia nenhum tópico que fizesse referência a essa esfera da violência intencional. Isso posto, ao verificar os homicídios do ano de 2015, constatou-se a morte de 4.621 mulheres (IPEA, FBSP, 2017, p. 36). Comparando esses assassinatos, levando em consideração a raça, as mulheres negras continuam sendo as mais vitimadas, à medida que, entre os anos de 2005 e 2015, a taxa de homicídios aumentou 22%, em contraponto a de mulheres não negras, que teve uma redução de 7,4%.

Com relação aos dados do ano de 2016, 4.645 brasileiras foram assassinadas, sendo uma média de 4,5 mortes para cada 100 mil mulheres (IPEA, FBSP, 2018, p. 44). Desmembrando as informações, a diferença entre homicídios de vítimas negras quanto as não negras é de 71%, mantendo a disparidade racial até mesmo nesse ambiente nocivo (IPEA, FBSP, 2018, p. 51). Em 2017 não houve melhora nos índices dos homicídios femininos, pois 4.936 mulheres foram mortas, uma média de 13 assassinatos por dia. Retornando à questão racial, entre 2016 e 2017, 5,6 dos homicídios foram contra mulheres negras e 3,2 contra não negras, para cada 100 mil mulheres, em seus grupos étnicos, respectivamente (IPEA, FBSP, 2019, p. 38).

Quanto aos índices referentes ao ano de 2018, houve uma pequena queda no número de mortes, tendo ocorrido 4.519 homicídios (IPEA, FBSP, 2020, p. 34). Mas, apesar da redução nos assassinatos tanto de mulheres não negras (12,3%) quanto de mulheres negras (7,2%), ainda assim, 68% dos homicídios femininos foram de mulheres negras (IPEA, FBSP, 2020, p. 37).

Somente por meio do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, realizado pelo FBSP, que ocorreu uma subdivisão dos “crimes violentos letais intencionais”, com a inclusão do feminicídio, qualificadora do crime de homicídio, vigente desde o ano de 2015, conforme Lei nº 13.140. A partir disso, no ano de 2015, a pesquisa apontou 449 mortes com base na qualificadora do feminicídio (FBSP, 2017, p. 19). Já no ano de 2016, foram 921 mulheres vítimas de feminicídio e 1.133 no ano de 2017, um aumento de 21% nos casos (FBSP, 2018, p. 56). No ano de 2018 a soma de mortes passou para 1.206 (FBSP, 2019, p. 108), sendo a mulher negra a vítima principal desta sociedade machista e racista, à medida que 61% dos feminicídios foram contra elas, em contraposição a 38,5% de mulheres brancas (FBSP, 2019, p. 111). Quanto à faixa etária, as mulheres entre os

20 e 49 anos são a maioria das vítimas de feminicídio, de forma que tais mortes, em 88,8% dos casos, dentro dos 51% de registros que continham a informação referente ao autor do crime, eram companheiros ou ex-companheiros das vítimas (FBSP, 2020, p. 112).

No ano de 2020, em razão da Pandemia do Covid-19, condição que acometeu o mundo todo, o Anuário de Segurança Pública (FBSP, 2020, p. 25) comparou o número de feminicídios ocorridos no primeiro semestre dos anos de 2019 e 2020. No primeiro ano, ocorreram 636 mortes e, no segundo, foram 648, uma alteração de 1,9%. Além do feminicídio, apontaram como homicídios de mulheres, no ano de 2019, 1.834 registros e, no ano de 2020, 1.861. Portanto, é possível inferir que, apesar da situação calamitosa, não houve redução no número desses crimes.

2 Feminicídio: Inclusão como qualificadora do homicídio, os questionamentos levantados após o sancionamento e a busca pela transmutação social

A violência contra mulher trata-se apenas de uma parcela da discriminação sofrida pelas mesmas no decorrer de suas vidas, sendo que a morte destas constitui-se como o ápice da desigualdade, reflexo da posição de poder entregue aos homens, com a correspondente subordinação das mulheres. Tal hierarquia, bem como a sociedade culturalmente patriarcal, são a base para a manutenção da violência, demonstrando que os assassinatos não são acontecimentos inéditos na vida das vítimas femininas.

Em um primeiro momento, cabe esclarecer que o termo inicialmente concebido para denominar os homicídios cometidos contra mulheres, por razão de assim serem, foi o femicídio. Esse foi utilizado por Diana Russell, durante o Primeiro Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres, em 1976, pois esta apontava a presença de um padrão, sexista, na forma como aconteciam alguns crimes (SOUZA, FERRAZ, 2018, p. 02). Em

publicação no ano de 1992, Russell, conjuntamente com Caputi (1992, p. 15, traduzido), evidencia uma possível motivação para o crime:

Assim como o estupro, a maioria dos assassinatos de mulheres por homens, namorados, pais, conhecidos, e estranhos não são produto de algum inexplicável desvio. Eles são femicídios, a mais extrema forma de terrorismo sexista, motivado pelo ódio, desprezo, prazer, ou um senso de propriedade sobre a mulher.

A autora faz um comparativo, entre os linchamentos e perseguições, com os femicídios. Se muitos entendem que os linchamentos e perseguições são causados por motivos políticos, a fim de manter a supremacia branca, no caso de violência contra a mulher estar-se-ia buscando, de maneira consciente, ou não, a supremacia masculina, pois trata-se de um crime de ódio as pessoas do sexo feminino (CAPUTI, RUSSELL, 1992, p. 14).

Posteriormente, em decorrência de uma atrocidade, conhecida como o caso do “Campo Algodonero”, em que mulheres foram mortas, tendo seus corpos deixados expostos em um campo de algodão, com marcas de abusos sexuais (SOUZA, FERRAZ, 2018, p. 03), como também a ocorrência de diversas mortes de mulheres e meninas em Ciudad Juárez, Marcela Lagarde aprimora o termo “femicídio”, passando a ser utilizada a expressão “feminicídio”. Esta esclarece que traduzir femicídio para os países latino-americanos seria o equivalente a falar em homicídios de mulheres, não carregando com o termo a disparidade de gênero encontrada nessa violência brutal (LAGARDE, 2008, p. 215-216).

No contexto nacional, o feminicídio ganha atenção por meio da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência Contra a Mulher. A CPMI nasceu para reunir informações sobre a violenta realidade das mulheres, principalmente o aumento contínuo dos números de

feminicídios, tal qual a condescendência por parte do Estado ao tratar os casos de violência de gênero, especificamente os assassinatos. Ficando constatada a necessidade de alterações legislativas e comportamentais da sociedade para a redução dessas agressões (BRASIL, 2013, p. 07).

Destarte, em 15 de julho de 2013, é protocolado, no Senado Federal, o Projeto de Lei do Senado nº 292, de 2013, buscando inferir o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio no Código Penal. Na justificativa de tal propositura encontra-se:

A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido “crime passionnal”. Envia, outrossim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas (BRASIL, 2013, p. 1.004).

Antes de seguir para sanção presidencial, no plenário da Câmara de Deputados, o Projeto de Lei sofreu uma emenda de redação, onde ocorreu a troca do termo “razões de gênero” por “razões de condição do sexo feminino” (OLIVEIRA, 2017, p. 05). A mudança aconteceu em virtude de uma controvérsia levantada quanto a expressão gênero, pois muitos parlamentares traziam para o debate a “ideologia de gênero”, pauta das bancadas conservadoras e religiosas do Congresso Nacional. Assim, buscando a aprovação do PL nº 292/2013, ocorreu um acordo, após a realização de audiência pública, onde consignou-se a retirada da palavra

gênero, não havendo registro documental escrito de tal acontecimento (OLIVEIRA, 2017, p. 06).

À vista disso, quase dois anos depois, em 09 de março de 2015, é sancionada a Lei nº 13.104. Com algumas alterações referentes ao projeto de lei apresentado, o artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, concluiu que, quando o crime ocorrer contra mulher, em razão das condições do sexo feminino, estar-se-á diante de um feminicídio. No § 2º-A, encontra-se disposto em quais situações pode-se considerar que o crime foi praticado em razões da condição, quais sejam, violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015).

Ademais, foi previsto casos de aumento de pena, quando o assassinato ocorrer com gestante ou mãe, até três meses após o parto; contra menor de 14 anos, maior de 60 anos ou pessoa com deficiência; quando acontecer na presença de ascendente ou descendente da vítima (BRASIL, 2015). Por último, tem-se o feminicídio previsto como crime hediondo na Lei nº 8.072/1990, artigo 1º, inciso I (BRASIL, 2015).

Nada obstante, ao consultar o termo “por razões do sexo feminino” é possível questionar-se o que o mesmo busca expor. Isto é, toda a sociedade foi baseada numa construção das relações de gênero, de maneira que essa organização ocorreu desigual, por meio de uma hierarquização entre os homens e as mulheres, entregando papéis sociais distintos a esses (MELLO, 2015, p. 05).

Dessa forma, o referido termo abarca toda realidade de subjugação presente entre homens e mulheres, ocorridas tanto em um vínculo familiar e/ou afetivo, como no desprezo à vítima, por ser do gênero feminino, de forma que tal fato pode ocorrer em qualquer espaço/tempo. A percepção de superioridade e o medo em dividir tal posição acaba por justificar, para muitos agressores, a violência contra mulheres.

Assim, a tipificação do feminicídio é considerada um progresso na garantia dos direitos das mulheres. Sair da tipificação genérica do homicídio para uma tipificação específica e punitivista, desnaturaliza a morte de tantas mulheres que perderam suas vidas pela ideia equivocada de hierarquia e poder, demonstrando que essa questão da violência não é um problema individual da mulher vitimizada, mas, sim, um problema social (DINIZ, COSTA, GUMIEL, 2015, p. 03).

Não obstante, as avaliações quanto a Lei são duras. A temática mais discutida dentro do feminicídio é o caráter simbólico ou não da lei. Assertiva que todos deveriam anuir é que a proteção das mulheres não está completa na criação de uma qualificadora de tipo penal, tampouco no sistema punitivo estatal (FERNANDES, 2015, p. 133). Como será pontuado, a criação da qualificadora objetivou singularizar a violência de gênero sofrida por muitas mulheres, mas ao criar tal categoria, se expande o espaço de atuação estatal, de forma que os indivíduos marginalizados permanecem sendo os grandes afetados, tendo em vista serem os primeiros lembrados no momento da repreensão (FERNANDES, 2015, p. 135). Porquanto, apesar da visibilidade adquirida, a qual busca propagar a reprovação constante nos atos misóginos, bem como demonstra que a sociedade persistente machista, a lógica punitivista lhe acompanha proporcionalmente, à medida que o direito penal atua como *ultima ratio*, sendo condicionado à existência de um crime para que se manifeste (FERNANDES, 2015, p. 138-139), não possuindo como primordial a função preventiva.

Indagação suscitada pela academia é a redação do artigo 121, VI, do Código Penal, qual seja, “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”. Como visto anteriormente, o termo proposto pela CPMI⁴ era

⁴ Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência Contra a Mulher.

“forma extrema de violência de gênero” (BRASIL, 2013, p. 1.002), mas, em virtude das bancadas conservadoras presentes no Congresso Nacional, a mudança foi tolerada com o intuito de assegurar a aprovação da mudança legislativa, contudo tolheu a possibilidade de abranger outros sujeitos, como os transexuais (FERNANDES, 2015, p. 133). Esses ficaram desamparados na proteção de seu bem jurídico (vida), em razão da mudança textual, delimitando, num primeiro momento, a posição do sujeito passivo somente a quem nasceu biologicamente mulher. Ocorre que, apesar da delimitação formal, estudiosos do direito penal, como Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 106), analisaram a situação e pontuaram que o sujeito passivo, do crime em comento, precisa ser oficialmente registrado civilmente como mulher (critério jurídico), tendo em vista o princípio da legalidade estrita. Assim, tanto aquela que nasce com tal determinação sexual, como aquela que tem reconhecida, judicialmente, sua sexualidade como feminina, possui direito e amparo legal frente a qualificadora do feminicídio.

Por fim, ao contrário do argumento sustentado por muitos, a qualificadora do feminicídio, bem como a própria Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), não desigualam o tratamento entre homens e mulheres, pois protegem o bem jurídico vida, não divergindo com o garantismo penal (DE CAMPOS, 2015, p. 109-110). Como pontua Carmen Hein de Campos (2015, p. 109), a nomenclatura “feminicídio” cumpre o papel de diferenciar a morte das mulheres, causadas com base na violência de gênero, dos homicídios ocorridos pelas demais motivações. Nesse ponto, o simbolismo pode ser entendido como um dos campos atingidos pela criação da qualificadora, porém necessário, tendo em conta a proporção conquistada pela tipificação. Como a autora assevera, “o nomen juris através da tipificação penal reflete o reconhecimento político-jurídico de uma

violência específica que é também uma violação dos direitos humanos das mulheres” (DE CAMPOS, 2015, p. 110).

Ademais, a visibilização do crime possibilita a coleta de dados eficiente sobre a realidade das brasileiras, permitindo um estudo rigoroso a fim de desenvolver políticas públicas e técnicas de investigação mais eficientes (AUGUSTO, et. al., 2019, p. 06). Todavia, resta uma carência quanto a singularização das demais categorias de marcadores sociais que as vítimas ou os agressores possuem para além do gênero (PASINATO, 2011, p. 238). Nesse toar, Wânia Pasinato (2011, p. 238- 239) expressa ser possível interpretar que tal situação ocorra em razão da dificuldade e do tempo decorrido até que as primeiras pautas, referente a violência de gênero, fossem efetivadas, de forma que a generalização seria mais acessível inicialmente. Porém, o questionamento que subsiste é sobre a possibilidade de analisar os marcadores sociais distintamente, proporcionando uma atuação mais direcionada das políticas públicas, para as diversas realidades sociais em que as vítimas se encontram, demonstrando que, para além da hierarquia de gênero, as mulheres se encontram em posições diferentes na sociedade (PASINATO, 2011, p. 239).

Com isso, o questionamento que permanece se refere se há possibilidade de redução dos feminicídios tão somente por meio da condenação dos agressores, estando a proteção das mulheres satisfeita por meio desta previsão legal (FERNANDES, 2015, p. 137). Indagação essa que já possui uma resposta apropriada, de que nenhuma lei, por si só, possui o caráter de modificar a realidade social sozinha. Para que a tipificação cause mudanças, é necessário que está esteja amparada em políticas públicas que visem aprimorar a proteção dos direitos fundamentais, tema do próximo subtítulo.

3 Políticas públicas desenvolvidas para proteção da mulher contra violência de gênero no Brasil e no estado do Rio Grande do Sul

Para além da tipificação penal dos crimes cometidos contra a mulher, em razão do gênero feminino, como a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.140/15), o Estado precisa atuar com a finalidade de prevenir e reduzir as agressões sofridas pelas vítimas. Dessa forma, a atividade estatal pode demonstrar uma de suas facetas por meio das políticas públicas, artifício para efetivar mudanças na vida da sociedade.

De gênese nacional, a Lei Maria da Penha foi uma das primeiras normativas a serem desenvolvidas para orientar a elaboração de um sistema multidisciplinar, para além do Sistema Judiciário, quanto ao que deve ser desenvolvido com mulheres em situação de violência. Tal determinação já se encontra exposta no início da legislação, no artigo 3º, § 1º (BRASIL, 2006), o qual diz: “O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Foi concedida alternativa aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher possuírem uma equipe para atendimento multidisciplinar (área jurídica, psicossocial e da saúde) (BRASIL, 2006, art. 29). De maneira semelhante, a Lei elencou práticas que poderiam ser desenvolvidas pelos entes da federação, como a criação de centros de atendimento à mulher e seus dependentes, casas-abrigos a estes e centros de educação e reabilitação aos agressores (BRASIL, 2006, art. 35).

Conjuntamente com a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres, no ano de 2003, a Presidência da República, em mandato, elaborou o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), com a finalidade de confrontar a desigualdade de gênero existente no Brasil. O

documento foi evoluindo com o transcorrer dos anos, sendo que em 2007 e, por derradeiro, em 2013, o mesmo foi atualizado.

Como princípios orientadores, a Política Nacional para as Mulheres busca a autonomia e a participação das mulheres na política e igualdade perante o sexo masculino, respeito a diversidade e a laicidade do Estado, prestação de serviço e de benefícios pelos entes estatais de maneira universal, bem como a transversalidade como referência na criação e efetivação de políticas públicas (BRASIL, 2013, p. 09-10). Em segundo lugar, em razão da análise da realidade como um todo, oportuniza uma maior inclusão no desenvolvimento de políticas públicas (BRASIL, 2013, p. 10). Quanto a efetivação do PNPM, esta acontece nas três esferas, nacional, estadual e municipal, variando o grau de aplicação das metas estabelecidas, tendo em vista a diferente realidade encontrada em cada localidade (BRASIL, 2013, p. 11).

Como planos de ação, cabe o destaque daqueles mais pertinentes ao questionamento levantado neste trabalho. Na linha de ação “Ampliação e fortalecimento da rede de serviços especializados de atendimento às mulheres em situação de violência” (BRASIL, 2013, p. 45), tem-se a criação de defensorias públicas e promotorias de justiça especializadas, como previsto nas metas do plano; e a criação de um banco de dados nacional sobre a violência contra mulher (BRASIL, 2013, p. 46). Quanto a linha “Fortalecimento da segurança cidadã e acesso à justiça às mulheres em situação de violência”, consta a criação de um serviço com a finalidade de responsabilizar e educar o agressor (BRASIL, 2013, p. 46); a observância das categorias sociais quando dos registros referente a segurança pública, como no relatório gerado no encerramento de um expediente policial; maior enfrentamento na solução de casos de violência contra mulher e homicídios (no caso, atualmente, feminicídios) (BRASIL, 2013, p. 47).

Na diretriz “Enfrentamento à exploração sexual e ao tráfico de mulheres” a preparação de conselheiros tutelares para que identifiquem crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica e sexual a fim de retirá-las desta situação, encaminhando a serviços adequados (BRASIL, 2013, p. 49).

Elaborada em 2011, as Diretrizes Nacionais para o Abrigamento de Mulheres em Situação de Risco e de Violência visam novamente orientar a categoria do acolhimento provisório, objetivando a proteção e seguranças das mulheres em situação de violência (BRASIL, 2011, p. 12). Cabe esclarecer que o abrigamento tratado neste documento não é restrito a disponibilização de local para pernoite, mas um conjunto de serviços às ofendidas que estejam desprovidas de segurança, em razão de ameaças sofridas, decorrentes de violência doméstica e familiar e do tráfico de mulheres (BRASIL, 2011, p. 15).

Durante um longo período, somente encontrava-se casas-abrigos destinadas as vítimas de grave ameaça e risco de morte. Com o passar dos anos, novas demandas surgiram, ou melhor, tornaram-se aparentes, como o tráfico de mulheres e a violência doméstica e familiar que não seja de risco imediato de sofrer feminicídio (BRASIL, 2011, p. 19-20). Para tais casos, as diretrizes objetivaram a criação de casas de acolhimento provisório de curta duração, tendo como prazo de permanência até 15 dias, as quais devem, igualmente as casas-abrigos, cuidar integralmente da mulher que se encontra no local, realizando a análise do caso para possível encaminhamento a serviços essenciais para a manutenção da vida plena da atendida (BRASIL, 2011, p. 20). Ademais, as casas de acolhimento provisório atenderiam as mulheres que se encontram vulneráveis aguardando a concessão de medidas protetivas de urgência (BRASIL, 2011, p. 29).

Em 30 de agosto de 2013 entrou em vigor o Decreto nº 8.086, o qual instituiu o Programa Mulher: Viver sem Violência, atualmente denominado Programa Mulher Segura e Protegida, conforme redação do Decreto nº 10.112, de 12 de novembro de 2019. Tal programa tem

“objetivo de integrar e ampliar os serviços públicos existentes destinados às mulheres em situação de violência, por meio da articulação dos atendimentos especializados no âmbito da saúde, da justiça, da rede socioassistencial e da promoção da autonomia financeira” (BRASIL, 2013, art. 1º).

As principais diretrizes do programa são o atendimento as mulheres em situação de violência, com base na dignidade da pessoa humana, de forma que não ocorra discriminação e revitimização; acesso à justiça, bem como a observação Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (BRASIL, 2013, art. 2º).

Contudo, a principal ação deste programa, para além da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, operante em todo território nacional, trata-se da criação da Casa da Mulher Brasileira, ambiente em que poderá ser encontrado um atendimento multiprofissional e especializado para mulheres em situação de violência. Neste espaço estará disponível às mulheres atendimento psicossocial, socioassistencial e de saúde, a possibilidade de acomodação provisória e a presença de órgãos públicos, como as delegacias, promotorias e defensorias especializadas, além dos Juizados e Varas Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (BRASIL, 2013, art. 3º).

Com a finalidade de aplicar no Brasil o Modelo de protocolo latino-americano de investigação de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), em 2016, o Governo Federal adaptou o mesmo, criando as Diretrizes Nacionais Femicídio –

Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres (BRASIL, 2016, p. 11). As Diretrizes Nacionais, com a finalidade de concretizar a Lei nº 13.104/15, intentam modificar a forma como é realizada a investigação e processamento dos casos de feminicídio, tornando a tutela estatal mais efetiva, a fim de constatar e salientar que os crimes ocorrem com base na desigualdade de gênero e nas demais presentes nas realidades das vítimas (BRASIL, 2016, p. 15).

As Diretrizes são destinadas tanto para a segurança pública, quanto para o sistema judiciário, atuantes na investigação criminal e na persecução penal. Ainda, convém aos serviços de saúde, quando dedicados ao atendimento imediato das vítimas em situação de violência, além dos participantes na cadeia de custódia, tendo como exemplo a coleta de evidências em crimes de violência física e sexual (BRASIL, 2016, p. 17).

4 A Lei do Feminicídio como dispositivo orientador para a formulação de políticas públicas em âmbito estadual

A Lei do Feminicídio é um importante marco jurídico-social, em razão de possibilitar a nomeação dos homicídios de mulheres em razão do gênero. Para além desta Lei, de particular relevância são as políticas públicas desenvolvidas em âmbito nacional e estadual, as quais se constituem como formas de efetivar os direitos das mulheres, através da salvaguarda de suas vidas.

Em solicitação realizada ao estado do Rio Grande do Sul, por meio do Serviço de Informação ao Cidadão, em resposta, conjuntamente, com a Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, este esclareceu questionamentos acerca da aplicação de políticas públicas referente às mulheres em situação de violência, as quais serão apresentadas a seguir.

1. Quanto a execução das diretrizes apresentadas na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha):

a) É realizado pesquisas e estudos, com a finalidade de conhecer a realidade da mulher violentada em razão de seu gênero? Conforme demanda o inciso II, do artigo 8º da Lei? Resposta: Inúmeros estudos são realizados ao longo dos anos, inclusive dentro do Departamento de Políticas para as Mulheres, para assegurar os direitos de proteção às mulheres vítimas de violência (RIO GRANDE DO SUL, 2021b).

b) É realizado campanhas educativas a programas educacionais, em geral, a fim de explicar as garantias oportunizadas as mulheres e/ou propagar a posição de igualdade em que todas as pessoas deveriam estar, com respeito a toda pessoa, conforme os incisos V, VIII, do artigo 8º da Lei? Resposta: Sim. O Departamento de Políticas para as Mulheres tem um histórico de compromisso com a divulgação de informações para o combate à violência de gênero. Exemplos dessas campanhas são os 16 dias de ativismo, onde a diretora do Departamento de Política para Mulheres percorreu 16 municípios levando informações sobre acolhimento às mulheres; além disso tem a campanha do “Não é Não”, campanha essa que surgiu para conscientizar a população gaúcha sobre importunação e assédio sexual e incentivar o respeito às mulheres, especialmente em épocas de festas de carnaval (RIO GRANDE DO SUL, 2021b).

c) Há o desenvolvimento, no currículo escolar das escolas, de conteúdos referente aos marcadores sociais (gênero, raça, etnia, classe social) e a violência de gênero e violência doméstica e familiar, conforme o inciso IX, do artigo 8º da Lei? Resposta: Quanto à violência de gênero e violência doméstica não há o desenvolvimento desses conteúdos no currículo escolar (RIO GRANDE DO SUL, 2021b).

d) O Estado do RS, conforme disponibilidade presente no artigo 35, já abriu centros de atendimento, casas-abrigo para mulheres em situação de violência e seus dependentes? Resposta: Sim, atualmente temos um

total de 23 Centros de Referência especializados no atendimento e suporte às mulheres vítimas de violência (RIO GRANDE DO SUL, 2021c).

3. A partir do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, o estado:

a) Tem conhecimento ou determinou a criação de defensorias públicas e promotorias de justiça especializadas para o atendimento de mulheres em situação de violência? Resposta: Sim, em Porto Alegre existe a 1ª Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher, que exerce um papel fundamental no combate à violência de gênero. Além disso, existe a Promotoria de Justiça Especializada de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher que ouve a vítima, solicita medida protetiva, pode pedir a prisão preventiva do agressor, encaminha a mulher para outros serviços de apoio, denuncia o agressor e atua na acusação durante o processo; a Patrulha Maria da Penha, presente em 46 municípios, na qual se tende emergências envolvendo violência doméstica em todos os municípios. Para as vítimas que já possuem medida protetiva, há a Patrulha Maria da Penha da BM, que fiscaliza o cumprimento; e a Procuradoria Especial da Mulher da Câmara dos Vereadores, onde se acolhe casos de violência contra a mulher e encaminha aos órgãos responsáveis por dar continuidade às ocorrências (RIO GRANDE DO SUL, 2021d).

b) Tem conhecimento ou determinou a criação de um serviço com a finalidade de responsabilizar e educar o agressor? Resposta: Sim (RIO GRANDE DO SUL, 2021d).

c) Tem conhecimento ou determinou a observância de categorias sociais quando dos registros referentes a segurança pública (como gênero, classe social, raça/etnia)? Resposta: Sem este conhecimento (RIO GRANDE DO SUL, 2021d).

d) Tem conhecimento ou determinou um maior enfrentamento nas soluções de casos de violência contra mulher e feminicídios? Resposta:

Sim, as ações realizadas pelo DPM em conjunto com outros órgãos, sejam governamentais ou não, sempre visam um maior enfrentamento nas soluções de casos de violência contra a mulher e feminicídios, com por exemplo, as Patrulhas Maria da Penha que atendem emergências e fiscalizam as medidas protetivas (RIO GRANDE DO SUL, 2021d).

e) Tem conhecimento ou determinou a preparação de conselheiros tutelares para que identifiquem crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica e sexual a fim de retirá-las desta situação? Sem este conhecimento (RIO GRANDE DO SUL, 2021d).

4. Quanto as Diretrizes Nacionais para o Abrigamento de Mulheres em Situação de Risco e de Violência, o estado tem casas de acolhimento provisório de curta duração (15 dias)? Quantas e onde? Resposta: Sim. Existem Centros de Referência que realizam o abrigamento das mulheres vítimas de violência até que elas se reestruturem ou consigam abrigo com algum familiar, porém não temos a informação de quantos destes serviços existem (RIO GRANDE DO SUL, 2021e).

5. Existe no estado do Rio Grande do Sul a Casa da Mulher Brasileira, ambiente em que poderá ser encontrado um atendimento multiprofissional e especializado para mulheres em situação de violência? Quantas e onde? Resposta: No Rio Grande do Sul ainda não existe Casa da Mulher Brasileira, no entanto temos o projeto de instituir essa política pública no estado (RIO GRANDE DO SUL, 2021e).

Conforme pode-se observar, o estado rio-grandense realiza diversas ações com o intuito de modificar a situação de vulnerabilidade da mulher gaúcha. A partir disso, cabe verificar os índices de criminalidade a contar do ano de 2015, quando da tipificação do Feminicídio, para averiguar a eficácia das políticas públicas com relação a previsão legal.

No ano de 2015, consoante Indicadores da Violência Contra a Mulher (RIO GRANDE DO SUL, 2016), ocorreram neste ente federativo 99

feminicídios consumados e 311 tentados. Em 2016, foram 96 consumados e 263 tentados (RIO GRANDE DO SUL, 2016). Já em 2017 houve uma relativa queda quanto as mortes, comparado a 2016, sendo de 83 mulheres, todavia, as tentativas despontaram a 322 (RIO GRANDE DO SUL, 2017). No ano de 2018 ocorreu 116 feminicídios consumados e 355 tentados (RIO GRANDE DO SUL, 2018). Em 2019 houve uma queda nas mortes, sendo estas o número de 97, quanto as tentativas, estas se mantiveram em 359 (RIO GRANDE DO SUL, 2019). Em 2020 a marca de mortes ficou em 79 mulheres e as tentativas mantiveram-se em patamar elevado, de 318 ocorrências (RIO GRANDE DO SUL, 2020b). No presente ano, conforme atualizações ocorridas até 02 de junho de 2021, já ocorreram 42 feminicídios consumados e 106 tentativas, ocorridas no decorrer de quase dois trimestres (RIO GRANDE DO SUL, 2021a).

Verificando os indicadores apresentados, unindo essas a tipificação legal do crime de feminicídio, é possível depreender que as políticas públicas como estão sendo desenvolvidas não possuem, até o momento, o condão de reduzir o número de agressões à vida das mulheres. Apesar do emprego de ações governamentais na reeducação social e na assistência às vítimas, há uma manutenção na ocorrência da violência de gênero.

Entretanto, os altos índices não podem ser interpretados, diretamente, como a ineficácia da Lei em modificar a realidade brasileira e sul-rio-grandense, como, também, da ineficácia das políticas públicas. Isso porque, a reeducação social, bem como mudanças estruturais no cerne da sociedade, como é o caso da desigualdade e violência de gênero, não ocorrem rapidamente. Como é explorado no decorrer do artigo, o crime de feminicídio foi tipificado recentemente, estando vigente há 06 anos. Apesar de a luta pela igualdade de gênero e redução da violência ter se iniciado há décadas, previsões legais e mudanças sociais se tornaram maiores e mais efetivas com a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei nº

11.340/06) e, posteriormente, com a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/15). Dessa forma, observar as mudanças já efetuadas e apontar melhorias a serem feitas, posteriormente a tipificação do feminicídio, mostra-se ser a solução para o avanço desta discussão.

Consoante as informações prestadas pelo Estado do Rio Grande do Sul, muitas políticas públicas ou ações governamentais já são desenvolvidas plenamente, como o desenvolvimento de campanhas educativas, a disponibilidade de Centros de Referência, de Promotoria de Justiça Especializada em Porto Alegre/RS e a Patrulha da Maria da Penha, presente em 46 municípios. Porém, ainda existe campos em que a atuação é deficitária, como a introdução no currículo escolar de conteúdo referente a marcadores sociais e violência de gênero e a falta de informação quanto a capacitação de conselheiros tutelares para identificar a ocorrência de violência sexual e doméstica em crianças e adolescentes (BRASIL, 2013, p. 49; RIO GRANDE DO SUL, 2021d).

Apesar destes pontos não efetivados, no último ano uma novidade foi concebida em âmbito estadual. Campanha iniciada em meados de 2020, teve sua efetivação garantida pela Lei nº 15.512, de 24 de agosto de 2020, a qual

Institui o recebimento de comunicação de violência doméstica e familiar contra a mulher, por intermédio de atendentes em farmácias e outros estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços em funcionamento durante a vigência do estado de calamidade pública no Estado do Rio Grande do Sul, em decorrência da Covid-19 (Novo Coronavírus), e dá outras providências (RIO GRANDE DO SUL, 2020a).

Conhecida popularmente como “máscara roxa”, estabelece que poderá a vítima, de violência doméstica e familiar, denunciar a situação de agressão que está vivendo para atendentes de farmácias (RIO GRANDE DO

SUL, 2020a, art. 1º). No caso de não poder expressar sua situação de risco claramente, deverá a ofendida utilizar-se da frase “preciso de máscara roxa”, de forma que lhe será oferecida a ajuda devida (RIO GRANDE DO SUL, 2020a, art. 3º). Com o propósito de resguardar a vida das mulheres durante a Pandemia do Covid-19, a Lei permanecerá em vigor pelo tempo em que estiver declarado o estado de calamidade no território do estado (RIO GRANDE DO SUL, 2020a, art. 5º).

Conforme notícia publicada na Gaúcha ZH (2021), por Bruna Viesseri, desde o início da campanha já foram contabilizados 88 registros policiais a partir das denúncias recebidas nas farmácias colaboradoras, em 33 municípios diferentes. Em entrevista para a reportagem, o coordenador, deputado estadual Edegar Pretto, e idealizador do projeto de lei, pontuou que as mulheres em situação de violência encontram-se mais isoladas, em razão da situação pandêmica atual, não tendo contato com o mundo exterior a fim de acessar uma rede de proteção (VIESSERI, 2021). Dessa forma, a possibilidade de conseguir ajuda em um lugar regularmente frequentado pelas ofendidas, quais sejam, as farmácias, contribui para o rompimento no ciclo de violência.

Assim, não obstante o alto número de feminicídios registrados no estado do Rio Grande do Sul nos últimos 5 anos, a implementação de políticas públicas é continuamente desenvolvida e/ou aprimorada. Dessa forma, fica evidente o emprego da Lei do Feminicídio não somente com a finalidade de tipificar especificamente o crime, mas como uma alteração primordial, tendo em vista que a legislação tem por finalidade orientar o desenvolvimento e a implementação de políticas públicas (RODRIGUES, 2003), possibilitando ao Estado a efetivação de ações que, a longo prazo, mudarão a realidade de desigualdade e violência da mulher brasileira e gaúcha.

Considerações finais

A realidade da mulher sempre foi marcada pela subjugação ao sexo masculino. Para além da desigualdade, a violência de gênero é diária, sendo que as agressões nunca foram limitadas ao caráter físico, moral, psicológico e patrimonial, para muitos criminosos a guerra entre sexos só termina com a morte. Assim, desde a década de 1980 até 2020, foram registradas mais de 132 mil mortes de mulheres.

Observando os índices de óbitos femininos e as diversas outras formas de violências sofridas pelas ofendidas, foi necessária a elaboração da Lei do Femicídio, a qual nasceu a partir da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência Contra a Mulher, a fim de responsabilizar os feminicidas e atuar na mudança da concepção da sociedade brasileira. Apesar da Lei do Femicídio ter possibilitado a visualização das mortes ocorridas com base no gênero, as análises quanto a mesma são duras ao apontarem seu caráter simbólico, em razão de não provocarem uma modificação concreta na realidade feminina.

Ocorre que a legislação realmente oportunizou, em primeiro plano, a visualização da violência cotidiana, mas, conseqüentemente, possibilita o desenvolvimento e aprimoramento de políticas públicas destinadas a auxiliarem as mulheres a saírem de suas posições de subordinadas ou fugirem de uma situação de violência de gênero.

Também é possível atentar, no estado do Rio Grande do Sul, a implementação de políticas públicas desenvolvidas para a salvaguarda das mulheres vítimas de violência de gênero. Uma, em especial, concebida no estado, e evidenciada pelo momento pandêmico, foi a “máscara roxa”, forma de vítimas denunciarem situações de ofensas/agressões a atendentes farmacêuticos, os quais, repassando as informações a polícia, possibilitam o resgate da ofendida do seu ciclo de violência.

Malgrado o alto número de feminicídios, consumados e tentados, ocorridos no estado, é possível concluir que a Lei nº 13.104/15 favoreceu o desenvolvimento de ações estatais para a proteção e efetivação dos direitos das mulheres. Como o combate à discriminação, a desigualdade e a violência estrutural não ocorre de imediato, pois a tantos óbices a serem superados, como a educação e reeducação dos agressores; equiparação funcional e salarial entre os sexos; e a paridade política. Todavia, o rompimento da inércia estatal quanto a salvaguarda da mulher, por meio da legislação e das políticas públicas, já é um avanço a ser prestigiado.

Assim, esse artigo buscou refletir e ponderar os passos que já foram dados quanto à proteção das mulheres vítimas da violência de gênero. Tantos já foram os avanços que, embora seja uma conquista, não devem ser entendidos como suficientes. O aprimoramento do ordenamento jurídico, como, por exemplo, com a previsão legal obrigacional da reabilitação do agressor, para retomada ao convívio social, e de políticas públicas, com a instalação de Casas da Mulher Brasileira em todos os estados federados, em suas diversas regiões, é fundamental para que, em um futuro próximo, seja possível contemplar todas as mulheres vivendo equiparadamente aos homens. Pois, a partir dessa reconstrução social, todos os sujeitos entenderão que só é possível viver livremente de igual para igual.

Referências

- AUGUSTO, Cristiane Brandão. et al. **Feminicídio**: Colunas Partidas do Sistema Penal. Revista dos Tribunais Online. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 153/2019, p. 207-242, Mar/2019.
- BRASIL. Decreto nº 8.086, de 30 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8086.htm>. Acesso em: 28 de fev. 2020.

_____. **Diretrizes Nacionais Femicídio** – Investigar, Processar e Julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: 2016.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 20 de set. 2020.

_____. Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13104.htm>. Acesso em: 19 de nov. 2020.

_____. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Diretrizes Nacionais para o Abrigamento de Mulheres em Situação de Risco e de Violência**. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011.

_____. Senado Federal. MORAES, Jô. OTA, Keiko. RITA, Ana. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito**. Relatório Final. Brasília, junho de 2013.

_____. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres**. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013.

CAPUTI, Jane. RUSSEL, Diana E., H. **Femicide: sexist terrorism against women**. In: RADFORD, Jill. RUSSEL, Diana E., H. **Femicide: The Politics of Woman Killing**. New York: Macmillan Publishing Company, 1992.

DE CAMPOS, Carmen Hein. **Femicídio no Brasil: Uma análise crítico-feminista**. Sistema Penal e Violência. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre, vol. 7, nº 1, p. 103-115, Jan-Jun/2015.

DINIZ, Débora; COSTA, Bruna Santos; GUMIEI, Sinara. **Nomear Femicídio: Conhecer, Simbolizar E Punir**. Revista dos Tribunais Online. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 114/2015, p. 225 – 239, Maio - Jun/2015.

FERNANDES, Máira Cristina Corrêa. **A tutela penal patriarcal**: Por que a criminalização do feminicídio não é uma conquista para o feminismo? Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate, vol. 3, p. 131-149, Mai/2015.

LAGARDE, Marcela. **Antropologia, feminismo y política**: violência feminicida y derechos humanos de las mujeres. Retos teóricos y nuevas prácticas, p. 209-240, 2008.

MELLO, Adriana Ramos de. **Breves Comentários à Lei 13.104/2015**. Revista dos Tribunais Online. Revista dos Tribunais, vol. 958/2015, p. 273 - 290, Ago/2015.

OLIVEIRA, Clara Flores Seixas de. **De “razões de gênero” a “razões de condição do sexo feminino”**: Disputas de sentido no processo de criação da lei do feminicídio no Brasil. In: Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13thWomen’s Worlds Congress, 2017, Florianópolis. *Anais Eletrônicos*. Florianópolis, 2017, ISSN 2179-510X.

ONU MULHERES, Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres. et al. **Mapa da Violência 2015**: Homicídio de mulheres no Brasil. Brasília-DF, 2015.

PASINATO, Wânia. **“Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil**. Cadernos pagu (37), p. 219 - 249, Jul - Dez/2011.

PÚBLICA. F, B, S; APLICADA. I, P, E. 2019. **Atlas da Violência**. 2017. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP_atlas_da_violencia_2017_relatorio_de_pesquisa.pdf>. Acesso em: 11 de nov. 2020.

PÚBLICA. F, B, S; APLICADA. I, P, E. 2019. **Atlas da Violência**. 2018. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf>. Acesso em: 11 de nov. 2020.

PÚBLICA. F, B, S; APLICADA. I, P, E. 2019. **Atlas da Violência**. 2019. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/11/atlas-da-violencia-2019-05jun-versao-coletiva.pdf>>. Acesso em: 11 de nov. 2020.

PÚBLICA. F, B, S; APLICADA. I, P, E. 2020. **Atlas da Violência**. 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>>. Acesso em: 11 de nov. 2020.

PÚBLICA. F, B, S. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2017. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/01/ANUARIO_11_2017.pdf>. Acesso em: 12 de nov. 2020.

PÚBLICA. F, B, S. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2018. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-2018.pdf>>. Acesso em: 12 de nov. 2020.

PÚBLICA. F, B, S. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>. Acesso em: 12 de nov. 2020.

PÚBLICA. F, B, S. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 12 de nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). **Lei nº 15.512, de 24 de agosto de 2020**. Diário Oficial [do] Estado do Rio Grande do Sul, Palácio Piratini, Porto Alegre, RS, 24 ago. 2020a. Disponível em: <<https://www.diariooficial.rs.gov.br/materia?id=460127>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria da Segurança Pública. Indicadores da Violência Contra a Mulher Geral e por Município 2021a. Atualizado em: 05 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria da Segurança Pública. Indicadores da Violência Contra a Mulher Geral e por Município 2020b. Atualizado em: 05 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria da Segurança Pública. Indicadores da Violência Contra a Mulher Geral e por Município 2019. Atualizado em: 21 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria da Segurança Pública. Indicadores da Violência Contra a Mulher Geral e por Município 2018. Atualizado em: 06 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria da Segurança Pública. Indicadores da Violência Contra a Mulher - Geral 2017. Revisado em: 21 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria da Segurança Pública. Indicadores da Violência Contra a Mulher por Município 2012/2016. Extraído em: 05 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Serviço de Informação ao Cidadão. **Re: Acesso à informação – Resposta [mensagem pessoal]. Nº do pedido: 000 029 129.** Destinatário: anapaulabzanon@hotmail.com. Carazinho, 15 abr. 2021b. 1 correspondência eletrônica.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Serviço de Informação ao Cidadão. **Re: Acesso à informação – Resposta [mensagem pessoal]. Nº do pedido: 000 029 130.** Destinatário: anapaulabzanon@hotmail.com. Carazinho, 15 abr. 2021c. 1 correspondência eletrônica.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Serviço de Informação ao Cidadão. **Re: Acesso à informação – Resposta [mensagem pessoal]. Nº do pedido: 000 029 131.** Destinatário: anapaulabzanon@hotmail.com. Carazinho, 15 abr. 2021d. 1 correspondência eletrônica.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Serviço de Informação ao Cidadão. **Re: Acesso à informação – Resposta [mensagem pessoal]. Nº do pedido: 000 029 132.** Destinatário: anapaulabzanon@hotmail.com. Carazinho, 15 abr. 2021e. 1 correspondência eletrônica.

RODRIGUES, Almira. **Construindo a perspectiva de gênero na legislação e nas políticas públicas.** In: CADERNOS 12: Estudos de Gênero, Goiânia, 2003. p. 99-112.

SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de; FERRAZ, Júlia Lambert Gomes. **Três Anos da Implementação do Femicídio no Brasil:** Primeiras Percepções e Possíveis Diagnósticos. Revista dos Tribunais Online. Revista dos Tribunais, vol. 998/2018, p. 173 – 197, Dez/2018.

STEVENS, Cristina. et al (Orgs.). **Relatos, análises e ações no enfrentamento da violência**

VIESSERI, Bruna. Máscara Roxa: campanha de denúncia de violência contra a mulher em farmácias tem 88 registros e duas prisões. **GaúchaZH**, 2021, 09 abr. 2021. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2021/04/mascara-roxa-campanha-de-denuncia-de-violencia-contr-a-mulher-em-farmacias-tem-88-registros-e-duas-priso-es-ckn9mztco0930198lapgkr7y.html>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

Justiça Restaurativa: caminhando em direção a um ambiente restaurativo nas escolas ¹

Angélica de Fátima Schneider ²
Vinício Francisco Toazza ³

Introdução

A presente pesquisa com o tema Justiça Restaurativa: caminhando em direção a um ambiente restaurativo nas escolas, justifica-se em razão do crescente número de conflitos atualmente ocorridos nas instituições escolares. Neste sentido, a Justiça Restaurativa poderá contribuir para a resolução destes conflitos que envolvem pessoas que possuem relação na comunidade escolar, o que facilita a abordagem e sensibilização dos envolvidos.

O tema em questão é conhecido pela maioria dos profissionais da educação, no entanto, existem dificuldades em se apropriar da Justiça Restaurativa como caminho para tratar os diferentes conflitos ocorridos em uma escola, visto que falta esclarecimento sobre quais conflitos são situações de indisciplina e quais conflitos são objetos da Justiça Restaurativa.

Uma vez que se verifica um aumento da criminalidade na juventude e que os programas de medidas socioeducativas são insuficientes, é necessário pensar em novas práticas, mesmo que no ambiente escolar,

¹ Artigo científico produzido no Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 176251@upf.br.

³ Orientador e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: vinitoazza@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6111956818960319>.

para resolver conflitos e até mesmo preveni-los. Neste sentido, a Justiça Restaurativa permite a vítima demonstrar ao infrator o seu real prejuízo e uma reparação eficaz do dano, a responsabilização do agressor é definida com sua participação, de forma preventiva e educativa.

A partir disso, a presente pesquisa bibliográfica busca resgatar o histórico da Justiça Restaurativa no Brasil, compreender suas principais metodologias, crenças, valores e princípios. Sendo o diálogo uma marca fundamental da Justiça Restaurativa, buscou-se analisar a Comunicação Não-Violenta como ferramenta necessária para a sua efetivação, visto que através do diálogo é possível conceder mais respeito e dignidade às partes, possibilitando que assumam obrigações, compreendam as diferenças e as necessidades dos envolvidos no conflito e desta forma possam celebrar um acordo restaurador.

Por fim, buscou-se identificar as práticas restaurativas apropriadas para abordar a Justiça Restaurativa no ambiente escolar. Verificou-se também as etapas dos Círculos de Construção de Paz, método da norte-americana Kay Pranis, que pode facilmente ser adotado para práticas de justiça restaurativa e cultura de paz nas escolas.

1 Justiça Restaurativa: dos primórdios à concepção atual

A Justiça Restaurativa é um novo modelo de justiça voltado para as situações prejudicadas pela existência da violência. Tem origem nos modelos de organização das sociedades comunais pré-estatais, europeias e nas coletividades nativas, onde ao transgredir uma norma havia necessidade de restabelecimento do equilíbrio quebrado, através da solução do problema.

Em 1989, na Nova Zelândia, surgiu o primeiro modelo de aplicação da JR em espaços fora da instituição policial, normalmente sob responsabilidade do departamento público para crianças, adolescentes e

suas famílias com a elaboração da primeira legislação em relação a jovens, chamada *New Zealand Children, Young Persons and Their Families Act*, criando a *Family Group Conferencing* (BARTON, 2001, p.09).

A Justiça Restaurativa é implementada nas sociedades ocidentais através dos modelos de tradições indígenas dos povos dos Estados Unidos, Canadá e dos maori da Nova Zelândia. A JR valoriza a autonomia e o diálogo, criando oportunidades para que todos os envolvidos no conflito possam conversar e entender a causa real deste conflito, com o objetivo de restaurar a harmonia e o equilíbrio entre todos.

Em decorrência das diversas experiências em diversas partes do mundo, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas elaborou a Resolução 2002/12, convidando os Estados-membros a implantar pesquisas, capacitações e atividades que possibilitassem a divulgação e a efetiva implantação de práticas restaurativas em diversos níveis e ambientes da sociedade (PRUDENTE, 2008).

De acordo com esta resolução, processos restaurativos são quaisquer processos onde vítima, ofensor ou outro indivíduo da comunidade que foram afetados pelo conflito, possam participar de forma ativa na resolução das questões oriundas deste conflito, com a ajuda de um facilitador.

No Brasil, as práticas restaurativas iniciaram-se de maneira mais expressiva a partir de 2004, com a Reforma do Judiciário, a qual permitiu uma mudança de paradigmas no Poder Judiciário, oportunizando uma justiça mais participativa, fortalecendo a dimensão de respeito aos direitos humanos, o amplo acesso ao direito bem como, uma justiça mais comprometida com os direitos sociais (SANTOS; GOMIDE, 2014, p.41).

Nesta época, foi elaborado o projeto Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro, por meio da Secretaria da Reforma do Judiciário e do Ministério da Justiça, juntamente com o

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, apoiaram três projetos-piloto de Justiça Restaurativa, visando meios alternativos de resolução de conflitos. Este projeto tornou-se referência nos estudos e práticas do novo modelo de Justiça.

Um destes projetos passou a funcionar em São Paulo, na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Caetano do Sul, os outros foram implementados no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirante, em Brasília e na 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre (BRANCHER; TODESCHINI; MACHADO, 2008, p.21).

O projeto desenvolvido em São Caetano do Sul, no estado de São Paulo, se desenvolveu em três movimentos. O primeiro movimento intitulado “Justiça e Educação: parceria para a cidadania”, com foco nas escolas visando os seguintes objetivos: a resolução de conflitos de modo preventivo nas escolas, a resolução de conflitos caracterizados como atos infracionais, por meio de círculos restaurativos e o fortalecimento de redes comunitárias (SANTOS; GOMIDE, 2014, p.41).

Com a constatação de que não bastava apenas fortalecer a rede secundária de atendimento e proteção, já que os conflitos de base pelos quais passavam crianças e adolescentes tinham vinculação familiar e comunitária, surgiu o segundo movimento atuando diretamente junto à rede primária. O terceiro movimento teve início com a integração e articulação de técnicas restaurativas e de espaços de resolução de conflitos, com a criação de técnicas restaurativas passíveis de aplicabilidade, levando-se em consideração a facilidade de aprendizado e de disseminação, a melhor adequação a contextos institucionais específicos, bem como, os tipos de conflitos e a relação entre as pessoas envolvidas (SANTOS; GOMIDE, 2014, p.41).

Já o projeto-piloto desenvolvido em Brasília, no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirantes, adotou um procedimento restaurativo utilizando-se o método de mediação vítima-ofensor, em infrações de menor potencial ofensivo, cometidas por adultos, excluindo-se os casos de violência doméstica e os que envolvessem entorpecentes (SANTOS; GOMIDE, 2014, p.42).

O terceiro projeto-piloto, desenvolvido junto à 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude, em Porto Alegre, com a coordenação do Juiz de Direito Leoberto Brancher, adotou o modelo dos Círculos Restaurativos. Foi criado o programa “Justiça para o Século 21 – Instituinto Práticas Restaurativas”, pelo qual se dissemina teorias e práticas de JR, utilizando-se de sites, livros, materiais didáticos e cursos e seminários de capacitação (SANTOS; GOMIDE, 2014, p.42).

No ano de 2012, a Lei 12.594 institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, dispondo em seu artigo 35, inciso III, que na execução das medidas socioeducativas devem-se priorizar as práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas, dando assim a possibilidade da realização de processos restaurativos no âmbito da Justiça Juvenil, área infracional (BRASIL, 2012).

Em 2016, foi aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, a Resolução nº 225, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. A resolução define o que vem ser Justiça Restaurativa, a importância da participação da vítima e de lhe conferir voz no procedimento, o mesmo com relação ao autor do fato e à comunidade, sendo imprescindíveis tais participações (RAVAZZANO, 2016).

A partir desta Resolução, por meio de um plano de atividades estruturadas, contemplando a difusão, a expansão, o incentivo e a capacitação dos magistrados, dos servidores e de voluntários, foram

criados e instalados espaços de serviços adequados ao atendimento técnico-científico e metodológicos, próprios da JR, em parceria com a rede de garantias de direitos, visando proporcionar acolhimento adequado aos que se encontram em situação de sofrimento ou vulnerabilidade, em virtude de crimes e atos infracionais (NUPEMEC, 2017, p.14).

Atualmente, alguns municípios já possuem legislação específica que contempla práticas da justiça restaurativa, como por exemplo, o município de Cascavel, com a Lei Nº 6.903/2018, que declara de utilidade pública o núcleo de práticas de Justiça Restaurativa – NCPJR e o município de Londrina, com a Lei Nº 12.467/2016 que cria o Programa Municipal de Práticas Restaurativas nas Escolas Municipais, ambos no estado do Paraná. No Rio Grande do Sul podem-se citar os exemplos dos municípios de Passo Fundo, com a Lei Nº 5.165/2015, que institui o Programa Municipal de Pacificação Restaurativa e o município de Caxias do Sul, com a Lei Nº 7.754/2014, que também institui o Programa Municipal de Pacificação Restaurativa.

2. Justiça e práticas restaurativas: principais metodologias

No Brasil, algumas metodologias constituíram as bases para os projetos de Justiça Restaurativa já implementados: as Conferências de grupos Familiares, a Mediação vítima-ofensor e os Processos Circulares ou Círculos de Construção de Paz (MPRJ, 2016, p.32).

As três metodologias citadas seguem uma etapa preparatória comum: voluntariedade, admissão da autoria do ato danoso e autonomia da vontade. Neste momento o mediador, facilitador ou coordenador deverá avaliar e adequar a metodologia ao caso e aos propósitos desejados, preocupando-se também com a segurança dos participantes, com os requisitos necessários para a criação de um espaço equilibrado, com

igualdade de oportunidade de fala, atendendo as necessidades e os interesses dos participantes (MPRJ, 2016, p.32).

Os modelos citados abrem oportunidades para que os participantes explorem fatos, sentimentos e resoluções, a participação da vítima deverá ser voluntária, sendo necessário que o ofensor reconheça a sua responsabilidade. Todos os participantes são encorajados a contar suas histórias, expressar sentimentos, perguntar a fim de chegar a uma decisão consensual (ZEHR, 2012).

Nas Conferências de Grupos Familiares é possível ampliar os participantes, incluindo familiares do ofensor e da vítima ou outras pessoas importantes para as partes envolvidas. Em alguns casos poderá estar presente um representante do Estado. Essa metodologia concentra-se no apoio ao ofensor, para que ele assuma sua responsabilidade e modifique seu comportamento, assumindo o compromisso diante de seus familiares ou pessoas importantes (SANTOS; GOMIDE, 2014, p.30).

O diálogo é direcionado para prover meios de as pessoas reunidas encontrarem a forma de reparação do dano causado em virtude do comportamento ofensivo. Geralmente, inclui as famílias e aqueles que negociam o resultado e quem os aprova (MPRJ, 2016, p.42).

Na mediação vítima-ofensor as partes envolvidas em uma situação de conflito ou violência contam com a ajuda de um mediador capacitado para auxiliar no diálogo entre aquele que sofreu o dano e o autor do ato que o causou, esclarecendo de que forma o crime ou ato infracional os afetou, compreendendo os fatos e os efeitos gerados a fim de construir soluções que atendam as necessidades de quem sofreu o dano e também de quem praticou o ato danoso (MPRJ, 2016, p.33).

Nesta metodologia os envolvidos no conflito se reúnem em ambiente seguro e controlado, busca-se dar a oportunidade de confrontar as

consequências do delito sobre cada uma das partes para estabelecer formas de reparação dos prejuízos sofridos.

O Círculo Restaurativo é uma reunião com as partes envolvidas no conflito, que conta com a participação da família, da comunidade, do facilitador e de outras pessoas da escola. Esse procedimento se divide em três etapas: o pré-círculo, o círculo e o pós- círculo. Seguindo estas etapas, as pessoas envolvidas poderão discutir o conflito bem como buscar soluções para o futuro, sendo uma alternativa que possibilita que as partes envolvidas no conflito efetivem consensos pacificadores através da Comunicação Não-Violenta (MPSP, 2012, P.10).

A metodologia dos Círculos de Construção de Paz é muito antiga, inspirada na antiga tradição dos índios norte-americanos de usar um objeto chamado de bastão de fala, passando de pessoa para pessoa no grupo, onde a pessoa que está com o objeto fala enquanto as demais ouvem. Atualmente as comunidades estão aprendendo a se reunir em círculos para resolver problemas, apoiar-se e estabelecer vínculos (PRANIS, 2019, p.15).

Esta metodologia dos Círculos de Construção de Paz possibilita o encontro entre a vítima e o agressor somente após preparação prévia, por meio dos Pré-Círculos e com a aceitação de todas as partes envolvidas no conflito (SANTOS; GOMIDE, 2014, p.31).

Com o objetivo de criar um espaço seguro para que os participantes sejam autênticos e fiéis a si mesmos, na prática dos círculos usam-se elementos estruturais intencionais: cerimônia, bastão de fala, um facilitador ou coordenador, orientações e um processo decisório consensual (PRANIS, 2019, p.25).

Essa estrutura dos círculos criam possibilidades para que os participantes sintam-se livres para expressar sua verdade, sem máscaras e defesas, estando presentes por inteiro, revelando suas aspirações mais

profundas, reconhecendo erros e medos, para agir conforme os valores mais fundamentais (PRANIS, 2019, p.25).

3 Crenças, valores e princípios da justiça restaurativa

As crenças centrais da JR reconhecem a necessidade de pertencimento, os valores e a interconexão entre os seres humanos. Tais crenças são fundamentadas nos seguintes valores: respeito, dignidade e cuidado mútuo. Juntamente com esses valores, muitos outros poderão ser identificados conforme as necessidades particulares das pessoas, como por exemplo, a honestidade (EVANS; VAANDERING, 2018, p.17).

Vários pressupostos sobre a natureza do Universo e ideias que passaram de geração em geração através de ensinamentos tradicionais fundamentam os Círculos. Um desses ensinamentos é a afirmativa de que tudo no Universo está ligado, sendo impossível isolar algo, agindo sobre aquilo sem atingir o restante, ou seja, tudo está conectado (PRANIS, 2019, p.41).

Como consequência desses ensinamentos está à necessidade de reconhecer o impacto do comportamento de um sobre os outros e a interconexão dos destinos, reconhecendo a interdependência entre todos, onde o mal praticado contra um atingirá todos, assim como o bem praticado a um atingirá igualmente a todos (PRANIS, 2019, p.42).

Outro ensinamento é de que a experiência humana é composta de aspectos mentais, físicos, emocionais e espirituais, sendo igualmente importantes, pois oferecem contribuições essenciais a coletividade. Neste sentido, o equilíbrio entre esses aspectos é fundamental para a saúde individual e comunitária (PRANIS, 2019, p.45).

Reconhecendo a interdependência e a ligação entre as pessoas, os Círculos operam a partir da convicção de que cada ser humano tem

dignidade e valores intrínsecos, merecendo igual respeito e oportunidade de expressar-se de acordo com o seu ponto de vista (PRANIS, 2019, p.42).

Desta forma, os Círculos são estruturados em cima de um alicerce de valores partilhados, porém não específicos, pois não existe uma forma específica de expressar esses valores, embora exista um desejo humano universal de estar ligado aos demais de forma positiva e deste impulso humano básico advêm os valores que nutrem e promovem vínculos benéficos (PRANIS, 2019, P.39).

A Justiça Restaurativa evoca um sistema de valores positivos e coerentes, lembrando-nos da importância dos relacionamentos, do impacto do comportamento de um sobre os outros, das obrigações que geram as ações, enfatiza a dignidade que todos merecem sugerindo um modo de vida (ZEHR, 2020, p.251).

Entre os valores da Justiça Restaurativa, três são especialmente importantes: o respeito às perspectivas, necessidades e valores de todos os envolvidos, a humildade, para que não se deseje excessivo reconhecimento e o maravilhamento, para que se tenha habilidade de viver com o desconhecido, com surpresas e com o aparentemente ilógico (ZEHR, 2020, p.251-253).

Os principais objetivos da Justiça Restaurativa são: transcender dinâmicas de culpa, vingança e desempoderamento, conectar pessoas além dos rótulos de vítima, ofensor ou testemunha e desenvolver ações construtivas que beneficiem todos (BRANCHER; TODESCHINI; MACHADO, 2008, p.05).

A Justiça Restaurativa propõe uma lente restaurativa pela qual a justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconhecimento e segurança, diferentemente da justiça retributiva, onde a justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, com regras sistemáticas.

É preciso trocar as lentes buscando formas alternativas de enxergar o problema e a solução (ZEHR, 2020, p.183-185).

O ponto de vista de cada um é formado a partir de suas crenças e valores, como a armação e as lentes de um óculos onde a armação equivale às crenças, ideias aceitas como verdadeiras, mas que não podem ser comprovadas e as lentes equivalem aos valores, que representam o que se considera importante na vida, através das quais se enxerga a realidade. Os valores nascem das crenças e podem também influenciá-las. Assim, os valores sustentam as crenças e as crenças sustentam os valores, impactando nas decisões e ações (EVANS; VAANDERING, 2018, p.34-35).

Não é necessário descartar a Justiça Retributiva, a justiça Restaurativa não a substitui e sim integra, permitindo simultaneidade e ponderação de seus fundamentos e valores, sendo complementar e não excludente, trabalhando junto, com participação, autonomia e inclusão, possibilitando um sentido novo aos procedimentos habituais, mas sem a necessidade de sem competir com eles. (SANTOS; GOMIDE, 2014, p.22-23)

São Princípios da Justiça Restaurativa:

Autonomia (Empoderamento) - possibilidade de participação no procedimento, resolução das disputas de forma construtiva, identificação de questões, interesses e sentimentos subjacentes à disputa, promoção de relacionamentos cooperativos e preparação das partes para prevenir e resolver futuras controvérsias (MPSP, 2012, p.18).

Reconhecimento Recíproco - sensibilização das partes em relação à justeza dos interesses da outra parte, possibilidade de transformar o conflito e transformar-se no conflito, (re)significação da situação conflituosa e criação de uma cultura de solidariedade (MPSP, 2012, p.18).

4 Comunicação Não-Violenta como ferramenta necessária para a efetivação da justiça restaurativa

Para a Justiça Restaurativa o diálogo é muito importante, pois através dele pode-se conceder respeito e dignidade às partes, permitindo que assumam suas obrigações, compreendam as necessidades e as diferenças dos envolvidos em determinado conflito e conseqüentemente estabeleçam um acordo restaurador, de forma que não haja exclusão do transgressor da sociedade e se fortaleça os sentimentos da vítima e da comunidade (SILVEIRA; SILVA; PASSAMANI; *et al*, 2011 p.08).

Dialogar permite compartilhar ideias e significados, com a intenção de aprender com o outro, gerando espaços de acolhimento e escuta ativa, favorecendo a criatividade e o surgimento de novas ideias, sendo uma ferramenta fundamental para a resolução pacífica de conflitos de acordo com os princípios da Justiça Restaurativa (MULLET; AMSTUTZ, 2020, p.14).

A Comunicação Não-Violenta (CNV) foi desenvolvida pelo psicólogo americano Marshall B. Rosenberg e constitui-se de um método simples de comunicação empática e clara a partir de quatro elementos básicos: Observações, Sentimentos, Necessidades e Pedidos.

A Comunicação Não-Violenta é baseada em habilidades de linguagem e comunicação que auxiliam a reformular a maneira pela qual nos expressamos e ouvimos, para que mesmo em condições adversas, as pessoas se comuniquem com honestidade e clareza, de forma respeitosa e empática (ROSEMBERG, 2006, p.21-22).

Ao utilizar a Comunicação Não-Violenta é possível perceber a si e aos outros, bem como as intenções e os relacionamentos por um novo enfoque, substituindo padrões de defesa, recuo ou ataque diante de julgamentos e críticas. Ao se concentrar em tornar mais claro o que o outro observa e sente, em vez de diagnosticar e julgar descobre-se a

profundidade da própria compaixão. Escutar profundamente promove respeito, atenção e empatia, gerando mútuo desejo de se entregar de coração (ROSEMBERG, 2006, p.22).

Os quatro componentes da Comunicação Não-Violenta: observação, sentimento, necessidades e pedido, possibilitam expressar claramente o que se está observando e sentindo, descobrir o que poderia enriquecer sua vida ao receber a última informação, ou seja, o pedido (ROSEMBERG, 2006, p.25-26).

O primeiro componente da CNV é a observação, sendo necessário separar observar de avaliar, para que o que foi expresso não seja considerado como crítica. As observações devem ser específicas para o tempo e o contexto determinado (ROSENBERG; 2006, p.57).

O segundo componente da CNV é expressar como nos sentimos, utilizando palavras que se referem a emoções específicas e não palavras vagas ou genéricas, as palavras bem ou mal impossibilitam a conexão do ouvinte ao sentimento específico (ROSENBERG; 2006, p.72).

O reconhecimento das necessidades que estão por trás dos sentimentos, é o terceiro componente da CNV. O quarto componente desse processo é o pedido, que aborda o que se gostaria de pedir para enriquecer sua vida, ações que possam satisfazer as necessidades (ROSENBERG, 2006, p.103).

Para que a CNV aconteça na prática, não é necessário conhecer as pessoas com quem se comunica e sim seguir os princípios, motivados a dar e receber com compaixão, para que os outros percebam que este é o único interesse, se unindo assim ao processo a fim de melhorar os relacionamentos, uns com os outros (ROSENBERG, 2006, p.24).

Receber com empatia é importante para a CNV e requer que se concentre plenamente a atenção na mensagem da outra pessoa, livres de todas as ideias preconcebidas e julgamentos a respeito. O principal

ingrediente da empatia é a presença, essa qualidade distingue a empatia da compreensão mental e da solidariedade, pois ao se solidarizar com o outro, não necessariamente se oferece a empatia (ROSENBERG, 2006, p.137).

Julgar, criticar, diagnosticar e interpretar as pessoas são expressões alienadas da própria necessidade e valores, quando as pessoas ouvem críticas, tendem a investir sua energia na autodefesa ou no contra-ataque. Assim, quanto mais diretamente conectar sentimentos e necessidades, mais fácil será para os outros reagirem compassivamente (ROSEMBERG, 2006, p.95).

É fundamental que se observe o tipo de comunicação que se está realizando e priorizando, para que se alcance êxito nos programas restaurativos, visto que é comum que nesses ambientes, vítima e ofensor exteriorizem sentimentos de raiva, ódio e inclusive resistam a um diálogo pacífico e racional, o que inviabiliza a construção de consensos. Se essas manifestações não forem administradas e direcionadas pelos facilitadores de maneira adequada, no momento oportuno, corre-se o risco de perder-se por completo a essência de seu propósito (SILVEIRA; SILVA; PASSAMAN, et al, 2011, p.8).

Portanto, os fundamentos da Comunicação Não-Violenta constituem um excelente recurso para garantir êxito nas práticas restaurativas, visto que ao expressarem sinceramente aquilo que observam, sentem, necessitam e pedem, as partes poderão chegar a um acordo capaz de suprir as necessidades de ambas (SILVEIRA; SILVA; PASSAMAN, et al, 2011, p.10).

5 Justiça restaurativa na educação

Sendo a escola palco de diferentes conflitos, sejam estes de relacionamento, origens, sexos, etnias, de condições socioeconômicas ou

culturais, é necessário que todos na escola estejam preparados para o enfrentamento das diferenças e das tensões próprias do relacionamento das pessoas que convivem diariamente nestes ambientes, onde muitas vezes esses conflitos geram dissenso, desarmonia ou desordem (MPSP, 2012, p.20).

A escola é o local mais apropriado para o início da prática da Justiça Restaurativa, pois desde cedo os professores buscam incorporar valores restaurativos, corrigindo condutas antissociais em seus alunos, impedindo que essas condutas futuramente busquem solução no Judiciário. Solucionar um conflito em sua origem é promover uma cultura restaurativa (SILVEIRA; SILVA; PASSAMANI; *et al*, 2011, p.07).

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem como objetivos garantir a proteção integral das crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos e garantias, tratar a criança e o adolescente com prioridade absoluta, proibindo qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou pressão.

Neste sentido, a proteção Integral contrapõe o tratamento dado ao longo da história às crianças e adolescentes, pois estabelece um olhar diferente através dos direitos humanos, o que garante além de direitos, a prioridade absoluta, dando-lhes a dignidade e o respeito compatíveis com sua condição de pessoa (NIELSSON; PINTO, 2015, p.03).

A Justiça Restaurativa vem de encontro à doutrina de proteção adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, visto que propõe um olhar diferente para formas e propostas de resolução de conflitos ao privilegiar o diálogo entre as partes envolvidas e permitir que cada caso seja analisado, estudado e experimentado em particular, visando desenvolver e construir na sociedade outros sentidos e olhares, mais eficazes do que a retribuição (NIELSSON; PINTO, 2015 p.03).

Os objetivos principais das práticas restaurativas na escola são: ajudar na segurança da comunidade escolar, através de estratégias que constroem relacionamentos e capacitam todos da escola a assumirem a responsabilidade pelo bem-estar de seus membros, desenvolver competências e habilidades pró-sociais daqueles que de alguma forma prejudicaram outros, trabalhar valores humanos essenciais, como por exemplo, participação, honestidade, respeito e responsabilidade, restaurar as relações afetadas pelo conflito, bem como, a responsabilização dos infratores, com a possível reparação do dano causado à vítima (MPSP, 2012, p.08).

Na escola as relações interpessoais entre escolares estão desgastadas e a violência se faz presente no cotidiano, o que retrata a crise atual pela qual a instituição vem passando. Surge então a necessidade do diálogo e da construção de uma cultura de paz para lidar com estes conflitos no ambiente escolar (VASCONCELOS, 2012, p.44).

6 Justiça restaurativa e cultura de paz nas escolas

As práticas restaurativas no contexto escolar são extremamente vantajosas visto que possibilitam mudanças diretas nas relações, levando as pessoas envolvidas a uma abordagem colaborativa, inclusiva, resgatando o diálogo, a conexão e a comunicação entre os alunos, familiares, comunidade e redes de apoio (MPSP, 2012, p.9).

Ao lidar com os conflitos de forma diferenciada é possível desafiar os tradicionais padrões punitivos, encarar os conflitos como oportunidades de mudança e de aprendizagem, ressaltando os valores da inclusão, da solidariedade, do pertencimento e da escuta (MPSP, 2012, p.9).

As famílias que possuem a atribuição de educar, atualmente estão em processo de mudanças, apresentando novas configurações. Muitas vezes existem situações que envolvem preconceitos e abusos e falta de

compreensão envolvendo familiares. Neste sentido, a escola, não sendo a primeira agência educadora, recebe os problemas familiares que por sua vez tornam-se conflitos interpessoais, indisciplina, maus-tratos entre alunos, vandalismo (MPRJ, 2016, p.47).

Faz se necessário, portanto, a organização de um sistema de convivência, com regras claras, que priorize o respeito, o cumprimento dos deveres por parte de cada pessoa, que afaste qualquer forma de abuso, para que a violência possa diminuir. As práticas restaurativas adotadas no ambiente escolar poderão trazer inúmeros benefícios para a comunidade de um modo geral, uma vez que reduz a incidência de conflitos por meio da melhoria da qualidade da comunicação (MPRJ, 2016, p.48).

A norte-americana Key Pranis, instrutora de Círculos de Construção de Paz é atualmente a maior disseminadora desse modelo que possui inúmeras aplicações, podendo facilmente ser adotado para práticas de justiça restaurativa nas escolas.

Os Círculos de Construção de Paz oferecem uma maneira de reunir as pessoas para conversas difíceis, trabalhar e resolver conflitos e dificuldades. É um local onde se respeita cada indivíduo e também o coletivo, sendo possível estabelecer um equilíbrio saudável entre necessidades individuais e coletivas (PRANIS, 2019, p. 91-92).

O método dos Círculos de Construção de Paz prepara o encontro entre vítima e o ofensor previamente por meio do Pré-Círculo, através de sessões individuais com as partes, ouvindo-as de forma empática para prepará-las e orientá-las quanto à etapa do Círculo, que terá a participação das partes envolvidas no conflito. Durante o Círculo haverá oportunidade de diálogo e compreensão mútua, através da expressão de sentimentos bem como a auto responsabilização, por meio da escuta empática. Nessa etapa de resolução do conflito será celebrado um acordo entre os

envolvidos. No Pós-Círculo haverá a verificação do cumprimento ou não do acordo celebrado durante o Círculo (SANTOS; GOMIDE, 2014, p.31-32).

No **Pré-Círculo** ocorre o primeiro contato com os participantes do Círculo. É neste momento que coordenador deverá inteirar-se de todas as informações disponíveis sobre o fato que gerou o conflito, é neste momento que se estabelece o vínculo de confiança entre o coordenador e as pessoas envolvidas no conflito (BRANCHER; TODESCHINI; MACHADO, 2008, p.11).

O **Círculo** irá ocorrer quando os fatos estiverem claros, e quando o autor tiver admitido tê-los praticado. O resumo destes fatos será lido na abertura do Círculo, devendo conter data, local e as pessoas envolvidas a fim de evitar possíveis divergências no decorrer do procedimento, fixando assim o foco do círculo e evitando que o conflito seja negado ou enfrentado de forma superficial (BRANCHER; TODESCHINI; MACHADO, 2008, p.11).

Já o **Pós-Círculo** é um encontro para expressão e avaliação entre as pessoas que participaram do Círculo e os que colaboraram para as ações do acordo. Verifica-se neste momento se o acordo foi cumprido e satisfatório, cabendo ao coordenador providenciar documentos e comunicar os resultados (BRANCHER; TODESCHINI; MACHADO, 2008, p.17).

Na prática os Círculos de Construção de Paz possuem uma estrutura para criar possibilidades de liberdade de expressão da verdade pessoal e para agir segundo os valores fundamentais de cada um. Os participantes se sentam em círculo, podendo ter no centro desse círculo um objetivo significativo para o grupo. Esse formato espacial simboliza partilha, conexão, igualdade e conexão entre os participantes (PRANIS, 2019, p.25).

E para que isso aconteça são usados elementos estruturais intencionais: **a cerimônia**, realizada na abertura e no fechamento com a finalidade de marcar o Círculo como um lugar sagrado, **o bastão de fala**,

que regula o diálogo, pois somente a pessoa que está segurando o objeto poderá falar no momento e receber atenção de todos os participantes, o **facilitador ou guardião**, que ajuda a criar e manter um espaço coletivo para que cada participante se sinta seguro para se expressar abertamente, **as orientações**, que descrevem os comportamentos que os participantes consideram importantes a fim de garantir um espaço seguro onde conseguirão expressar sua verdade e o **processo decisório consensual**, visto que no Círculo as decisões são tomadas por consenso (PRANIS, 2019, p.25-27).

Ser um coordenador dos círculos restaurativos não implica ser carismático, líder natural, ou tampouco um mediador, ainda que essas qualidades possam ser úteis para a função. Ser um coordenador exige ser respeitoso com as pessoas que participam do Círculo em todos os momentos, mesmo os mais complexos, garantindo que todos os participantes assumam a responsabilidade de manter o Círculo, fazendo dele um espaço seguro para o diálogo aberto e sincero, assegurando por fim que no Círculo se respeita a confidencialidade (BRANCHER; TODESCHINI; MACHADO, 2008, p.10).

O facilitador do Círculo Restaurativo deve saber escutar o outro, ser sensível para com o que o outro está sentindo, se interessar realmente pelo outro buscando conhecê-lo melhor, gostar de observar as pessoas, ter facilidade para se expressar ou se expor, e se animar com novos desafios e aprendizagens (BRANCHER; TODESCHINI; MACHADO, 2008, p.10).

O guardião ou facilitador do Círculo não é responsável por encontrar soluções ou controlar o grupo, e sim de organizar um espaço de respeito, segurança, que envolva os participantes na partilha da responsabilidade pelo espaço e trabalho em comum, ajudando os participantes a acessar sua sabedoria individual e coletiva, com cuidado (PRANIS, 2019, P.53).

A Justiça Restaurativa busca criar uma rede primária de apoio, visando promover parceria entre a pessoa que precisa enfrentar e superar o problema com outras pessoas capazes de auxiliá-las no que for necessário, geralmente são pessoas indicadas pelas partes envolvidas no conflito, com o objetivo de prestar suporte, auxílio e ajudar na prestação de contas (MPSP, 2012, 28).

Além do apoio da rede primária, a comunidade poderá contar com o apoio das redes secundárias, que são instituições que desenvolvem funções específicas ou fornecem serviços de apoio à criança, ao adolescente e suas famílias. A escola é um ponto de rede de atendimento apta a articular-se com as demais instituições de apoio para compartilhar necessidades, discutir situações e realizar determinados planos de ação (MPSP, 2012,28).

Muitos desafios são enfrentados para consolidar a prática da Justiça Restaurativa nas escolas, o que muitas vezes impossibilita sua utilização como um instrumento de tratamento de conflitos. Quase sempre a ordem é pensada como resultado de regras e penalidades, controles formais, porém ao longo da história são os controles informais, como sistemas de crença, pressões e obrigações sociais que vem mantendo a ordem na vida diária. Assim presumir que a ordem seja derivada de lei e punição, se ignoraria os laços que unem a sociedade (ZEHR, 2008, p.20).

Considerações finais

Inicialmente, a Justiça Restaurativa surgiu no cenário internacional com o objetivo de reparar o dano causado, responsabilizar o infrator e envolver os responsáveis pelo ato ilegal, complementando a justiça tradicional. No Brasil, as práticas restaurativas iniciaram-se com a reforma do judiciário, que permitiu uma mudança de paradigma no Poder Judiciário, propiciando uma justiça mais participativa, amplo acesso ao direito e fortalecimento do respeito aos direitos humanos.

A Justiça Restaurativa desafia os modelos tradicionais punitivos visto que encara os conflitos como oportunidade de mudança e aprendizagem, além de ressaltar os valores de pertencimento, de inclusão, de escuta ativa e empática e da comunicação não violenta, pois é através do diálogo que as partes assumem suas obrigações, compreendem suas necessidades e diferenças e celebram um acordo restaurador.

Embora a Justiça Restaurativa na educação tenha surgido com os contornos dos ambientes judiciais, adotada como estratégia para resolver problemas de comportamento e conflitos, atualmente à implantação da justiça restaurativa nas escolas pode ser realizada de maneira preventiva.

O desafio das escolas hoje, especialmente no pós-pandemia, irá muito além dos conteúdos e metodologias, assim a implantação da Justiça Restaurativa, como prevenção ou mesmo como ferramenta capaz de auxiliar na resolução de conflitos no ambiente escolar, transformará as relações, fortalecendo vínculos entre a comunidade escolar e prevenirá a violência.

A Justiça Restaurativa contribuirá muito para formar alunos capazes de integrar-se a sociedade com capacidade emocional para buscarem a resolução não-violenta dos conflitos, a cultura de paz e o diálogo, transformando o modo de coexistir do homem contemporâneo, além de agregar, incluir, despertar empatia e respeito entre as pessoas.

Neste sentido, as aplicações dos Círculos de Construção de Paz nas escolas não se limitam a resolução de conflitos já instaurados, podendo ser uma ferramenta de transmissão de conhecimento, de diálogo reflexivo, capaz de estimular uma cultura de paz. Ainda, é possível ver no conflito uma oportunidade para ensinar, valorizando assim a construção dos relacionamentos e o espírito comunitário.

Portanto, a caminhada em direção a um ambiente restaurativo nas escolas enfrenta muitos desafios, carece ainda de um sistema de

convivência com regras claras, que priorize o respeito e o bem-estar do ser humano, bem como a participação de todos os envolvidos, afastando do individualismo e aproximando os indivíduos, é necessária conscientização, mudanças estruturais e culturais, visto que atualmente, ainda prevalecem visões disciplinares que excluem e que perpetuam a desigualdade e a linha direta escola-prisão em muitas situações.

Ainda, é extremamente importante que os professores busquem incorporar em suas práticas valores restaurativos a fim de corrigir condutas antissociais vivenciadas no ambiente escolar para impedir que tais condutas, futuramente, busquem solução no judiciário.

Referências

AMSTUTZ, Lorraine Stutzmann ; MULLET, Judy H. *Disciplina Restaurativa para Escolas*. 3 ed. São Paulo: Palas Athena, 2012.

BRANCHER, Leonardo; TODESCHINI, Tânia Benedetto; MACHADO, Cláudia. **Justiça para o Século 21: Instituinto práticas restaurativas: Círculos Restaurativos: como fazer?** Porto Alegre, RS: AJURIS, 2008.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm >. Acesso em 02 jun. 2021.

BRASIL. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), 2012. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm >. Acesso em 21 de mar. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 225**, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 30 abr 2021.

CASCAREL. Lei Nº 6.903/2018. Disponível em: < https://www.camaracascavel.pr.gov.br/leis-municipais.html?sdetail=1&leis_id=7266 >. Acesso em: 12 mar. 2021.

CAXIAS DO SUL. Lei Nº 7754, de 29 de abril de 2014. Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/a/rs/c/caxias-do-sul/lei-ordinaria/2014/775/7754/> >

lei-ordinaria-n-7754-2014-institui-o-programa-municipal-de-pacificacao-restaurativa-e-da-outras-providencias >. Acesso em: 23 abr. 2021.

EVANS, Katherine; VAANDERING, Dorothy. **Justiça Restaurativa na Educação: Promover Responsabilidade, Cura e Esperança nas Escolas**. 1 ed. São Paulo: Palas Athena, 2018.

LONDRINA. Lei Nº 12.467, de 06 de dezembro de 2016. Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/a/pr/l/londrina/lei-ordinaria/2016/1246/12467/lei-ordinaria-n-12467-2016-cria-o-programa-municipal-de-praticas-restaurativas-nas-escolas-municipais-e-da-outras-providencias> >. Acesso em 05 jun. 2021.

PASSO FUNDO. Lei Nº 5165, de 03 de dezembro de 2015. Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/passos-fundo/lei-ordinaria/2015/516/5165/lei-ordinaria-n-5165-2015-institui-o-programa-municipal-de-pacificacao-restaurativa-e-da-outras-providencias?r=p> >. Acesso em 06 jun. 2021.

PINTO, Feistel Cristiane Raquel; NIELSSON, Graciele Joice. **A Justiça Restaurativa como instrumento de responsabilização de adolescentes infratores**, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/13118-7039-1-PB.pdf> Acesso em 16 de junho de 2020.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares de construção de paz**. 4.ed. São Paulo: Palas Athena, 2019.

RAVAZZANO, Fernanda. **Resolução nº 225/16 do CNJ e a justiça restaurativa: diálogo vs. Ódio**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/346975445/resolucao-n-225-16-do-cnj-e-a-justica-restaurativa-dialogo-vs-> Acesso em: 18 de junho de 2020.

RIO DE JANEIRO (ESTADO), Ministério Público. **A Justiça Restaurativa no Ambiente Escolar**, 2016. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/69946/cartilha_justica_restaurativa.pdf Acesso em 19 de junho de 2020.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. Tradução de Mário Vilela. 2ª Ed. São Paulo: Ágora, 2006.

SANTOS, Mayta Lobo dos; GOMIDE, Paula Inez Cunha. **Justiça Restaurativa na Escola: Aplicação e Avaliação do Programa**. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2014.

SÃO PAULO (ESTADO), Ministério Público. **Curso de Introdução à Justiça Restaurativa para Educadores**, 2012. Disponível em: <http://www.educacao.sp.gov.br/spec/wp-content/uploads/2013/02/Manual-Pr%C3%A1tico-de-Justi%C3%A7a-Restaurativa-Minist%C3%A9rio-P%C3%ABlico.pdf> Acesso em 12 de junho de 2020.

SILVA, Linara; FARIAS, Jaice Lourdes. **O Papel da Mediação e da Justiça Restaurativa no tratamento de conflitos escolares**. In: Eliane Thaines Bodah. (Org.). *Conversa Entre Educadores – Diversidade de Saberes*. 1ª ed. Passo Fundo: Projeto Passo Fundo, 2016, v.,p.55-74

_____. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça – justiça restaurativa**. Tradução de Tônia VanAcker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2.ed.rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: Justiça Restaurativa para o nosso tempo**. 4 ed. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Violência obstétrica e gênero: o que o direito penal tem a dizer? ¹

Bruna Thiane Klein ²

Josiane Petry Faria ³

Introdução

O artigo possui como tema geral a violência obstétrica, e acima disso, a violência obstétrica como reflexo da desigualdade de gênero no âmbito do direito penal e pretende responder a seguinte questão: Ao averiguar os efeitos jurídicos, físicos e psicológicos que derivam da violência obstétrica como resultado estrutural da desigualdade de gênero, é necessária criação regulamentação penal específica?

Pretende avaliar a necessidade de uma regulamentação penal punitiva específica sobre Violência Obstétrica, observando os marcos históricos sobre a liberdade sexual da mulher, o abuso antes, durante e após o trabalho de parto, e o que o direito penal brasileiro tem a dizer sobre o descompromisso e atraso das autoridades legais brasileiras diante da situação da assistência ao parto e nascimento. Tem como objetivos específicos identificar o que é a violência obstétrica e observar a historicidade da mulher; conceituar violência de gênero; comparar normas vigentes de países da América do Sul; e, elucidar a necessidade de norma penal específica.

¹ Artigo científico da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, produzido no ano de 2021.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 165055@upf.br

³ Professora Doutora do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Orientadora. jfaria@upf.br.

O presente tema teve sua escolha motivada pelo interesse em avanços relacionados à medicina da mulher, pela preferência nas matérias Penais, decorrente do apreço por movimentos feministas e por esta que escreve ser mulher. Demonstrar que a violência obstétrica é prática que fere diariamente os direitos fundamentais das mulheres, principalmente as brasileiras, desamparadas pela legislação penal, é parte de um dos objetivos, sendo necessário observar os casos de violência obstétrica presentes no país.

1 Dos direitos sexuais e reprodutivos: marcos históricos sobre a liberdade sexual da mulher

Liberdade e igualdade, além de serem princípios básicos dos Direitos Humanos, reconhecem que todas as pessoas se orientam livremente no campo sexual e gozam de igual respeito à dignidade. Ao contrário da vitimização, a situação de vulnerabilidade assume a perspectiva da igualdade e da dignidade, e é utilizada como pano de fundo em situações de injustiça, que assolam inúmeras identidades e costumes sexuais. Liberdade e igualdade são proteções e garantias da dignidade que se sobrepõem (RIOS, 2006, p. 83 e 84). A mulher, sujeito de direito, está assegurada de direitos previstos na Constituição Federal de 1988, tais como o princípio da igualdade (artigo 5º, inciso I)⁴ que visa assegurar a proteção contra todas as formas de discriminação; o princípio da legalidade (artigo, 5º, inciso II)⁵ que assegura sua autonomia e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III)⁶, além da proteção à vida, à saúde, à infância e à maternidade (VELOSO; SERRA, 2016, p. 21).

A dignidade da pessoa humana, embora não seja a única, é o principal fundamento da República Federativa do Brasil, inclusa no rol dos direitos

⁴ Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

⁵ Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

⁶ A dignidade da pessoa humana

e garantias fundamentais. Segundo Barroso (2010, p. 24-26), um dos principais elementos ligados à dignidade da pessoa humana é a autonomia (base de todos os direitos e está previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 1º, inciso III), a capacidade e o direito que todo cidadão tem de decidir suas escolhas na vida, sem imposições externas, e está voltada a um ser consciente responsável e dotado de vontade autônoma, e tais características não podem ser retiradas dele sem ferir sua dignidade. Apresentados os direitos atualmente assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é necessário compreender os marcos históricos que fazem parte da conquista feminina pelo próprio corpo.

Através de séculos, as mulheres sempre foram tratadas como seres sem significância, dispensáveis e sem voz, dependentes de homens e seu autoritarismo, vistas pela sociedade como mulheres respeitáveis ao obedecer às ordens do patriarca da família. Com o nascimento do Cristianismo, a Igreja passou a adestrar a sexualidade feminina. Segundo Mary Del Priore (2001, p. 46) o fundamento era simples: o homem era superior e, portanto, era dele o exercício da autoridade. O macho representava Cristo dentro da família, e assim, a mulher estava condenada ao pecado da Eva, (a primeira mulher, o ser que levou Adão ao pecado e o mal da humanidade) e deveria ser controlada.

Para a sociedade, a maternidade era (e ainda é nos dias de hoje) o ápice da vida da mulher. É no momento da maternidade que a mulher se afasta de Eva e se aproxima de Maria, o ser feminino que pariu virgem e deu vida ao salvador do mundo. O destino da mulher branca das famílias de elite da colônia era ser mãe. Durante o período colonial, todo conhecimento médico existente à respeito do corpo feminino dizia respeito à reprodução, trazendo o grande interesse médico sobre a Mãe (nome

dado ao útero) e a obsessão sobre o seu funcionamento (DEL PRIORE, 2001, p. 46, 47 e 82).

O conceito de direitos reprodutivos é novo e antigo, pois insere o pensamento feminista ente a discussão sobre a natalidade e fecundidade como questão de ordem pública e critica o fato anteriormente posto: as mulheres apareciam para a sociedade como corpos que precisavam ser regulados e as decisões não consultavam seus interesses ou opiniões (DORA; SILVEIRA, 1998, p. 37). Ainda, está vinculado à integridade corporal e autodeterminação sexual, juntamente com a determinação de que mulheres devem ser capazes de decidir se, quando e como querem ter seus filhos. O conceito teve origem a partir de movimentos feministas de controle de natalidade em 1830 e se espalhou pelo mundo ao longo do último século (CORREA; PETCHESKY, 1996, p. 151 e 152).

A integridade corporal, um princípio importante sobre direitos reprodutivos, está vinculado ao direito à segurança e controle sobre o próprio corpo, e esta atribuída à historicidade e seu desenvolvimento, incorporado à identidade pessoal e à cidadania, e depende do marco territorial. Ultrapassa qualquer cultura ou religião para uma denúncia de toda e qualquer forma de escravidão, tortura, estupro ou violência contra a mulher. Afirmar que a mulher deve ter controle sobre seu próprio corpo não significa dizer que os corpos das mulheres são meros objetos, “[...] denota a noção de corpo como parte integral do eu, cuja saúde e bem-estar (incluído o prazer sexual) formam a base necessária para a participação ativa na vida social.” (CORREA; PETCHESKY, 1996, p. 151 e 152). A integridade do corpo inclui o direito de não ser alienada, forçada ao sexo e ao casamento, à maternidade, a mutilação genital, a esterilização e a não proibição da homossexualidade, e é por estes motivos que no decorrer do tempo surgiram importantes movimentos feministas nos planos interno e

internacional para a promoção da liberdade sexual e para uma mudança no cenário jurídico brasileiro.

A saúde sexual e reprodutiva foi destaque em diversas conferências ao longo dos anos 1993 (Conferências de Direitos Humanos), 1994 (População e Desenvolvimento) e 1995 (IV Conferência Mundial sobre a Mulher) e todas reconheciam o direito de garantir direitos feministas nesses campos. A partir disso, a legislação brasileira passou a entender a necessidade de novas normas constitucionais para reforçar o direito à saúde no exercício a sexualidade e da reprodução.

Em 1994, se realizou em Cairo a Conferência Mundial de População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD), que introduziu no seu plano de ação novos olhares sobre questões populacionais, deixando de lado meras questões demográficas e de crescimento econômico para dar lugar à matéria relativa aos direitos reprodutivos humanos. O movimento internacional das mulheres, cansadas de princípios controlistas sobre seus corpos, trouxe como debate no Plano de Ação da Conferência Mundial de População e Desenvolvimento: Cairo, das Organizações das Nações Unidas, em 1994, as questões relativas ao direito reprodutivo em uma importante conferência, marco do processo de desenvolvimento e de respeito aos direitos humanos (BARSTED, 1999, p. 101).

O Brasil foi um importante ativista durante a formulação do Programa de Ação do Cairo, e foi dessa forma que nasceu O Programa de Assistência Integral à Saúde Mulher (PAISM), lançado pelo Ministério da Saúde em 1983 e consolidado em Cairo. Um programa para contemplação da saúde feminina e de regulação de fecundidade e que observa a saúde das mulheres durante seu ciclo vital, sendo anunciado como uma nova e diferenciada abordagem da saúde da mulher (OSIS, 1998, p. 25).

Segundo pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo juntamente com o Serviço Social do Comércio (SESC), em agosto de 2010,

“Mulheres brasileiras e Gênero nos espaços Público e Privado” entrevistou 2.365 mulheres e 1.181 homens, a partir dos 15 anos de idade, em vinte e cinco unidades federativas, cobrindo áreas urbana e rural. Conforme gênero, localidade e perfil socioeconômico, a pesquisa apontou que 74% das mulheres engravidavam, em média 3,5 vezes, e destas, 68% realizaram o parto inteiramente na rede pública de saúde, enquanto 16% realizaram na rede privada, 8% utilizaram ambas e 9% fora do âmbito hospitalar (em casa ou outro local). Relativo ao tratamento recebido durante o parto, 15% das mulheres relataram terem sofrido algum tipo de violência durante o atendimento, sendo que dentre estas 27% a atenção ao parto foi na saúde pública, 17% na rede privada e 31% em ambas (ABRAMO; SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO, 2010, p. 168-171).

Dentre as mulheres que sofreram algum tipo de violência, 10% relataram que o exame de toque foi doloroso, 10% não puderam usar algum tipo de alívio para dor, 9% foram tratadas aos gritos, 9% não foram informadas sobre o procedimento que estava realizando, 8% tiveram atendimento negado, 7% escutaram algum xingamento ou passaram por alguma humilhação e 1% relatou ter sido empurrada, amarrada, agredida e assediada sexualmente. Para os 23% que ouviram algum despropósito durante o parto, 15% disseram ter ouvido “não chora não que ano que vem você está aqui de novo”, 14% “na hora de fazer não chorou / não chamou a mamãe, porque está chorando agora?”, 6% “se gritar eu paro agora o que estou fazendo, não vou te atender” e 5% escutaram “se ficar gritando vai fazer mal para o seu neném, seu neném vai nascer surdo” (ABRAMO; SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO, 2010, p. 173 e 177).

Importante destacar as medidas significativas dispostas no Departamento de Informática do SUS (DATASUS)⁷, na página de análise de Saúde e Vigilância de Doenças Não Transmissíveis, a possibilidade de acompanhar no Painel de Monitoramento o índice de mortalidade materna e infantil de 1996 a 2020. Em 2019, em todo território nacional, 1.034 mulheres perderam a vida com causas obstétricas diretas e 479 com causas obstétricas indiretas. No mesmo ano, 35.293 foram as mortes infantis e fetais, sendo o sudeste com o maior índice de mortes (12.707).

Um dos maiores desafios do modelo de atenção ao parto se torna o de transformar as recomendações em práticas, com a adoção, em ambos os setores, de protocolos eficientes baseados em evidências científicas, visando o tratamento digno e de respeito às gestantes, independentes da classe econômico-social em que se encontram (DOMINGUES; ET AL, 2014. p. 114). Assim, em 2011 surge a portaria n. 1.459, de 24 de junho de 2011 que institui no âmbito do Sistema único de Saúde a Rede Cegonha.

A Rede Cegonha é um pacote de ações que tem como finalidade garantir a todas as mulheres um atendimento de qualidade, seguro e humano dentro do Sistema Único de Saúde, prestando assistência por meio do planejamento familiar desde o momento da descoberta da gravidez, no pré-natal, no parto, no pós-parto e nos primeiros dois anos da criança. A rede tem como objetivos promover um novo modelo de atenção à saúde da mulher, garantir acesso, acolhimento e reduzir a mortalidade materna e infantil.

O relatório Mulheres Resilientes – Cidades Resilientes, elaborado pelo Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (PNUD) foi um valioso projeto sobre o fortalecimento da perspectiva de gênero, saúde integral das

⁷ Departamento de informática do Sistema Único de Saúde do Brasil. Trata-se de um órgão da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde, com a responsabilidade de coletar, processar e disseminar informações sobre saúde.

mulheres e violência de gênero de 2019, como uma estratégia de avanço social e econômico, com objetivo de promover a autonomia financeira de jovens mulheres do território nacional. Uma vez que esta problemática aparece na vida feminina dentro das casas de saúde, é importante uma análise ainda mais aprofundada sobre questões de gênero e a vida gestacional da mulher.

2 Violência obstétrica e a desigualdade de gênero: o trabalho de parto abusivo

A violência de gênero contra as mulheres é resultado da ideologia da dominação masculina e que é produzida e reproduzida tanto por homens como por mulheres, sendo esta violência uma ação que transforma as diferenças em desigualdades hierárquicas visando a dominação, a exploração e a opressão. A condição de subordinação feminina perante o masculino incide principalmente sobre o corpo da mulher. Considerar o discurso masculino implica em entender que algumas mulheres se tornam “cúmplices” da violência por serem instrumentos da própria dominação masculina (SANTOS; IZUMINO, 2005, p. 3 e 4). A violência de gênero é aquela que, baseada no gênero, consiste em ação ou conduta que cause dano, sofrimento físico, sexual ou psicológico ou morte à mulher, em âmbito público ou privado, totalmente ligado a educação machista e ao poder patriarcal ao longo dos séculos (MOREIRA, 2014, p. 56).

Como ponto de preferência principal, a realidade e as experiências das mulheres (exclusão, invisibilização, neutralização e subordinação) são tomadas como fonte importante para o estudo da perspectiva de gênero. As desigualdades e discriminações baseadas no gênero são, em grande parte, decorrentes dos estereótipos sobre a mulher e o feminino. Severi (2016, p. 594), em seu texto, nos elucidou os pontos trazidos por Facio em sua obra de 1999 “*Cuando el género suena, cambios trae*”, relativos às formas distintas de manifestação do sexismo e os termos utilizados, como:

androcentrismo, dicotomismo sexual, sobregeneralização, sobre-especificação e o familismo. O androcentrismo, a forma mais generalizada de sexismo, é a forma de ver o mundo somente do ponto de vista masculino (branco, ocidental e heterossexual) e que utiliza o homem como forma de parâmetro humano. O androcentrismo pode se manifestar como misoginia (repúdio, ódio ou desprezo por mulheres) e como ginopia (impossibilidade de aceitar a existência do sexo feminino).

A adoção da perspectiva de gênero no sistema judiciário é uma obrigação internacional que o Brasil assumiu ao ratificar os tratados internacionais sobre os direitos humanos das mulheres. A eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, incluindo práticas baseadas no gênero ou estereótipos de inferioridade fazem parte da luta por justiça (SEVERI, 2016. p. 576).

Diretamente ligada com o processo de socialização patriarcal, o dicotomismo sexual consiste em tratar os sexos como realidades opostas e não com características semelhantes. Facio explica que, no dicotomismo “O dever ser de cada sexo consiste em partir da perspectiva de que há condutas ou características humanas que são mais apropriadas para um sexo do que para outro.” A sobregeneralização ocorre quando um estudo analisa apenas a conduta do sexo masculino e apresenta os resultados deste estudo como válidos para ambos os sexos. Já a sobre-especificação se dá quando uma necessidade ou comportamento humano é apresentado como algo específico apenas de um dos sexos, como o caso da responsabilidade pelo cuidado de filhos e filhas, que é considerada como algo exclusivo às mulheres (SEVERI, 2016, 595).

Além das anteriormente apontadas, como uma das expressões do sexismo mais generalizadas e importantes para o entendimento da Violência Obstétrica como uma violência de gênero, o familismo adota a mulher e a família como termos sinônimos dentro do campo jurídico,

garantindo às mulheres a identificação de mulher-família e mulher-reprodutora ao invés de mulher-pessoa. É necessário enfatizar que, a perspectiva de gênero não é tendenciosa ao sexo feminino, a perspectiva com preconceito ao gênero feminino fez parte da historicidade das sociedades durante muito tempo como ponto de vista neutro e objetivo. É por este motivo que existe dificuldade na análise dos fatos que abranja todos os gêneros, e não somente o do próprio ser humano responsável pela análise. Este exame dos fatos do ponto de vista neutro e objetivo, sem usar a perspectiva de gênero por si só, torna a realidade tendenciosa para os homens (FACIO, 2002, p. 89).

Conceituar a violência de gênero foi fundamental para explicar as diferenças entre os sexos ao longo dos anos e contribuiu para o novo discurso jurídico da mulher como sujeito de direitos durante o século XX. No Brasil, em 1980 surgem as Delegacias da Mulher, um dos maiores avanços em prol do fim da violência de gênero e em reconhecimento às mulheres em situação de violência, e em agosto de 2006 é sancionada a Lei Maria da Penha⁸, com o papel de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Um ponto importante da Lei brasileira é a conceituação da expressão *violência de gênero* em seus vários aspectos: físico, psicológico, patrimonial, econômico, trabalhista, institucional, sexual e de matrimônio. Segundo a Lei Maria da Penha, “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.” (SILVEIRA; NARDI; SPLINDLER, 2014, p. 325). O conceito de igualdade de gênero não trata

⁸ Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do inciso 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

somente de restabelecer as relações de poder, mas sim de restaurar a visão de igualdade de classe e raça. Como aponta Sueli Carneiro,

Quando falamos do mito da fragilidade feminina, que justificou historicamente a proteção paternalista dos homens sobre as mulheres, de que mulheres estão falando? Nós, mulheres negras, fazemos parte de um contingente de mulheres, provavelmente majoritário, que nunca reconheceram em si mesmas esse mito, porque nunca fomos tratadas como frágeis. Fazemos parte de um contingente de mulheres que trabalharam durante séculos como escravas nas lavouras ou nas ruas, como vendedoras, quituteiras, prostitutas... Mulheres que não entenderam nada quando as feministas disseram que as mulheres deveriam ganhar as ruas e trabalhar! Fazemos parte de um contingente de mulheres com identidade de objeto. Ontem, a serviço de frágeis sinhazinhas e de senhores de engenho tarados. Hoje, empregadas domésticas de mulheres liberadas e dondocas, ou de mulatas tipo exportação. (CARNEIRO, 2003, p. 49)

O pensamento feminista, no debate internacional, está marcado pela multiplicidade de diferenças que permeiam o social e que abrangem categorias de articulações e interseccionalidades. Segundo Piscitelli (2008, p. 267), observar a interseccionalidade significa fundir a ideia de diferença com a de desigualdade e permite perceber a coexistência de diversas abordagens, lembrando que a noção de poder trabalhada no conceito de gênero é utilizada de forma seletiva, ganhando destaque no caráter macroestrutural (PISCITELLI, 2008, p. 267). Embora a violência de gênero nasça em uma situação complexa, os fenômenos que a integram não são da mesma natureza e de mesma capacidade de determinação. Heleieth I.B. Saffioti (2001, p. 133) chama atenção para o risco da homogeneização, pois o papel dos sociólogos é importante para a o entendimento deste aspecto social e que necessita de transformação.

A ideia de que uma mulher negra é duplamente oprimida faz parte do pensamento interseccionalista. Analisar as diferentes formas políticas

que geram opressões e o desempoderamento das mulheres deve ser levado em conta ao estudar as formas de violência de gênero. No movimento feminista brasileiro, *enegrecendo o feminismo* é a expressão que busca tirar do centro do movimento a identidade branca e ocidental e revelar a insuficiência teórica e prática que deveria integrar a comunidade negra. Segundo Carneiro (2003, p. 118) “afirmamos e visibilizamos uma perspectiva feminista negra que emerge da condição específica do ser mulher, negra e, em geral, pobre, delineamos, por fim, o papel que essa perspectiva tem na luta anti-racista no Brasil.” A diversidade da concepção dos grupos feministas introduzem no movimento um processo que promove a afirmação das mulheres como sujeitos políticos e exige o reconhecimento das desigualdades existentes entre as próprias mulheres (CARNEIRO, 2003, p. 119).

Segundo Rita Laura Segato (2012, p. 117) as mulheres indígenas regularmente sofrem com a chantagem das autoridades da aldeia, pois se encontram divididas entre demonstrar lealdade à comunidade ou postergar em prol de suas demandas femininas. A construção da masculinidade também afeta a comunidade indígena, na qual o homem adquire atravessando provações e enfrentando a morte, provando habilidades de resistência, agressividade, capacidade de domínio e a cobrança ao “tributo feminino”. Ainda, nos povos indígenas se contemplam práticas transexuais estabilizadas, como é o caso do casamento de pessoas que o Ocidente compreende como do mesmo sexo.

Em 2001, chega ao Comitê de América Latina e Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem) relato de maus tratos cometidos na Argentina, e após as investigações referentes à violência obstétrica em hospitais da cidade de Rosário se iniciou um estudo embasado em declarações de mulheres pacientes em hospitais públicos, o que resultou no Observatório de Saúde, Gênero e Direitos Humanos. Após o

recolhimento de diversas informações, se compreendeu que durante as consultas ginecológicas ou obstétricas as mulheres haviam sido vítimas de diversos tipos de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (KONDO; WERNER, 2013, p. 140).

Tesser, Knobel, *et al.* (2015, p. 3) informam que a violência obstétrica já foi descrita com outras expressões, como “violência do parto”, “abuso obstétrico”, “desrespeito e abuso”, “violência de gênero no parto e aborto”, “violência institucional de gênero no parto e aborto”, “assistência desumana/desumanizada”, “crueldade no parto”, “violações dos Direitos Humanos das mulheres no parto”. Dentre diversas conceituações, os autores destacam os termos apontados por Bowser e Hill (2010) e as principais categorias de desrespeito e abuso nas instituições correspondentes, associando as mesmas aos direitos correspondentes, como tabela a seguir.

Categoria	Direito correspondente	Situações exemplares
Abuso físico.	Direito a estar livre de tratamento prejudicial e de maus tratos	Procedimentos sem justificativa clínica como cesáreas e episiotomias desnecessárias. Imobilização física em posições dolorosas.
Imposição de intervenções não consentidas. Intervenções aceitas com base em informações parciais ou distorcidas.	Direito à informação, ao consentimento informado e à recusa, e respeito pelas escolhas e preferências, incluindo acompanhantes durante o Atendimento de maternidade.	Mulheres que verbalmente e por escrito, não autorizam uma episiotomia. Recusa à aceitação de planos de parto. Indução à cesárea por motivos duvidosos.
Cuidado não confidencial ou privativo.	Confidencialidade e privacidade	Maternidades mantêm enfermarias de trabalho de parto coletivas, e usam a falta de privacidade como justificativa para desrespeitar o direito a acompanhantes
Cuidado indigno e abuso verbal.	Dignidade e respeito	Formas de comunicação desrespeitosas com as mulheres, subestimando e ridicularizando sua dor, desmoralizando seus

		pedidos de ajuda e humilhação de caráter sexual.
Discriminação baseada em certos atributos.	Igualdade, não discriminação, equidade da atenção.	Tratamento diferencial com base em atributos considerados positivos (casadas, brancas, adultas, de classe média) depreciando as que têm atributos considerados negativos (negras, mais jovens, pobres).
Abandono, negligência ou recusa de assistência	Direito ao cuidado à saúde em tempo oportuno e ao mais alto nível possível de saúde.	O abandono, a negligência ou recusa de assistência às mulheres demandantes, e a demora de assistência para casos de aborto.
Detenção nos serviços.	Liberdade, autonomia.	Pacientes retidas até o pagamento dos serviços, inclusive com detenções policiais.

TESSER, KNOBEL, *et al.*, 2015.

A violência obstétrica é aquela cometida contra a mulher durante a assistência pré-natal, parto, cesárea, pós-parto ou aborto e é ligada ao preconceito de gênero, de raça ou etnia, de classe econômica, de geração ou de orientação sexual (KONDO; WERNER, 2013, p. 139). Nas palavras de Veloso e Serra:

A violência obstétrica está diretamente relacionada à história do parto, e se fez presente, sobretudo, após a inserção da prática obstétrica na medicina em que o parto deixou de ser um episódio natural, compartilhado apenas no seio familiar, para se tornar uma espécie de evento no ambiente hospitalar, prática dominada pela medicina e institucionalizada nos hospitais (2016, p. 20).

D'Oliveira, Diniz e Schraiber (2002, p. 1681 e 1682) definem a violência contra mulheres nas instituições de saúde e apontam quatro tipos de violência: negligência (omissão do atendimento), violência psicológica (ameaças, tratamento hostil, gritos e humilhação), violência física (negar o alívio da dor quando há indicação técnica) e violência sexual (assédio sexual e estupro).

O entendimento de violência obstétrica como problema de saúde pública foi reforçado pela declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS) intitulada “Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde”, a criação da Iniciativa Hospital Amigo da Mãe e da Criança, e servem para viabilizar e prevenir qualquer tipo de violência na prática da saúde, tanto pública como privada (DINIZ; SALGADO; ANDREZZO; *et al*, 2015, p.3).

A declaração da Organização Mundial da Saúde publicada em 2014 tem como principal meta garantir a mulher uma condição de saúde em um padrão atingível, com dignidade e respeito, pelo motivo do grande sofrimento da população feminina durante o parto nas instituições de saúde, pelo desrespeito sofrido e pelos maus-tratos, o que além de configurar violação ao direito da mulher, fere o direito à vida, à vida, à saúde, à integridade física e à não-discriminação, visando assim o maior dialogo, pesquisa e mobilização neste tema de saúde pública e de direitos humanos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2014, p. 1).

Importante ressaltar as complicações da gestação no período da pandemia do Covid-19, que classificou as gestantes como grupo de risco pela Organização Mundial da Saúde (OMS) devido ao elevado risco de mortalidade. Diante das complicações para a gestação, é necessário refletir sobre o bem-estar da gestante e a importância do cuidado profissional, a fim de superar os inúmeros desafios que permeiam esse contexto (ESTRELA; ET AL, 2020, p.1 e 2).

O afastamento social é um dos meios de prevenção para a propagação da doença, entretanto algumas maternidades e hospitais têm adotado o isolamento no momento do parto, medida que diz respeito à não permissão de um acompanhante antes, durante e após o parto, direito que é apoiado no Brasil pela Lei nº 11.108/2005, a Lei do Acompanhante (ESTRELA; ET AL, 2020, 1 e 2). A partir de relatos relacionados às

experiências ruins durante o parto na pandemia, a ONG inglesa OpenDemocracy⁹ entrevistou dezenas de mulheres e organizações não governamentais, parteiras e obstetras da Argentina, Equador, México, Uruguai e Venezuela, que detalharam experiências de parto na pandemia que parecem infringir tanto as pautas internacionais quanto as leis nacionais (REA; CARRIÓN; CARIBONI, 2020, p.1).

Dentre os relatos, se vislumbra a denúncia de abusos verbais nos atendimentos em hospitais superlotados, a parturição sem acompanhante e a separação da gestante e do bebê por tempo indeterminado, sem a possibilidade de amamentação diretamente do peito mesmo com a existência de leis contra a violência obstétrica. A América Latina já possuía a maior taxa de cesáreas do mundo antes da pandemia, cerca de 40% dos nascimentos, mesmo com a orientação da Organização Mundial de Saúde de até 15%. A Organização Mundial de Saúde reiterou esta orientação no início da pandemia e determinou que as induções, cesárias e episiotomias que não contem com consentimento claro não são orientadas (REA; CARRIÓN; CARIBONI, 2020, p.1). Por estes motivos, regulamentações e sanções são fundamentais para a diminuição destas agressões contra as mulheres, sendo possível observar a evolução de países como a Argentina e a Venezuela, próximos territorialmente ao Brasil, e que demonstram grande avanço legal nacional.

3 O que o direito penal brasileiro tem a dizer: o descompromisso e atraso das autoridades legais brasileiras diante da situação da assistência ao parto e nascimento

Observado o crescimento do movimento feminista em prol da liberdade sexual ao decorrer do tempo, se pode perceber que o Brasil foi

⁹ONG inglesa voltada para a liberdade de expressão fundada por Anthony Barnett em 2001. O grupo tem atuado no Brasil em torno da questão indígena. É sustentada por George Soros, o ministério norueguês de relações exteriores da Noruega, a Fundação Rockefeller e a Fundação Ford.

um grande contribuidor para os avanços internacionais, como na formulação do Programa de Ação do Cairo, ainda que examinado os próprios atrasos legais quando se trata de violência obstétrica. Compreender que a violência sofrida no momento da maternidade é decorrente da desigualdade de gênero e que necessita de regulamentação legal é imprescritível para um crescimento ainda maior da igualdade sexual.

A América do Sul possui um dos maiores índices de violência obstétrica do mundo, e foi este um dos fatores para a construção de leis específicas na Argentina (Leis n. 25.929/04 e 26.485/09) e Venezuela (Lei n. 38.647/07), por reconhecerem a importância do bem jurídico tutelado. A lei da Venezuela, nominada *Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia* tem como objetivo promover o direito das mulheres, criando condições para uma vida livre, detalhando os tipos de violência conhecidos, ordenando políticas públicas e apontando os artigos penais e de responsabilidade civil equivalentes de cada problema. A lei conta com artigos específicos sobre majorantes, as possibilidades de trabalho comunitário e o local de cumprimento da pena.

Já a Argentina possui duas legislações sobre o tema, a primeira (Lei n. 25.929/04) a *Ley Nacional de Parto Respetado*, lei mais geral sobre os danos causados às mulheres, estabelece os benefícios que os planos de saúde coletivos regidos pelas leis nacionais e as entidades da medicina privada devem proporcionar,

Establece las prestaciones que las obras sociales regidas por leyes nacionales y las entidades de medicina prepaga deben brindar obligatoriamente, derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y postparto, derechos de toda persona recién nacida y derechos de los padres de la persona recién nacida en situación de riesgo (2004, p. 1).

O seu texto, trata, além dos direitos da mulher grávida, em trabalho e parto e no pós parto (artigo 2º), dos direitos do recém-nascido (artigo 3º) e dos direitos do pai e da mãe do recém-nascido em situação de risco (artigo 4º).

Em sua lei 26.485/09, a *Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*, estabelece programas de diminuição da violência e aponta os passos a serem seguidos para efetuar a denúncia de maus-tratos e a forma da audiência. Importante destacar que esta lei informa os prazos processuais a serem seguidos, o que é extremamente importante para um prosseguimento processual e para a razoável duração do processo legal. A análise do dispositivo argentino evidencia o relativo descompromisso e atraso das autoridades legais brasileiras diante da situação da assistência ao parto e nascimento, visto que há 14 anos a Argentina já pensava sobre violência obstétrica num âmbito federal e busca seu combate através de legislação de alcance nacional.

Apesar de estar longe de países como a Venezuela e a Argentina, o Brasil possui pequenos avanços dignos de serem ressaltados. A nível estadual, a Lei 17.097, de 17 de janeiro de 2017, de Santa Catarina, dispõe sobre medidas de proteção a gestantes e parturientes. Federalmente, a Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005 garante a presença de acompanhante para gestantes “durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS” (BRASIL, 2005), entretanto não faz menção a qualquer sanção para os serviços de saúde que a infringirem. A Lei n. 17.097/2017 de Santa Catarina trouxe dispositivos que são replicados nas Leis n. 23.175/2018, do Estado de Minas Gerais, e n.º 5.217/2018, do Estado do Mato Grosso do Sul.

O Ministério da Saúde possui duas portarias pouco conhecidas, a Portaria n. 1.067 – GM, de 4 de julho de 2005, e n. 1.820, de 13 de agosto de 2009. Na primeira, “constam os princípios, diretrizes e referências para o atendimento à saúde da mulher em seus processos reprodutivos e ao recém-nascido, ao passo que a segunda constitui o dispositivo legal que caracteriza os direitos e deveres dos usuários da saúde” (REDE PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 24). Ambas apontam os aspectos que envolvem o atendimento humanizado e são complementadas pela Resolução RDC n 36, de 3 de julho de 2008, da ANVISA, que dispõe o regulamento técnico para o funcionamento dos serviços de atenção obstétrica e neonatal.

Atualmente, no Brasil, possuem 3 projetos de lei sobre a violência obstétrica que trazem regras para o tratamento de mães e bebês, PL n. 7.633/2014, 7.867/2017 e 8.219/2017, entretanto estes projetos permanecem atualmente sem prosseguimento na Câmara dos Deputados. Apesar da demora legislativa, alguns Estados realizam a garantia de um parto humanizado de outras maneiras, como é o caso do Estado de São Paulo, com a Lei n. 15.759/2015, que prevê, entre seus artigos a harmonização entre segurança e bem-estar da gestante e do nascituro; a mínima interferência por parte do médico; a preferência pela utilização dos métodos menos invasivos e mais naturais; a possibilidade de escolha entre métodos natais quando implicar risco para sua segurança; a plena informação à gestante e à seu acompanhante.

Em seu Artigo 13 a Lei de São Paulo ainda dispõe sobre as práticas vedadas e que devem ser observadas pela equipe médica e hospitalar, pois possuem a possibilidade de se tornarem objeto de justificação, que será averbada ao prontuário médico após a entrega de cópia à gestante ou ao seu cônjuge, companheiro ou parente. Ficam sujeitas à justificação as práticas de administração de enemas; administração de ocitocina, para

acelerar o trabalho de parto; esforços de puxo dirigidos durante processo expulsivo; amniotomia e episiotomia.

Neste mesmo sentido, o Estado do Paraná também possui as Leis de n. 19.701/2018 e 20.127/2020, sendo a segunda o objeto de modificação da primeira. Ambas as leis confirmam a importância do respeito à gestante e ao nascituro. A novidade é que a Lei 19.701/2018, além de garantir o direito a informação e a possibilidade da escolha da mulher para a realização de exames, apresenta as formas de punição daqueles que a descumprirem. Seu artigo Artigo 9º prevê aos estabelecimentos o pagamento de multa no valor de 1.000 UPF/PR (mil vezes a Unidade Padrão Fiscal do Paraná), aplicada em dobro em caso de reincidência e aos profissionais de saúde o pagamento de multa no valor de 100 UPF/PR (cem vezes a Unidade Padrão Fiscal do Paraná), também aplicada em dobro em caso de reincidência.

Dessa maneira, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é possível enquadrar a violência obstétrica como lesão corporal ou homicídio, nos casos que resultarem em morte da parturiente. Ainda, é possível se falar em dolo eventual, com a presunção da repercussão, culpa consciente, onde se assume o risco ainda que não tenha o que se falar em intenção do resultado, e, por fim, culpa inconsciente, onde não se prevê e não quer atingir o resultado (TOLEDO; JANOLIO, 2020 p. 16).

Importante ressaltar que no Brasil é utilizado o Código Civil na esfera cível para eventual responsabilização, como a reparação por danos morais e materiais (artigo 186), podendo ser aplicado concomitantemente ao artigo 927. Além disso, se pode destacar o Código de Ética Médica (CEM), cuja regulamentação traz algumas situações relevantes para a visibilidade da violência obstétrica, como é o caso do artigo 1º, que veda o médico causar dano ao paciente, e o artigo 14, extremamente importante, pois regula os procedimentos de episiotomia. Ainda neste quesito, os artigos 22, 23 e 24 regulamentam os atos praticados pelo médico e o desrespeito

à gestante e à violação do direito de escolha da paciente (SPACOV; SILVA, 2019, p. 12 e 13).

Para que as mudanças no cenário nacional ocorram, é necessário ainda mais visibilidade para os casos de violência em hospitais, oportunizando as mães demonstrarem seu descontento com a realização do trabalho de parto e maior interesse dos legisladores em sancionar normas para a ampliação do direito sexual e a diminuição da desigualdade de gênero.

Considerações finais

Se pode perceber a evolução dos direitos sexuais e reprodutivos que permeiam a vida feminina, ainda que existam futuros avanços necessários para uma maior qualidade de vida e igualdade sexual. A prá atividade do Brasil em diversas convenções internacionais possibilitou maior visibilidade para o direito à liberdade sexual em território nacional e contribuiu para criação de movimentos importantes, como O Programa de Assistência Integral à Saúde Mulher e pesquisas da Fundação Perseu Abramo sobre a violência obstétrica.

Importante ressaltar que a falta de direitos sexuais implica diretamente na desigualdade de gênero, a qual é resultado da ideologia da dominação masculina e que é produzida e reproduzida tanto por homens como por mulheres. Esta desigualdade se estende também ao próprio grupo feminino de brancas, negras e indígenas, sendo necessário estudo distintivo sobre cada grupo, pois cada um necessita de um tipo diferente de cuidado.

Assim, se compreendeu que violência obstétrica é uma forma de desigualdade e violência de gênero, voltada a vida materna da mulher, que provoca condições degradantes no pré-parto, parto e pós-parto. Esta violência sofrida nas maternidades resulta em más memórias sobre a

gestação, em medo ocasionado pela desinformação e maior número de cesáreas desnecessárias. Por estes motivos, regulamentações e sanções são fundamentais para a diminuição destas agressões contra as mulheres, visto que o desamparo da legislação nacional sobre o tema torna difícil o controle dos médicos e dos hospitais, e ainda contribui para a desinformação feminina sobre seus direitos.

Observado os países próximos ao Brasil geograficamente, a Argentina e a Venezuela se encontram adiantadas legislativamente para coibir a violência obstétrica e amparar as mulheres que não conseguiram atingir o parto meramente humano. Ao averiguar os efeitos jurídicos, físicos e psicológicos que derivam da violência obstétrica como resultado estrutural da desigualdade de gênero, se compreende a necessária criação de legislação específica em território nacional, visto o desamparo atual das mulheres brasileiras e a falta de sanção das leis atuais. Dar prosseguimento aos projetos em tramitação parados na Câmara dos Deputados e possibilitar maior visibilidade para as leis estaduais se torna o primeiro passo para o avanço legislativo, para assegurar o direito sexual e reprodutivo das mulheres e diminuir a violência sofrida nas maternidades através de sanções eficazes, reduzindo os maus-tratos, o medo e a desinformação.

Referências

- ABRAMO, Fundação Perseu, SESC. **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado**. Agosto de 2010. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/publicacao/pesquisa-mulheres-brasileiras-e-genero-nos-espacos-publico-e-privado-2010/>. Acesso em: 21 set. 2020.
- ARGENTINA. Ley n° 25.929 de 2004. **Ley Nacional de Parto Respetado**. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**.

Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em <<https://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BARSTED, Leila Linhares. GARCEZ, Elizabeth. **As mulheres e os Direitos Civis**. Rio de Janeiro: CEPIA, 1999.

BRASIL. **Decreto Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: **a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero**. Empreendimentos Sociais & Takano Cidadania, Racismos contemporâneos. Rio de Janeiro: Takano Editora, 2003.

CORRÊA, Sonia. PETCHESKY, Rosalind. **Direitos Sexuais e Reprodutivos: uma Perspectiva Feminista**. Rio de Janeiro: Revista Saúde Coletiva, 1996

CSP, Cadernos de saúde Pública. **Trinta anos de Sistema Único de Saúde (SUS): uma transição necessária, mas insuficiente**. Bahia: Cadernos De Saúde Pública, 2018.

DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. 5 ed. São Paulo: Contexto, 2001

DINIZ, Simone Grilo. et al. **Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção**. Journal of Human Growth and Development: out. 2015. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org>> Acesso em: 10 abr. 2020.

DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira, et al. Processo de decisão pelo tipo de parto no Brasil: **da preferência inicial das mulheres à via de parto final**. Rio de Janeiro: Cadernos de Saúde Pública, 2014.

DORA, Denise Dourado. SILVEIRA, Domingos Dresch. **Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos**. Porto Alegre: Themis, 1998.

D´OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; DINIZ, Simone Grilo; SCHRAIBER, Lilia Blima. **Violence against women in health care institutions: an emerging problem**. Lancet, 359(11), 2002. (p. 1681-1685). Disponível em: <http://www.hu.usp.br/wp-content/uploads/sites/748/2020/07/SH_6.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

ESTRELA, Fernanda Matheus. ET AL. **Gestantes no contexto da pandemia da Covid-19: reflexões e desafios**. Revista de Saúde Coletiva: Rio de Janeiro, 2020.

FACIO, Alda. **Con los lentes Del gênero se ve otra justicia**. Colombia: El otro derecho, 2002.

KONDO, Cristiane. WERNER, Lara. **Violência obstétrica e sua configuração no Brasil**. *In: Direitos Humanos no Brasil 2013: Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2013*. (p.139 – 144). São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, nov. 2013. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/8m665/pdf/rohden-9788575413999.pdf>>. Acesso em 5 mai. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. DATASUS: **Departamento de Informática do SUS**. Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

MORERA, Jaime Alonso Caravaca, et. al. **Violência de gênero: Um olhar histórico**. HIST. ENF. REV. ELETR (HERE): 2014. Disponível em <<http://www.here.abennacional.org.br>> Acesso em: 25 mai. 2020.

PISCITELLI, Adriana. **Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras**. vol. 11. n. 2 Goiânia: Sociedade e cultura, 2008.

ORAGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. Suíça: 2014. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

OSIS, Maria José Martins Duarte. **PAISM: um marco na abordagem da saúde reprodutiva no Brasil**. Rio de Janeiro: Cad. Saúde Pública, 1998.

REA, Daniela. CARRIÓN, Lydiette. CARIBONI, Diana. **Mujeres de América Latina ‘bajo presión’ para aceptar cesáreas durante la pandemia**. OPENDEMOCRACY. Jul 2020. Disponível em: <<https://www.opendemocracy.net>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

REDE PARTO DO PRINCÍPIO. **Violência Obstétrica - "Parirás com dor"**. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. Brasília: 2012.

RIOS, Roger Raupp. **Para um direito democrático da sexualidade**. ano 12, n. 26, p. 71-100. Porto Alegre: Horizontes Antropológicos, 2006.

SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. **Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero:** *Notas sobre Estudos Feministas no Brasil*. Tel Aviv: Estudios Intedisciplinarios de América Latina y El Caribe, 2005.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. Cadernos Pagu: 2001.

SEGATO, Rita Laura. **Gênero e colonialidade:** em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra: 2012. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/eces/1533>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Justiça em uma perspectiva de gênero:** elementos teóricos, normativos e metodológicos. vol. 3, n. 3. São Paulo: Revista Digital de Direito Administrativo, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda>>. Acesso em 14 de out. 2020.

SILVEIRA, Raquel da Silva; NARDI, Henrique Caetano; SPLINDLER, Giselle. **Articulações entre gênero e raça/cor em situações de violência de gênero**. Psicologia & Sociedade, 2014.

SPACOV, Lara Vieira; SILVA, Diogo Severino Ramos. **Violência obstétrica: um olhar jurídico desta problemática no Brasil**. Derecho y Cambio Social: 2019.

TESSER, C. D. et al. **Violência obstétrica e prevenção quaternária:** o que é e o que fazer. Rev Bras Med Fam Comunidade, p. 10(35): 1-12, 2015. Disponível em: <<https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

TOLEDO, Flávia Benício; JANOLIO, Luciana Ferreira Fonseca. **A institucionalização da violência obstétrica como uma violência médica e de gênero**. Rio de Janeiro: ANPUH, 2020.

VELOSO, Roberto Carvalho; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. **Reflexos da responsabilidade civil e penal nos casos de violência obstétrica**. vol. 2. n. 1. p. 18 – 37. Minas Gerais: Revista de Gênero, Sexualidade e Direito, 2016. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

O direito personalíssimo ao tempo e a possibilidade de indenização ¹

*Cecília Rosa Weiler²
Vanderlise Wentz Baú³*

Introdução

Uma das características do Direito contemporâneo, não só no Brasil, mas na maioria das democracias constitucionais, é a ubiquidade dos direitos de personalidade, os quais passaram a ser invocados nos mais variados cenários e contextos.

Nos últimos anos, o gerenciamento do tempo passou a ser alvo de discussões ao redor do globo, uma vez que a sensação de sua escassez tem se tornando corriqueira. É fato que, com a velocidade de informações, resultado dos avanços científicos e tecnológicos, o tempo na vida moderna tem assumido uma nova dimensão.

A velocidade é o novo padrão de comportamento adotado por aqueles que almejam o sucesso, de modo que o tempo em família, bem como aquele destinado às atividades de lazer, é delegado pela sociedade atual. O resultado é um indivíduo estressado, neurótico e, conseqüentemente, menos produtivo e feliz!

Considerado um recurso muito valioso, o tempo passou a ser um meio de investimento das empresas modernas, notadamente as digitais,

¹ Artigo científico produzido no Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 155547@upf.br.

³ Professora Mestra da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientadora da pesquisa realizada. E-mail: wentz@upf.br.

cujo objetivo é fazer com o que o indivíduo utilize uma porção considerável do seu dia nos aplicativos digitais. Por meio dos seus algoritmos, os softwares estimulam os usuários a retornarem à rede social.

Consistindo em um fator estimado pela sociedade contemporânea e tratando-se de um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, entende-se primordial o reconhecimento do tempo como um direito de personalidade, promovendo a proteção da integridade intelectual.

Sendo uma decorrência lógica desse pressuposto, conjectura-se que a violação do direito ao tempo enseja a caracterização da responsabilidade civil, materializada na reparação do dano moral, prestigiando a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

1. Direitos e garantias fundamentais

Os direitos humanos passaram a ser proclamados em documentos de direito internacional no período pós Segunda Guerra Mundial, como resposta às atrocidades a que foram submetidas inúmeras pessoas no período da Guerra. Esses direitos, na mesma lógica, passaram a ser incorporados internamente e consagrados nas constituições dos Estados-Nação, quando, então, recebem a denominação de direitos e garantias fundamentais.

Ao elaborar a Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte evidenciou a importância dos direitos e garantias fundamentais logo ao preâmbulo, com o propósito de instituir “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”.

Nota-se, com atenção, que as normas que dispõem acerca dos direitos fundamentais são tidas como condições necessárias à construção e ao

exercício de todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 265).

Consagrados no Título II da Magna Carta, os direitos fundamentais, de forma genérica, são os direitos humanos positivados no âmbito interno do Estado Brasileiro, e que constituem a base essencial para a construção de todo sistema normativo pátrio (MASSON, 2019, p. 214).

A expressão “direitos fundamentais do homem” designa as prerrogativas e instituições que concretizam garantias de uma convivência digna, livre e igual à todas as pessoas, impondo por meio da soberania popular, uma limitação aos poderes constituídos do Estado que dela dependem e, por vezes, uma efetiva atuação estatal para sua concreta implementação (SILVA, 2005, p. 178).

Nessa acepção, Sarlet recorda o julgado Lüth de 1958, em que o Tribunal Federal Constitucional Alemão reconheceu que os direitos fundamentais não se restringem à condição de direitos subjetivos dos indivíduos frente ao Estado, mas também como decisões valorativas que influenciam todo o ordenamento jurídico e estabelecem diretrizes para a atuação dos Poderes Públicos (2012, p. 125).

Como direitos subjetivos, protegem posições jurídicas ativas das pessoas, considerando-as individual ou coletivamente. Assim, há um aspecto formal, de positivação, e um aspecto material, de conteúdo, que os caracterizam, embora possa haver direitos materialmente fundamentais, sem a formal positivação ou o contrário (ROCHA JÚNIOR, 2017, p. 62).

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana é visto como um relevante critério para identificação dos direitos fundamentais. Quanto ao ponto, Branco sustenta que em sentido material, os direitos e garantias fundamentais são pretensões que, em cada momento histórico, descobrem-se a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana (2007, p. 336).

Os direitos fundamentais constituem, portanto, a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático, na medida em que outorgam aos seus titulares a prerrogativa de impor os seus interesses em face dos Poderes constituídos. São direitos que não se excluem, mas se complementam ao longo da história em que são reconhecidos e consagrados (SARLET, 2006, p. 54).

Consistindo em uma garantia de todos os seres humanos, é dever do Estado assegurar o livre exercício dos direitos fundamentais e mesmo implementá-los, a exemplo do que ocorre em relação aos direitos sociais, prestigiando o princípio máximo da dignidade da pessoa humana e respeitando o princípio da igualdade.

No rol dos direitos e garantias fundamentais consagrado pelo legislador constitucional pátrio encontram-se os direitos de personalidade, que merecem uma abordagem preliminar ao enfrentamento do estudo do direito personalíssimo ao tempo.

1.2 Direitos de personalidade

Cuidando-se de direitos subjetivos, os direitos de personalidade são inatos à pessoa humana, cujo objeto é a sua integridade física, intelectual e moral. Traduzem-se em garantias inerentes à dignidade, cujas particularidades lhes conferem posição singular.

O reconhecimento do direito à personalidade é relativamente recente e tem sua origem histórica na Declaração dos Direitos do Homem, das Nações Unidas (1789), bem como da Convenção Europeia de 1950 (GONÇALVES, 2020, p. 200).

Os traumas que marcaram a sociedade ocidental do pós-guerra impuseram a efetiva tutela dos direitos humanos no âmbito dos documentos internacionais e, também, dos ordenamentos jurídicos contemporâneos dos Estados-Nação (BOBBIO, 1995, p. 23).

Consistem em direitos que o ser humano possui em razão de sua própria existência, uma vez que se vinculam a atributos fundamentais, sem os quais a figura da pessoa humana seria inconcebível. São considerados a base de fundamentação de todo o ordenamento jusprivatista e a razão de ser do direito civil contemporâneo (BORGES, 2007, p. 14-15).

A respeito do tema, leciona Mello:

Os elementos intrínsecos à pessoa como tal, em toda a sua complexidade natural e histórica, racional e emocional, irrompem como fundamentais para garantir a felicidade humana, e essa fundamentalidade não pôde mais ser ignorada pelo sistema jurídico. A honra, a reputação, a imagem, o nome e os atributos humanos que determinam a positividade ou negatividade das relações da pessoa com outros indivíduos e a comunidade em geral; a afetividade, a sexualidade, a integridade física e psíquica, todos os fatores fisiológicos, psicológicos e emocionais que são decisivos para o bem-estar humano compõem, da mesma forma, um conjunto de elementos que, dada a sua fundamentalidade para a felicidade do homem, exigem a atenção incisiva do direito (2006, p. 73-74).

Da conjugação da dignidade da pessoa humana com o livre desenvolvimento da personalidade é possível definir um direito geral da personalidade que se manifesta na proteção da imagem, da voz, da honra, da intimidade, da vida privada e outros direitos que fogem à construção típica e casuística (HECK, 2011, p. 66-67).

A personalidade não engloba somente aquilo que a pessoa é, mas também toda a sua potencialidade de vir a ser. A sustentação ao pleno desenvolvimento da personalidade visa, essencialmente, a tutela das liberdades e seus elementos potencializadores (GONÇALVES, 2008, p. 96).

Ao trazer a possibilidade de o homem dirigir a sua vida de acordo com a sua vontade, a autodeterminação permite a livre realização da

pessoa, protegendo e promovendo as decisões individuais que determinam o ser humano e são, no mais, manifestações individuais da sua própria personalidade (BADILLA, 2006, p. 89).

Nacionalmente, referidos direitos estão consagrados na Constituição Federal, com ênfase ao artigo 5º, inciso X⁴, assim como no Código Civil de 2002, ao Capítulo II. Em termos de legislação, ressalta-se, também, a cláusula de abertura da Constituição, que, ao possibilitar a entrada de outros direitos no ordenamento jurídico brasileiro, muitas vezes decorrentes de atos, tratados, convenções, ou outros instrumentos que buscam produzir efeitos juridicamente completos⁵, resolve que o rol dos direitos de personalidade não é taxativo.

Nas palavras de Figueiredo, os direitos de personalidade não podem, de maneira alguma, constituir um rol taxativo, mas, sim, devem ser aferidos em cada relação jurídica concreta, pois são direitos que o homem possui pela sua condição humana. Tratando-se de personalidade, não cabe falar de taxatividade de direitos, posto que são o mínimo para a existência digna do ser humano (2014).

Nessa acepção, complementa Oliveira:

Também é importante ressaltar que o rol de direitos da personalidade é considerado ilimitado, segundo o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil¹⁸. Não obstante o Código Civil traga alguns exemplos do art. 11 ao art. 21, esse rol se configura de forma exemplificativa, pois é inviável taxar quais direitos podem ser resguardados pela personalidade. Isso se deve principalmente ao progresso da economia e da ciência, que, muito provável,

⁴ 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:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁵ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

poderá futuramente aumentar a gama de possibilidades a serem previstas em leis. Atualmente, muitas pessoas comentem ofensas graves mediante o uso de redes sociais, por exemplo. Obviamente, a internet foi um avanço tecnológico para o desenvolvimento de muitas atividades do dia a dia, todavia, se usada de modo incorreto, pode acarretar muitos prejuízos para quem utiliza desse mecanismo. Por isso, com a celeridade das informações e com o desenvolvimento da ciência, fica cada vez mais inviável delimitar o rol de direitos a serem protegidos (2019, p. 10).

O direito é um instrumento de controle social e, com fundamento nos ensinamentos de Émile Durkheim, é a grande coluna que sustenta a sociedade, pois criado pelo homem para corrigir a sua imperfeição, representando um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida (1960, p. 17).

Desse modo, não é de se questionar a aceitabilidade do surgimento de novos direitos de personalidade, mormente tendo em vista a constante transformação da sociedade moderna e a conseqüente necessidade de outorgar proteção a esses novos direitos.

Em uma realidade de sociedade em que a velocidade é o novo padrão de comportamento, há a necessidade de adaptação do ordenamento jurídico às novas relações, notadamente, no que diz respeito à dimensão que o tempo passa a ocupar nesse novo contexto.

Isso posto, concebendo-se que o direito ao tempo consiste em um elemento de grande valia para a sociedade moderna, bem como considerando ser ele objeto de proteção em diversos dispositivos já consagrados ao texto constitucional, faz-se imperioso o debate acerca do seu reconhecimento como um direito de personalidade.

2. A proteção do tempo como justificativa na Constituição Federal de 1988

Como um desdobramento da dignidade humana, o direito ao tempo é tutelado em diversos dispositivos constitucionais. A Constituição Federal,

ao conferir amparo às relações humanas, nas quais o tempo é tido como uma base de sua desenvoltura, acaba por concretizá-lo como um atributo da personalidade.

A formação de uma consciência social, baseada em valores fixados na crença de uma ordem superior e universal, faz com que o legislador ou os tribunais encontrem substrato político e social para o reconhecimento da existência de determinados direitos como integrantes do ordenamento jurídico (MORAES, 2005, p. 16).

A Magna Carta, ao tutelar os direitos e deveres individuais e coletivos, faz menção expressa ao tempo do cidadão logo em seu artigo 5º, incisos XV⁶, XLVII⁷ e LXXV⁸, ao dispor sobre a livre locomoção em tempos de paz, a proibição da pena de caráter perpétuo e a indenização devida pelo Estado ao condenado por erro judiciário, que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Os artigos 6º e 7º, por sua vez, enumeram os direitos sociais, sendo possível observar a devida proteção ao tempo, em especial, ao artigo 7º, incisos III⁹, XVII¹⁰, XVIII¹¹, XIX¹² e XXI¹³, ao assegurar aos trabalhadores o mínimo necessário para sua subsistência digna, tutelando-se o direito ao fundo de garantia do tempo de serviço, gozo de férias anuais remuneradas, licença-maternidade, licença-paternidade e aviso prévio proporcional.

⁶ [...], XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

⁷ [...], XLVII - não haverá penas:

b) de caráter perpétuo;

⁸ [...], LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
III - fundo de garantia do tempo de serviço;

¹⁰ [...], XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

¹¹ [...], XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

¹² [...], XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

¹³ [...], XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

A relevância do tempo da pessoa humana é demonstrada, também, ao art. 37, inciso IX¹⁴, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, estabelecendo que o tempo de duração do contrato de trabalho será fixado conforme a necessidade.

Sucessivamente, o Capítulo VII dispõe sobre a administração pública, regulamentando o artigo 41¹⁵ e seus parágrafos subsequentes a estabilidade dos nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, implicando a proteção ao tempo de serviço do serventuário, a fim de garantir as condições necessárias para que possa desempenhar suas funções.

Nessa linha de raciocínio, o artigo 96, inciso I, alínea “f”¹⁶, estabelece ser de competência privativa dos tribunais a concessão de licença, férias e outros afastamentos a seus membros, aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados, evidenciando a importância do descanso anual e a possibilidade de eventual necessidade de falta ao serviço, sem prejuízo de salário ou benefício previdenciário.

Por outra perspectiva, referindo-se à regulamentação dos estados de defesa e de sítio, o texto constitucional prevê a primordialidade da indicação dos respectivos tempos de duração, assim como a possibilidade de decretação por todo o período em que perdurar a guerra ou a agressão

¹⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

¹⁵ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

¹⁶ Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

armada estrangeira, deixando claro que tais disposições sempre deverão estar acompanhadas de previsão de permanência, consoante redação dos artigos 136¹⁷ e 138¹⁸.

No tocante à previdência social, o objetivo da Magna Carta é assegurar ao indivíduo elementos mínimos de sobrevivência, observados os requisitos de idade e tempo de contribuição. Veja-se a importância ao tempo na regulamentação trazida aos artigos 40¹⁹, 201²⁰ e 202²¹, que fazem referência ao regime aplicável aos servidores públicos, à regularização da organização da previdência e à expressa importância ao tempo de trabalho (art. 202, § 9^{o22}).

Nota-se, do mesmo modo, a concretude do direito ao tempo quando analisado o dever de resguardo do núcleo familiar. Nos termos do artigo 227²³, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária, dentre outros de igual magnitude. A Constituição Federal, ao prever a

¹⁷ Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

¹⁸ Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

¹⁹ Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

²⁰ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: [...]

²¹ Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

²² § 9º Para fins de aposentadoria, será assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social, e destes entre si, observada a compensação financeira, de acordo com os critérios estabelecidos em lei.

²³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

mencionada prerrogativa às crianças e aos adolescentes, outorgou especial importância ao tempo, como base ao desenvolvimento de todas as relações a serem por eles travadas.

Veja-se que a Constituição não somente assegura o direito à vida, mas o direito à uma vida digna, como aquela capaz de propiciar as condições mínimas de existência e, novamente, o tempo se faz presente (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 170).

Nesse cenário, o livre desenvolvimento da personalidade e a realização da pessoa humana são elementos caracterizadores da dignidade, nos quais propõe-se a inserção do direito ao tempo, em uma interpretação extensiva do rol constitucional de direitos fundamentais à personalidade.

A leitura do texto constitucional, aliada as mais diversas disposições regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro, torna evidente a valoração do tempo no cenário societário atual. Ressalta-se que a integral proteção da personalidade do indivíduo, fragilizada na era digital, demanda o reconhecimento desse tão importante valor.

Feitas essas considerações, registra-se que o direito ao tempo já é objeto de discussão entre os Tribunais Superiores. No entanto, o debate tem se limitado aos direitos consumeristas. Embora não se olvide a fragilidade das relações regulamentadas pelo Código de Defesa do Consumidor, mormente com o desenvolvimento expansivo dos meios de comunicação, há uma expressiva lacuna jurídica no tocante ao reconhecimento do direito ao tempo às demais relações sociais.

Quanto ao ponto, propõe-se uma interpretação extensiva da teoria do desvio produtivo do consumidor, que expressamente dispõe acerca do dever de respeito ao tempo nas relações entre fornecedor e consumidor, com o intuito de que essa tão relevante garantia seja reconhecida como um

direito personalíssimo, tutelando, assim, não só os direitos consumeristas, mas também, a dignidade dos indivíduos nos mais diversos cenários.

3. A teoria do desvio produtivo do consumidor e a sua correta compreensão

Em síntese, a teoria do desvio produtivo do consumidor, de autoria do advogado Marcos Dessaune, dispõe sobre o dever que o fornecedor possui em prover nas relações de consumo produtos e serviços de qualidade, hábeis a conferir ao consumidor as condições adequadas para utilização do seu tempo e competência nas atividades de sua livre escolha e preferência.

Nas palavras de Dessaune, o desvio produtivo do consumidor é o evento danoso que faz com que o consumidor, sentindo-se prejudicado, gaste o seu recurso produtivo, seu tempo vital, e se desvie das suas atividades cotidianas, consideradas, em sua maioria, existenciais (2019, p. 15).

Esse comportamento assumido pelo consumidor, ao se desviar de suas competências, configura uma espécie de renúncia aos direitos fundamentais à vida, educação, trabalho, descanso, lazer, convívio social, cuidados pessoais e ao consumo legítimo de interesses (DESSAUNE, 2019, p. 24).

Para essa teoria, as principais atividades existenciais se dirigem ao desenvolvimento da personalidade e à promoção da dignidade humana, citando como exemplo as tarefas relacionadas ao estudo, labor, descanso, lazer, convívio social, cuidados pessoais e consumo essencial (DESSAUNE, 2017, p. 354).

Nessa acepção, o fornecedor que deixa de cumprir com os seus deveres consumeristas faz com que o consumidor, impelido por sua condição de vulnerabilidade, empregue uma parcela do seu tempo na solução da situação lesiva. O adiamento ou a supressão das atividades

planejadas pelo indivíduo implica em uma responsabilidade do fornecedor pelo prejuízo ao tempo empregado.

O tempo vital, existencial ou produtivo configura, portanto, um dos objetos do direito fundamental à vida, uma vez que consiste em um suporte implícito da existência humana e, enquanto suporte implícito da própria vida, traduz-se como um atributo integrante da personalidade, resguardado no rol dos direitos da personalidade (DESSAUNE, 2019, p. 25).

Com base na perspectiva doutrinária atual, os Tribunais Superiores têm reconhecido a aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor. Foi negado provimento no AREsp. n.º 1.132.385/SP para manter a determinação de reparação pelos danos, sob o fundamento de que o desvio produtivo restou caracterizado pela falta de pronta solução ao vício do serviço, fazendo com que a consumidora se afastasse da sua seara de competência para tratar de assunto que deveria ter sido solucionado pela fornecedora.

Nessa mesma linha de entendimento, no AREsp. n.º 1.260.458/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, foi mantida a condenação da ré à indenização por danos morais, forte na teoria do desvio produtivo do consumidor, tendo em vista que a parte autora foi privada de parcela relevante do seu tempo, submetendo-se, em função do ocorrido, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço fornecido pela ré.

A ministra Nancy Andrighi, igualmente utilizou-se da teoria do desvio produtivo do consumidor no REsp. n.º 1.737.412/SE, consignando que o desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e

intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.

Resta claro, assim, o reconhecimento do tempo como um elemento da existência humana e, não somente, como um direito dos consumidores. Em que pese a importância atribuída a teoria do desvio produtivo, é preciso destacar a ausência de regulamentação do direito ao tempo como uma garantia de todos os indivíduos, uma vez que consiste em um atributo integrante da personalidade.

Nesse sentido, é necessária uma nova compreensão da teoria ora em análise, a fim de que as prerrogativas que confere aos consumidores se estendam às demais relações sociais em relação ao tempo. Entende-se que a proteção do direito ao tempo deve abarcar não somente as relações consumeristas, mas todas as demais travadas nas diversas relações sociais.

Partindo-se da premissa do reconhecimento do direito ao tempo no caso concreto, com ênfase às demandas consumeristas em que já restou consolidado, faz-se de suma importância a discussão acerca da tutela judicial adequada nos casos de sua violação.

4. O conceito de dano moral e a sua caracterização em face da violação ao tempo

A responsabilidade civil, regida pelo princípio da proteção dos interesses privados, é o conjunto de normas jurídicas que visa a reparação de danos causados pelo agente, de modo a restabelecer o equilíbrio e a harmonia violados pelo dano.

Não é possível ignorar a evolução das relações humanas, mormente em um contexto marcado pelo fenômeno da globalização. Com o surgimento de inovadores mecanismos tecnológicos, não mais se limita a atuação do homem em um quadro geográfico. Neste contexto, deverá o direito, e em especial o instituto da responsabilidade civil, caminhar no sentido de englobar os novos delineamentos sociais.

A responsabilidade, com o intuito de restabelecer o equilíbrio social, surge em razão do descumprimento de uma obrigação, como a desobediência de uma regra previamente estabelecida em um contrato, ou por deixar determinado indivíduo de observar um preceito normativo regulamentador da vida (TARTUCE, 2020, p. 334)

O conceito de responsabilidade civil poderá ser compreendido como o dever de indenizar que um indivíduo possui, decorrente de um desvio de postura, que gerou dano a outrem. Em outras palavras, o responsável pela reparação do dano é aquele que descumpriu com um dever jurídico, violando uma obrigação preexistente contratual ou extracontratual.

Nessa senda, não há de se cogitar que a indenização posterior é a forma mais eficaz de lidar com a violação de um direito. Cabe ao juiz avaliar, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, as normas aplicáveis na hipótese, tomando as medidas necessárias para prevenir a lesão (BARCELLOS, 2014, p. 88).

Nesse cenário, o dano moral se fundamenta na violação aos direitos de personalidade, os quais, por sua vez, constituem um dos critérios da dignidade da pessoa humana. Foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem como corolários do direito à dignidade, que a Constituição inseriu em seu art. 5º, incisos V²⁴ e X, a plena reparação do dano moral (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 117).

Ao elevar o direito à dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado Democrático, a Magna Carta assegurou o direito de resposta, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, declarando como invioláveis os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (GONÇALVES, 2020, p. 416).

²⁴ [...], V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Para essa concepção, dano moral é aquele que fere todo e qualquer atributo individualizante da pessoa. São considerados danos morais objetivos, pois ferem direitos da personalidade, inobstante eventual prejuízo de ordem material (FACCHINI NETO; WESENDONCK, 2012, p. 234).

De um modo geral, o dano moral se substancializa no prejuízo do ânimo psíquico, moral ou intelectual do ofendido, atuando no âmbito dos direitos da personalidade (VENOSA, 2005, p. 50).

Salvo exceções, o dano moral dispensa prova em concreto, uma vez que se passa no interior da personalidade do indivíduo, existindo *in re ipsa*. Trata-se, portanto, de uma presunção absoluta de ocorrência (GONÇALVES, 2020, p. 427).

Assim, qualquer pessoa, cujos direitos de personalidade tenham sido lesados por outrem, tem assegurado o direito de requerer a respectiva proteção por meios judiciais, com o intuito de que as referidas garantias sejam reconhecidas e protegidas em face da situação fática.

A rigor, a indenização pelo dano moral não repara, mas compensa o lesado pelos prejuízos suportados em decorrência do fato danoso. O objetivo é atenuar o sofrimento do ofendido. Por outro lado, a condenação tem o condão pedagógico de desestimular o ofensor à prática de atos semelhantes.

No tocante à titularidade, tendo que em vista que o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial, além do ofendido, poderão os seus sucessores reclamar a reparação do dano, nos termos do artigo 943 do Código Civil²⁵.

Na mesma perspectiva, não se pode negar que os absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil, por si mesmos, têm seus direitos

²⁵ Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

à personalidade assegurados constitucionalmente, na medida e que são pessoas dotadas de capacidade de direito ou de gozo (GONÇALVES, 2020, p. 421).

Pode-se afirmar que as principais instituições do sistema jurídico concordam em reconhecer a importância do dano moral para a defesa dos atributos mais básicos da humanidade, sendo este o entendimento das cortes superiores. Todas essas características estão consagradas no rol dos direitos personalíssimos, que são adquiridos por todos desde o nascimento com vida (OLIVEIRA, 2019, p. 26).

A reparação por danos morais, estende-se, portanto, a todos os direitos personalíssimos compreendidos no ordenamento jurídico brasileiro e, tratando-se de direitos de proteção da essência dos indivíduos, não está suscetível a uma avaliação em pecúnia.

Assim, tendo em mente que o tempo é base do desenvolvimento de todas as relações relevantes a serem estabelecidas pelos indivíduos, aliada a proteção que o ordenamento jurídico brasileiro lhe confere, o direito à indenização por danos morais resultantes de sua violação é uma decorrência lógica de seu reconhecimento como direito.

É nesse sentido, inclusive, o inteiro teor da Súmula 370 do STJ, que expressamente prevê que a simples apresentação prematura do cheque pré-datado confere ao apresentante a obrigação indenizatória por dano moral. Ao prever que a apresentação antecipada de título com data futura gera evidente prejuízo ao emitente, resta notoriamente demonstrada a importância do direito ao tempo, sendo que a sua violação caracteriza a prática de ato ilícito.

Nessa mesma linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais firmou posição no Recurso Inominado n.º 9058428.19.2014.813.0024, relatado por Carlos Henrique Perpétuo Braga, no sentido de que a espera em fila de agência bancária, além do limite

temporal definido por lei estadual, é fato capaz de gerar desgastes, afetando a honra subjetiva da pessoa e ocasionando prejuízos de ordem extrapatrimonial.

Ainda nessa acepção, o Tribunal de Justiça do Maranhão, à Apelação Cível n.º 045267/2017, relatado por Lourival de Jesus Serejo Sousa, reconheceu que a demora excessiva na espera em fila para prestação de serviço bancário configura ato abusivo e gera dano moral.

Denota-se que nas decisões referidas o tempo é reconhecido como um bem jurídico tutelável, culminando na conseqüente condenação ao pagamento de indenização por danos morais. A violação consistente na extrapolação do tempo é caracterizada como ato como ilícito.

Assim, compreende-se que o dano moral, como uma forma de proteção e defesa aos direitos do homem, trata-se de um instrumento viável de aplicação quando da violação ao direito ao tempo, que, como um fundamento da dignidade da pessoa humana, pertence ao rol dos direitos de personalidade.

Reconhecido o direito ao tempo como um direito de personalidade, seus titulares são detentores de todas as garantias asseguradas no ordenamento jurídico, com o intuito de promover a efetividade de seu direito. Logo, é permitida a exigência para cessar ameaça ou lesão, assim como tem sido assegurado o direito a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação.

Considerações Finais

Sob a pretensão de refletir sobre a noção atribuída ao tempo como direito, o desenvolvimento do presente estudo teve como objetivo propiciar o conhecimento de uma visão ampla sobre o conceito jurídico do tempo como um direito de personalidade, assim como a percepção do modelo de proteção a ele estendido como categoria jurídica.

Em uma metodologia histórico-dogmática, porquanto realizada a caminhada a que se propôs este artigo, ressalta-se que a incidência dos direitos personalidade nas relações é essencial para torná-las mais humanizadas e justas, considerando o cenário de desigualdade e assimetria que as caracteriza.

Diante desse quadro, entende-se que o tempo tem valor inestimável, tendo em vista que é um bem escasso que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida. Buscando a promoção do princípio máximo da dignidade da pessoa humana, entende-se pelo reconhecimento do tempo como um direito de personalidade, de sorte que lhe é assegurado todas as garantias previstas no ordenamento jurídico.

Em um primeiro momento, observou-se que o valor do tempo está presente em diversos dispositivos constitucionais, em especial no Título II, cuja finalidade é enumerar os direitos fundamentais e de personalidade postos à disposição da pessoa humana, como cerne de proteção da sua dignidade. Nota-se, entretanto, que não se encontra uma disposição normativa que tenha positivado o direito ao tempo como um direito de personalidade. Ao contrário, o seu fundamento permeia todo o texto constitucional.

Em um segundo momento, é possível estabelecer-se que os direitos de personalidade não estão constituídos em um rol taxativo, como aquele previsto no Título I, capítulo II, do Código Civil, mas são aferidos em cada relação jurídica, uma vez que consistem no mínimo para a existência digna do ser humano.

Notadamente, reconhece-se o surgimento de novos direitos de personalidade com o decorrer do tempo, tendo em vista à evolução da sociedade moderna e a, conseqüente, necessidade de adaptação do ordenamento jurídico às novas relações. Tal fundamentação encontra amparo à cláusula de abertura constitucional, que prevê a inclusão de

outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Tendo em vista o acima exposto, assim como considerando que os deveres de promoção de certos valores indicam que se protege o direito ao tempo como uma concretização da dignidade humana, permite-se concluir pela existência de uma norma de direito decorrente, a qual assegura autonomamente, um direito de personalidade ao tempo, visto que impede/impõe e obriga o indivíduo a respeitar o tempo alheio.

Assim, caracterizada a situação lesiva ao tempo, assegura-se ao indivíduo o direito a indenização pelo dano moral decorrente da referida violação, bem como as demais garantias previstas no ordenamento jurídico, a fim de promover a ampla proteção do seu direito.

Diante desse cenário, cabe ao magistrado, ao analisar o caso concreto, quantificar o dano moral, levando-se em consideração a gravidade do fato em si, a culpabilidade do autor do dano, e a situação socioeconômica do responsável, como elementos de concreção que devem ser sopesados no momento do arbitramento equitativo da indenização.

Referências

- BADILLA, Kevin Johan Villalobos. *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad*. 2006. Trabalho de conclusão de curso (licenciatura em Direito) – Curso de Direito, Universidade de Costa Rica, San José, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Intimidade e Pessoas Notórias. Liberdades de Expressão e de Informação e Biografias. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação, Caso Concreto e Acesso à Justiça. Tutelas Específica e Indenizatória. *Revista da Defensoria Pública da União*. Rio de Janeiro, n. 55, p. 47-90, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial n.º 1.132.385. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. São Paulo, 03 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.260.458. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. São Paulo, 25 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.707.425. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Mato Grosso, 25 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.737.412. Relatora Min. Nancy Andrighi. Sergipe, 05 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 241.259/SP. Relator Min. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo, 27 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso Inominado n.º 9058428.19.2014.813.0024. Relator Desembargador Carlos Henrique Perpétuo

Braga. Belo Horizonte, 09 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>
Acesso em: 18 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Maranhão. Apelação Cível n.º 045267/2017. Relator Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa. São Luís, 14 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br>> Acesso em: 18 ago. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1960.

DESSAUNE, Marcos. Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: um panorama. *Revista Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 15-31, 1º sem. 2019.

_____. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: uma visão geral. *Revista Lusó-Brasileira de Direito do Consumo*, Lisboa, v. VII, n. 28, p. 65-78, dez. 2017.

FACCHINI, Eugênio Neto; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: “precificando” lágrimas?. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil*. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 170.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Direitos da personalidade e o respeito à dignidade da pessoa humana*. 2009. Disponível em: <<https://fabiovieirafigueiredo.jusbrasil.com.br/artigos/112327969/direitos-da-personalidade-e-o-respeito-a-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 2 jul. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.

HECK, Luís Afonso (org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*.

In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. Atlas: São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Sara Carneiro de. *Direito ao esquecimento na responsabilidade civil: um dano moral ou existencial*. 2019. Artigo científico (Bacharel em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, 2019.

ROCHA JÚNIOR, Luís Clóvis Machado da. *O direito das gerações futuras: uma compreensão adequada ao constitucionalismo do século XXI*. Porto Alegre: Metamorfose, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

Lei Maria da Penha: mapeamento da incidência de ocorrências no município de Carazinho e propostas para sua efetividade

*Djulia Dutra Scheffler*¹
*Karen Beltrame Becker Fritz*²

Introdução

A violência doméstica é um dos muitos problemas que afeta a população feminina brasileira. Em vista disso, e com o sangue derramado de tantas mulheres que restaram desprotegidas, criou-se a Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, a qual, por um lado, garantiu mais segurança para o sexo feminino o proporcionou medidas que poderiam erradicar este problema de nossa sociedade, entretanto, por outro, apresentou soluções que por vezes, não podem ser efetivamente aplicadas, seja por falta de recursos para colocá-las em práticas, seja por falta de preparo dos profissionais da área da segurança pública e dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

A Lei Maria da Penha é um grande avanço da legislação penal brasileira, que não regulamentava adequadamente de fato as disposições previstas no código penal, e muito menos na lei 9.099/95, em vista de a violência doméstica apresentar peculiaridades que devem ser tratadas em dispositivo legal próprio como trecho do **HC 137888** julgado pela Primeira Turma do STF, o qual teve como Relatora a Min. ROSA WEBER, que em sua ementa dispõe:

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, e-mail: <djulia_dutra@hotmail.com>

² Professora da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo.

O sistema da Lei nº 11.340/2006 - de nítido cariz constitucional e fortemente amparado em diplomas internacionais - introduz sensíveis alterações no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as quais: i) a mudança de paradigma no combate à violência contra a mulher, antes entendida sob a ótica da infração penal de menor potencial ofensivo, e, hodiernamente, como afronta a direitos humanos; e, ii) o inegável e imperioso reforço do papel repressivo da pena. Na lição de Flávia Piovesan, “além da ótica preventiva, a Lei ‘Maria da Penha’ inova a ótica repressiva, ao romper com a sistemática anterior baseada na Lei n. 9.099/95, que tratava a violência contra a mulher como uma infração de menor potencial ofensivo [...]”. (Temas de Direitos Humanos. 10ª ed., rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, 2017. p. 430). (p. 3).³

Ainda que a Lei Maria da Penha tenha representando grande conquista da legislação penal brasileira, ainda carece de eficácia, pois apresenta medidas protetivas de urgência que podem ser aplicadas contra o agressor e em favor da ofendida, entretanto, as medidas que obrigam ao agressor não são efetivas. Ocorre que, em função do grande número de casos de violência doméstica, não se faz possível uma fiscalização contínua por parte da autoridade policial se as medidas impostas estão sendo cumpridas ou não. No caso do descumprimento, a ofendida pode recorrer à autoridade policial, entretanto, quando recorre, geralmente já é tarde e o agressor já lhe fez algum mal, conforme é citado no HC 438.765/RJ julgado pela sexta turma do STJ, sendo o relator o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que demonstra que o agressor descumpriu medidas decretadas em vista da Lei Maria da Penha como segue:

³ Art. 61 Lei 9099/95. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

Art. 41 Lei 11340/06. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Nesse contexto, a necessidade da custódia cautelar restou demonstrada com espedeque em dados concretos, estando o decisum fundamentado no periculum libertatis, à luz da garantia da ordem pública, dada a gravidade da conduta imputada ao paciente, que descumpriu medidas protetivas outrora impostas, a evidenciar o risco para a integridade física da ofendida e de seu colega de trabalho, pessoa que também foi ameaçada pelo paciente. (p. 2)

No Brasil ainda há uma imensa maioria de mulheres a mercê de companheiros ou familiares que lhes coíbem a dignidade humana dessa forma, abusando a vítima moral, física e economicamente. As medidas protetivas de urgência propostas na lei por vezes funcionam, quando o agressor teme a justiça e compreende os efeitos que as mesmas podem produzir, entretanto num país que ostenta a terceira posição no ranking de população carcerária mundial e onde mais da metade da população adulta possui apenas o ensino fundamental, não se pode esperar uma compreensão acerca do texto legislativo e das consequências que estas medidas possuem. Em relação à eficácia da lei existe o problema acerca da implementação prática de alguns dispositivos presentes nesta, como por exemplo, a criação de mais delegacias de atendimento a mulher tendo em vista que são poucas as cidades que as possuem; bem como existe a questão do afastamento do lar, pois muitas vezes a ofendida não tem para onde ir, entre tantas outras medidas que serão discutidas ao longo do presente trabalho.

1. Uma explanação das ocorrências de maria da penha do município de carazinho e as medidas integradas previstas no artigo 35 da lei objeto do estudo

1.1 O sistema AVANTE da Brigada Militar e o controle das ocorrências de Maria da Penha no município de Carazinho

A Brigada Militar possui um banco de dados, o qual é denominado Sistema AVANTE, no qual ficam registradas todas as ocorrências atendidas pelos policiais militares em todo o estado do RS, classificando-

as conforme o tipo do crime e a cidade em que ocorreu, criando estatísticas para melhor combater a criminalidade com o policiamento preventivo.

Acerca das ocorrências de Maria da Penha, cabe aqui salientar que são registradas como ocorrências de lesão corporal neste sistema, constando o histórico da ocorrência registrada na Delegacia de Polícia Civil. No município de Carazinho foram possíveis coletar dados referentes aos anos de 2010 a 2020, os quais serão explanados na sequência.

Tabela 1 - Tabela referente aos anos compreendidos entre 2010 a 2020.

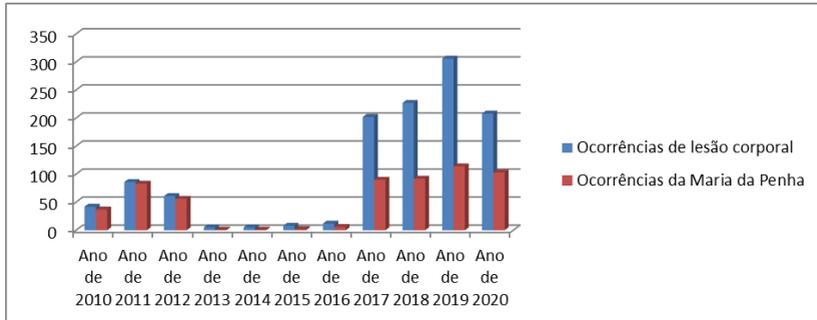
Anos	Ocorrências de lesão corporal	Ocorrências da Maria da Penha
Ano de 2010	42 ocorrências	37 ocorrências
Ano de 2011	86 ocorrências	83 ocorrências
Ano de 2012	61 ocorrências	56 ocorrências
Ano de 2013	5 ocorrências	1 ocorrência
Ano de 2014	5 ocorrências	1 ocorrência
Ano de 2015	8 ocorrências	2 ocorrências
Ano de 2016	12 ocorrências	6 ocorrências
Ano de 2017	202 ocorrências	90 ocorrências
Ano de 2018	227 ocorrências	92 ocorrências
Ano de 2019	306 ocorrências	114 ocorrências
Ano de 2020	244 ocorrências	118 ocorrências

Fonte: Sistema Avante da Brigada Militar.

Como se pode verificar na tabela acima, o número de ocorrências de lesões corporais vem aumentando gradativamente com o passar dos anos, e juntamente com ele, o número de casos de violência doméstica, havendo um aumento significativo nos últimos quatro anos. Na sequência será exposta uma análise mais detalhada dos últimos três anos referente a casos de violência doméstica no município de Carazinho.

O gráfico abaixo apresenta os dados do crescimento do número de ocorrências de lesão corporal e Maria da Penha no Município de Carazinho.

Gráfico 1 - Crescimento do número de ocorrências de lesão corporal e Maria da Penha no Município de Carazinho.



Fonte: Sistema Avante da Brigada Militar.

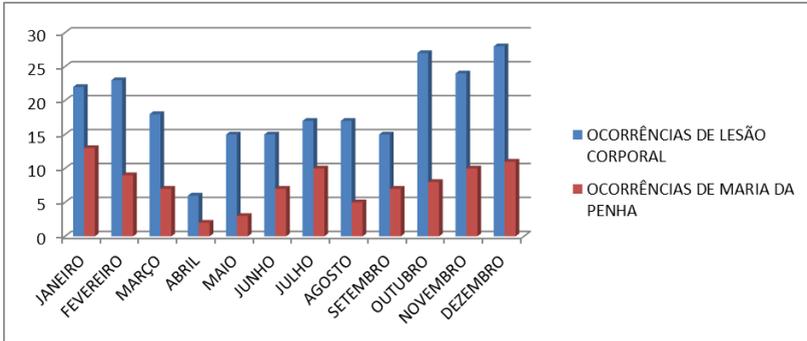
Tabela 2 - Dados referentes ao ano de 2018.

ANO DE 2018 - MUNICÍPIO DE CARAZINHO	OCORRÊNCIAS DE LESÃO CORPORAL	OCORRÊNCIAS DE MARIA DA PENHA	PERCENTUAL DE OCORRÊNCIAS DE MARIA DA PENHA DENTRO DO GÊNERO LESÃO CORPORAL
JANEIRO	22	13	59,09%
FEVEREIRO	23	9	39,13%
MARÇO	18	7	38,88%
ABRIL	6	2	33,33%
MAIO	15	3	20%
JUNHO	15	7	46,66%
JULHO	17	10	58,82%
AGOSTO	17	5	29,41%
SETEMBRO	15	7	46,66%
OUTUBRO	27	8	29,62%
NOVEMBRO	24	10	41,66%
DEZEMBRO	28	11	39,28%
TOTAL	227	92	40,52%

Fonte: Sistema Avante da Brigada Militar.

O Gráfico abaixo apresenta a estatística do ano de 2018 em relação aos crimes de lesão corporal e ocorrências de Maria da Penha que envolveram lesões corporais leves, graves e gravíssimas.

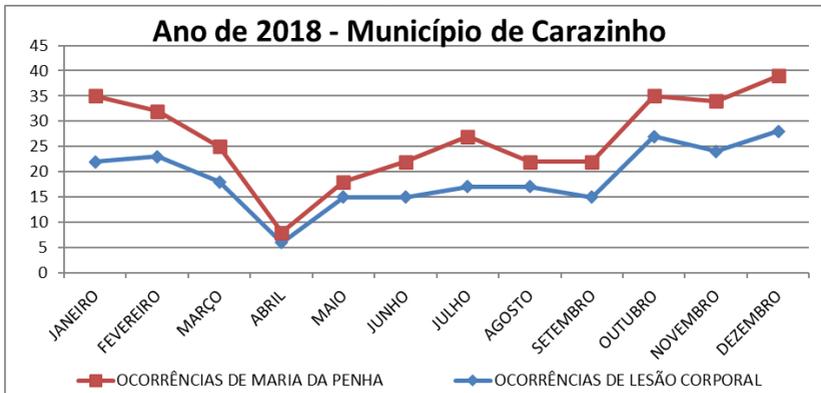
Gráfico 2 - Estatística do ano de 2018.



Fonte: Sistema Avante da Brigada Militar.

O gráfico a seguir traz o percentual anual de incidência mensal das ocorrências de Maria da Penha no Município de Carazinho no ano de 2018.

Gráfico 3 - Percentual anual de incidência mensal das ocorrências de Maria da Penha no Município de Carazinho no ano de 2018.



Fonte: Sistema Avante da Brigada Militar.

Análise de dados do ano de 2018: Conforme a tabela acima podemos verificar no primeiro semestre do ano houve uma queda do número de ocorrências de Maria da Penha no Município de Carazinho com relação ao período de janeiro a junho, e do segundo semestre houve um aumento e estabilização do número de ocorrências referente ao período de julho a dezembro. Ocorre que as ocorrências de Maria da Penha no município de

Carazinho, somente no ano de 2018 compuseram o total de 40,52% do total de ocorrências de lesão corporal registradas no município, isso sem contar os casos não registrados na delegacia de polícia.

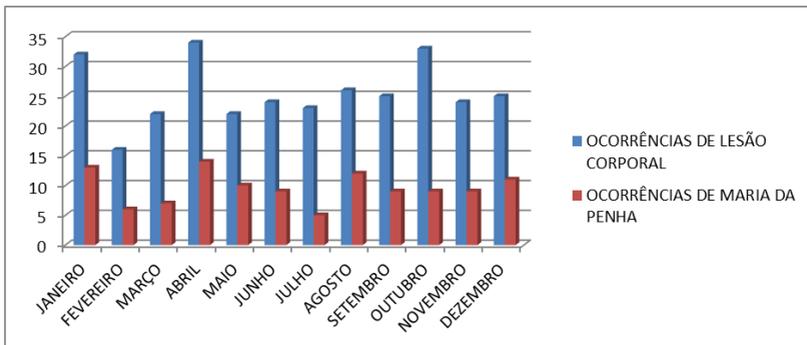
Tabela 3 - Dados referentes ao ano de 2019.

ANO DE 2019 - MUNICÍPIO DE CARAZINHO	OCORRÊNCIAS DE LESÃO CORPORAL	OCORRÊNCIAS DE MARIA DA PENHA	PERCENTUAL DE OCORRÊNCIAS DE MARIA DA PENHA DENTRO DO GÊNERO LESÃO CORPORAL
JANEIRO	32	13	40,62%
FEVEREIRO	16	6	37,5%
MARÇO	22	7	31,81%
ABRIL	34	14	41,17%
MAIO	22	10	45,45%
JUNHO	24	9	37,5%
JULHO	23	5	21,73%
AGOSTO	26	12	46,15%
SETEMBRO	25	9	36%
OUTUBRO	33	9	27,27%
NOVEMBRO	24	9	37,5%
DEZEMBRO	25	11	44%
TOTAL	306	114	37,25%

Fonte: Sistema Avante da Brigada Militar.

O Gráfico abaixo apresenta a estatística do ano de 2019 em relação aos crimes de lesão corporal e ocorrências de Maria da Penha que envolveram lesões corporais leves, graves e gravíssimas.

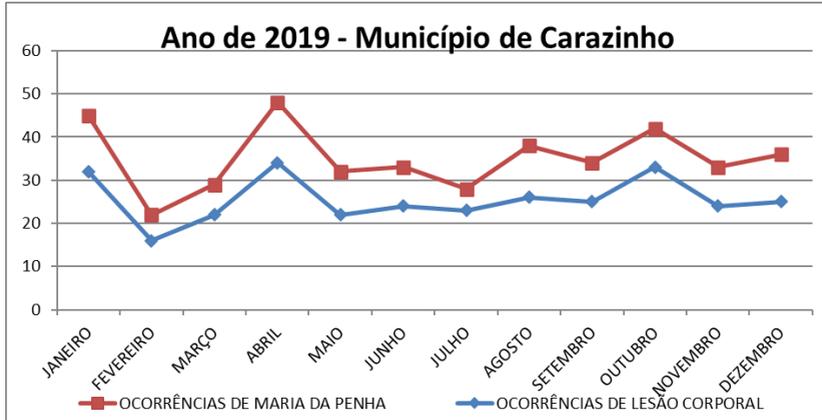
Gráfico 4 - Estatística do ano de 2019.



Fonte: Sistema Avante da Brigada Militar.

O próximo gráfico traz o percentual anual de incidência mensal das ocorrências de Maria da Penha no Município de Carazinho no ano de 2019.

Gráfico 5 - Percentual anual de incidência mensal das ocorrências de Maria da Penha no Município de Carazinho no ano de 2019.



Fonte: Sistema Avante da Brigada Militar.

Análise de dados do ano de 2019: Pode-se verificar conforme tabela acima, que os números, infelizmente, vêm crescendo, havendo cada vez mais vítimas de violência doméstica em nosso Município. Enquanto no ano de 2018 haviam 92 ocorrências registradas, no ano de 2019 o número subiu para 114. Percebe-se que referente ao ano de 2019, o percentual de ocorrências de Maria da Penha em relação às ocorrências de lesão corporal mantém-se constante durante os 12 meses do ano, havendo picos maiores, como nos meses de maio, agosto e dezembro, e momentos de baixa, como nos meses de julho e outubro.

Tabela 4 - Dados referentes ao ano de 2020.

ANO DE 2020 - MUNICÍPIO DE CARAZINHO	OCORRÊNCIAS DE LESÃO CORPORAL	OCORRÊNCIAS DE MARIA DA PENHA	PERCENTUAL DE OCORRÊNCIAS DE MARIA DA PENHA DENTRO DO GÊNERO LESÃO CORPORAL
JANEIRO	28	9	32,14%
FEVEREIRO	21	7	33,33%
MARÇO	19	11	57,89%

ABRIL	22	13	59,09%
MAIO	22	14	63,63%
JUNHO	16	7	43,75%
JULHO	12	3	25%
AGOSTO	23	11	47,82%
SETEMBRO	25	14	56%
OUTUBRO	20	14	70%
NOVEMBRO	16	7	43,75%
DEZEMBRO	20	8	40%
TOTAL	244	118	48,36%

Fonte: Sistema Avante da Brigada Militar.

O Gráfico abaixo apresenta a estatística do ano de 2020 em relação aos crimes de lesão corporal e ocorrências de Maria da Penha que envolveram lesões corporais leves, graves e gravíssimas.

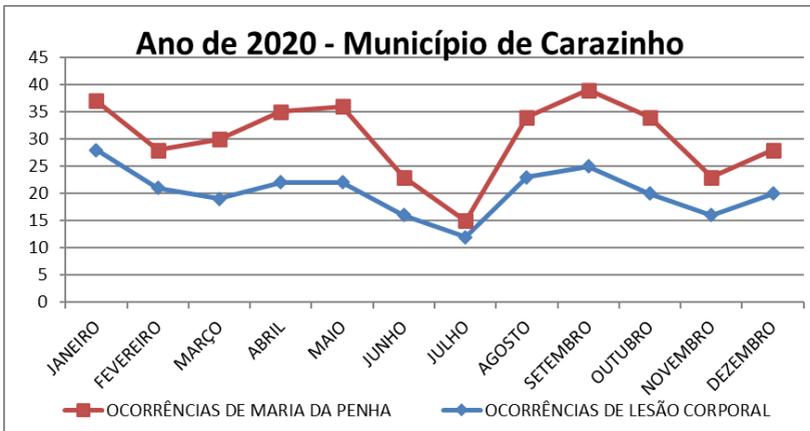
Gráfico 6 - Estatística do ano de 2020.



Fonte: Sistema Avante da Brigada Militar.

O gráfico abaixo traz o percentual anual de incidência mensal das ocorrências de Maria da Penha no Município de Carazinho no ano de 2020.

Gráfico 7 - Percentual anual de incidência mensal das ocorrências de Maria da Penha no Município de Carazinho no ano de 2020.



Fonte: Sistema Avante da Brigada Militar.

Análise de dados do ano de 2020: Conforme a tabela acima podemos verificar no primeiro semestre do ano houve aumento gradativo do número de ocorrências de Maria da Penha no Município de Carazinho com relação ao ano de janeiro a junho, e no segundo semestre aumento do número de ocorrências permaneceu em crescimento referente ao período de julho a dezembro. No ano de 2020 tivemos a pandemia da COVID-19 e assim, no final do mês de março, foram decretadas medidas de isolamento social, tendo as famílias que permanecer em confinamento, aumentando o convívio, e consequentemente os números referentes à violência doméstica, pois nos meses de março, abril e maio houve um crescimento no número de ocorrências, havendo queda deste número no período entre junho e julho, e retomando o crescimento de agosto a dezembro. O ano de 2020 superou o ano anterior no quesito a número de ocorrências, tanto de lesão corporal quanto da espécie de Maria da Penha.

Há que se pensar, que não são apenas os números de casos de violência doméstica que estão aumentando, mas também o número de registros na delegacia, isto é, mais mulheres que procuram seus direitos,

que sabem que existe uma lei que as ampara. Estamos combatendo a desinformação com campanhas, propagandas, folhetos, etc, mas ainda há muito que fazer, pois diversas mulheres são vítimas de diversos tipos de violência e por vezes não sabem que estão sendo abusadas. Possivelmente, isso ocorre pelo acesso restrito a informação. Existem inúmeras vítimas que ainda não efetuaram o registro, que ainda não denunciaram via Disque 180, que ainda não expuseram ao mundo que são agredidas por seus companheiros ou familiares, mas aos poucos vamos conseguindo que estas mulheres percam o receio, e enfrentem seus medos, trazendo a tona anos de abuso e violência.

1.2 A atividade do poder executivo do município de Carazinho frente à violência doméstica

A senhora Franciele Bohrer, a qual é assistente social e coordenadora do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) do município de Carazinho, nos relatou que a cidade ainda não possui uma rede integrada de proteção a mulher, entretanto, o CREAS tem um acordo com a vara criminal para que o juiz lhes encaminhe os casos mais graves de violência doméstica que chegam ao judiciário, para que o órgão faça um acompanhamento com as vítimas. Esse acompanhamento resume-se em um acolhimento da vítima por parte do órgão e encaminhamento para outras entidades como a defensoria pública e os núcleos de assistência social do município, os CRAS.

Mesmo que Carazinho não possua uma casa de acolhimento para vítima em situação de violência doméstica, o CREAS retira essas vítimas, quando necessário, de suas residências e as coloca em um hotel, e depois entram em contato com a Escuta Lilás para encaminhar essas vítimas para casas de acolhimento que estão localizadas em grandes centros do Estado, como Caxias do Sul e Porto Alegre, por exemplo. A Escuta Lilás é um programa do poder judiciário voltado para vítimas de violência doméstica.

Nos casos em que a vítima tenha família fora do município e tenha de retirar-se da convivência do marido, o CREAS também fornece-lhe passagens de ônibus para o transporte da vítima para junto de sua família.

Referente ao atendimento psicológico, as vítimas são atendidas individualmente e algumas são colocadas para atendimento em grupo, conforme o perfil de cada uma. Nas reuniões em grupo são colocados em debate temas que auxiliem no aprimoramento do lado psicológico das vítimas. Mesmo que a cidade não tenha uma rede interligada, com um fluxograma estabelecido com a competência de cada órgão para atendimento das vítimas de violência doméstica, o CREAS faz os encaminhamentos conforme a necessidade de cada vítima, como por exemplo, encaminhamento para os CRAS nos bairros, para receber auxílio emergencial, para receber sacola de alimentos, bolsas para cursos profissionalizantes (computação, atendente etc, nos órgãos do sistema S: Senac, Sesc, Sest Senat). Quando vítimas de violência doméstica relatam essa violência aos profissionais das CRAS, os mesmos também fazem o encaminhamento destas para o CREAS.

Paralelo aos atendimentos das mulheres vítimas de violência doméstica, o CREAS têm feito atendimento também dos agressores, com a criação de grupos reflexivos de gênero, nos quais os agressores devem comparecer sob pena de sanções determinadas pelo judiciário em caso de não comparecimento, para que conversem e possam buscar sua regeneração, entretanto, esses grupos foram interrompidos pela pandemia da COVID-19. Nos casos em que ocorre a reconciliação do casal, estes também são atendidos em conjunto pelo CREAS, e é feito um acompanhamento dos mesmos para que possam renovar a relação e encerrar a violência no ambiente familiar.

1.3 A Patrulha Maria da Penha - funcionamento e objetivos

A Brigada Militar, por meio da Nota de Instrução nº 2.23 EMBM 2020, criou a Patrulha Maria da Penha, que é uma patrulha especializada para atender casos de violência doméstica na modalidade preventiva, isto é, visitar regularmente as vítimas, fazendo um acompanhamento e monitoramento da situação em que a mesma se encontra após o deferimento da medida protetiva por parte da autoridade judiciária.

Os policiais militares que integram a Patrulha Maria da Penha precisam ter o Curso de Capacitação da Patrulha Maria da Penha, sendo que preferencialmente será composta por dois policiais, e destes, um do sexo feminino. O órgão da polícia no município receberá as medidas protetivas deferidas pelo poder judiciário e irá inserir em uma planilha os dados da vítima e do agressor, consultar os seus antecedentes para posterior diligência da Patrulha Maria da Penha e poderá realizar pesquisa no Sistema de Consultas Integradas para obtenção de outros dados capazes de subsidiar a atuação da referida Patrulha. Da mesma forma, cabe a patrulha manter contato com os representantes dos órgãos públicos que integram a Rede de Atendimento à Mulher, quando a situação requerer intervenção em caso específico.

Nos dias em que são efetuadas as visitas, a Patrulha Maria da Penha deve seguir um roteiro de visitas, previamente elaborado com base na gravidade do caso, fiscalizando todas as medidas protetivas em vigência no município. Compete ainda a esta patrulha orientar a vítima informando seus direitos, encaminhando-a para os serviços especializados que compõem a Rede de Atendimento à Mulher em Situação de Violência, se assim ela desejar.

Nas visitas são lavrados documentos como o Formulário Nacional de Avaliação de Risco para que possam ser dados os encaminhamentos necessários a vítima; a Certidão de Fiscalização de Medida Protetiva de

Urgência quando for visita de rotina e não houver importunações por parte do agressor em relação à vítima; a Certidão de Vítima em Situação de Vulnerabilidade nos casos em que for constatada grave ameaça à vida ou à integridade física da vítima a qual será encaminhada ao juízo que deferiu a medida protetiva; a Certidão de Fiscalização de Medida Protetiva de Urgência com Retorno do Companheiro ao Lar quando houver reconciliação do casal; Certidão de Término de Acompanhamento quando a vítima informar que não necessita mais do acompanhamento do presente órgão; a Certidão de Não Localização da Vítima quando, depois de tentado contato por três vezes com a vítima, a guarnição não conseguir localizá-la; e a Certidão de Recusa de Atendimento da Patrulha Maria da Penha quando a vítima assim desejar.

1.3.1 Resultados das Fichas de Avaliação de Risco

A presente ficha traz um questionário para apurar as condições em que vivem as vítimas de violência doméstica de nosso município, em que contexto se deu a violência, como é o agressor, como a família é estruturada, se existem dependentes, entre outros dados. Até o dia 14 de dezembro de 2020 haviam sido respondidas 35 fichas de avaliação de risco no município de Carazinho, estando os resultados destas transcritos abaixo.

Tabela 5 - Relação das vítimas com os agressores.

Vínculos	Número de respostas	Porcentagem das respostas
Ex-marido	3	8,57% do total de casos.
Ex-companheiro	29	82,85% do total de casos.
Filho	1	2,85% do total de casos.
Neto	1	2,85% do total de casos.
Vínculo não informado	1	2,85% do total de casos.

Fonte: Patrulha Maria da Penha da Brigada Militar de Carazinho

Portanto, percebe-se que 91,42% dos casos de violência doméstica correspondem a relacionamento amoroso entre agressor e vítima, e 5,7%

corresponde à relação de parentescos sanguíneos. Assim sendo, na maior parte dos casos, o vínculo afetivo entre agressor e vítima pode e deve ser cortado, permanecendo a vítima afastada do agressor, em local seguro e protegida pelos órgãos competentes.

Das respostas colhidas das 35 fichas respondidas pelas vítimas de violência doméstica da cidade de Carazinho acerca das agressões sofridas, 22,85% afirmaram terem sofrido ameaça com a utilização de arma de fogo, 40% com a utilização de faca, 31,42% de outra forma e apenas 17,14% indicaram não terem sofrido tal tipo de ameaça; 42,85% responderam terem sofrido enforcamento, 45,71% responderam terem sofrido sufocamento, 2,85% foram vítimas de tiro, 20% já havia sofrido agressões utilizando-se de faca, 20% afirma ter levado pauladas do agressor e nenhuma vítima de afogamento foi constatada; 57,14% afirmam terem sido agredidas com socos, 60% com chutes, 60% com tapas, 80% com empurrões, 60% com puxões de cabelo. Ao serem questionadas se já haviam sido obrigadas a fazer sexo ou praticar atos sexuais contra sua vontade, 17,14% afirmam que sim e 82,85% afirmaram não ter ocorrido tal fato no relacionamento.

Quanto aos comportamentos do agressor, 62,85% das mulheres entrevistadas já ouviu frases do gênero “se não for minha, não será de mais ninguém”, 31,42% já foi perturbada, perseguida ou vigiada nos locais que freqüente pelo agressor, 25,71% afirma já ter sido privada de visitar familiares ou amigos, 25,71% teve privação quanto a poder trabalhar, 31,42% já recebeu ligações, mensagens ou e-mails de forma insistente por parte do agressor, 11,42% afirma que os agressores lhes impedia acesso a dinheiro, conta bancária ou outros bens, 40% afirmou que o agressor teve comportamentos de ciúme excessivo e tentou exercer controle sobre estas, e 31,42% diz que o agressor não apresentou nenhum dos comportamentos anteriores.

Acerca do registro de ocorrência policial e solicitação de medidas protetivas de urgência, 74,28% afirmaram já terem registrado ocorrência policial ou formulado pedido de medida protetiva de urgência e 25,71% não ter efetuado tal registro ou feito tal pedido. Acerca do agressor, 42,85% das ofendidas respondeu que o agressor fazia uso de álcool, 65,71% respondeu que o agressor é usuário de drogas, 8,57% respondeu que o agressor não faz uso das substâncias referidas no questionamento acima, e 2,85% afirmou não saber sobre tal fato. Todos os questionários foram respondidos afirmando que 100% dos agressores não possuem doença mental comprovada por avaliação médica e 37,14% das agredidas informaram ter o agressor tentado ou falado em suicídio e 62,85% disseram que não houve tal comportamento por parte do agressor. Sobre a situação econômica do agressor, 28,57% responderam que o agressor está desempregado ou com dificuldades financeiras, 60% informaram que isso não ocorre, e 11,42% relataram que não possuíam conhecimento sobre tal situação.

Das vítimas entrevistadas, 51,42% afirma que o agressor já descumpriu medida protetiva anteriormente e 48,57% afirma que tal situação não ocorreu. Ao serem questionadas se o agressor possuía arma de fogo 31,42% informaram que o agressor teria acesso, 60% que não teria acesso e 8,57% disse não saber. Sobre o agressor já ter ameaçado ou agredido agrediu seus filhos, outros familiares, amigos, colegas de trabalho, pessoas desconhecidas ou animais de estimação 45,71% afirmaram já terem ocorrido ameaças ou agressões do agressor para com familiares, outras pessoas ou animais de estimação e 54,28% responderam negativamente.

Em relação as ofendidas 68,57% tentaram se separar ou se separaram do agressor recentemente, 28,57% não tomaram tal atitude, e 2,85% deixaram a presente questão em branco, isto é, sem resposta. Sobre

terem filhos, as repostas foram: 62,85% das vítimas têm filhos com seu agressor; 45,71% das vítimas possuem filhos de outros relacionamentos; e apenas 2,85% das vítimas não possui filhos. Destes filhos, 62,85% estão na faixa etária de 0 a 11 anos, 28,57% estão entre 12 e 17 anos e 25,71% são maiores de 18 anos.

Acerca de os filhos serem portadores de deficiência 91,42% das vítimas que responderam negativamente a este questionamento e 8,57% não responderam ao mesmo. Conforme os dados preenchidos pelas vítimas, 34,28% afirmaram que estariam em meio a algum conflito referente à guarda dos filhos, visitas ou pagamento de pensão e 40% que não estariam enfrentando tal situação, 22,85% não possuem filhos com o agressor e 2,85% não responderam a presente questão por não possuir filhos. Em relação aos filhos já terem presenciado atos de violência dos agressores para com suas mães 65,71% das entrevistadas afirmaram que seus filhos já presenciaram atos de violência dos agressores contra as mesmas, e 31,42% que os filhos não presenciaram tais atos. 2,85% deixaram tal questionamento em branco em vista de não possuir filhos. Quanto a agressões durante a gestação, 22,85% afirmaram ter sofrido violência durante a gravidez ou nos 3 meses posteriores ao parto e 74,28% afirmaram não terem ocorrido tais atos. 2,85% deixaram tal questionamento em branco em vista de não serem mães.

Das vítimas que iniciaram novo relacionamento 2,85% das vítimas perceberam que houve um aumento das ameaças ou agressões por estar em um novo relacionamento, e 97,14% responderam negativamente ao presente questionamento. Todas as mulheres que responderam ao presente questionário afirmaram não serem portadoras de deficiência ou doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental.

Das 35 ofendidas que responderam ao presente questionário 60% das vítimas entrevistadas considera-se de cor branca, 14,28% das vítimas entrevistadas considera-se de cor preta, 25,71% das vítimas entrevistadas considera-se de cor parda, nenhuma das vítimas entrevistadas considera-se de cor amarela/oriental e nenhuma das vítimas entrevistadas considera-se de cor indígena.

Em relação a localidade em que reside, 54,28% responderam afirmativamente ao fato de acreditarem residir em bairro, comunidade, área rural ou local de risco de violência, 42,85% responderam negativamente e 2,85% afirmaram não saber. Sobre a dependência financeira da vítima em relação ao agressor, 17,14% afirmaram serem dependentes financeiramente do agressor e 82,85% afirmaram não ser. Acerca de aceitar lar ou abrigo temporário um total de 25,71% respondeu afirmativamente o presente questionamento e 74,28% responderam negativamente, que no caso não precisariam da referida providência.

1.4 Análise das Fichas de Avaliação de Risco feitas pela Patrulha Maria da Penha no Município de Carazinho

Fazendo uma análise dos questionários respondidos pelas vítimas de violência do município de Carazinho pode-se concluir que a maior parte das agressões são físicas e que a maior parte dos agressores sente que possuem domínio sobre a vítima. Outro fator importante a ser observado é que a maior parte dos agressores, ou é usuário de drogas, ou faz uso de álcool, e podem acabar tornando-se ainda mais violentos quando desencadeadas brigas entre estes e as vítimas, sendo que todos os agressores do presente estudo possuem pleno discernimento entre o certo e o errado e compreendem a gravidade de seus atos em vista de que nenhuma deles apresentou doença mental comprovada por laudo médico. Esta é uma questão preocupante, pois se o agressor tem plena consciência

de seus atos, significa que ele não se importa com as sanções que podem vir a acarretar seus atos de violência, pois a maioria já descumpriu medida protetiva de urgência deferida pela justiça em favor da vítima. Uma notícia boa é que são poucos os agressores que têm acesso a armas de fogo, entretanto, qualquer objeto pode vir a tornar-se mortal nas mãos de alguém descontrolado e enfurecido.

Outra questão a ser levantada diz respeito aos filhos da vítima, pois nesta pesquisa, percebeu-se que a maior parte das vítimas possui filhos menores de idade com seus respectivos agressores, e isso gera um vínculo inseparável entre ambos, pois a criança tem o direito ao convívio com ambos os genitores. Entretanto, este direito entra em conflito com outros tantos direitos que à criança possui, pois como se pode verificar, muitos dos filhos das vítimas da presente pesquisa presenciaram atos de violência dentro de suas residências, e esse fato tem um impacto extremamente negativo quanto ao fator psicológico e desenvolvimento cognitivo dos mesmos gerando o efeito multiplicador já abordado no presente trabalho.

A maior parte das mulheres violentadas que responderam ao referido questionário afirmaram que moram em bairro, comunidade, área rural ou local de risco de violência, e isso é outra questão a ser levada em consideração, porque caso a vítima e agressor residam em área rural, torna-se muito difícil reprimir a violência doméstica, seja pelo fato de haver dificuldade quanto a sinal de telefone para pedir ajuda a alguém, seja por não ter vizinhos tão próximos que possam lhe socorrer em possíveis brigas que tenha com o agressor, seja pelo fato de haver dificuldade de deslocamento da agredida para participar de programas assistenciais oferecidos pelo município para vítimas de violência doméstica.

Surpreendentemente, a maior parte das entrevistadas que responderam ao presente formulário não se consideram dependentes

financeiras de seus agressores, sejam eles pais, namorados, maridos, amigos, ou parentes próximos. Isso nos demonstra que estamos pouco a pouco avançando rumo à tão sonhada igualdade de gêneros, pois milhares de mulheres podem trabalhar e se sustentar em todos os cantos do mundo, não sendo mais submissas e dependentes de seus maridos para que estes lhe provenham o sustento. Como a maior parte das agredidas possui renda, muitas não necessitam de abrigo temporário, entretanto, algumas podem vir a necessitar, e por isso é importante que grandes centros possuam casas de acolhimento para vítimas de violência doméstica, para que essas não fiquem à mercê da própria sorte.

2. Propostas para tornar a lei 11340 mais efetiva

2.1 A necessidade de políticas públicas que transformem o pensamento das futuras gerações e os grupos de reflexão propostos pela Lei Maria da Penha

O ambiente público é reflexo do ambiente privado como afirmam Eduardo Cambi e Emmanuella Denora (CAMBI, DENORA, 2017, p. 07), pois as relações de dominação masculina do ambiente doméstico se refletem no âmbito público como, por exemplo, a disparidade salarial para homens e mulheres que exercem a mesma função, o assédio que as mulheres sofrem no ambiente de trabalho e muitas vezes na própria via pública. Esses fenômenos só têm vez por conta da falta de educação que as crianças recebem, pois se ensinarmos nossas crianças desde cedo a terem respeito pelo ser humano, independente de sexo, cor ou raça, nossos adultos não cometerão barbáries por questões de gênero. Em razão disso, é necessária a intervenção do poder estatal na esfera privada, a fim de proporcionar a igualdade que faltam nas relações entre marido e mulher e para proteger as crianças de vivenciarem experiências violentas que não contribuem em nada para seu desenvolvimento, pelo contrário, lhes prejudicam, pois como afirma Victor Romfeld (ROMFELD, 2018, p. 08),

estaríamos sendo ingênuos ao pensar que uma lei poderia mudar séculos de atitudes e ensinamentos machistas.

Além de buscar dar maior efetividade a Lei Maria da Penha, o estado deveria se preocupar em implementar uma cultura de respeito aos direitos humanos como explicam Cambi e Denora (CAMBI, DENORA, 2017, p. 05), pois somente assim poderemos passar de um país com cultura patriarcalista para um país onde os direitos humanos são respeitados, e isso pode ser feito com políticas públicas de discriminações positivas. Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) o Brasil é o 7º de 84 países no ranking de homicídios de mulheres, tendo uma taxa de 4,4 homicídios para cada 100 mil mulheres, e, portanto não poderia deixar de investir em campanhas para promover a prevenção contra a violência doméstica como afirma Julio Waiselfisz (WASELFSZ, 2012. p. 11). Conforme explica Maria Berenice Dias (DIAS, 2007, p. 08), o homem precisa aprender que a mulher não é sua propriedade, não podendo este dispor dela do modo que lhe aprouver, mas que ela é sim sujeito de direitos, pessoa humana, e possui toda proteção que a legislação brasileira pode conferir.

O Estado precisa promover a eficácia das medidas propostas pela lei Maria da Penha, criando abrigos e centros de atendimento com psicólogos e assistentes sociais capacitados para prestar o apoio que estas vítimas de violência necessitam, além de criação de programas para reinserir essas vítimas no mercado de trabalho para que possam conquistar sua independência, não somente financeira, como aponta Edson Knippel (KNIPPEL, 2019, p. 07).

Os grupos de reflexão para agressores é uma proposta inovadora e pioneira que já está positivada na lei 11340/06 e em algumas cidades já está sendo colocada em prática, funcionando como uma alternativa à pena imposta ao agressor, haja vista que não adianta somente punir e não

reeducá-lo para que se insira novamente na sociedade e não retorne a praticar os mesmos delitos. O agressor precisa ser ressocializado, porque pode se afastar de uma vítima e posteriormente fazer outras tantas, portanto é importante que sejam criados grupos reflexivos para que esses homens que tem uma mentalidade “atrasada” de que são donos de suas esposas e filhas, de que as mulheres tem que obedecer suas ordens sem questionar, de que mulheres precisam ter determinados comportamentos e não podem exercer determinados papéis na sociedade mudem este pensamento e tornem-se companheiros, pais, amigos e pessoas melhores, mais abertas ao dialogo e menos propensos à violência. Como expõe Eva Alterman Blay:

“Embora seja muito cedo para conclusões definitivas, os dados mostram que a variedade de caminhos dos grupos de reflexão leva a otimistas conclusões. Os homens que passam pelos grupos tendem a mudar seus comportamentos. As reações imediatistas são substituídas por momentos de reflexão. Conseguir “esfriar os ânimos” é importante para evitar uma reação impensada e violenta.” (BLAY, 2014, p. 27)

Nas palavras da autora as reações explosivas de alguns homens, após o diálogo em grupos de apoio, conversando com outros agressores, entendendo o porquê de terem um comportamento explosivo e violento, podem ser controladas, e o agressor pode se regenerar, tornando-se um ser humano melhor, que primeiro pensa e depois age, pois somos todos seres racionais, alguns apenas possuem temperamento mais forte e pavoio menos curto do que outros.

2.1.1 Lei 14.164/2021 e a Semana Escolar de Combate à Violência Contra a Mulher

No dia 10 de junho de 2021 foi sancionada a lei 14.164/2021 a qual altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional a fim de incluir o

conteúdo sobre a prevenção da violência contra a mulher nos currículos da educação básica e instituir a Semana Escolar de Combate à Violência Contra a Mulher, a qual ocorrerá no mês de março de cada ano.

É mister que ensinemos nossas crianças a respeitarem, desde a pré-escola, os direitos que cada um goza, e que todos merecem respeito. A criança, assim como nos ensinou John Locke, é uma folha em branco, ela vai aprendendo conforme vai experimentando, vai adquirindo conhecimento com base no empirismo, e nada melhor do que instituir uma semana de combate à violência doméstica voltada aos grupos com pensamento mais flexível que são a educação infantil e anos seguintes.

Implementar conteúdos acerca da violência doméstica nos currículos escolares é uma conquista muito grande, por que mesmo que o papel da escola seja ensinar, e não educar, infelizmente o profissional do ensino abraça a missão de educar em conjunto com a família em decorrência do convívio constante com o aluno, criando assim um vínculo afetivo. Como já exposto anteriormente, muitas famílias não possuem uma estrutura adequada para o desenvolvimento da criança, a qual por vezes pode acabar crescendo em um ambiente violento e tomá-lo por normal. Com a inclusão deste tema no currículo escolar, a criança que eventualmente estiver com uma situação de violência doméstica em casa poderá obter a informação necessária na escola, aprendendo que os fatos que vivencia em casa não são normais, e não devem ser reproduzidos por ela.

2.2 Programas da segurança pública que podem servir de exemplo para um programa contra violência doméstica nas escolas

No Rio Grande do Sul a Brigada Militar possui programas como o Programa Educacional de Resistência às Drogas e a Violência (PROERD) e o Patrulheiro Ambiental Mirim, onde são ministradas aulas no ensino fundamental, com caráter preventivo.

No PROERD, policiais militares fazem um curso de capacitação, e vão até escolas para trabalharem com o ensino fundamental, 5º e 7º anos, sobre o tema drogas, buscando prevenir assim que as crianças se envolvam com drogas no futuro. O programa é alicerçado na ideia de que a criança deve desenvolver habilidades básicas como autoconhecimento e autogerenciamento, tomada de decisão responsável, alteridade, boa comunicação e relacionamento interpessoal e capacidade de lidar com desafios e responsabilidades, fazendo com o jovem aprenda a controlar seus impulsos e entenda as consequências de suas escolhas e os riscos que estão associados ao uso de drogas.

No Patrulheiro Ambiental Mirim, o objetivo é preservação do meio ambiente, sendo que os policiais militares se dirigem às escolas para ministrar aulas, proporcionar atividades de lazer relacionadas com o meio ambiente, para que crianças e adolescentes percebam o quão importante é cuidar da fauna e da flora, e como somos todos dependentes da natureza. Dentre as atividades desenvolvidas no programa destacam-se trilhas, palestras, passeios programados, ações comunitárias ambientais, jogos ecológicos, exposição de materiais de animais taxidermizados, entre outros.

A exemplo desses programas que já obtém êxito em nosso município e estado poder-se-ia pensar em desenvolver um programa educativo a ser ministrado para a educação infantil nas escolas acerca da violência de gênero, voltado para violência doméstica, para que as crianças aprendessem que a agressão não é uma opção na resolução de problemas, e que o uso da força nunca é a melhor forma de resolver desentendimentos, que diálogo e compreensão são mecanismos que podem fazer a diferença, tanto dentro da sala de aula quanto no lar.

Considerações finais

Carazinho é uma cidade que pode ser considerada um grande centro, pois possui mais de 60 mil habitantes, tem uma economia sólida e autônoma, muitas empresas aqui se instalaram e a cidade é desenvolvida. Contudo não se pode falar em desenvolvimento quando tantas vítimas sofrem com o descaso do poder público para alguns temas, como por exemplo, delegacias especializadas para atendimento das mulheres em situação de violência, uma casa de acolhimento para receber as vítimas que necessitem de assistência do município, uma vara especializada da justiça para julgar mais rapidamente os casos de violência doméstica, grupos reflexivos para regenerar os agressores e uma rede interligada entre poder municipal, por meio da secretaria de assistência social, polícia civil e polícia militar para prestar apoio às vítimas de violência doméstica. Quando conseguirmos atingir todos os objetivos elencados acima, poderemos dizer que aí sim estará sendo cumprida a lei 11.340/06 e esta terá plena efetividade.

A violência relacionada ao gênero é um problema social, que aflige desde os países mais desenvolvidos até os menos desenvolvidos, manifestando-se de diferentes formas de acordo com cada sociedade a qual está inserida. Podemos perceber que com a evolução histórica, muitos direitos foram adquiridos e a igualdade de gênero finalmente é reconhecida formalmente, o que traz um respaldo legal para o sexo feminino. Entretanto, nós mulheres, não podemos parar de lutar para que nossas vozes sejam ouvidas e para que sejamos universalmente respeitadas como seres humanos dignos, possuidores de direitos e deveres.

A Lei Maria da Penha é uma inovação de extrema importância na legislação brasileira, e está dando seus primeiros passos em vista de ter apenas uma década e meia de sua entrada em vigor. Os institutos nela

previstos são de um conhecimento técnico admirável, e nos fazem refletir que houve muito estudo para que fosse desenvolvida da forma como é apresentada hoje. Contudo, por mais que seja de uma beleza escrita, não podemos nos esquecer da eficácia plena, a qual ainda não é efetiva porque faltam investimentos por parte do poder público para implementar os instrumentos de efetivação previstos na presente legislação. Caminhamos a passos curtos ao futuro quanto a este tema, mas ainda é melhor ter um caminhar lento, do que ficar parado vendo o tempo passar, sem agir diante de absurdos que vemos todos os dias mundo afora, porque os ferimentos da violência podem cicatrizar, mas as cicatrizes ficam entranhadas não apenas no corpo, mas também no pensamento das vítimas.

Referências

Artigos em periódicos

CAMBI, Eduardo. DENORA, Emmanuella Magro. **Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 133/2017, p. 219 - 255. Julho, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **A Efetividade Da Lei Maria Da Penha**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 64/2007 | p. 297 - 312 | Jan - Fev / 2007.

KNIPPEL, Edson Luz. **Características e consequências da violência doméstica e familiar contra a mulher: necessidade de intervenção interdisciplinar**. Revista de direito e medicina | vol. 2/2019 | abr - jun / 2019.

ROMFELD, Victor Sugamoto. **Lei maria da penha: avanços e insuficiências**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 140/2018 | p. 109 - 137 | Fev / 2018.

Livros

BLAY, Eva Alterman. **Feminismos e masculinidades: novos caminhos para enfrentar a violência contra a mulher**. 1º edição. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

Páginas na internet

BRASIL. **Lei 9099 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>

BRASIL. **Lei 11340 de 07 de agosto de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm >

BRASIL. **Lei 14164 de 10 de junho de 2021**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2021/lei-14164-10-junho-2021-791447-publicacaooriginal-162983-pl.html> >

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 137888** julgado em 31/10/2017. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 30 de abril de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 438765/RJ** julgado em 17/05/2018. Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 30 de abril de 2020.

SISTEMA AVANTE – Brigada Militar/RS.

WASELFSZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2012. **Caderno complementar 1: Homicídio de Mulheres**. São Paulo: Instituto Sangari, 2012. p. 11. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Mapa-Violencia-2012_HomicidiosMulheres].

O Panorama Atual da Defesa do Consumidor Dentro do Ordenamento Jurídico Nacional

Gabriel Sassi¹
Franco Scortegagna

Introdução

As relações de consumo desempenham um papel fundamental na vida dos indivíduos, servindo não somente para satisfazer as necessidades mais primais, mas também para proporcionar lazer, entretenimento e conforto dentro das relações cotidianas.

Em razão desse caráter fundamental, no curso da história das sociedades civilizadas, as relações de consumo receberam tratamento legal diverso das demais relações civis, dispondo de tratamento legal específico e alicerçando o entendimento de diversas cortes legais.

No Brasil, em dado momento histórico, a defesa dos direitos do consumidor se tornou alvo de fortes articulações políticas, compelindo os legisladores e demais gestores públicos a estabelecer normas e políticas públicas com o objetivo de tornar viável a realização da referida finalidade.

Nesse sentido, a redação desse trabalho encontra sua justificativa no sentido de estudar as raízes históricas da defesa do consumidor, a forma como a legislação de consumo foi desenvolvida e quais mecanismos são destinados à proteção desse grupo social.

O estudo foi desenvolvido através do método indutivo, se utilizando como base as teses desenvolvidas pela doutrina jurídica brasileira e as

¹ Acadêmico do X nível do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Carazinho; estagiário do Juizado Especial Cível e Juizado Especial Federal Adjunto da Comarca de Carazinho/RS; e-mail: 165060@upf.br

disposições legais presentes na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor.

Considerações iniciais acerca das relações de consumo

O fenômeno do consumo é algo que se observa em todas as civilizações do mundo. Consumir é um ato necessário para a manutenção da vida pessoal e da sobrevivência humana, conforme explica Almeida²

[...] parte indissociável do cotidiano do ser humano. É verdadeira a afirmação de que todos nós somos consumidores. Independentemente da classe social e da faixa de renda, consumimos desde o nascimento e em todos os períodos de nossa existência. Por motivos variados, que vão desde a necessidade e da sobrevivência até o consumo por simples desejo, o consumo pelo consumo. [...]. Além disso, as relações de consumo são dinâmicas, uma vez que, contingenciadas pela própria existência humana, nascem crescem e evoluem, representando com precisão o momento histórico em que estão situadas

Da mesma forma o fenômeno do consumo se revela como um dos motores que impulsiona a economia dos países civilizados porque permite a manutenção das empresas já existentes e dos empregados já inseridos no mercado de trabalho e, mais importante, o fenômeno das trocas voluntárias de produtos e serviços resultam na arrecadação de impostos, que são endereçados aos cofres públicos e são utilizados para a manutenção dos interesses nacionais. Concatenando este entendimento, valorosa a lição de Azevedo³

Em suma, o direito do consumidor é uma ferramenta necessária à proteção das mais legítimas necessidades da pessoa humana que, inserida no contexto de uma civilização pós-moderna, exerce cotidianamente o papel de

² ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 4.ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003.

³ AZEVEDO, Fernando Costa de. *Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, a. 2009, n. 69, p. 45.

consumidora (adquirente, usuária) dos produtos e serviços no mercado globalizado.

Embora os contratos de consumo aparentam ser apenas negócios jurídicos corriqueiros, orientados pelo Direito Privado Clássico e regidos sob a égide do Código Civil, quando submetida a uma análise mais precisa esta premissa não corresponde à realidade fática e à realidade jurídica. Afinal, as relações de consumo obedecem a uma série de princípios distintos e uma dinâmica diferenciada, assim explica Nunes⁴

Esse esquema legal privatista para interpretar contratos de consumo é completamente equivocado, porque o consumidor não senta à mesa para negociar cláusulas contratuais. Na verdade, o consumidor vai ao mercado e recebe produtos e serviços postos e ofertados segundo regramentos que o CDC agora pretende controlar, e de forma inteligente.

Decorrente da grandiosa importância do consumo, depreende-se, a partir de um raciocínio lógico básico, que é de interesse do Estado brasileiro editar material legislativo que tenham como fito disciplinar estes contratos e, em especial, redigir um código exclusivo para reger de forma definitiva e derradeira este sistema que “caracteriza-se em nosso direito, a exemplo de outros sistemas jurídicos de sistema romano-germânico, como espécie de microssistema”⁵.

Com este fito, a Constituição Federal de 1988 incluiu a defesa dos interesses do consumidor no rol de garantias individuais, firmou a defesa do consumidor como um dos pilares que sustentam a ordem econômica nacional e, por fim, fixou prazo para, após promulgada a Lei Maior, o

⁴ NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 32

⁵ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters. 2018. p. 55

Congresso Nacional elaborar um Código de Defesa do Consumidor, o que veio a ocorrer em 1990 e desde então rege os contratos de consumo.

Portanto, o objeto do presente capítulo é analisar a história, a concepção do direito consumerista no ordenamento jurídico nacional e estudar as nuances que envolvem a defesa dos direitos consumidor no sistema jurídico brasileiro, partindo da Constituição Federal de 1988, analisando então o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e a legislação correlata que versa sobre temas atinentes à proteção do consumidor.

Análise histórica do defesa dos interesses do consumidor no Brasil, da gênese à contemporaneidade.

O fenômeno do consumo é extremamente antigo na história das comunidades civilizadas, observa-se essa prática no escambo praticado pelos povos judaicos, bem como pela intensa atividade comercial empregada pelos árabes. Em razão do estágio primitivo em que a sociedade se encontrava, não havia meios alternativos de solução de conflitos, dessa forma, a autotutela era o meio utilizado para solucionar as discussões acerca de problemas decorrentes de relação de consumo, por meio de pressões exercidas pelo poder bélico ou econômico, sem intervenção de terceiros⁶.

Ao passo que a civilização passou a desenvolver relações mais sofisticadas, conseqüentemente o ambiente ao seu redor se aprimorou, destaca-se nesse sentido o movimento iluminista, que eclodiu nos séculos XVII e XVIII na Europa através de intelectuais liberais que instigaram a diversas revoltas e revoluções como a que ocorreu na França entre 5 de maio de 1789 e 1799.

⁶ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. História e evolução do Direito do Consumidor. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2645, 28 set. 2010. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/17500>. Acesso em: 23 set. 2020.

Graças às teorias formuladas à época, o estamento jurídico dos Estados europeus sofreu drásticas alterações para reconhecer diversos princípios e garantias como válidas no ordenamento jurídico, em razão disso “devemos aos liberais importantes conquistas na área do direito, tais como o reconhecimento da existência de direitos e liberdades fundamentais do homem”⁷.

Em outro cenário, a Revolução Industrial, que ocorreu em solo britânico, deu azo à concepção de um capitalismo mais sofisticado, tornando obsoleta a figura do artesão, que outrora produzia os bens um por vez, de forma manual, cujos auxiliares resumiam-se ao seu meio familiar. Em seu lugar, vieram as grandes empresas, fazendo com que a produção fosse massificada⁸

Com esse fator e o aumento desenfreado da competitividade, os fornecedores de bens e serviços passaram a empregar estratégias de persuasão para buscar espaço no mercado de trabalho e compelir o público consumidor a comprar cada vez mais, sobre o tema, explica Cavaliere Filho⁹

[...]A partir da Revolução Industrial, entretanto, tornou-se necessário um sistema de comunicação de massa, aí tendo origem o fenômeno da publicidade na atual sociedade de consumo, em todos os países do mundo. Não há sociedade de consumo sem publicidade. O primordial objetivo da publicidade, ninguém desconhece, é informar o consumidor sobre os produtos e serviços disponíveis no mercado para despertar o seu interesse e leva-lo a adquiri-los[...]

⁷ LEITE, Roberto Basiolone. *Introdução ao Direito do Consumidor: Os Direitos do Consumidor e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr. 2002. p.38

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.15

⁹ *Ibidem*, p. 157.

Portanto, de acordo com as informações expostas até o momento, podemos entender que dois acontecimentos foram cruciais para que o Direito do Consumidor viesse a se tornar uma realidade, estes eventos são o Movimento Iluminista, cujas teses liberais reformaram e inspiraram diversos sistemas jurídicos, fazendo com que os Estados reconhecessem direitos e liberdades fundamentais.

O segundo evento foi a Revolução Industrial, que massificou a produção de bens e, conseqüentemente, sofisticou o mercado de consumo através de um massivo desenvolvimento científico, modernizando os meios de produção, que conseqüentemente aprimorou os produtos colocados no mercado. Além disso, ali começou a se desenvolver as técnicas de persuasão que instigariam os consumidores a comprar.

Passando para a contemporaneidade, em 15 de março de 1962, no curso da Guerra Fria, um evento extremamente importante ocorreu na América do Norte, alterando de forma derradeira a abordagem estatal dos direitos consumeristas, sendo assim, reputa-se necessário realizar uma reflexão acerca do que pode ser considerado como o marco zero do movimento pela defesa dos direitos do consumidor no ocidente. Este episódio foi o discurso do então Presidente dos Estados Unidos da América, John Kennedy, que proferiu discurso abordando as práticas abusivas que ocorriam à época em solo norte americano, e comprometendo-se em combater-las.

Neste discurso, o Presidente dos EUA¹⁰ fez referência à direitos básicos, que deveriam pautar os contratos consumeristas dentre eles “o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito de ser ouvido. A partir de então diversas leis foram aprovadas nos Estados

¹⁰ Estados Unidos da América

Unidos”¹¹ a partir de então o ordenamento jurídico das sociedades ocidentais passou a ter em seu bojo códigos específicos para as relações de consumo.

Entretanto, a gênese da legislação atinente à defesa dos interesses foi tardia em solo nacional. Anterior ao advento da Constituição Federal de 1988 e da Redação da Lei 8.070/90, as relações de consumo eram operadas sobre a batuta do Código Civil de 1916, leis esparsas, pelo Código Penal, pelo Código Comercial, dentre outros códigos por analogia. Com isso, criou-se uma parafernália jurídica, em razão dos dispositivos mencionados ora terem natureza criminal, ora tinham natureza contábil e econômica. Mas acima de tudo, eram de difícil compreensão para o consumidor leigo em ciências jurídicas¹².

A partir destes fatores, durante muitos anos os consumidores ficaram jogados à própria sorte, “amparados” por códigos legais lacunosos quanto a proteção de seus interesses. Isto criou uma situação de grave vulnerabilidade, propiciando toda a sorte de práticas abusivas de parte dos fornecedores de bens e serviços, conforme explica Leite¹³

Era comum a propaganda enganosa, como a de remédios milagrosos para a calvície e a impotência sexual, de gomas de mascar que impediam a cárie dentária e de ofertas de trabalho autônomo na área de vendas capazes de levar o interessado à riqueza em pouco tempo. Os comerciantes habitualmente recusavam-se a trocar mercadorias vendidas com defeito.

Em razão destes graves problemas, a sociedade passou a mobilizar-se com o objetivo de pressionar o poder público para que houvesse a

¹¹ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters. 2018. p. 55

¹² LEITE, Roberto Basiolone. *Introdução ao Direito do Consumidor: Os Direitos do Consumidor e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr. 2002. p.38

¹³ *Ibidem*, p. 39

estruturação de políticas públicas destinadas a garantir a proteção do consumo tendo como supedâneo previsões legais que tivessem como cerne gerar um ambiente menos hostil para a compra de bens e serviços.

Aos poucos, o movimento pela proteção dos interesses do consumidor foi tomando forma no Brasil, em 1970 órgãos como a APC (Associação de Proteção do Consumidor de Porto Alegre) e a ADOC (Associação de Defesa e Orientação do Consumidor de Curitiba), que, apesar da parca legislação atinente à defesa específica dos Direitos do Consumidor, atuavam incansavelmente, prestando orientação e apoio aos consumidores em estado de vulnerabilidade¹⁴.

Na esteira destes movimentos, em 1974 no estado de São Paulo, foi feito o primeiro movimento do poder público para cessar a hecatombe que o ambiente de consumo havia se tornado, em que os fornecedores de bens e serviços controlavam totalmente o mercado, gerando um ambiente desconfortável e que não estimulava um consumo saudável. Em 1978 foi promulgada a Lei Estadual n^o. 1903, que instituiu a natureza executiva do Procon, dando assim, efetividade às ações para defesa do consumidor¹⁵

Também houve a atuação do Ministério Público, que, apesar de ainda não contar com todas as prerrogativas garantidas pela Constituição de 1988, contribuiu para a concretização da defesa dos interesses consumeristas através das promotorias de justiça especializadas em direito do consumidor, as quais faziam o atendimento dos consumidores que tiveram seus interesses violados “verificando indícios de crimes contra a economia popular, saúde pública, fraudes e estelionatos, entre outros.

¹⁴ BALCÃO DO CONSUMIDOR. Movimento Consumerista do Brasil 25 anos do CDC. Rio Grande do Sul: Universidade de Passo Fundo. 2015

¹⁵ FUNDAÇÃO PROCON-SP. *35 Anos do Procon-SP Edição Comemorativa*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. 2011

Eram requisitadas, paralelamente, inúmeras diligências e inquéritos policiais”¹⁶.

Importante destacar que, na esteira destas inovações legislativas e administrativas, com a promulgação da Lei nº 7.374/1975, a Lei da Ação Civil Pública, foi incluído no segundo inciso do primeiro artigo desta peça legislativa que são suscetíveis de ação civil pública as ações

Todos estes hercúleos esforços trouxeram um fruto extremamente especial: após a assembleia nacional constituinte de 1987, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, disposições atinentes a defesa destes interesses foi insculpida no texto constitucional, servindo de norte para o ordenamento jurídico desde então.

O tratamento empregado à defesa do consumidor na Constituição Federal de 1988.

De acordo com as informações anteriormente expostas, entende-se que o Direito do Consumidor se tornou parte integrante do Ordenamento Jurídico através de um esforço hercúleo de diversos setores da sociedade, que batalharam muito para ver a defesa dos interesses consumeristas positivada no ordenamento jurídico para que, a partir de então, o ambiente de consumo se tornasse mais harmônico e menos hostil.

Todavia, antes de adentrar especificamente nas disposições constitucionais que versam sobre o Direito do Consumidor, especificamente os art. 5º, inciso XXXII e o art. 170, inciso V da Constituição Federal de 1988, é necessário fixar e compreender de forma clara a diferenciação teórica entre princípios e regras porque estes exercem influência distinta e geram resultados diversos.

¹⁶ Ibidem, p. 24.

Quanto aos princípios, em uma análise semântica deste vocábulo, BUENO¹⁷ explica que esta palavra significa o momento em que alguma coisa tem origem. Sendo assim, conclui-se que, inclusive para fins jurídicos, os princípios tem como objetivo definir a origem de alguma tutela ou atitude que o Estado deve tomar para que determinado interesse seja satisfeito e direitos sejam entregues.

Esta concepção se traduz nas ciências jurídicas no sentido de que o princípio é um comando pelo qual o ordenamento jurídico irá se moldar, sendo regularmente classificados como direitos fundamentais e colocando-se em uma posição superior no sistema de normas¹⁸. Este fenômeno é resultado da característica geral dos princípios no ordenamento jurídico, que se revelam como um “dever-ser”.

Por outro lado, as regras obedecem a um caráter distinto de organização, elaboração e peso hermenêutico, configurando-se como um comando expresso, uma ordem. Contendo comandos que não dão espaço para ponderações profundas, “normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem.¹⁹”

Além disso, os princípios e regras guardam outras formas de dissociação. Apesar de ambos constituírem norma na ordem jurídica, o comando que eles expressam e a forma de resolução de conflitos entre uma e outra são distintas, afinal, as regras são normas jurídicas eminentemente descritivas, enquanto os princípios são normas com cunho finalístico porque estabelecem um *modus operandi* cuja realização depende da adoção de um número de comportamentos determinados.²⁰

¹⁷ BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: FTD. p. 624

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 61

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *O Começo Da História. A Nova Interpretação Constitucional E O Papel Dos Princípios No Direito Brasileiro*. p.10

²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p.95

Desta forma, resta inequívoca a diferenciação básica entre princípios e regras, enquanto uma expressa a forma na qual o ordenamento jurídico e a legislação se moldam, as regras são as normas que viabilizam a eficácia dos princípios. Sendo que tanto os princípios como as regras constituem normas no ordenamento jurídico.

Desta forma, preliminar ao estudo da espécie constitucional dos direitos do consumidor, concluímos que as normas constitucionais, sejam elas princípios ou regras, tem como função primária prescrever condutas e formular mecanismos direcionado a um determinado destinatário, seja ele o administrador público ou privado, o legislador, os magistrados, os servidores públicos e os cidadãos em geral²¹.

Com esse conhecimento em mente, é possível analisar de forma mais precisa as disposições constitucionais que atinentes à proteção dos interesses do consumidor. Conforme explicado anteriormente, as disposições constitucionais que versam sobre o Direito do Consumidor dentro da Constituição Cidadã são as seguintes: o art. 5º, inciso XXXII²² e o art. 170, inciso V²³. Portanto, a partir da leitura do texto constitucional, depreende-se que a Defesa do Consumidor figura na Lei Maior como um Direito Fundamental e como um dos princípios que garantem a Ordem Econômica em solo nacional.

Passemos à análise da defesa dos interesses do consumidor como direito fundamental. Na linha do que foi explicado no subtítulo anterior, à medida que a sociedade passou a ser mais enérgica no pleito por uma política concreta dos interesses consumeristas, todavia, a derradeira

²¹ ROCHA JÚNIOR, Luis Clóvis Machado da. *A Decisão Sobre os Efeitos do Ato Inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014. p. 83

²² Art. 5º [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor

²³ Art 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor

manifestação do comprometimento estatal com os direitos consumeristas encontra-se insculpida no inciso XXXII do art. 5º que lista os Direitos Fundamentais presentes na República Federativa do Brasil a partir de 1988.

Motta²⁴ explica que o constituinte mostrou o grau de importância do Direito do Consumidor como uma expressão de cidadania ao incluir a Defesa dos Direitos do Consumidor no rol de Garantias e Liberdades Individuais Fundamentais. Essa expressão de cidadania deve-se ao fato de que o consumo, além de ser uma atividade econômica, também tem como objetivo a manutenção e a garantia do bem estar das pessoas.

Portanto, é possível compreender que esta garantia fundamental se reputa no nosso ordenamento jurídico não como regra, mas sim como um princípio, em razão do seu teor eminentemente descritivo e por expressar um parâmetro que não disciplina as nuances da defesa do consumidor. Contudo, o legislador constituinte teve o esmero de fazer consignar nesta garantia fundamental que a viabilização desta garantia fundamental deve se dar pela lei, conforme explica Cavalieri Filho²⁵

Ainda mais, a defesa do consumidor deveria ser feita **na forma da lei**. Em outras palavras, o constituinte originário determinou a elaboração de uma lei para a defesa do consumidor, o que evidencia que o Código do Consumidor, diferentemente das leis ordinárias em geral, **tem origem em imperativo constitucional**. Bem por isso, sempre repetimos, o Código do Consumidor e a lei mais extraordinária do século passado. Se temos uma **Constituição Cidadã**, como bem a qualificou o grande deputado Ulysses Guimarães, temos também **uma lei cidadã – o Código do Consumidor**.

²⁴ MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria Jurisprudência e Questões*. Sylvio Motta. 27. ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p.272.

²⁵ CAVALIERI FILHO. Op. Cit. p. 23

Desta forma, se conclui a análise do Direito do Consumidor como princípio e como direito fundamental tendo a consciência de que este tema teve um tratamento totalmente diferenciado pela Carta Magna de 1988, não apenas por ter inaugurado uma garantia inédita na história do ordenamento jurídico do Brasil, mas também por instrumentalizar totalmente a viabilização da defesa dos interesses consumeristas.

Afinal, este Direito Fundamental não veio ao mundo como uma norma em branco, mas sim como um instrumento de proteção suficiente para a viabilização deste princípio. Haja vista que é o adequado quando se trata dessa modalidade de direito, uma construção mais refinada para não gerar proteção ineficiente, conforme assevera Gilmar Mendes no voto que emitiu nos autos da Suspensão de Liminar nº 235-0 do STF

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS, 1989, p. 161).

Doutra banda, também é importante o exame da Defesa dos Interesses do Consumidor como princípio da ordem econômica do país. Afinal, é o consumo o principal fator de circulação de valores monetários, que permite o crescimento e desenvolvimento do país. Necessitando assim, criar um ambiente seguro para que esses contratos sejam celebrados com transparência e boa-fé, tendo assim, uma atuação do

Estado como supervisor do livre-mercado. Sobre este tema, explica Barcellos²⁶

Trata-se, aqui, tanto de um princípio de funcionamento da ordem econômica, ao qual está vinculada a iniciativa privada, quanto de um dever do Estado. A ele cabe, não apenas assegurar um mercado efetivamente concorrencial, como também criar condições equitativas entre partes naturalmente desiguais, ainda que de forma induzida, e assegurar condições objetivas de boa-fé negocial.

Na esteira do que foi estudado anteriormente, o fenômeno do consumo é um ato que transcende o negócio jurídico celebrado pelas partes porque seus frutos vão muito além da satisfação do consumidor e do lucro do fornecedor, conforme levantado pelo IBGE “a maior contribuição para o avanço do PIB vem do consumo das famílias, que cresceu 1,8%. Pelo lado da oferta, o destaque foi o setor de serviços, que representa dois terços da economia.” (Agência IBGE, 2018 p.1)²⁷

Ademais, importante ressaltar que, com o verniz de constitucionalidade que o Direito do Consumidor conquistou, verifica-se uma proteção extra, qual seja a vedação de retrocesso em sua legislação decorrente de decisionismo político. Portanto, quando se verifica esse fenômeno para tentar esvaziar direitos consumeristas, mesmo que passe pelo crivo das casas legislativas e do Presidente da República, terá como destino certo o reconhecimento da inconstitucionalidade através do poder judiciário. Sobre os efeitos deste fenômeno, explica Luis Clóvis²⁸

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Rio Grande do Sul: Forense, 2018. p. 507-508.

²⁷AGÊNCIA IBGE. Acesso em 30/09/2020. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27007-pib-cresce-1-1-e-fecha-2019-em-r-7-3-trilhoes>>

²⁸ROCHA JÚNIOR, Luis Clóvis da Rocha. Op. Cit. p. 83-84.

Apagam-se, em regra, quaisquer aplicações e eficácias do ato inconstitucional: tanto a validade quanto a eficácia jurídica e fática, como forma de preservar a indisponibilidade do conteúdo da norma constitucional. Em segundo lugar, mediatemente, pela aplicação da norma-sanção que leva à invalidação do ato inconstitucional, visa-se a realizar a supremacia da constituição, ou seja, *restaurar o estado de constitucionalidade*.

Dessa forma, resta cristalino que o tratamento que a Constituição Cidadã de 1988 empregou à defesa dos interesses consumeristas em solo nacional foi a de uma participação efetiva e vigilante do Estado nas atividades empregadas pelo mercado para garantir que tanto os consumidores tivessem garantidas sua integridade econômica, social e jurídica, como para zelar pelo estamento econômico nacional, restando ao CDC disciplinar as nuances dessa proteção.

O cenário da proteção consumerista positivada na ordenamento jurídico infraconstitucional.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor e passada a sua *vacatio legis*, inaugurou-se uma nova era para o direito brasileiro, afinal, no momento em que esse compêndio de normas passou a vigorar, vieram com ele todo um novo corolário de princípios e regras incumbidos de tornar o consumo no Brasil uma atividade equânime, onde os consumidores podem desfrutar de contratos justos.

A doutrina jurídica classificou a epitome trazida pelo CDC²⁹ como um microssistema ou subsistema jurídico, afinal, o código traz em seu bojo normas de diversas ordens, como da esfera cível, tributária, administrativa e inclusive, inaugurando tipos penais, nesse toar o doutrinador Rizzato Nunes³⁰ tece valorosas considerações acerca dessa afirmação

²⁹ Código de Defesa do Consumidor

³⁰ NUNES, Rizzato. Op. Cit. P. 78.

É preciso que se estabeleça claramente o fato de o CDC ter vida própria, tendo sido criado como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro. Além disso, os vários princípios constitucionais que o embasam são elementos vitais ao entendimento de seus ditames. Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente esse fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico, que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior – , sendo aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar.

Depreende-se, outrossim, que o estamento normativo do CDC transcende a aplicação dentro da relação de consumo apenas, destinando-se a criar um novo ambiente de troca de bens em serviços, condicionando os demais códigos legais, com exceção da Constituição Federal, isso implica no fato de que, como consequência direta disto, toda a legislação ulterior ao Código de Defesa do Consumidor deve ser amoldada levando-se em conta suas disposições.

O CDC inaugura suas disposições trazendo uma clara distinção entre consumidor³¹ e fornecedor³² essa conceituação encontra um valor ímpar em razão de que nem todo o negócio jurídico é, de fato, uma relação de consumo, podendo apenas dois particulares pactuarem negócio jurídico ordinário, sem as características típicas deduzidas pelo código. Nesse caso, a relação é disciplinada pela norma geral, no caso, o Código Civil de 2002.

Impende ressaltar que não há em positivado no CDC qualquer dispositivo no qual esclareça ou classifique que determinada relação jurídica entre particulares ou entre o consumidor e empresa pública seja uma relação de consumo, o legislador decidiu, apenas, conceituar quais

³¹ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

³² 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.

são os sujeitos desta relação. Portanto, o conceito de consumidor; fornecedor e relação de consumo são interdependentes, só existe consumidor quando existe fornecedor, só existe relação de consumo quando há produto ou serviço. Tais conceitos não se sustentam *de per se*³³.

Imperioso destacar que apesar da figura do consumidor parecer autoexplicativa, ela invoca uma série de nuances que deve ser estudada a fim de compreender quem, de fato exerce essa função na relação de consumo. Esse impasse ocorre em razão das múltiplas interpretações do verbete *destinatário final* fazendo com que delas decorram três teses que explicam a quem se aplica o título de consumidor.

A primeira a ser analisada é a teoria finalista, Cavalieri Filho³⁴ ensina que, na essência, estabelece um conceito de consumidor extremamente restritivo, definindo que só faz jus ao título o sujeito que expressar latente vulnerabilidade, fixando entendimento de que a destinação final do produto ou serviço é condicionada à uma questão econômica, ou seja, que o objeto do contrato de consumo seja utilizado para satisfazer uma necessidade especial do consumidor, encerrando o ciclo econômico do objeto. Todavia, a aplicação indiscriminada da teoria finalista pode ocasionar em uma série de injustiças³⁵

Em um panorama diametralmente oposto à teoria finalista, figura a teoria maximalista, Cláudia de Lima Marques³⁶ explica que esta tese consolida o entendimento de que o CDC não é aplicável tão somente ao consumidor não profissional, mas que o código serve para disciplinar todo o mercado de consumo. Sendo, desta forma, um código para toda a

³³ MIRAGEM, Bruno. Op. Cit. p. 165-166.

³⁴ FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. Cit. p. 86

³⁵ TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Método, 2016. p.77

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

sociedade de consumo fixando normas para todos os agentes de mercado que podem ser fornecedores em um momento, mas, podem ser fornecedores em outro.

A terceira e última teoria que figura no ordenamento jurídico pátrio no que tange à questão da classificação do consumidor é a teoria finalista mitigada ou teoria finalista aprofundada, em suma, admite em caráter completamente excepcional a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em favor de alguns tipos de profissionais liberais e pequenas empresas, com a condição de que a relação se trate de consumo intermediário, dando continuidade ao ciclo econômico do bem ou serviço e se verifique, no caso concreto, a vulnerabilidade técnica jurídica ou econômica³⁷. No sentido de aprofundar a explanação sobre os parâmetros para configuração desta modalidade, aduz Miragem³⁸

A interpretação finalista aprofundada apresenta-se a partir de dois critérios básicos: 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.

Em aspectos empíricos na prática forense, por via de regra a teoria mais adotada pelos tribunais é a teoria finalista³⁹, todavia, a teoria finalista mitigada, conforme mencionado anteriormente, também está conquistando seu espaço. Por outro lado, o conceito de fornecedor é exposto com extrema clareza pelo CDC, o art. 3º e seus parágrafos são enfáticos no sentido de classificar com máxima abrangência, “não há

³⁷ FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. Cit. p. 86

³⁸ MIRAGEM, Bruno. Op. Cit. p. 182

³⁹ TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit. 77

exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC busca atingir todo e qualquer modelo”.⁴⁰

Concluindo este subtítulo e conseqüentemente o primeiro capítulo desta monografia, é de suma importância a análise de três princípios que constituem o sustentáculo de toda a legislação consumerista, direitos estes que constituem a alma das regras expostas no Código de Defesa do Consumidor, são eles: o Princípio da Boa-Fé, Princípio da Vulnerabilidade e o Princípio do Equilíbrio.

O primeiro princípio da trindade supramencionada é decorrente dos negócios jurídicos que seguem a regra geral, o Código Civil, ao buscarmos uma conceituação ampla desta norma, entendemos que seu significado corresponde a “uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico”⁴¹. Com esse entendimento, se depreende que a noção de boa-fé compreende muito mais a uma norma de civilidade e urbanidade entre as partes, a fim de que ambos os sujeitos contratuais tenham seus direitos satisfeitos e seus interesses preservados, conforme explica Venosa⁴²

O Código atual, oriundo do Projeto de 1975, em várias disposições busca uma aplicação social do Direito, dentro de um sistema aberto, ao contrário do espírito do Código de 1916, de cunho essencialmente patrimonial e individualista. Sob esse prisma, o princípio da denominada boa-fé objetiva é um elemento dessa manifestação. Nos contratos e nos negócios jurídicos em geral, temos que entender que os declarantes buscam, em princípio, o melhor cumprimento das cláusulas e manifestação a que se comprometem. O que se tem em vista é o correto cumprimento do negócio jurídico ou melhor, a

⁴⁰ NUNES, Rizzato. Op. Cit. p. 93

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 437

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

correção desse negócio. Cumpre que se busque, no caso concreto, um sentido que não seja estranho às exigências específicas das partes no negócio jurídico.

Após, temos o Princípio do Equilíbrio, que decorre do princípio da Boa-Fé, conforme se extrai apenas da decodificação do seu nome, seu cerne está em proporcionar contratações onde as partes envolvidas estejam em pé de igualdade. “Relações jurídicas equilibradas implicam a solução do tratamento equitativo. O equilíbrio se espalha, no plano contratual, na norma do inciso IV do art. 51, bem como no inciso III do § 1º do mesmo art. 51.”⁴³

Por fim, resta a análise do princípio da vulnerabilidade, princípio próprio do Código de Defesa do Consumidor, insculpido no art. 4º, inciso I do diploma legislativo. Sendo a normativa que constitui a base de toda a legislação consumerista, este princípio “constitui presunção legal absoluta, que informa se as normas de direito do consumidor devem ser aplicadas e *como* devem ser aplicadas”⁴⁴.

Este princípio subdivide-se em três modalidades: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica e vulnerabilidade fática ou socioeconômica. A primeira corresponde a um critério de ordem técnica pois o consumidor não detém os meios de produção e não tem conhecimento da maneira que eles são operacionalizados⁴⁵, desta forma, o consumidor fica suscetível aos vícios e defeitos oriundos da relação de consumo.

A vulnerabilidade jurídica revela-se tanto como uma deficiência técnica do consumidor, da mesma forma que se trata de uma chaga social, afinal, esta modalidade corresponde ao desconhecimento do consumidor

⁴³ NUNES, Rizzato. Op. Cit. p. 126.

⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. Op. Cit. p. 136.

⁴⁵ NUNES, Rizzato. Op. Cit. 122

leigo em ciências jurídicas acerca dos instrumentos legislativos que resguardam seus direitos, conforme explica Cavalieri Filho⁴⁶

A **vulnerabilidade jurídica** ou **científica** resulta da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos, inclusive no que respeita a quem recorrer ou reclamar; a falta de assistência jurídica, em juízo ou fora dele; a dificuldade de acesso a Justiça; a impossibilidade de aguardar a demorada e longa tramitação de um processo judicial que, por deturpação de princípios processuais legítimos, culmina por conferir privilegiada situação aos réus, mormente os chamados litigantes habituais.

Por último, temos a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, “diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor.”⁴⁷ Todavia, essa modalidade de vulnerabilidade também abrange situações próprias a determinadas classes de consumidores, que tem sua fragilidade agravada em razão de serem crianças ou idosos, de possuírem alguma espécie de enfermidade que comprometa suas faculdades mentais.⁴⁸

Com este panorama em mente, depreende-se que estes princípios operam de forma sinérgica nas relações de consumo, contribuindo para auxiliar o consumidor dentro destas relações jurídicas, sendo o princípio da vulnerabilidade o princípio mor dos três, afinal, ele dita o deslinde da relação de consumo e fortalece os princípios próprios do código civil, buscando resolver diversos dilemas sociais que impedem sua plena aplicação.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op Cit. p. 72.

⁴⁷ NUNES, Rizzato. Op. Cit. p. 123

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. Op. Cit. p. 138

Conclusão

Considerando os estudos realizados neste trabalho, compreende-se que a defesa do consumidor tem importância histórica não apenas por ser uma das facetas dos direitos fundamentais de primeira geração, mas também por garantirem meios adequados de satisfazer as necessidades diárias com a devida proteção quanto aos riscos e práticas abusivas realizadas nesta modalidade de contrato. Não obstante, em decorrência destas qualidades o ordenamento jurídico nacional classificou a defesa do consumidor como garantia fundamental e princípio da ordem econômica, com o objetivo de nortear a legislação de uma forma que os interesses consumeristas sejam zelados e respeitados por toda a sociedade e pelo Estado.

Referências

- BRASIL.** Constituição Federal 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Distrito Federal: Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico, 2016.
- _____. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: *Lei n. 8075, de 11 de setembro de 1990*. 2. ed. – Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Comissão Mista Permanente de Defesa do Consumidor e Participação Legislativa Popular, 2016.
- _____. Lei nº 7.345/75. *Lei da Ação Civil Pública*.
- ALMEIDA NETO,** Antonio Prudente de. História e evolução do Direito do Consumidor. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2645, 28 set. 2010. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/17500>. Acesso em: 23 set. 2020.
- ÁVILA,** Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BALCÃO DO CONSUMIDOR.** Movimento Consumerista do Brasil 25 anos do CDC. Rio Grande do Sul: Universidade de Passo Fundo. 2015

BARCELLOS, Ana Paula de; **BARROSO**, Luís Roberto. *O Começo Da História. A Nova Interpretação Constitucional E O Papel Dos Princípios No Direito Brasileiro*.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Rio Grande do Sul: Forense, 2018. p. 507-508.

BOLSON, Simone Hegele. *Direito do Consumidor e Dano Moral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: FTD. 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

_____, Sérgio. Programa de Sociologia Jurídica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FUNDAÇÃO PROCON-SP. *35 Anos do Procon-SP Edição Comemorativa*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. 2011

GAGLIANO, Pablo Stolze. **PAMPLONA FILHO**, Rodolfo. Manual de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2006.

LEITE, Roberto Basiolone. *Introdução ao Direito do Consumidor: Os Direitos do Consumidor e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr. 2002;

MARQUES, Cláudia Lima; **BENJAMIN**, Antonio Herman; **BESSA**, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters. 2018.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria Jurisprudência e Questões*. Sylvio Motta. 27. ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

TARTUCE, Flávio. **NEVES**, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Método, 2016.

ROCHA JÚNIOR, Luis Clóvis Machado da. *A Decisão Sobre os Efeitos do Ato Inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014;

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil, Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2013

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Liminar nº 235-0/TO

Diretivas Antecipadas de Vontade à luz do Ordenamento Jurídico brasileiro ¹

Gabriela Lopes De Bortoli ²

Roberto Carlos Gradin ³

Introdução

O direito à vida, como premissa fundamental da existência das pessoas naturais, consiste na mais elementar das condições humanas. Como suporte a todos os demais direitos, é através da análise de sua extensão que nos deparamos com o conceito da morte.

Acalorados debates acabam surgindo em face das questões que gravitam em torno destas duas concepções. Juristas, médicos, filósofos e inúmeros outros profissionais buscam respostas aos enigmas atinentes sobre o início e o fim da jornada humana.

Contudo, mesmo estando diante de um processo natural que é a morte, atualmente, esta tem sido encarada como sinônimo de derrota, fragilidade e fraqueza, especialmente diante do ramo medicinal. Em razão dessa nova perspectiva, o Direito defronta-se com questionamentos relacionados a autonomia dos indivíduos que se encontram na fase final de suas vidas.

¹ Artigo científico produzido em 21 de junho, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluna do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: gabidb1323@hotmail.com.

³ Professor do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS. Especialista em curso de pós-graduação Lato Sensu em Direito Civil pela Faculdade CESUSC. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: gradin@upf.br.

No intuito de abordar esta temática, analisar a evolução dos direitos inerentes à sociedade humana, em sentido amplo, assim como o desenvolver dos princípios fundamentais, destaca-se como basilar à compreensão da morte como digna.

O caráter inviolável atribuído à vida, perante o texto constitucional, conexo aos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, remete-se ao questionamento da persistência desse direito quando ausentes os pressupostos que lhe tornem a vida digna de ser vivida.

Neste contexto, quando enfrentados, diversos são os problemas indagados perante as reflexões atinentes à terminalidade da vida. Temas relacionados a eutanásia, suicídio assistido, distanásia e, ainda, ortotanásia abarcam o ramo de enlaces conflitantes quando o estudo da morte é desenvolvido.

Embora semelhantes, o suicídio assistido e a eutanásia nunca devem ser confundidos, pois enquanto no suicídio assistido a morte é resultante da própria ação do paciente, na eutanásia a morte surge como consequência de uma ação ou omissão médica. Entretanto, em que pese esta conceituação se mostre simples, com o passar dos anos, a eutanásia conquistou vastos novos paradigmas, dando origem a distanásia e a ortotanásia.

Classificada como a morte lenta e sofrida, a distanásia contribui para tornar sombrios os instantes finais da vida, já que o processo de morrer é prolongado pela adoção de medidas médicas excessivas. Contudo, ao contrário do que a distanásia propõe, na ortotanásia a conduta possui um caráter passivo, na medida em que nada se faz tanto para encurtar quanto para prorrogar a vida humana.

Assim, é a partir de tais indagações que a manifestação da vontade do indivíduo ganha força, adentrando a pesquisa na análise do Instituto

das Diretivas Antecipadas de Vontade no tocante às situações de terminalidade da vida. O Testamento Vital, como documento jurídico redigido em plena faculdade mental, expressa a vontade do paciente de forma antecipada em relação aos tratamentos que deseja ou recusa. Não muito distinto, o Mandato Duradouro envolve a tomada de decisões sobre os cuidados médicos, nas situações de incapacidade, diante da escolha de alguém de confiança do paciente.

Dessarte, a compreensão das ambições precípua destas modalidades de Diretivas Antecipadas de Vontade, proporciona o estudo da aplicabilidade deste Instituto frente ao Ordenamento Jurídico brasileiro, sobretudo após a publicação da Resolução n° 1.995/2012, pelo Conselho Federal de Medicina, e em vista de uma possível normatização a partir do Projeto de Lei n° 149/2018.

Outrossim, além de possuir como enfoque principal a legislação brasileira, examinar-se-á este Instituto em países que já possuam uma interpretação legal a respeito da proteção da autonomia da vontade junto ao princípio da inviolabilidade da vida. É nesse cenário que o acolhimento das Diretivas Antecipadas de Vontade prende-se, ao fato de transformar o direito à vida, nas situações de terminalidade ou de irreversibilidade do quadro clínico, em um consectário de valorização dos interesses subjetivos do paciente.

1 Os princípios fundamentais e a morte como digna

Quando se propõe o enfretamento das dimensões que circundam o direito à vida, uma das controvérsias mais perturbadoras diz respeito ao sentido a imprimir sobre a dignidade, em vida e na morte. Neste domínio, não se impõe apenas discutir o centro das problemáticas existenciais concernentes à ideia do imortal, mas na naturalidade da morte, uma vez esquecida.

No intuito de compreender a trajetória da vida e da morte, o amadurecer da modernidade colocou o homem no centro das problemáticas existenciais, introduzindo o conceito da qualidade de vida através da criação dos direitos fundamentais.

O desenvolver da ciência jurídica, transformadora das instituições e das concepções jurídicas, enfatiza a necessidade em proteger a humanidade, por entre tais direitos, na busca por uma vida digna, preservando a autonomia e o desenvolvimento da personalidade. Assim, falar em direitos fundamentais significa falar em um aditamento cultural gradativo, uma vez que anteriores ao ordenamento jurídico e inerentes à própria natureza humana.

Os direitos fundamentais manifestam-se através do texto constitucional, de forma explícita e implícita, através dos princípios fundamentais.

De forma clara e inequívoca, a atual Constituição Federal expõe sua intenção de outorgar a tais princípios a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (SALDANHA, 2017).

Dessa forma, ao reconhecimento desses direitos e garantias, localizado no art. 1º, inc. III⁴, o princípio da dignidade da pessoa humana constata-se como um dos fundamentos da Constituição e, portanto, da República Federativa do Brasil em todos os seus aspectos, o que ocasiona uma aura de especialidade e destaque deste princípio em relação aos demais.

De toda forma, embora haja direitos formalmente consagrados como fundamentais que não apresentam ligação direta com o princípio da dignidade

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência de respeito à vida, à integridade física e íntima de cada ser humano e à segurança. É o princípio da dignidade humana que justifica o postulado da isonomia e que demanda fórmula de limitação do poder prevenindo o arbítrio e a injustiça (MENDES, 2000, p. 92).

Partindo das premissas de Immanuel Kant (2007, p. 76), todos os seres racionais estão submetidos à lei, a qual “manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si”. Nesse viés, o conceito de dignidade na filosofia kantiana surge a partir da ideia de que se a natureza existe como fim em si mesma, a dignidade certamente deriva da autonomia do ser racional, capaz de estabelecer os limites de sua atuação.

A dignidade humana, sob o olhar filosófico, constitui valor ligado ao ideal do que é justo e virtuoso. Já no campo do Direito, sem deixar de ser um valor moral, ganha status de princípio jurídico, que justifica moralmente os direitos fundamentais, destacando-se, dentre eles, o direito à vida, como uma especificação da própria dignidade.

Contudo, sob o contexto de uma sociedade pluralista que busca afirmar-se efetivamente democrática, remeter à possibilidade do “querer morrer” é algo que implica em discussões (SÁ; MOUREIRA, 2015).

Nesse contexto, o direito de morrer dignamente, tal como o direito fundamental à vida digna, passa a incorporar a ideia de respeito à autonomia individual, já que a dignidade passa a ser vista como valor central que fundamenta a prática médica.

O conceito da autonomia, como foco das especulações teóricas, sobretudo, a partir da filosofia kantiana, foi introduzida e, conseqüentemente, movida ao discurso jurídico. Este diferencial está no fato de o homem não ser determinado pela existência e conteúdo da moralidade exterior a ele, mas tanto a possibilidade do conhecimento

quanto a possibilidade do estabelecimento do agir moral que pressupõe a autodeterminação do próprio indivíduo.

Diferentemente do princípio da dignidade da pessoa humana, a autonomia privada é um princípio previsto de forma implícita no texto constitucional, o qual concede ao indivíduo o direito de dispor de acordo com seus interesses, tanto na esfera patrimonial quanto na existencial.

Sob estas perspectivas, sendo a autonomia privada um princípio jurídico que outorga aos particulares o poder de regular, pelo exercício de suas próprias vontades, a relação de que fazem parte, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica, pode-se dizer que a manifestação dessa autonomia, nas situações de fim da vida, está diretamente relacionada com a dignidade da pessoa humana e às suas decisões sobre o processo de morrer.

Dessa forma, no intuito de reconhecer direitos e garantias fundamentais, o art. 5^o, logo em seu *caput*, consagra o princípio da inviolabilidade da vida humana. Posta sob este prisma, a inviolabilidade pauta-se como suficiente para estabelecer barreiras quanto à legitimidade de atos de outrem que afrontem a vida, representando a proteção da pessoa contra comportamentos alheios (GODINHO, 2016).

Assim, embora o direito à vida constitua prerrogativa inviolável, deve ser sempre visto à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Desta feita, nos casos de terminalidade da vida, em que a morte é algo inevitável, discute-se a possibilidade de projetar a declaração de vontade do sujeito enfermo, expressão máxima de sua autonomia, para gerar efeitos quando estiver incapacitado de se expressar livremente e autonomamente.

⁵ Art. 5^o 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: [...]

Os que defendem a possibilidade do morrer, prendem-se ao argumento de que a vida não poderia se transformar em dever de sofrimento, pois a antecipação da morte não só atenderia aos interesses do indivíduo de morrer com dignidade, como daria efetividade ao princípio da autodeterminação da pessoa em decidir sobre sua própria morte, a exercitar a liberdade. Entretanto, os que se opõem a esta possibilidade sustentam, dentre outros argumentos, ser dever do Estado preservar, a todo custo, a vida humana, já que o poder público estaria obrigado a fomentar o bem-estar dos cidadãos e a evitar que sejam mortos ou colocados em situação de risco (SÁ; MOUREIRA, 2015).

A lei civil atribui ao respirar de um nascituro o ponto de partida da personalidade jurídica e da aptidão para ter direitos e obrigações. Dessa forma, tutelado pela Constituição Federal, o direito à vida constitui o primeiro direito de qualquer pessoa.

Através dessa proteção constitucional, a morte surge como fase da vida, abarcando o princípio da dignidade da pessoa humana junto ao exercício da autonomia. Pontua-se, ainda que o processo de morrer, transformado ao longo dos tempos, depreende-se de um caráter solitário, negado e desprezível à qualidade humana, visto que, agregou-se a ele, práticas de terapias fúteis que retiram do doente o domínio do seu próprio processo terminal (DADALTO, 2020).

As escolhas concernentes ao próprio paciente de não se submeter a determinados tratamentos ou de interrompê-los, remete-se ao direito à morte digna, resultante de uma consequência constitucional vinculada à liberdade, à autonomia e, ainda, à inviabilidade da vida interpretada através da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, o Instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade, capaz de garantir e preservar a dignidade, constitui instrumento apto a

antecipar a vontade individual de pacientes com enfermidades crônicas por entre os princípios fundamentais.

Portanto, em vista da concepção do direito à morte como fruto individual e cruel, mostra-se a validade da vontade antecipada do indivíduo, frente ao Ordenamento Jurídico brasileiro, sob a perspectiva da morte como digna, amparado aos direitos fundamentais a partir de sua evolução histórica.

2 Eutanásia, suicídio assistido, distanásia, ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade: uma distinção necessária

As correntes que discutem a autonomia para morrer se avolumam e, ao lado delas, conceitos referentes ao processo do morrer vêm à tona. Temas relacionados a eutanásia, suicídio assistido, distanásia e, ainda, ortotanásia abarcam o ramo de enlaces conflitantes quando o estudo da morte é desenvolvido.

A interrupção da vida, com o objetivo de obstar o sofrimento, foi encarada por muitos como um princípio de humanidade, tendo como principal protagonista a eutanásia.

Proveniente da Grécia, a expressão “eutanásia” deriva da conjunção do *eu* (bem) e *thanatos* (morte), indicando a ideia de “boa morte” ou “morte piedosa”. Originariamente, a eutanásia não possuía um sentido vinculado à concepção do processo de morrer, mas à idealização de permitir que a morte ocorresse da forma menos dolorosa possível, mediante acompanhamento moral ou espiritual (GODINHO, 2016).

Atualmente, contudo, a eutanásia assume um sentido mais restrito, implicando necessariamente no encurtamento da vida. Assim, quando a conduta de privar a vida, por ação ou omissão, é decorrente de ação médica com consentimento da pessoa, fala-se em eutanásia.

O modo de atuação do agente, a intenção que anima a conduta do agente, a vontade do paciente e a finalidade do ato são algumas das

classificações que, do conceito da eutanásia, emergem efeitos jurídicos de elevada relevância.

Próximo da eutanásia, encontra-se o suicídio assistido que, embora observe a vontade do paciente como a eutanásia, estas não se equivalem:

Na eutanásia, o médico age ou omite-se. Dessa ação ou omissão surge, diretamente, a morte. No suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro (SÁ, 2015, p. 89).

Certamente a eutanásia é o procedimento mais conhecido no que diz respeito à complexidade de pessoas que se encontram em sofrimento e de alguma forma buscam uma solução rápida. Entretanto, é preciso destacar outros procedimentos que posteriormente foram surgindo após algumas discussões com relação ao paradigma criado quando se trata da eutanásia. Nesse viés, surgiram a distanásia e a ortotanásia, considerados por parte da doutrina como variações da eutanásia devido à complexidade do tema e dificuldade da sociedade em discutir sobre o assunto.

Nas concepções de Luis Antonio Bento (2008, p.159), o termo distanásia remete-se ao “prolongamento exagerado da agonia, do sofrimento e da morte de um paciente”. Sendo assim, a distanásia é vista pelo prolongar do processo de morrer através da insistência na administração de tratamentos inúteis, fazendo com que a morte deixe de ser um evento natural.

Ao contrário do que expõe a ideia de distanásia, a ortotanásia indica a morte no seu tempo, cuja ocorrência não é antecipada nem adiada. Assim não há o provocar a morte (conduta típica da eutanásia), nem o postergar indefinidamente (correspondente à distanásia), mas o equilíbrio no intuito de humanizar o processo da morte. Partindo destes pressupostos, a

ortotanásia aproxima-se da morte natural, como um procedimento classificado como mais ético, pois leva-se em consideração a vontade do paciente sem ferir os princípios fundamentais (GODINHO, 2016).

É através destas distinções entre os conceitos da eutanásia, do suicídio assistido, da distanásia e da ortotanásia que a compreensão do Instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade torna-se possível, afinal a busca pelo respeito da vontade do paciente, nos casos de terminalidade da vida, proporciona a preservação da dignidade.

Originária dos Estados Unidos da América, em 1967, a primeira proposta pautada nas Diretivas Antecipadas de Vontade foi chamada de *Living Will*. Em 1969, o advogado Louis Kutner, ao publicar um artigo sobre o direito de morrer, abominou a prática da eutanásia e do suicídio assistido ao mesmo tempo em que defendia a possibilidade de o próprio paciente manifestar-se acerca do término de sua vida, através de um documento juridicamente válido. Assim, baseado nesse documento, Kutner acreditava que os anseios do paciente estariam sendo respeitados e, desde que observados os ditames legais e ético-profissionais, inexistiria a responsabilização civil e criminal dos médicos pela eventual morte dos pacientes (DADALTO, 2020).

Para a realização do que chamou de *Living Will*, Kutner estabeleceu alguns aspectos:

(I) o paciente capaz deixaria escrita sua recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou a terminalidade fossem comprovados; (II) a vontade manifestada pelo paciente no *Living Will* se sobreporia à vontade da equipe médica, dos familiares e dos amigos do paciente e o documento deveria ser assinado por, no mínimo, duas testemunhas; (III) esse documento deveria ser entregue ao médico pessoal, ao cônjuge, ao advogado ou a um confidente do paciente; (IV) deveria ser referendado pelo comitê do hospital em que o paciente estivesse sendo

tratado; e (V) poderia ser revogado a qualquer momento antes de o paciente atingir o estado de inconsciência. (DADALTO, 2015, p. 26)

Seguindo os parâmetros de Louis Kutner, o *Living Will* alcançou status de lei federal apenas em 1991, através do *Patient Self Determination Act (PSDA)*, que, em sua segunda seção, dispunha sobre as “*advanced directives*” – conhecidas no Brasil como Diretivas Antecipadas de Vontade – como gênero de documento de manifestação de vontade para tratamento médico, tendo como espécie, além do *Living Will*, o *Durable Power of Attorney for Health Care* (SALDANHA, 2017).

Contudo, antes de ocorrer sua aprovação, intensos debates acerca do direito dos pacientes em fim de vida foram motivados, a partir de dois casos concretos que ocorreram nos Estados Unidos. A busca da família de duas jovens americanas, que ficaram em estado vegetativo, pelo direito a suspender o esforço terapêutico, alavancou diversas inseguranças e, principalmente, discussões relacionadas à validade da vida.

Os casos geraram grande comoção no país e, nesse ambiente, o estado da Califórnia aprovou o *Natural Death Act*, no ano de 1976, garantindo a recusa ou a suspensão de tratamentos médicos, bem como a proteção dos profissionais de saúde, em vista de eventual processo judicial (SÁ; MOUREIRA, 2015).

Ainda motivado pelas discussões nos Estados Unidos, em 1983, o estado da Califórnia aprovou o *California's Durable Power of Attorney for Health Care*, reconhecendo, através da impossibilidade temporária ou definitiva do paciente, o direito deste em nomear um procurador para tomar decisões médicas.

Por sua vez, na Europa, o reconhecimento das Diretivas Antecipadas de Vontade, em legislação, tomou corpo com a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das

Aplicações da Biologia e da Medicina, também conhecida como Convênio de Oviedo. Apenas a Finlândia, Holanda e Hungria reconheciam o Instituto antes da Convenção, após, a Bélgica foi o primeiro país a legislar sobre o tema, seguida da Espanha, Áustria, Alemanha, França e Itália (DADALTO, 2020).

Apesar de alguns países terem legislado sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade antes do Convênio de Oviedo, este é de extrema importância para a consolidação da temática na Europa.

Este convênio é uma iniciativa capital, pois diferentemente das declarações internacionais que o precederam, é o primeiro instrumento internacional com caráter jurídico vinculante para os países que o subscrevem. Sua especial valia reside no fato de que estabelece um marco comum para a proteção dos direitos humanos e da dignidade humana na aplicação de biologia e da Medicina (DADALTO, 2020, p. 71)

No que tange à América do Sul, países como Argentina, Uruguai, México e Colômbia regulamentam a matéria.

Possuindo intensa produção doutrinária, jurisprudencial e legislativa sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade na Argentina, tais declarações são reguladas pela Lei nº 29.529, revogáveis a qualquer momento, desde que observada a capacidade e a autonomia do outorgante. A Lei nº 29.529 foi aprovada em 2009 e alterada em 2012 pela Lei nº 26.742, dispondo sobre a morte digna ao invés das tratativas dos direitos do paciente em sua relação para com os profissionais e instituições de saúde.

Quanto a regulamentação no Uruguai, aprovada também em 2009, a Lei nº 18.473 permite a toda pessoa, desde que maior e capaz, o direito de manifestar sua vontade acerca da aceitação e recusa de cuidados e tratamentos médicos, deixando claro que, havendo uma diretiva antecipada, esta prevalecerá sobre a vontade dos familiares. Vale ressaltar

que a referida lei não cria um registro nacional, contudo, às instituições públicas e privadas ficam obrigadas a realizar programas educativos para a população (SALDANHA, 2017).

Já no Brasil, o conceito das Diretivas Antecipadas de Vontade foi introduzido pela Resolução n° 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, que em seu art. 1° definiu-as como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

Analisando o Instituto como um instrumento de autodeterminação de manifestações prévias, tem-se que este se subdivide em Mandato Duradouro e Testamento Vital (DADALTO, 2020).

Conceituado como sendo um documento pelo qual o paciente sub-roga sua vontade, o Mandato Duradouro, admitido em ordenamentos estrangeiros, busca instituir um responsável legal para tomar decisões em nome do paciente, conservando sua vontade diante das iniciativas médicas através da escolha que melhor o represente.

Como citado anteriormente, o Mandato Duradouro possui apenas amparo internacional – *Durable power of attorney for health care*. Assim, embora não haja lei em sentido estrito que cuide deste no direito brasileiro, não se pode dizer que inexistam qualquer diploma. Da Portaria n° 1.820/2009, editada pelo Ministério da Saúde, extrai-se do art. 5°, inc. VII:

Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:[...] VII – a indicação de sua livre escolha, a quem confiará a tomada das decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia (2009, p. 3).

A redação deste dispositivo em alguma medida se justifica, visto que, pelo fato de não tratar de texto de lei, evidencia-se no reconhecimento da

prerrogativa em atribuir, a qualquer indivíduo, o direito de nomear uma pessoa a quem confiará a tomada de decisões quanto aos cuidados de sua saúde.

Contudo, ainda que se reconheça a possibilidade deste instrumento produzir efeitos jurídicos no Brasil, debates acerca de seus limites e requisitos para atestar sua validade não terão resposta. Assim, traçar um paralelo entre o Mandato Duradouro e outro instituto previsto no ordenamento brasileiro torna-se basilar à prática daquele. Previsto do art. 653 a 692 do Código Civil, o mandato se aproxima do Mandato Duradouro ao admitir, através da lei, representação para a prática de atos e administração de interesses, fazendo uma adequação quanto a possibilidade de nomeação de um procurador para atuar nos assuntos concernentes à saúde (GODINHO, 2016).

A presença do procurador mitiga eventual confusão relacionada às tomadas de decisão, respeitando a vontade do paciente e reduzindo possíveis conflitos entre familiares. Ainda, o Mandato Duradouro concede ao procurador, diante de uma situação inesperada e imprevista, a adequação da vontade do paciente em vista a uma morte digna.

Além do Mandato Duradouro, o Testamento Vital consiste num documento previamente elaborado pelo interessado, no pleno gozo de suas faculdades mentais, que contém estipulações acerca de tratamentos, procedimentos e cuidados médicos. Neste contexto, o Testamento Vital permite que o próprio indivíduo decida sobre o destino de sua vida e saúde e não seus familiares, apresentando a conveniência de eliminar eventuais conflitos entre os mesmos (SALDANHA, 2017).

Assim como o Mandato Duradouro, o Testamento Vital pode ser aplicado por analogia à normativas já previstas em lei, como no caso do testamento, porquanto negócio jurídico unilateral, gratuito, personalíssimo e revogável. Contudo, dele distancia-se em uma

característica essencial, a produção de seus efeitos, já que no testamento é *post mortem*. Além disso, outro ponto a ser questionado é em relação a solenidade, absolutamente necessária na realização de um testamento, mas questionável no caso das Diretivas Antecipadas de Vontade.

De todo modo, é imperioso que o paciente em situação de terminalidade esteja assistido de modo digno, para que receba tratamentos de conforto no intuito de amenizar o sofrimento e assegurar o máximo de qualidade possível diante do término de sua vida.

Embora regulamentado em outros países, no Brasil, não há norma jurídica que embase este instrumento. Contudo, conforme anteriormente exposto, as Diretivas Antecipadas de Vontade foram introduzidas pela Resolução n° 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, o que colaborou para aquecer o debate, especialmente sobre uma possível necessidade de regulamentação legislativa deste Instituto. Isso porque, a referida Resolução tem apenas força normativa entre os médicos, não possuindo o condão de regulamentar aspectos gerais do assunto como a formalização, o conteúdo, a capacidade dos outorgantes, o prazo de validade e a criação de um registro nacional.

Assim, sendo um marco na defesa dos interesses dos pacientes em fim de vida no Brasil, a Resolução n° 1.995/2012 foi a primeira norma, ainda que administrativa, a reconhecer o direito de o paciente manifestar sua vontade por escrito e o dever de respeito dos profissionais e familiares.

Considerando que, do ponto de vista jurídico, a Resolução não possui força de lei, acalorados debates quanto ao uso e aceite das Diretivas Antecipadas de Vontade são motivados, pelo receio de infringir normas ético-legais. Contudo, em que pese a ausência normativa, a Resolução constitui um importante instrumento de interpretação e direcionamento da hermenêutica jurídica.

A atual ausência normativa que reconheça expressamente uma das modalidades das Diretivas Antecipadas de Vontade, comumente funciona como estandarte contra a validade deste Instituto, quando cortejada com o direito à vida. Entretanto, é importante frisar novamente, que as Diretivas Antecipadas de Vontade não se coadunam com a prática da eutanásia, pois enquanto nesta há o intuito de pôr fim à vida, naquela apenas se oferecem instruções quanto aos tratamentos e cuidados que o paciente aceita ou recusa, em casos de incapacidade (GODINHO, 2016).

Assim, considerando que as prerrogativas das Diretivas Antecipadas de Vontade não conferem o direito de pedir para morrer, a racionalidade do ser humano junto dos citados princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da autonomia, mostram-se suficientes para corroborar com a ideia da possibilidade de implementação normativa de pelo menos uma destas modalidades, a fim de possibilitar ao indivíduo dispor sobre seu tratamento em caso de incapacidade frente à terminalidade da vida.

3 As Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil

A primeira repercussão social que trouxe às Diretivas Antecipadas de Vontade iniciou em 2006, quando o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.805. Através desta Resolução, o médico passou a ter poderes para limitar ou suspender tratamentos que prolongassem a vida do paciente, desde que mantidos “os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal” (DADALTO, 2020, p. 96).

Sendo uma norma vinculada apenas para os médicos, a aprovação da referida Resolução foi motivo de debate na 14ª Vara Federal do Distrito Federal, em vista de seu caráter polêmico. Dois anos após, o Ministério Público ajuizou ação civil pública (nº 0014718-75.2007.4.01.3400) contra

o Conselho Federal de Medicina, questionando a conduta médica exposta na Resolução, já que o Conselho Federal de Medicina não possui poder regulamentador para tanto (SÁ; MOUREIRA, 2015).

Como narrado anteriormente, os conceitos da eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido devem ser distinguidos. Contudo, nos autos da ação civil pública, houve uma latente confusão. Assim, após seu ajuizamento, o Conselho Federal de Medicina aprovou um novo Código de Ética Médica, estabelecendo que em “situações clínicas irreversíveis e terminais o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sobre sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados” (DADALTO, 2020, p. 98). A aprovação do novo Código de Ética fez com que o Ministério Público apresentasse alegações finais favoráveis às teses defendidas pelo Conselho Federal de Medicina e o juiz, em sentença, julgou improcedente o pedido.

Em 2012, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução n° 1.995, proporcionando a primeira regulamentação sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil.

Por não se tratar de um instrumento legislativo, a técnica empregada na referida Resolução caracteriza-se como insuficiente. O caráter imperativo e vinculativo das Diretivas Antecipadas é mitigado pelo respeito aos preceitos do Código de Ética Médica, assim, o propósito do seu texto baseia-se em legitimar as práticas da ortotanásia, facultando ao paciente a tomada de decisões sem acarretar a abreviação de sua vida, ainda que a seu pedido, e rechaçar o ato médico consistente na prática da eutanásia.

A Resolução n° 1.995 também foi alvo de ação civil pública (n° 0001039-86.2013.4.01.3500), com a finalidade de declarar sua inconstitucionalidade, sob o argumento de que esta retira da família do paciente o direito de escolha, além de colocar em risco a segurança jurídica

e configurar um instrumento inadequado para o registro das Diretivas Antecipadas de Vontade (SALDANHA, 2017).

Na decisão que indeferiu o pedido liminar, a Resolução nº 1.995 foi considerada constitucional e em concordância com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que assegura ao paciente em estado terminal, cuidados paliativos sem ser submetido, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem seu sofrimento. O Ministério Público recorreu contra a decisão, mas a constitucionalidade foi mantida.

Esta decisão, como marco do direito brasileiro, ensejou na primeira manifestação do Poder Judiciário com relação à dignidade da pessoa humana do paciente terminal, reconhecendo, assim, sua autonomia. O conhecimento a respeito do tema ainda é extremamente escasso no Brasil, assim o principal ponto abordado foi em relação a necessidade de legislação específica sobre o Instituto.

Em 2014, o Conselho Nacional de Justiça realizou a I Jornada de Direito da Saúde, do qual resultou num documento que dispunha a respeito das Diretivas Antecipadas de Vontade, especificamente o enunciado 37, que assim estabelece:

As Diretivas ou Declarações Antecipadas de Vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito.

O conteúdo das Diretivas Antecipadas de Vontade, restrito ao enunciado acima, refere-se apenas a manifestação de vontade em relação a tratamentos e cuidados médicos. Ainda, vale ressaltar que há confusão quanto a sua nomenclatura, visto que inexistente Diretiva Antecipada de

Vontade ou Declaração Antecipada de Vontade, mas apenas as Diretivas Antecipadas de Vontade. Dessa forma, torna-se mais clara ainda a falta de conhecimento sobre o assunto e a necessidade de amplo debate.

Passando para uma análise mais prática, na tentativa de aplicabilidade do Testamento Vital, o processo 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP trata-se de um procedimento de jurisdição voluntária, no qual a parte autora postulou o reconhecimento judicial de validade de sua manifestação quanto a recusa de tratamentos fúteis, quando estivesse em fim de vida. O pedido se pautava em caso futuro de incapacidade, já que, no momento do ajuizamento da ação, esta não estava acometida com doença grave, incurável e/ou terminal (DADALTO, 2020).

A inicial restou indeferida e o processo foi julgado extinto sem resolução de mérito. A magistrada entendeu que o procedimento requerido era desnecessário, tendo em vista a possibilidade de manifestação em prontuário médico, em consonância com a Resolução n° 1.995/2012. A autora interpôs recurso de apelação, tendo a sentença sido anulada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Com o devido prosseguimento dos autos, realizou-se audiência no intuito de ouvir a parte autora e, em sentença, restou reconhecida a validade do Testamento Vital no Ordenamento Jurídico brasileiro, ressaltando-se, apenas, que o ato era meramente formal por se tratar de um caso hipotético.

Já no ano de 2013 o Ministério Público propôs Apelação Civil (n° 70054988266) para analisar o direito de um idoso em recusar a amputação de um membro necrosado, *in casu*:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia

mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível, Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em: 20-11-2013).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu como constitucional o pleiteado pelo idoso, justamente por estar em concordância com os preceitos da ortotanásia, em vista do desejo prévio manifestado pelo paciente.

Ressalte-se que, embora o paciente tenha recusado o tratamento, não estando ele em situação de fim de vida, a não realização do procedimento de amputação levaria o paciente a óbito. Mesmo assim, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu por reconhecer a vontade do paciente, considerando o trauma da amputação.

O presente caso trata-se do primeiro acórdão que analisou o Testamento Vital, contudo, a referida decisão se precipitou quanto à implementação das Diretivas Antecipadas de Vontade. Fato é que a utilização deste Instituto, da forma narrada, abre precedentes para

decisões judiciais que justifiquem qualquer recusa de tratamento, tendo como base o Testamento Vital, distorcendo o real motivo de sua validade.

Partindo para uma análise legislativa, o primeiro Projeto de Lei foi proposto em 2005, pelo Senador Pedro Simon (2006, p. 149-150), no qual deixa claro o objetivo em estabelecer o direito de o paciente atuar ativamente no seu tratamento médico, utilizando-se da proteção à dignidade, à vida, ao sigilo médico e à autonomia.

Este Projeto de Lei, por tratar especificamente da autonomia dos indivíduos na relação médico-paciente, foi arquivado em 2014, demonstrando o quão despreparado o Poder Legislativo está, face a assuntos que defrontam à inviolabilidade da vida.

Posteriormente, o Projeto de Lei nº 149/2018, é o mais recente no Senado Federal (2018, p. 1-8) e dispõe sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade no tratamento da saúde. Dentre as diversas justificativas, o Senador Lasier Martins, apresenta como objetivo do projeto a supressão da lacuna existente no Brasil sobre o assunto, tendo como princípio o respeito à dignidade e à autonomia do paciente.

Ainda, o Projeto de Lei consegue determinar pontos importantes para a devida regulamentação deste Instituto, no intuito de proporcionar segurança jurídica para o declarante e a equipe de saúde envolvida. Dentre estes, em caso de o texto integral do projeto ser aprovado, as Diretivas Antecipadas de Vontade deverão ser realizadas por escritura pública lavrada em cartório, resultando em uma formalidade legal com relação a esse documento.

Comparada a vasta discussão sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade em outros países que já possuem, inclusive, regulamentação, os movimentos jurídicos que motivaram o início da análise deste Instituto no Brasil são nítidos. Embora embrionárias as proposições formais acerca do Mandato Duradouro e do Testamento Vital, alguns tópicos relevantes à sua

desenvoltura normativa devem ser considerados, face ao Projeto de Lei nº 149/2018, na tentativa de que tais discussões sobre o tema tornem-se mais relevantes no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Temas relacionados à forma, capacidade, prazo de validade e eficácia, constituem ponto elementar, em vista de uma melhor compreensão quanto à possibilidade de sua validade.

Como exposto anteriormente, diversas são as críticas pertinentes à expressão do Testamento Vital, por ser uma declaração prévia de vontade que se assemelha ao testamento. Contudo, mesmo sendo um negócio jurídico unilateral, gratuito, personalíssimo e revogável, este se distancia daquele em muitos pontos, visto que alguns parâmetros que embasem sua regulamentação ainda são imperceptíveis.

O primeiro ponto a se destacar diz respeito a sua previsão normativa, pois é através de sua previsão que se torna possível a lavratura por escritura pública perante um notário, a fim de garantir a segurança jurídica.

Neste sentido, o art. 3º, §1º, do Projeto de Lei nº 149 propõe que “[...] para ser reconhecida pelos profissionais de saúde e pelos serviços de saúde, deverá estar expressa por meio de escritura pública sem conteúdo financeiro, lavrada em Cartório competente” (SENADO FEDERAL, 2018, p. 3).

Ademais, outra providência que assegura as Diretivas Antecipadas de Vontade seria a criação de um cadastro nacional para conferir amplo acesso aos médicos e hospitais, para garantir a ciência da sua existência, contemplando, assim, o art. 7º do referido Projeto de Lei:

O médico, no atendimento de paciente em fase terminal de doença ou acometida de grave e irreversível dano à saúde, procurará se informar sobre a existência de documento de diretivas antecipadas de vontade, fazendo constar essa informação do prontuário do paciente. Parágrafo único. Sempre

que possível, quando existir, o documento de diretivas antecipadas de vontade será anexado ao prontuário do paciente (SENADO FEDERAL, 2018, p. 4).

Com relação à capacidade de discernimento, tem-se como requisito essencial para que seja possível fazer qualquer das Diretivas Antecipadas de Vontade, visto que segue os parâmetros fixados pelo Código Civil. Assim, “toda pessoa maior e capaz tem o direito de declarar, de forma antecipada a sua vontade [...]” (SENADO FEDERAL, 2018, p. 3). Tratando-se de pessoa menor de idade, deverá, primeiramente, requerer autorização judicial.

Conforme já mencionado, as Diretivas Antecipadas de Vontade são, por essência, revogáveis, razão pela qual discorda-se da fixação de um prazo de validade nestes documentos. Embora seja notório o avanço medicinal com o passar dos anos, não é passível de justificativa à validade de uma das modalidades, visto que a simples verificação de tal avanço não revoga tacitamente a disposição (DADALTO, 2020).

Por fim, quanto à eficácia das Diretivas Antecipadas de Vontade, leva-se em consideração as disposições internacionais. Sendo assim, considerando que em muitos países a Diretiva se torna eficaz 14 dias após sua feitura, no Brasil, defende-se que seja a partir de sua inscrição no prontuário médico, em vista de sua eficácia médica (GODINHO, 2016).

Contudo, vale destacar que “é assegurado aos profissionais de saúde o direito à objeção de consciência quando solicitados a cumprir o disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade” (SENADO FEDERAL, 2018, p. 4), desde que justificado o motivo da objeção e garantido o atendimento por outro profissional.

Após a análise das tentativas que marcaram a busca pelo reconhecimento das Diretivas Antecipadas de Vontade, resta claro que há um movimento do judiciário em aceitar a validade deste Instituto no

Brasil, mesmo ante a inexistência de norma específica. Porém, reitera-se que a elaboração de uma legislação se faz necessário.

As Diretivas Antecipadas de Vontade, sejam realizadas por via do Testamento Vital ou do Mandato Duradouro, representam importantes instrumentos postos à disposição da sociedade, sendo para afirmação da autonomia nas relações médico-paciente ou no intuito de preservar a dignidade.

Portanto, se a morte não for tratada pelo indivíduo como realidade em vista de seu projeto biográfico, não há que se falar em imposição do morrer, sob pena de tal conduta se mostrar juridicamente indevida. Ainda, haveria a própria negação da autonomia para morrer. Assim a questão é permitir que o próprio indivíduo, possuidor de liberdade e autonomia, possa definir quais possibilidades são capazes de efetivar a construção da sua personalidade, já que ao Direito cabe o reconhecer e efetivar tais escolhas.

Considerações finais

O tema das Diretivas Antecipadas de Vontade ainda é pouco visto no Brasil. Embora se tenha vasta legislação estrangeira sobre o referido Instituto, na sociedade brasileira ainda há um pré-conceito em vista de sua discussão.

Fala-se em direito de morrer e em direito de viver a todo custo, sem levar em consideração o equilíbrio que precisa existir entre estes dois paradigmas. Assim, quando os debates se avolumam quanto à possibilidade de morrer com dignidade, os temas da eutanásia, do suicídio assistido e da distanásia ocupam espaço e distorcem o verdadeiro motivo que embasa as Diretivas Antecipadas de Vontade.

O fato de se trazer à realidade da sociedade a escolha do “querer morrer”, assombra muitas crenças que, atualmente, passam a ser

limitantes. Isso porque, a cada instante vivencia-se o poder do avanço tecnológico e, conseqüentemente, da Medicina, o que ocasiona a ideia de infinitude. Contudo, embora alguns entendam que tal evolução é a realidade vivenciada atualmente, outros pretendem que o curso natural da vida prevaleça.

Ressalta-se que não se debate aqui a morte como fonte da viabilidade da vida, nos termos do que preceitua a eutanásia, mas a preservação da autonomia de cada indivíduo embasado na dignidade humana.

Assim, distante dos conceitos grosseiros de terminalidade da vida, a ortotanásia se justifica perante a compreensão das Diretivas Antecipadas de Vontade, uma vez que a morte é tratada como fase da vida, não a apressando nem a retardando. Além disso, vasto são os caminhos concernentes às modalidades das Diretivas Antecipadas de Vontade que vão além do normatizado em cada país.

O Mandato Duradouro, embora pouco utilizado num modo geral, atribui confiança ao paciente para com aquele nomeado, que deverá obedecer a sua vontade diante de um possível estado de incapacidade. Dessa forma, pontua-se como fundamental uma regulamentação a seu respeito em vista de generalizar seu alcance.

Dessarte que utilizar dos preceitos do mandato, previsto no Código Civil, auxiliaria na sua formalização e padronização, oferecendo, assim, segurança jurídica.

Notório que, além do Mandato Duradouro, tem-se o Testamento Vital como maior exemplificativo no exercício das Diretivas Antecipadas de Vontade. Sendo o embasamento normativo no mundo, este constitui na manifestação expressa do paciente em caso de terminalidade. Frisa-se que, uma vez feita esta Diretiva, somente poderá ser aplicada quando constatado que o indivíduo não tem condições de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Em que pese a conceituação destas modalidades, fato é que não resultará em nada sem possuir embasamento legislativo. Assim, é nítido o intuito do Conselho Federal de Medicina em tentar iniciar o debate de uma possível normatização através da Resolução nº 1.995/2012.

O discurso no Brasil, referente às Diretivas Antecipadas de Vontade, é consideravelmente novo quando comparado aos demais países. Embora a evolução tardia, resta claro o intuito dos cidadãos brasileiros em discutir a aplicabilidade deste Instituto.

Assim, o Projeto de Lei nº 149/2018 merece maior esplendor, não só por contemplar o tema das Diretivas Antecipadas de Vontade, mas por evoluir o debate de uma forma mais livre e tolerante. Contudo, embora as divergentes opiniões defendam a inviolabilidade da vida, esta deve ser vista à luz da morte como digna, refletindo no fato de que a vida não é um direito absoluto, pois necessária uma ponderação entre os princípios fundamentais e a legislação pertinente.

O referido Projeto de Lei, embora ainda não regulamentado no Senado Federal, não deixa lacunas quanto à aplicabilidade das Diretivas Antecipadas de Vontade. Assim, em vista de uma possível legalização deste Instituto, mostra-se favorável o objetivo de implementação trazido pelo Senador Lasier Martins.

Ademais, diante da morte digna como alicerce em bases subjetivas, tal como o direito fundamental à vida digna, passa a incorporar a ideia de respeito à autonomia individual e a própria dignidade do ser.

Deste modo, a valia dos princípios fundamentais da autonomia, da dignidade da pessoa humana e, inclusive, o da inviolabilidade da vida, devem guiar não apenas a prática profissional do corpo médico, mas também os conflitos de ordem moral que porventura possam existir, pois embora alicerçados em uma possível legalidade, as Diretivas Antecipadas de Vontade, quando manifestadas, precisam ser respeitadas.

Por fim, ressalta-se que, em que pese a discussão do Projeto de Lei nº 149/2018, atualmente, inexistente legislação específica sobre o tema. A partir de uma interpretação principiológica do Ordenamento Jurídico vigente, pode-se considerar a validade das Diretivas Antecipadas de Vontade no Brasil. Todavia, em vista das especificidades formais e materiais que permeiam este Instituto, entendeu-se como necessária a aprovação do Projeto de Lei supracitado, no intuito de regulamentar de forma clara e inequívoca o Instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade, a fim de evitar controvérsias e de possibilitar sua real eficácia.

Referências

BENTO, Luis Antonio. **Bioética**: Desafios éticos no debate contemporâneo. São Paulo: Paulinas, 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70054988266**. Assistência à saúde. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Apelação desprovida. Relator: Irineu Mariane. DJ, 20 de nov. de 2013. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=diretivas+antecipadas+de+vontade&conteudo_busca=ementa_completa.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805/2006**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm. Acesso em: 17.04.2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1995/2012**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995.pdf>. Acesso em: 17.05.2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 17.05.2021.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. Atlas: São Paulo, 2020.

DADALTO, Luciana. **História do Testamento Vital**: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. Disponível em: <https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>. Acesso em: 10.06.2021.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, Ortotanásia e Diretivas Antecipadas de Vontade**. Curitiba: Juará, 2016.

JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE GOIÁS. **Decisão Liminar em Ação Civil Pública n. 0001039-86.2013.4.01.3500**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>. Acesso em: 22.05.2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa Edições, 2007.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n° 1.820/2009**. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf > Acesso em: 14.06.2021. Acesso em: 22.05.2021.

SÁ, Maria de Fátima Freie; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SALDANHA, Rodrigo Róger. **Testamento Vital: Aspectos Controversos e a Autonomia do Enfermo**. Curitiba: Juruá, 2017.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n° 149/2018**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&disposition=inline>. Acesso em: 05.06.2021.

SIMON, Pedro. **Lei em favor dos mais pobres**. Senado Federal. Brasília, 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Civil n° 70054988266**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=diretivas+antecipadas+de+vontade&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 05.06.2021.

A abrangência da responsabilidade do Estado na efetivação da educação nos impactos causados pela pandemia do coronavírus ¹

Jéssica Kemmerich ²
Roberto Carlos Gradin ³

Introdução

Notória é a importância da educação para a vida em sociedade, além de ter um papel fundamental na formação da cidadania do indivíduo, ela ainda o prepara para o mercado de trabalho. O acesso à educação é um direito fundamental e está expresso no artigo 205 da Carta Magna da República, que determina que este é um direito de todos e um dever do Estado. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 54, também dispõe que o acesso à educação é um direito público subjetivo e que o não fornecimento de tal direito pelo poder público ou o fornecimento de forma irregular importa responsabilidade da autoridade competente. Amparado na Constituição Federal e em seus princípios, o princípio da eficiência, efetivado no artigo 37 da referida lei, impõe ao Estado e aos seus agentes públicos um dever de realizar seus serviços com presteza, de maneira a satisfazer as expectativas do administrado.

No ano de 2020, o mundo foi acometido pela pandemia da Covid-19, uma enfermidade causada por um vírus. Por se tratar de uma doença

¹ Artigo científico produzido na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, no ano de 2021.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

³ Professor do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Cesusc. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0551723141572265>. E-mail: gradin@upf.br

desconhecida e por não haver estudos sobre ela, as autoridades necessitaram de algum tempo para se preparar e enfrentar da melhor maneira a situação, sendo assim, com a intenção de diminuir a propagação do vírus, uma das primeiras medidas tomadas foi o distanciamento social, sugerido pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Desse modo, em março de 2020, todas as instituições de ensino, do ensino infantil ao ensino superior, foram fechadas, e as aulas presenciais foram suspensas e substituídas pela implementação do ensino a distância (EaD), utilizando-se de plataformas digitais. Ocorre que nem todos os alunos possuem condições de beneficiar-se dessas plataformas de forma efetiva. E, mesmo com os alunos afastados de forma parcial ou de forma total da escola por mais de um ano, poucas medidas foram tomadas para que esse ensino seja de qualidade e realmente efetivo.

Sendo o Estado o principal responsável no fornecimento do acesso à educação, é necessário fazer uma análise de sua conduta e de que como efetivou tal direito diante da adversidade causada pelo coronavírus. A partir do momento em que o Estado deixa de prestar esse serviço de forma eficaz, ele viola regras e princípios constitucionais. Dessa forma, advém a responsabilidade civil do Estado, com a finalidade de reparar o dano causado amparado no dever de fornecimento de acesso à educação com um padrão mínimo de qualidade.

1.1 A Constituição e os direitos fundamentais

O direito constitucional, objeto do estudo da Constituição, surgiu com a finalidade de implementar regras de condutas para uma determinada sociedade, limitando, assim, o exercício de poder do Estado e também do próprio indivíduo através do estabelecimento de direitos e garantias fundamentais, ou seja, o principal objetivo trazido através da positivação da Constituição é exatamente impor limitação ao poder político, com

incorporação de direitos aos cidadãos, “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Constituição deriva do verbo em latim *constituere*, no sentido de “pôr, colocar, determinar, ordenar, dispor, mandar”, em sua etimologia, o ato de compor algo, sendo ela o corpo normativo maior de um Estado, “característica que lhe confere predominância sobre as demais normas jurídicas, subordinando-as aos seus comandos” (SLAIB FILHO, 2009, p. 3). Cabe enfatizar que a caracterização de Estado é “[...] a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (DALLARI, 2003, p. 118), desse modo, pode-se afirmar que a finalidade do Estado é prezar pelo interesse público.

Deve-se mencionar, ainda, que a Constituição adquire um conceito político, visto que o conceito pode ser associado a um corpo social, a uma sociedade organizada, um “modo de ser” de determinada sociedade. A Constituição também possui um conceito jurídico, dado que é essencial que ela tenha força jurídica para que consiga implementar regras de condutas a uma determinada sociedade, limitando o exercício de poder do Estado e também do próprio indivíduo. A decisão política está relacionada à decisão jurídica, já que a organização de certa sociedade ganha *status* de lei quando incorporada em texto constitucional. Alexandre de Moraes conceitua que:

Constituição, *lato sensu*, é o ato de constituir, estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, *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. (2021, p.36).

É importante destacar que a Constituição está acima de todas as normas de nosso ordenamento jurídico, toda e qualquer legislação deve estar em consonância com a lei suprema brasileira, pois é ela que vai lhe dar eficácia e validade. Como menciona Slaib Filho (2009, p. 9), “eventual norma infraconstitucional que se contraponha à norma constitucional formal é reputada inconstitucional, com todos os devastadores efeitos daí decorrentes”.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), de forma inédita, principalmente nos artigos 1º ao 3º, constitui os objetivos almejados pela República Federativa do Brasil. No artigo 1º, evidenciam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos principais. Já o artigo 3º determina que construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, são os propósitos da República. Tais objetivos foram estabelecidos pelas autoridades para que haja o progresso e o desenvolvimento da nação brasileira. São nesses preceitos que os demais capítulos da Constituição passam a basear-se para que seja possível o seu cumprimento. Logo, são necessárias políticas legislativas e administrativas para buscar a igualdade social como imperativo de justiça social. Nesse sentido, destaca Alexandre de Moraes :

Logicamente, o rol de objetivos do art. 3º não é taxativo, tratando-se somente da previsão de algumas finalidades primordiais a serem perseguidas pela República Federativa do Brasil. Os poderes públicos devem buscar os meios e instrumentos para promover condições de igualdade real e efetiva e não somente contentar-se com a igualdade formal, em respeito a um dos objetivos fundamentais da República: construção de uma sociedade justa. (2019, p.51).

Com a finalidade de fortalecer a imposição no cumprimento dos direitos e das garantias fundamentais, o artigo 5º, § 1º, da Constituição dispõe sobre o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais: “Inadmissível, por consequência, torna-se a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental” (PIOVESAN, 2003, p. 330). Dessa forma, é correto afirmar que todo o Estado deve basear-se nos preceitos determinados pela Constituição e buscar formas de garantir o cumprimento de direitos e garantias tão importantes, com a finalidade de alcançar o principal objetivo da Constituição, que é estabelecer regras e normas para a criação de uma sociedade justa e solidária para todos.

Foi pela Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais ganharam maior relevância em nosso ordenamento jurídico, levando em consideração que ela foi estabelecida após mais de vinte anos de ditadura militar, por meio de um processo de redemocratização e instituição dos direitos humanos no país. Os direitos fundamentais estabelecem uma forma de relação do indivíduo com o Estado, em que os reconhecem como portadores de direitos para, posteriormente, transformá-los em sujeitos de obrigações. Por conseguinte, é importante salientar que tais direitos são indispensáveis para a vida em sociedade e a preservação da dignidade da pessoa humana, principal finalidade advinda do estabelecimento de nossa Constituição.

Os direitos fundamentais são inalienáveis e imprescritíveis, uma vez que estão vedados quaisquer atos de disposição de tais direitos e o passar do tempo não retira a validade de direitos personalíssimos, como leciona José Afonso Silva “prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a

exigibilidade de direitos personalíssimos *ainda que não individualistas, como é o caso.*” (1992, 674).

Com a evolução da humanidade e após a positivação das Constituições, os direitos fundamentais foram se desenvolvendo gradativamente, sendo sempre decorrentes da demanda de sua época. Dessa maneira, a partir da evolução histórica dos direitos fundamentais, menciona-se a existência de três gerações de direitos fundamentais. É importante salientar que, apesar do uso do termo gerações, que passa a percepção de substituição gradativa, os direitos fundamentais são cumulativos, visto que uma geração não substitui a outra.

A primeira geração de direitos fundamentais refere-se aos direitos do cidadão perante o Estado, com a não intervenção do Estado na autonomia individual dos cidadãos e o respeito ao ser humano. Assim, são referidos como sendo direitos “negativos”, pois se referem a uma não conduta positiva por parte do Estado. Senda a primeira a surgir, essa geração se refere a direitos individuais, tais como vida, propriedade, entre outros.

O direito à vida, direito de primeira geração, é o principal direito de um cidadão, já que, se esse não for efetivado, os demais direitos não existem. Alexandre de Moraes (2021, p. 33) acrescenta que: “a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”.

A segunda geração diz respeito aos chamados direitos sociais, tais como saúde, educação e assistência aos desamparados. Esses direitos, ao contrário dos de primeira geração, são ditos como “positivos”, porque dependem de prestações por parte do Estado, são obrigações, “são direitos que exigem do Estado e de entes sociais determinadas prestações materiais

que dependem de meios e recursos para sua efetivação” (SLAIB FILHO, 2009, p. 203).

A terceira geração é composta pelo direito da solidariedade, a proteção do ser humano. Diz respeito aos direitos de desenvolvimento, paz, meio ambiente, etc., também denominado como sendo direito de fraternidade ou solidariedade.

Cabe salientar que, para muitos autores, há a existência de uma quarta e de uma quinta geração. A quarta geração preconiza os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, tendo como enfoque o direito à democracia, em que o povo exerce o seu poder de soberania. A quinta geração refere-se ao direito à paz como fundamental objetivo a ser alcançado e preservado pelo Estado.

1.2 Direito à educação

A segunda geração de direitos fundamentais se refere aos chamados direitos sociais, que estão elencados na Constituição, em seu artigo 6º, como: educação, saúde, alimentação, transporte, trabalho, lazer, segurança, infância, moradia e assistência aos desamparados. Para uma efetiva concretização, os direitos sociais exigem do Estado uma prestação positiva, ou seja, uma obrigação de fazer por parte dos poderes públicos.

A Constituição Federal, em seus artigos 205 a 214, define normas para a efetivação do direito à educação, evidenciando que esse direito é um dever do Estado e da família e que possui como principal finalidade estabelecer a igualdade social, um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o artigo 205 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, não paginado) determina: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e

sua qualificação para o trabalho”. Os princípios que norteiam esse direito estão elencados no artigo 206 de nossa Constituição e, também, no artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tais princípios deixam claro o objetivo do legislador em promover a igualdade de acesso à educação e a permanência de todos na escola, bem como a gratuidade do acesso ao ensino público.

O artigo 208 da Constituição estabelece deveres do Estado em relação ao direito à educação. Esse direito determina o ensino fundamental como sendo obrigatório e fornecido de forma gratuita, sendo que o ensino obrigatório e gratuito é definido como direito público subjetivo, isto é, o Estado tem a obrigação de prestar esse direito, não podendo recusar-se, independentemente de recursos previstos. Ainda no artigo 208, em seu § 2º, tem-se que: “O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente” (BRASIL, 1988, não paginado), essa previsão também está instituída no ECA.

Em relação à organização do sistema de ensino, é competência comum entre a União, os estados e os municípios proporcionar os meios de acesso a cultura, educação, ciência, tecnologia, pesquisa e inovação, conforme previsão legal do artigo 28, V, da Constituição. Nesse aspecto, acrescenta Rodrigo Padilha:

A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (2020, p.683)

Além do fornecimento do acesso à educação básica de forma gratuita a todas as pessoas, sem distinção de classe social, é importante evidenciar a necessidade de esse direito ser fornecido com qualidade, para que de fato haja a possibilidade de busca por uma igualdade social. Não basta garantir o mínimo existencial, é imprescindível garantir a todos os indivíduos meios para usufruir de seus direitos e de suas liberdades básicas. Assim como estipula Fulvia Helena de Goia:

O ‘mínimo educacional obrigatório’, inegavelmente, só será alcançado se a educação for ofertada com a qualidade que viabilize sua conquista. Trata-se do conteúdo essencial fundamental sem o qual o educando não estará suficientemente preparado para o exercício da cidadania e, conseqüentemente, para a existência com dignidade. (2018, p.140).

A Constituição Federal e o ECA trouxeram um importante paradigma ao conferir à criança e ao adolescente direitos fundamentais para o seu desenvolvimento e ao promover a igualdade na sociedade por meio do acesso à educação, atribuindo, principalmente, ao Estado a função de efetivação dessa garantia por intermédio de políticas públicas.

1.3 Princípios expressos na Constituição quanto à administração pública

Ao Estado são delegados poderes referentes à função administrativa para alcançar todos os deveres que lhe são impostos, por esse motivo são atribuídos poderes instrumentais para a efetivação dos deveres estabelecidos na ordem constitucional. Nesse sentido, afirma Aldemir Berwing “A Constituição é o centro irradiador do interesse público e que o Estado, como centro soberano do poder, deve agir administrativamente para concretizar seus mandamentos”. (2019, p. 29)

Princípios integram nosso ordenamento jurídico, são as principais ideias que fundamentam a regra, visto que determinam o seu sentido e o

seu alcance. As regras devem estar de acordo com os princípios, sob pena de infringir fundamentos básicos de todo nosso ordenamento jurídico. Dessa forma, não é equivocado afirmar que os princípios são mais importantes que as próprias regras, pois orientam todo o ordenamento jurídico. Além disso, em casos em que houver clara contradição entre as regras, o legislador deve interpretá-la baseando-se na finalidade dos princípios.

Em nossa Constituição, mais precisamente no *caput* do artigo 37, de forma expressa, estão elencados os princípios inerentes à administração pública, que, para este estudo, possuem especial relevância, já que são eles que fundamentam os princípios que devem ser seguidos pela nossa administração pública, com a finalidade de efetivação dos direitos fundamentais. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; os quais serão analisados separadamente.

O importante princípio da legalidade define limites para a administração pública, uma vez que todos os seus atos devem estar aparados por lei, evidenciando a supremacia da lei perante atos e medidas da administração pública, que eventualmente pode ser exercida de forma instável. Contudo: “Alguns atos, por sua vez, poderão conter alguma discricionariedade, possibilitando uma certa margem de liberdade à atuação do administrador, porém a própria discricionariedade é exercida dentro dos limites legais” (BERWING, 2019, p. 65).

Diferentes interpretações são dadas ao princípio da impessoalidade. A primeira corrente determina que a atividade administrativa deve ser destinada aos administrados em geral, sem determinação de pessoa, dado que é o interesse público que norteia o seu comportamento. O segundo sentido afirma que o funcionário público apenas é um ente que expressa a vontade estatal, ele é apenas um órgão que manifesta esta vontade. Ainda, observando a possibilidade de atos praticados por funcionários

irregulares, “quando se reconhece validade aos atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, sob fundamento de que os atos são do órgão e não do agente público” (DI PETRO, 2014, p.69), levando em consideração que os atos são imputados não a quem pratica, mas, sim, ao ente administrativo, já que o administrado não deve ser prejudicado com tal situação.

Existem divergências quanto à delimitação da definição do princípio da moralidade administrativa, cabendo ressaltar que: “Nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade” (DI PETRO, 2014, p. 103). Todavia, o entendimento predominante afirma que a administração pública e seus administrados devem agir conforme os princípios éticos, sendo que qualquer conduta que não seja condizente com a ética é necessariamente contrária ao direito, caracterizando a ilicitude dos atos.

O princípio da publicidade estipula que a administração pública direta e indireta deve ser transparente em seus atos, em razão de que o poder emana do povo, e os administrados devem agir conforme a legalidade, com total transparência e ampla divulgação dos atos da administração.

Por sua vez, o princípio da eficiência tem especial relevância, pois trata de dispositivo que orienta toda a administração pública e exige qualidade dos produtos e serviços provenientes do Estado. Dessa forma, os agentes públicos possuem o dever de realizar suas atribuições com presteza, buscando satisfazer as necessidades do administrado, produzindo os resultados esperados. Isso posto, o Estado deve agir para alcançar de maneira efetiva os resultados propostos, como complementa Aldemir Berwing:

O princípio da eficiência impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar. Importa acrescentar que os serviços públicos devem ser céleres e conduzidos com seriedade administrativa, visando a atender ao interesse da coletividade. (2019, p.68)

Analisados todos os princípios expressos na Constituição para a administração pública, fica evidente que a atividade estatal é norteadada principalmente com a intenção de prestar um serviço de qualidade e que seja prestado da melhor forma, atendendo as necessidades dos cidadãos, cumprindo o que foi designado na Constituição e provendo um estado justo e garantidor dos direitos proclamados.

2. O impacto do coronavírus na educação

O ano de 2020 iniciou com a iminência de um surto causado pelo SARS-CoV-2, ou novo coronavírus. Em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o vírus era uma pandemia, devido ao alto número de nações que já haviam sido contaminadas. Nesse cenário, foram necessárias muitas medidas por parte dos governantes na tentativa de diminuir a propagação do vírus, que traria consigo um colapso em nível mundial em várias esferas, tais como saúde e economia. Uma das principais medidas sugeridas pela OMS e adotadas por muitos países afetados foi o distanciamento social. Sendo assim, uma das primeiras atitudes tomadas foi o fechamento de escolas e de todas as instituições de ensino, desde a educação infantil até o ensino superior. Conforme dados apresentados pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), as medidas de distanciamento social e fechamento de escolas afetaram 72% da população estudantil mundial.

Com a finalidade de manter a continuidade do ano letivo, a alternativa encontrada foi fazer uso da tecnologia por meio da

implementação da educação a distância (EaD). Ocorre que, conforme os dados mais recentes disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 25% da população brasileira não têm acesso à internet, esse número representa 46 milhões de pessoas. No mesmo levantamento, foi apontado que apenas 57% da população brasileira possui computador em condições para executar *softwares* mais recentes, ferramentas mínimas e indispensáveis para que a EaD tenha efetividade. Além disso, sabe-se que um ambiente adequado e saudável é fundamental para o estudo e o desenvolvimento do aluno, porém, sabe-se também que essa não é a realidade da maioria dos lares brasileiros.

Como mencionado na Constituição Federal, em seu artigo 205, o ambiente escolar, além de ensinar disciplinas curriculares, promove também o desenvolvimento da pessoa e o exercício da cidadania, qualificando-a para o trabalho, com a finalidade de diminuir a desigualdade social, já bastante acentuada em nosso país. Para muitas crianças e adolescentes, a escola não é somente o lugar em que aprendem a ler e escrever, também é o local em que são amparadas e acolhidas.

Nesse cenário, os mais afetados são os alunos da educação infantil, pois, conforme dados do Ministério da Saúde, 70% dos casos de abuso infantil acontecem em casa, e, por inúmeras vezes, o professor e a escola são os que percebem esse tipo de situação. Sem esse amparo, muitas crianças ficam impedidas de encontrar um adulto fora de seu contexto familiar em quem podem encontrar apoio.

De acordo com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), autarquia do Ministério da Educação, 41 milhões de estudantes, da creche até o ensino médio, são beneficiados pela merenda escolar, e, para muitas dessas crianças, essa era a principal, senão a única, refeição do dia. A Lei nº 13.987/2020 autoriza a distribuição de merenda para os alunos da rede pública enquanto eles estiverem afastados do ambiente

escolar, contudo, a logística de distribuição de tais alimentos ainda não foi implementada de forma efetiva.

É evidente que tais medidas foram adotadas com o intuito de desacelerar a proliferação de um vírus que foi detectado pela primeira vez em dezembro de 2019 na China e que até então cientistas e especialistas não tinham conhecimento suficiente para contê-lo de forma eficaz. Os governantes necessitavam de tempo para poder se preparar para lidar com a situação, que eminentemente ficaria crítica, a exemplo de outros países em que a doença já havia atingido de maneira severa. Porém, mesmo após mais de um ano de pandemia, poucas medidas efetivas foram tomadas com a intenção de minimizar os impactos na vida dos estudantes ou até de retomar as aulas presenciais. Como mencionado anteriormente, as aulas presenciais foram substituídas por aulas *on-line* e a distância, de modo que a maioria dos alunos está há mais de um ano afastada da sala de aula e é provável que tal situação perdure por mais tempo. Portanto, é possível perceber que pessoas que já se encontram em situação de vulnerabilidade ficam ainda mais desassistidas por parte do Estado.

O Projeto de Lei nº 3.477/2021, de autoria do deputado Aldivan Alencar, que previa a contratação de pacotes de internet 4G para alunos e professores da rede pública foi integralmente vetado. Acesso integral a uma internet de qualidade é ponto fundamental para o funcionamento do modo EaD.

Nesse contexto, professores e colaboradores não se sentem amparados para um retorno presencial seguro, como menciona o sindicato que representa cerca de 80 mil professores no estado, o Centro dos Professores do Rio Grande do Sul (Cepers): “Tampouco houve qualquer investimento estrutural, nem existe qualquer sinal de estratégia de monitoramento, rastreamento e testagem da comunidade escolar. No plano pedagógico e sanitário, a situação é caótica”.

Ambientes arejados, contratação de funcionários para a higienização do ambiente escolar, testagem em massa e monitoramento dos contaminados são alguns fatores que ajudariam a rastrear e controlar a proliferação do vírus. Entretanto, é nítida a deficiência de gestão e planejamento com a intenção de um retorno para as aulas presenciais de forma segura. Ainda, mesmo com o advento da vacina, inicialmente, os professores não foram incluídos em grupos prioritários, ou seja, não há previsão para que recebam a vacina e sejam imunizados.

3.1 Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade civil pode ser determinada como a obrigação de reparar o outro por violação de direito ou dever jurídico. A palavra *responsabilidade* tem como origem o verbo *responder*, encargo, o ônus, sendo nada mais do que a obrigação de cumprir, fundamentada na reparação de danos com a finalidade de restaurar o desequilíbrio provocado pelo autor do dano, “tomado na significação de responsabilizar-se, vir garantido, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou” (SILVA, 2016, p. 1.230). O indivíduo, além de responsabilizar-se por seus atos e pelas consequências, responsabiliza-se também pelos atos dos outros, na medida em que estes são postos sob sua responsabilidade. Nesse sentido, estabelece Carlos Roberto Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. (2008, p.01)

Existem duas espécies de reponsabilidade civil, a objetiva e a subjetiva. A culpa é um elemento que deve estar presente na obrigação de

reparar um dano, sendo, em linhas gerais, um não cumprimento de um dever que o agente podia conhecer e observar. Dessa forma, a responsabilidade civil subjetiva é aquela em que o agente causador não tinha a intenção de provocar o dano, mas acaba o causando por imprudência, negligência ou imperícia, gerando o dever de reparação. A responsabilidade civil objetiva não depende de comprovação de culpa, apenas necessita que haja nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano que causou à vítima. “Ela é justificada pela teoria do risco, a qual defende que, se alguém exerce uma atividade criadora de perigos especiais, deve responder pelos danos que ocasionar a terceiros. Assim, a responsabilidade é decorrente do risco criado pela atividade e não da culpa” (BONHO *et al*, 2018, p. 32).

Atualmente, é irrefutável que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, como menciona Flávio Tartuce: “A responsabilidade já nasce pelo ato de ser Estado e, como tal, de criar riscos pela atividade desempenhada aos cidadãos. Em suma, a responsabilidade pública deve ser sempre objetiva, havendo ação ou omissão do Estado” (2020, p. 970). Contudo, esse entendimento é fruto de uma evolução histórica. No primeiro momento da história, aplicava-se a teoria da irresponsabilidade do Estado. “O Estado jamais pagou os danos que seus agentes causavam ao cidadão. Nem se cogitava, aliás, do tema, já que predominava a teoria do direito divino pelo qual o soberano está acima de quaisquer erros” (CRETELLA JUNIOR, 2002, p. 57). Pode-se afirmar que essa concepção era baseada no poder hierárquico que o Estado possuía, sempre superior aos seus súditos, sendo que os atos de seus agentes não eram questionados.

No Brasil, a teoria da irresponsabilidade estava prevista na Constituição Imperial de 1824, a qual determinava que os agentes públicos eram responsáveis por eventuais abusos praticados enquanto estavam no exercício de suas funções, “no entanto, não se procuravam os pretores

para impor obrigações ao imperador, ou exigir que indenizasse os danos provocados por ele ou seus servidores” (RIZZARDO, 2011, p. 354).

No século XIX, surgiu a teoria da culpa do Estado, a qual separava os atos do império dos atos de gestão. Sobre os atos do império não recaía a responsabilidade, já sobre os atos de gestão recaía a responsabilidade civil do Estado, com base na existência do dano e da culpa. Após esse período, surgiu a teoria da culpa administrativa, a qual separava a responsabilidade do servidor da responsabilidade do Estado, sendo que o Estado só seria o responsável em ocasiões em que o servidor não poderia ser. Logo, o “Estado, que antes agia irresponsavelmente diante de seus atos, passa a ser responsável em situações pontuais” (MARINELA, 2018, p. 963).

Em 1890, com o advento do Decreto nº 847, foi criado o Código Penal, o qual declarou que, em caso de erros do Judiciário que causassem danos, a responsabilidade direta seria do Estado. Conquanto, em 1891, com a carta republicana, retornou-se à teoria da irresponsabilidade do Estado, em que a responsabilidade do dano seria do servidor. Somente com o Código Civil de 1916 é que surgiu a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público. Foi então que o Estado “passou a ser responsável direto pelos atos dos servidores públicos no exercício da profissão, ficando assegurado o direito de regresso contra quem causou o dano” (BONHO *et al.*, 2018, p. 239). Em 1934, a nova Constituição admitiu a responsabilidade do Estado sem a premissa de culpa.

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado foi consolidada somente com a Constituição de 1988, em seu artigo 37, § 6º, o qual estabeleceu que o Estado, além de ser responsável pelas pessoas jurídicas de direito público, também é responsável pelas pessoas jurídicas de direito privado, prestadores de serviços públicos, ficando resguardado o direito de regresso. Dessa forma, fica clara a adoção da responsabilidade pelo risco administrativo.

Pessoas jurídicas de direito público são definidas em caráter não exaustivo no artigo 41 do Código Civil (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, inclusive associações públicas). A rigor, são pessoas jurídicas de direito público todas aquelas a que a lei conferir essa natureza (art. 41, V, Código Civil). Já a noção de pessoas jurídicas de direito privado prestadora de serviço público abrange tanto as integrantes da Administração Pública Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas) quanto outras sociedades concessionárias ou permissionárias de serviço público (MIRAGEM, 2020, p. 246).

A responsabilidade civil do Estado decorre de seu dever de proteção e é fundamentada na teoria do risco administrativo. “Segundo a teoria do risco administrativo, o exercício da atividade estatal gera por si risco de danos aos particulares, e que só por isso o Estado deve responder pelos danos daí advindos” (BONHO *et al.*, 2018, p. 246). Essa responsabilidade pode insurgir-se tanto de atos quanto de omissões, mas as omissões exigem a prova da culpa. A responsabilidade pode recair sob qualquer um dos níveis federativos (União, estados e municípios), caracterizando o Estado como um garantidor dos direitos fundamentais. Braga Neto acrescenta:

O Brasil, desde 1946, adota, em relação à responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo. O que significa, em essência, que o Estado responde sem culpa, porém fica livre de responsabilização se conseguir demonstrar que não existe nexos causal entre o dano e a ação ou omissão imputada a ele (em outras palavras, o Estado não indeniza se provar: (a) culpa exclusiva da vítima; ou (b) caso fortuito ou força maior). (2019, p.1.185)

Desde o ano de 1946, o Brasil adota a teoria do risco administrativo⁴, que é uma adaptação da teoria do risco com o exercício da atividade pública. Pelas dimensões das funções estatais, principalmente em um país de grandes proporções, as possibilidades de o Estado causar danos são consideravelmente maiores. A administração pública é uma atividade de risco para os administrados, e essa atividade é exercida em favor de todos, sendo que os seus ônus também devem ser suportados por todos. O Estado, que representa a todos, deve suportar os ônus de suas atividades, independentemente de culpa de seus agentes. Nesse sentido, menciona Cavaliéri:

A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado. (2020,282).

Dessa forma, mesmo que não seja necessário comprovar a culpa, devido à teoria do risco administrativo, o Estado ainda pode afastar sua responsabilidade em casos de exclusão de nexos causal. Sendo assim, o Estado não possui, em todas as ocasiões, o dever de indenizar, pois, se seu agente não deu causa entre sua atividade e o resultado, não há que se falar em responsabilidade.

⁴ Recurso Extraordinário 841526 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.

3.2 Rompimento do nexa causal e o coronavírus

Na responsabilidade objetiva, é necessária a demonstração do nexa causal entre o ato e o dano causado. Isso posto, em caso de o responsável demonstrar as excludentes de ilicitude, não há que se falar em necessidade de indenizar, já que houve ruptura do nexa causal. Consequentemente, em casos de caso fortuito ou força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva de terceiro servem para eximir a culpa do Estado. Cabe analisar separadamente as circunstâncias que rompem o nexa causal.

Se o dano foi causado por culpa exclusivamente da vítima, sem concorrência do agente, deixa de existir a relação de causa e efeito, de forma que: “A culpa exclusiva da vítima rompe o nexa de causalidade, afastando o dever de reparar o dano, pois vincula o dano à conduta culposa (seja negligente, imprudente ou imperita) da própria vítima” (BONHO *et al.*, 2018, p. 269). Contudo, se houver parcela de culpa do agente de forma concorrente, haverá responsabilidade patrimonial do Estado.

É importante salientar que, para a doutrina dominante atual, não há maiores diferenciações relevantes entre caso fortuito e caso de força maior. *Fortuito* pode ser definido como aquilo que “indica tudo que possa vir ou acontecer por acaso, sem causas determinadas, com falta de intenção” (SILVA, 2016, p. 642). Ao invés de fazer a distinção entre caso fortuito e força maior, a doutrina e a jurisprudência vêm distinguindo o fortuito interno do fortuito externo, sendo que essa distinção, sim, é importante, dado que, no caso de fortuito interno, o dever de indenizar será mantido e, no fortuito externo, o dever de indenizar é suprimido.

No caso fortuito interno,⁵ o “dano sofrido pela vítima guarda relação com a atividade desenvolvida pelo ofensor” (BRAGA NETTO, 2019, p.

⁵ Decisão do TRT sob a matéria em que aplica o caso fortuito interno: “ACIDENTE DE TRABALHO. CASO FORTUITO INTERNO. ATIVIDADE DE RISCO. DANO MORAL E MATERIAL. CULPA DA EMPRESA CONFIGURADA. A ocorrência de acidente de trabalho em que se caracterize hipótese de caso fortuito interno não afasta a culpa da empresa, tampouco, desvirtua o nexa causal entre o labor, o infortúnio e o dano cometido ao trabalhador, mormente se

1.206), ainda que os fatos sejam imprevisíveis. Ou seja, é fundamentado na teoria do risco, em que quem habitualmente exerce atividade de risco para terceiros terá a obrigação de reparação dos danos, independentemente de culpa. Pode-se afirmar que esses fatos fazem parte do intitulado risco da atividade. Já no caso fortuito externo, não há relação com a atividade desenvolvida e o dever de indenizar fica afastado.

Portanto, é nítido que somente em casos concretos é que poderá ser analisada adequadamente a responsabilização ou não, e a jurisprudência vem buscando analisar de forma mais rigorosa as excludentes de responsabilidade do Estado. Como menciona Braga Neto (2019, p. 1.205): “atualmente, cabendo ao Estado uma atuação mais ativa para proteger os cidadãos, é possível pensar, em determinados contextos, na responsabilização estatal”.

Sendo assim, não necessariamente em casos em que houver o rompimento do nexos causal não haverá responsabilidade estatal, o fato deve ser analisado em seu caso concreto. No caso do coronavírus, é correto afirmar que ele se enquadra como sendo um caso fortuito, já que é causado por um vírus e não poderia ser possível prever nem evitar sua ocorrência. O Estado só poderia ser responsabilizado em casos em que comprovadamente poderia ter agido, mas que, por omissão, deixou de fazê-lo. Nesse sentido, o doutrinador Bruno Miragem em seu artigo sobre a responsabilização estatal, define:

Em termos gerais, a pandemia é causa extraordinária (caso fortuito ou de força maior), que afasta a responsabilidade do Estado pelo dano, segundo os esforços que lhe são exigíveis, em vista da impossibilidade concreta de evitar seu resultado. Apenas quando demonstrada omissão específica em relação à

considerando o exercício de atividade de risco. Devidas, pois, as indenizações por danos morais e materiais postuladas, decorrentes da morte do trabalhador. Recurso ordinário da qual se nega provimento, no particular” (TRT-2,1002002-34.2017.5.02.0717, relator: Marcos Cesar Amador Alves, 8ª Turma, Cadeira 5, data de publicação: 19/12/2018).

providência que era possível ter sido adotada para evitar o dano (p.ex. a situação em que o serviço poderia ter sido prestado adequadamente, mas não o foi por desídia ou erro no atendimento ao paciente), deve-se cogitar de responsabilidade do Estado pelo dever de indenizar (nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República). (2020, p. 05).

Cada vez mais, o Estado possui uma função ativa para proteger seus cidadãos, por esse motivo, doutrina e jurisprudência estão estabelecendo que, em determinados contextos, mesmo com o rompimento do nexo causal, caberá a responsabilização estatal. É necessário fazer uma análise do caso e verificar se as providências tomadas foram suficientes para evitar o dano. Assim, o legislador opta por proteger a vítima, a parte mais vulnerável, não deixando o dano sem reparação.

3.3 Teoria do risco administrativo nos atos omissivos do Estado

De relevante importância é a análise de uma situação de indenização que não advém de uma ação do Estado, mas, sim, de uma omissão. As causas são diversas, posto que múltiplos são os deveres do Estado na prestação de serviços públicos, que devem ser prestados de acordo com deveres mínimos de qualidade com a intenção de cumprir as suas finalidades. Nesse cenário, “desenvolveu-se no direito brasileiro espécie de exceção reconhecida à pretensão de prestação do serviço público respectivo, denominada reserva do possível” (MIRAGEM, 2020, p. 256). A reserva do possível⁶ é fundamentada na impossibilidade de o Estado desenvolver todas as suas funções e prestar todos os seus serviços de forma eficiente, sendo limitado a desenvolver somente aquelas em que há possibilidade concreta de realização. Essa impossibilidade em

⁶ AgRg no REsp 1.107.511/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 21-11-2013, DJe 6-12-2013 (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013); AgRg no REsp 1.136.549/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 8-6-2010, DJe 21-6-2010. A alegação da reserva do possível não se presume, nem poderá ser genérica, mas devidamente demonstrada pelo gestor público competente: REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 20-4-2010, DJe 29-4-2010.

fornecimento dos serviços públicos não pode ser genérica, ela deve ser demonstrada pelo Estado.

Dessa forma, a responsabilidade do Estado por atos omissivos continua a exigir o nexo de causalidade entre a omissão e o dano causado. Deve ser demonstrado que a omissão do dever de agir foi causada por atos de negligência, imprudência ou imperícia do agente, ou ainda de ações com propósitos deliberados, ou seja, com dolo.

Destaca-se, ainda, que o Estado não responderá pelo fato que gerou o dano, como exemplo habitualmente utilizado na doutrina, em que, caso haja uma enchente, o Estado não responderá pela chuva, mas será responsável em caso de demonstração de que a realização da manutenção de bueiros teria evitado a enchente e, conseqüentemente, não traria prejuízos aos cidadãos. As chuvas são inevitáveis, no entanto, é necessário demonstrar que o resultado enchente e o conseqüente dano poderiam ter sido evitados através de medidas que poderiam ter sido adotadas para amenizar ou evitar sua ocorrência.

Para caracterização da omissão do Estado, devemos estar diante de uma situação de inércia do Poder Público, ou seja, nos atos omissivos, o Estado tem o dever de agir e não o faz; por conseqüência, causa danos a um terceiro. Assim, a omissão passa a ser causa para o resultado, pois, caso o Estado tivesse agido de forma eficiente, o dano não teria ocorrido e, conseqüentemente, não haveria que se falar em responsabilidade do Estado (BONHO *et al.*, 2018 p. 251).

Cabe salientar que a responsabilidade objetiva é a adotada em nosso ordenamento jurídico, porém, em determinadas situações, é reconhecida pelo Poder Judiciário a teoria da culpa administrativa, em casos de omissão do Estado, em situações em que deveria ter agido, mas não agiu, surgindo, assim, a teoria da falta do serviço público.

3.4 Responsabilidade por danos causados pela má prestação de serviços públicos

O conceito de serviço público pode ser definido como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELES, 2013, p. 294). Quando esses serviços são prestados de forma inadequada, surge a responsabilidade por indenização.

A Constituição Federal, em seu artigo 175, autoriza a prestação direta de serviços pelo Estado ou sua delegação a particulares. Ainda nesse sentido, o artigo 37, § 6º, do mesmo dispositivo estabelece que tanto os serviços prestados pelo Estado quanto os prestados por aqueles delegados a particulares responderão por eventuais danos causados a terceiros de forma objetiva, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Os prestadores de serviços públicos são vinculados ao dever de adequação, indicando que a prestação do serviço deve ser de acordo com o que se destina. A Lei nº 8.987/1995, em seu artigo 6º, §1º, define o que seria um serviço adequado: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Dessa forma, fica expresso o dever de regularidade e continuidade dos serviços prestados para que não sofra interrupções, generalidade, impondo acesso igualitário ao serviço, atualidade, exigindo qualidade e modernidade nas técnicas dos serviços prestados, cortesia, que se refere a um bom tratamento ao usuário do serviço, e modicidade das tarifas, que significa que as tarifas devem ser módicas, ou seja, as tarifas não podem ser excessivamente onerosas.

Desse modo, percebe-se que o Estado e os prestadores de serviços possuem um dever mínimo de prestação de seus serviços, que devem ser prestados de forma efetiva e de maneira a cumprir os padrões mínimos de expectativa. Em casos de não cumprimento ou cumprimento ineficaz, é possível a responsabilização do Estado.

Considerações finais

É irrefutável que o direito de acesso à educação é um dever subjetivo do Estado, isto é, um direito que exige uma prestação positiva por meio de políticas públicas com a finalidade de efetivação eficiente desse direito, independentemente de classe social do indivíduo. Como foi analisado, o direito de acesso à educação não se constitui somente como um direito baseado em matérias curriculares. A educação tem um papel primordial em toda a sociedade, pois, por formar cidadãos, é um verdadeiro instrumento na redução das desigualdades sociais, dado que é através dela que indivíduos marginalizados encontram a possibilidade de almejar uma melhor qualidade de renda e de vida, diminuindo a desigualdade social já bastante acentuada em nosso país. Além disso, a escola é o local onde muitas crianças encontram informação, apoio e segurança. Assim, é possível perceber que esse direito estabelece uma importante dimensão social, uma vez que remete ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, sendo fundamental que seja prestado de forma realmente eficiente.

Contudo, com a adversidade trazida pela proliferação do novo coronavírus, houve a necessidade de adaptação na forma como seria prestado esse direito, pelo motivo de que eram necessárias medidas para diminuir a velocidade de propagação do vírus. Entretanto, é notório que as providências adotadas não garantiram o fornecimento desse direito de forma minimamente adequada, sendo que o acesso à educação básica de

qualidade é primordial para a real implementação de efetivação dos direitos sociais.

Sendo a responsabilidade do Estado objetiva, ele responde pelos danos causados em ocasiões em que é possível perceber que sua ação ou omissão tenha causado danos. É notório que o Estado possui muitas atribuições e que, em muitas ocasiões, não é possível prestar de forma eficiente todos os serviços que lhe são incumbidos. Todavia, é possível perceber que, diante das adversidades trazidas pelo coronavírus, o Estado permaneceu praticamente inerte em relação a políticas públicas para amenizar a situação de vulnerabilidade que muitos estudantes estavam enfrentando. Não foram tomadas medidas eficientes para um possível retorno com aulas presenciais ou para que todos pudessem ter acesso aos recursos mínimos para a concretização do acesso à educação.

É irrefutável que o coronavírus é um caso fortuito, já que não seria possível prevê-lo ou evitá-lo. Segundo a doutrina, essa é uma excludente de responsabilidade, porque não existe nexo causal entre o dano e a omissão. Não obstante, cada vez mais, a jurisprudência tem sido rigorosa com as excludentes de ilicitudes, e cabe analisar no caso concreto em que o Estado responde em casos de omissão, em situações que comprovadamente poderia ter agido para evitar o dano, mas não agiu. Isso destaca que cada vez mais a certeza de que o direito à educação, devido à sua importância, estabelece um vínculo obrigacional, sendo que o Estado é responsável objetivamente e de maneira ampla em sua efetivação. No caso em tela, fica nítido que as providências tomadas pelo poder público para garantir o acesso a esse direito de forma eficiente foram cerceadas.

Referências

Berwing, Ademir. *Direito administrativo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2019.

Bonho, Luciana Tramontin *et al.* *Responsabilidade civil* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Sagah, 2018.

Braga Neto, Felipe. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

BRASIL. Lei no 8987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

Miragem, Bruno. *Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1015/2020, maio 2020. Disponível em: <<https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/001-nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2021.

Cretella Junior, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUT-RS. *Justiça convoca audiência de conciliação sobre aulas presenciais no RS*. 30 de abril, sexta-feira, 2021. Disponível em: <<http://cutrs.org.br/justica-convoca-audiencia-de-conciliacao-sobre-aulas-presenciais-no-rs/>>. Acesso em: 13 maio 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*. 37.ed. São Paulo: Foerense, 2014.

GOIA, Fulvia Helena de. *Tributação e custeio da educação pública*. 22.ed. Curitiba: Juruá, 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 2: teria geral das obrigações*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp: 1107511 RS 2008/0265338-9, Relator: Ministro Herman Benjamin, data de julgamento: 21/11/2013, T2 – Segunda Turma, Data de publicação: DJe 06/12/2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1107511-rs-2008-0265338-9-stj/inteiro-teor-24796828>>. Acesso em: 21 maio 2021.*

TOKARNIA, Mariana. *Um em cada 4 brasileiros não tem acesso à internet, mostra pesquisa*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet>> Acesso em: 11 de maio de 2021.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. 1002002-34.2017.5.02.0717 SP, Relator: Marcos Cesar Amador Alves, 8ª Turma, Cadeira 5, Data de Publicação:19/12/2018. Disponível em: <<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1119974371/10020023420175020717-sp>>. Acesso em: 20 maio 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RE 841526 / RS - RIO GRANDE DO SUL. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator: Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento: 30/03/2016, Data da Publicação: 01/08/2016. Disponível em: <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/303759>>. Acesso em: 21 maio 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Moraes, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

Padilha, Rodrigo. *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

Cavaliere Filho, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Silva, De Palacios e. *Vocabulário jurídico*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, José Afonso. ***Curso de direito constitucional positivo***. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

Slaib Filho, Nagib. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Vilela, Pedro Rafael. *Mais de 70% da violência sexual contra crianças ocorre dentro de casa*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-05/mais-de-70-da-violencia-sexual-contra-criancas-ocorre-dentro-de>> Acessado em: 14 de maio de 2021.

A aplicação da guarda compartilhada no combate à alienação parental ¹

Louise Azevedo Ortolan ²

Roberto Carlos Gradin ³

Introdução

Nos últimos anos, o divórcio tornou-se frequente nas famílias brasileiras. A ruptura de um relacionamento ocasiona uma sequência de divergências. Em decorrência disso, a maior parte dos processos de separação não acontece de maneira tão amistosa, pois os até então companheiros encontram-se magoados e ressentidos um com o outro.

As divergências derivadas de um rompimento conjugal não deveriam, de maneira alguma, alcançar à prole, que, constantemente, transforma-se em objeto de briga no processo de separação. Em síntese, os genitores devem tomar decisões a respeito de sua vida conjugal de forma que não incluam seus filhos nos problemas provenientes do rompimento do relacionamento, procurando somente assegurar o melhor interesse e bem-estar com relação aos direitos da prole.

Em consequência desses conflitos, a prática de alienação parental tem se mostrado muito frequente. Contudo, ela não deve ser julgada como algo natural. Com o objetivo de coibi-la, foi decretada a Lei nº 12.318/10, a qual

¹ Artigo científico produzido por Louise Azevedo Ortolan, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 149676@upf.br.

³ Professor do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Cesusc. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0551723141572265>. E-mail: gradin@upf.br

aborda sobre a alienação parental e as providências legais cabíveis quando se verifica essa ocorrência no meio familiar. Da mesma forma, no que diz respeito à Lei nº 13.058/2014, a qual traz a definição de guarda compartilhada, além de dispor acerca de sua aplicação, é de suma importância o destaque do artigo 1583, § 1º do Código Civil, no qual apresenta que a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Destaca-se, logo, a grande relevância de incentivar a guarda compartilhada como uma medida para a preservação de um convívio mais sadio entre genitores e filhos. Nessa perspectiva, a questão que este trabalho procura melhor entender é: no momento em que há a ruptura do relacionamento entre os pais, a guarda compartilhada dos filhos torna-se a melhor maneira para impossibilitar a alienação parental?

O presente artigo divide-se em três partes. Na primeira parte abordar-se-á o poder familiar por meio de uma breve análise histórica no qual se demonstra que, antigamente, a função parental era chamada como pátrio poder, uma vez que a família era regida pelo patriarcado, possuindo como chefe o homem, na figura paterna e ainda os direitos e deveres dos pais derivados do exercício do poder familiar com a possibilidade de suspensão, extinção e perda do mencionado poder.

Já a segunda parte, versará, em um primeiro momento ao exame do instituto da guarda compartilhada, além de seu conceito doutrinário e função social. Ademais, serão evidenciadas as modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro: unilateral, alternada e compartilhada. Neste momento, o estudo se destinará, a verificar o que se entende por alienação parental e seus aspectos mais relevantes, além de suas constantes consequências e mais aconselháveis métodos de

prevenção, dentre as quais se evidencia o exercício conjunto e igualitário da autoridade parental.

Finalmente, na terceira parte trata-se do possível papel da guarda compartilhada como uma medida de desestímulo dos atos alienação parental por um dos pais, sob a perspectiva do melhor interesse da criança e do adolescente.

O presente artigo justifica-se pela grande importância jurídica, tendo em vista a atualidade de sua discussão e a aplicabilidade prática demandada pela sociedade, considerando que o direito de família passa por um processo de crescente evolução e modernização de seus institutos.

1 Poder familiar

O poder familiar era denominado como pátrio poder, enraizado no patriarcado o Código Civil de 1916, garantia o pátrio poder tão somente ao pai, que detinha a chefia absoluta da família, exercendo um poder desacerbado sobre a vida dos filhos, em alguns lugares como a Roma Antiga, baseado em leis e costumes que autorizavam, o pai a vender ou até mesmo tirar a vida do filho, pois era considerado o senhor das decisões. Segundo Arnaldo Rizzardo:

Nos primórdios do direito, o poder familiar nada mais significava que o conjunto de prerrogativas conferidas ao pai sobre o filho. No direito romano, ocupava aquele uma posição de chefe absoluto sobre a pessoa dos filhos, com tantos poderes a ponto de ser-lhe permitida a eliminação da vida do filho (2011, v. 8, p. 536).

Com todo esse contexto, a mulher exercia somente o papel de submissa dentro do meio familiar, não podendo decidir nada quanto a educação dos filhos. No entanto, a mulher poderia exercer o poder familiar

sobre os filhos se o marido viesse a faltar ou estivesse impedido, porém, se ela contraísse novas núpcias, perdia o pátrio poder em relação à sua prole.

Assim, o art. 380 do Código Civil de 1916, passou a aduzir que:

Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para a solução da divergência (Disponível em: <https://jusbrasil.com.br>. Acesso em: 28 de ago. de 2020).

Entretanto, o cenário apenas começou a ser modificado com a emancipação da mulher casada, pelo advento da Lei nº 4121/1962, conhecida como estatuto da mulher casada, a nova legislação assegurava mais autonomia a mulher, tirando-a do status de submissa do marido. Dentre as novas regras, o estatuto adotou a igualdade entre os cônjuges, que conferiu o exercício do pátrio poder para o pai e a mãe. Apesar disso, a prioridade ainda era conferida ao homem caso acontecesse alguma discordância entre o casal na hora de escolher sobre a guarda dos filhos, restando para a mulher a opção de acudir-se no judiciário.

Salienta-se, a Lei do Divórcio, a qual trata das relações entre pais e filhos, que para Denise Comel: “seu maior objetivo foi, evidentemente, regular a situação dos filhos submetidos ao pátrio poder, os quais passariam a viver fora do convívio simultâneo dos pais” (2003, p. 36). Foi apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, através do artigo 226, §5^o⁴, que se afastou a dominância paterna dentro do poder familiar, vindo estabelecer, de fato, a igualdade entre homem e mulher no

⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL; Constituição Federal, 2020, ed. 29).

casamento, não sendo mais permitido qualquer tipo de discriminação, tornando-os solidariamente encarregados pelos cuidados dos filhos, ainda que o convívio matrimonial tenha chegado ao fim.

Também com o objetivo de igualar homem e mulher, o artigo 229 da Constituição Federal, estabelece que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL; Constituição Federal, 2020, ed. 29). O Estatuto da Criança do adolescente (ECA) seguindo as transformações das relações familiares, complementou o disposto na CF/88, dizendo, em seu art. 21, que: “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência” (BRASIL; Estatuto da Criança e do Adolescente; 2020, ed. 29). Não mais se fala em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento.

Arnaldo Rizzardo fala sobre o tema:

Chegou-se em um momento histórico de igualdade praticamente total entre os membros da família, onde a autoridade dos pais é uma consequência do diálogo e entendimento, e não de atos ditatoriais ou de comando. Diríamos que hoje preponderam direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar, e que os filhos não mais são vistos com o propósito ou esperança de futuro auxílio aos progenitores (2011, v. 8, p. 535).

Assim, com as mudanças das últimas décadas, mostrou-se necessária a evolução para a denominação “poder familiar” com a finalidade de traduzir uma consciência de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução do melhor interesse dos filhos e melhor convivência familiar. Dessa forma, o poder familiar é um poder-função dada aos pais, visando

garantir a integral proteção dos filhos, propiciando melhores condições na construção do caráter e da cidadania, sempre em defesa de seus interesses.

Motivos de extinção, suspensão e perda do poder familiar

O poder familiar pode ser extinto, suspenso ou ter sua perda determinada, no momento em que verificadas condições jurídicas contrárias com o seu regular exercício. Contudo, somente excepcionalmente, reconhecida a caracterização das possibilidades legais, é que o poder parental cessa seu desempenho, com relação a um ou aos dois genitores.

A extinção do poder familiar se dá involuntariamente pela caracterização de cada uma das ocorrências listadas no art. 1635 do Código Civil⁵. A extinção é a forma menos complexa, verificável por razões decorrentes da própria natureza, independentemente da vontade dos pais, ou não concorrendo eles para os eventos que a determinam.

Por sua vez, a suspensão do poder familiar é empregada com o intuito de assegurar a segurança da criança e do adolescente e para preservar seus bens, como estabelecido no art. 1637 do Código Civil⁶. Conforme Carlos Roberto Gonçalves: “a suspensão do poder dos genitores pode se operar total ou parcialmente, em relação a um dos filhos ou a toda a sua prole” (2017, ed. 14, 436). A suspensão é temporária, perdurando apenas durante o tempo que for necessário, até que se confirme que terminou o ato que a motivou. Retornando os genitores, em seguida, a desempenhar o poder familiar.

⁵ Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5 o, parágrafo único; III - pela maioria; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638 (BRASIL; Código Civil, 2020, ed. 29).

⁶ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha (BRASIL; Código Civil, 2020, ed. 29).

Na busca do melhor interesse da criança e do adolescente pode acontecer a perda do poder familiar, que em razão da sua gravidade, tem de ser estabelecida no momento em que o ato provocar risco permanente a segurança e a dignidade da criança ou adolescente. O Código Civil traz em art. 1638⁷ a respeito da perda do poder familiar.

No caso do artigo mencionado, os genitores perdem o poder familiar por decisão judicial, por castigar imoderadamente o filho, pois eles devem ter o mínimo de tolerância para o castigo. No inciso II, o abandono não é deixar somente de prestar assistência material, mas também o intelectual e o psicológico da criança. Por fim, no inciso III, os pais não podem praticar atos ilícitos, pois são considerados atos contrários à moral e aos bons costumes. Antes essas causas da perda do poder familiar podiam ser repetidas sem um controle específico, agora há uma proteção maior ao filho. O inciso IV surge no Código Civil com intento de impedir os pais que repitam as causas de suspensão.

Da guarda compartilhada e da alienação parental

O fato de um casal ter filhos lhe obriga a algumas responsabilidades que ultrapassam o rompimento de sua união ou casamento, consistindo em um dever legal e ético de garantir o sustento, a guarda e a educação dos menores, isto é, atributos do poder familiar, que não é desfeito com o final da relação. Diante da situação da dissolução da união surgem alguns conflitos e muitas vezes o ex-companheiro possuidor da guarda única, aproveita da fragilidade do momento para iniciar um processo de desdenho do genitor não guardião, onde ocorre uma lavagem cerebral para que os filhos peguem como verdade tudo aquilo que de forma

⁷ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente; V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção (BRASIL; Código Civil, 2020, ed. 29).

persistente lhe fora dito, configurando assim o instituto chamado de alienação parental.

Para atenuar as dificuldades causadas, foi positivado em 2010, a Lei nº 12.318 que versa sobre a alienação parental, que destina-se a assegurar o ordenamento jurídico além de reprimir os contínuos ataques de quem tenha atuação falsa que possa prejudicar a convivência dos filhos com o outro genitor que não possui a guarda. Desse modo, surge o instituto da guarda compartilhada como possibilidade de resolver os conflitos de cunho familiar, fazendo com que os genitores entendam que o mais importante é garantir o bem estar da criança e do adolescente envolvidos, impondo igualdade entre ambos os pais, fazendo com que haja a preservação dos vínculos afetivos e mantendo a responsabilização no combate a esse mal e suas futuras consequências.

Modalidades de guarda previstas no ordenamento jurídico brasileiro

O poder familiar foi concedido aos pais, sendo a guarda um dos fundamentos derivados deste poder. Maria Manoela Quintas ilustra que:

Enquanto conviverem os pais, a guarda dos filhos será compartilhada por ambos, mas a partir do momento em que cessa essa convivência, poderão ser feitos vários arranjos para determinação da guarda. Desta feita, a guarda se apresentará de formas diferentes, sempre com vista a atingir o melhor interesse da criança (2009, v. 6, p. 22).

A guarda deve sempre objetivar o melhor interesse da criança e do adolescente, pois se caracteriza pela conduta de observar, de cuidar e de proteger o menor. Enquanto os pais estão casados a guarda é exercida de forma simultânea entre os genitores, mas havendo a dissolução conjugal é necessário determinar qual dos pais será o guardião da criança. Cabe

destacar que a guarda poderá ser estipulada consensualmente, quando há acordo de vontade entre o casal, ou judicial, pelo juiz.

O nosso Código Civil em seu art. 1583⁸ prevê duas modalidades de guardas, sendo a Guarda Unilateral e a Guarda Compartilhada. A guarda unilateral está prevista no art. 1583, §1º, do Código Civil, baseasse naquela conferida a um só dos pais ou a quem substitua. O detentor da guarda fica com o dever individual de determinar os passos da vida da criança ou adolescente, ficando ao outro a responsabilidade de monitorar essas atribuições. Na circunstância de recusa de um dos pais ou no impedimento de concessão da guarda compartilhada, fica estabelecida a guarda unilateral. Além disso, quando ambos os pais não tenham condições para cuidarem do filho a mesma pode ser atribuída a um terceiro.

Maria Berenice Dias ensina que:

É o tipo de guarda em que apenas um dos pais ou terceiros permanece com a guarda da criança assumindo a responsabilidade de cuidar e zelar pelo bem estar da criança em todos os seus aspectos físicos e emocionais, esse tipo de guarda é recomendado pelo juiz quando a guarda compartilhada não for possível tendo em vista o bem estar e a segurança da criança que fica ameaçada caso seja concedido à guarda compartilhada. No entanto o genitor que não tem a guarda da criança, todavia tem a responsabilidade de fiscalizar o bem estar do filho tendo que se ocupar de saber como e em que condições o filho está sendo criado e como está sendo seu desenvolvimento o genitor que não detém a guarda não deve se eximir das responsabilidades de pai ou mãe conforme os artigos CC 1.583 parágrafo 3 e 1.589. A responsabilidade pela educação e saúde também é do genitor que não possui a guarda (2017, v. 12, p. 447).

⁸ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (BRASIL; Código Civil, 2020, ed. 29).

O direito de visita do pai ou da mãe não guardião é a compensação da guarda unilateral. Atualmente considerado como um direito/obrigação de convivência, enunciado no art. 1589 do Código Civil⁹, prevê a fiscalização da manutenção e educação dos filhos. É um direito a convivência, ao diálogo integral ou à companhia, enxergado também como uma tarefa do não guardião em benefício a sua prole. Em consequência disso, o Brasil não admite, nem mesmo considera o cancelamento ou cessação das visitas na situação de inadimplência da responsabilidade alimentar por parte do genitor não guardião.

A regulamentação vai estar sujeita no que foi acordado entre os pais ou do que for estipulado pelo juiz, referente à permanência dos filhos com o genitor não guardião, à regularidade dos encontros além da divisão das férias a aos dias festivos. Para Paulo Lôbo, “é relação de reciprocidade, não podendo ser imposto quando o filho não o deseja” (2011, p. 120), contudo este ponto de vista é capaz de disfarçar a manipulação silenciosa do possuidor da guarda física, por isso, toda prudência precisa ser usada nessas circunstâncias.

Maria Berenice Dias discorre sobre o tema:

O instituto perdeu muito significado com a adoção do modelo da guarda compartilhada. Ainda que unipessoal, o genitor que não detém a guarda tem a obrigação de supervisionar os interesses do filho (CC 1.583 § 5º). Também lhe é assegurado o direito de visitá-lo e de tê-lo em sua companhia, conforme o que foi acordado com o outro genitor ou foi fixado pelo juiz. Quem não tem o filho sob a sua guarda dispõe do direito de fiscalizar sua manutenção e educação (CC 1.589) (2017, v. 12, p. 447).

⁹ Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (BRASIL; Código Civil, 2020, ed. 29).

Além disso, esse direito a convivência, à continuação dos vínculos e ao afeto, precisa ser ampliado à família do genitor que não mora com os filhos, sejam os avós, os tios ou primos, ou ainda àqueles com quem o menor possuía convívio permanente. O direito de visitas, por ser direito dos filhos e obrigação do pai ou da mãe, consegue ser estabelecido inclusive quando o não guardião for dependente químico, alcoólatra ou psicopata, mas limitado a um lugar apropriado, definido em juízo e com a supervisão de terceira pessoa.

Existem correntes doutrinárias que enxergam a guarda unilateral como prática que tem apresentado com frequência desagradável, aborrecimentos, discórdias e barganhas envolvendo os menores, indicando maiores probabilidades de causar descontentamento ao genitor não guardião.

Maria Berenice Dias critica este modelo de guarda:

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visitas, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia; isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras (2017, v. 12, p. 448).

Deste modo, a guarda unilateral tem por objetivo definir a guarda para um dos pais, assim como a terceiros, quando não tem a possibilidade de se aplicar a guarda compartilhada, porém se mostra como uma modalidade que enfraquece e afasta o pai não guardião dos vínculos afetivos.

Já o instituto da guarda compartilhada surgiu na Inglaterra, disseminando-se em Portugal, na França e no Canadá; nos Estados Unidos obteve maior popularidade. No Brasil, em 13 de junho de 2008, foi promulgada a Lei nº 11.698, que modificou os arts. 1583 e 1584 do Código Civil, instituindo a guarda compartilhada no ordenamento jurídico. Apesar

desse modelo ser criticado, por causa da irritação que é capaz de provocar no menor, a maior parte dos pontos negativos citados está relacionada a modalidade de guarda alternada¹⁰, que não deve ser confundida com a guarda compartilhada, porque os resultados positivos desta sobressaem-se às críticas.

A guarda compartilhada procura restabelecer os vínculos entre pais e filhos que estão atravessando ou atravessaram por uma fase dolorosa derivada da dissolução matrimonial. Nesse modelo, constata-se que “a guarda compartilhada é a atribuição da guarda jurídica do menor a ambos os pais, para que exerçam igualmente os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder” (DIETER; MANFRO, 2018, p. 97). Em linhas gerais, essa modalidade possui como propósito diminuir a distância entre o menor e o genitor que não encontra-se cotidianamente na vida do filho.

A ideia principal desse instituto é fazer com que, embora não mais existir a relação conjugal entre os genitores, o vínculo com seus filhos continue intacta, ou a menos afetada possível, no sentido de tranquilizar os menores de que a alteração se sucedeu no relacionamento de marido e mulher, e não como pais. Enfim, esse instituto objetiva dar prosseguimento aos laços afetuosos que ligavam os pais e os filhos antes do rompimento da relação conjugal.

Conforme o próprio nome já diz, a guarda compartilhada pode ser compreendida como um compartilhamento, pelos dois genitores, de todos os direitos e responsabilidades relativas à prole, sem que a guarda jurídica seja determinada para um dos pais. Deste modo, verifica-se a existência da guarda física, que é aquela que se refere a com quem mora o menor, e a

¹⁰ Este modelo ocorre, quando os genitores permanecem com a guarda material dos menores em períodos revezados, ora na casa de um dos pais, ora na casa do outro, e, nesse período, o guardião da tutela física desempenhará o poder familiar sozinho. Essa forma de guarda não é comum, pois há um grande debate a respeito, visto que os filhos ficam submetidos a contínuas mudanças. Entende-se que não se tornam duradouros os costumes, assim como os princípios, podendo causar ao menor fragilidade emocional e uma prejudicial formação de sua personalidade (MADALENO, Ana Carolina; MADALENO, Rolf; 2019, ed. 6, p. 20).

guarda jurídica, que é referente a subsistência, à preservação e à educação dos filhos, como declara Rolf Madaleno:

O divórcio ou a separação fática dos pais não repercute nas regras de atribuição do exercício do poder familiar, que é exercido em conjunto com o outro genitor, cuja atividade compreende os aspectos pessoais e patrimoniais relacionados com a prole, mas é preciso indicar qual dos progenitores deverá exercer a guarda física dos filhos, encarregado dos cuidados diários da prole (2011, v. 4, p. 428).

Dessa maneira, deveres como educação, sustento e outras obrigações com os filhos são compartilhadas. O que se observa é que esse modelo de guarda possibilita aos genitores que não detêm a guarda física um maior convívio com sua prole, falado de diferente maneira, a figura do genitor visitante é deixada de lado. Marta Mendonça afirma que “a guarda compartilhada significa dividir direitos e deveres igualmente entre os pais. Decidir juntos, debater, ceder, aceitar. Amar e cuidar do jeito que podem sem que haja obstáculos de qualquer tipo” (2014, p. 113), ou seja, nada mais do que a relação mais linda do mundo merece.

Assim, o instituto da guarda compartilhada garante benefícios para a criança, na medida em há a presença contínua dos pais ao passar do seu desenvolvimento, beneficiando para que os pais sejam vistos de igual para igual.

Da alienação parental

A alienação parental teve entre os seus primeiros identificadores, o professor especialista do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, Richard Gardner, em 1985, que publicou um artigo a respeito das tendências recentes em litígios de divórcio e guarda.

No Brasil a alienação parental é regulamentada pela Lei 12.318/2010, segundo o artigo 2º da referida lei considera-se ato de alienação parental

a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Esse fenômeno, tem sua origem a partir dos conflitos judiciais pela guarda da prole, visto que as ações de separação conjugal geralmente inclinam-se a provocar sentimentos de deslealdade, desprezo, descaso e desespero – no momento em que aparece o temor de não possuir mais importância para o outro. Como elucida Mário Quilici:

Também é comum que, em pessoas que sofrem de certos distúrbios psíquicos, não sejam bem administrados os conflitos pessoais e o pânico interno gerado pela separação, fazendo com que excedam o âmbito pessoal e transformem-se em conflitos interpessoais, em que a responsabilidade pelo que não é suportável em si próprio é projetado, de qualquer forma, no outro (Disponível em: <<http://br.geocities.com/alienaçãoopaterna.htm>>. Acesso em: 20 de nov. de 2020).

Ainda, resultado da dor não preparada em relação ao final do vínculo e as alterações dela decorrentes, acrescentadas a uma fase de fragilidades emocionais, é capaz de fazer com que os genitores se aproveitem da prole como ferramenta da ofensividade e vontade de vingança dirigidos ao outro. Pode surgir também no instante em que a criança completa uma idade que o capacita a aumentar o horário de visitas ou a passar a noite com o pai não guardião ou aquele que possui menor tempo de convívio com a criança. Para Caetano Lagrasta Neto *et al*, a alienação parental é:

Implantação de falsas memórias, uma lavagem cerebral, trata-se da programação da criança ou do adolescente para odiar o outro genitor ou qualquer pessoa que possa influir na manutenção de seu bem-estar e

desenvolvimento e que não satisfaça as vontades do alienador (2012, v. 2, p. 196).

Trata-se de uma ação coordenada por um dos genitores, no sentido de programar o menor para que deteste e rejeite, sem argumento, o outro genitor, modificando a sua mente por meio de diversas técnicas, com o intuito de prejudicar, atrapalhar ou mesmo arruinar a conexão entre o filho e o pai não detentor da guarda, definido, também, pelo conjunto de sinais dela decorrentes, provocando, desta forma, um forte vínculo de dependência e subordinação da criança com o genitor alienante. E, uma vez implantado o assédio, o próprio menor colabora para a alienação.

Essa ação contra o genitor denominado alienado pode ser executada de diversas maneiras, no qual o genitor alienante pode passar a destruir a figura do outro diante de comentários insignificantes, agressivos, explícitos e provocadores, fazem com que o menor se sinta inseguro em sua presença, como no caso da visitação, ao destacar que a criança se cuide ou que ligue se não se sentir confortável, dificultar as visitas, ameaçar a criança ou ameaçar acabar com a sua própria vida caso o menor se encontre com o outro genitor.

No entendimento criado por Richard Gardner, a alienação parental é “um fenômeno resultante da combinação de lavagem cerebral com contribuições da própria criança, no sentido de difamar o genitor não guardião, sem qualquer justificativa, e seu diagnóstico é adstrito aos sintomas verificados no menor” (MADALENO; Ana Carolina; MADALENO, Rolf; 2019, v. 6, p. 30), hoje em dia, esse conceito foi amplificado, acrescentando-se a ele comportamentos, conscientes ou inconscientes, que possam provocar uma perturbação na relação da criança com o seu outro progenitor, ainda, o fato de que as críticas podem ou não ser verdadeiras, igualmente acrescentados outros motivos de desencadeamento,

não somente limitados a disputas pela guarda, mas diante da repartição de patrimônio, do valor dos alimentos, ou inclusive pela formação de nova família por parte do genitor alienado.

Fases da alienação parental

A alienação parental é desempenhada em diversas fases, as quais são: leve, moderada e grave. Esta divisão de grupos estão relacionados com o grau de comprometimento da psique da criança alienada.

A fase leve é onde a alienação é inicializada, sendo sua característica fundamental a sutileza, a criança começa a obter ideias negativas contra o genitor alienado. Instaura-se um processo de difamação da imagem do outro genitor, passando a criança a estranhar e de maneira leve a repulsar o genitor alienado, apesar de ainda existir o afeto.

A hostilidade até este momento não se amplia até a família do genitor alienado e as conexões afetivas com os dois genitores ainda são afetuosas, como eram no decorrer da relação familiar. As crianças exprimem a vontade de ver solucionado a divergência, enxergam seu genitor alienante como seu fundamental prestador de cuidados somente, ainda sem características anormais de dependência.

Nessa fase, não são usadas as ações judiciais para injuriar a figura do outro e os genitores normalmente admitem que de um certo modo as divergências prejudicam os seus filhos, porém, as atitudes de injúria são enxergadas como normais. Existe a chance de uma decisão judicial solucionar o embate, em geral essa fase é característica do começo da etapa processual, o que é capaz de ajudar a pacificar os ânimos quanto se acirrar mais ainda, acontecendo, então, a segunda fase.

A segunda fase chamada de moderada, faz com que a criança alienada passe a colocar-se avesso às determinações do genitor alienado e a

repugna-lo com maior nitidez, deixando visível o interesse de se afastar do pai alienado e do grupo ao qual faz parte.

Manifesta-se os primeiros indícios de que um pai é bondoso e o outro é maldoso, a criança possui pensamento de dependência, protegendo com fervor o genitor alienante, contudo, é capaz de ainda apoiar o genitor alienado. As circunstâncias emprestadas iniciam, oferecendo demonstrações de que o menor se predispõe para um lado, provocando decepção no outro genitor. Ameaças sobre ações processuais passam a ser contínuas, as visitas começam a sofrer intervenções, causadas por acusações ou outros motivos como indisposição, celebrações, exercícios da escola, que vão ocorrer sempre nos dias de visita. (DIAS, 2017, p. 64)

A relação afetiva começa a ser destruída, ocorre o afastamento, não somente com relação ao genitor alienado, mas igualmente em relação à sua família. O genitor que possui a guarda não admite o distúrbio, e imputa as ocorrências à ausência de prática ou de atenção do outro genitor. As crianças passam a achar que a volta para o lar do guardião é a solução dos problemas.

A terceira é a fase grave, onde a criança alienada não concorda com a presença do genitor alienado e no momento em que tem contato, deixa esclarecido que o amor está mudando e se transformando em antipatia e ódio. O ódio em relação ao pai alienado é intenso, sem ambiguidades e sem arrependimento, suas conversas com a criança transformam-se circulares e excessivamente exaustivas, visto que não existe qualquer chance de um diálogo aceitável ou de que a criança compreenda seu lado, assim como qualquer comunicação consistirá em conseguir informações para um diferente abuso. (QUINTAS, 2009, p.79)

A relação é completamente interrompida entre a criança e o pai alienado, o menor torna-se independente, a alienação atinge seu nível extremo, visto que a partir deste momento a criança consegue, sem

nenhum auxílio do genitor alienante – que passa a demonstrar ser uma figura que possui boas intenções e modo nenhum pode fazer em relação aos ataques do menor.

O genitor alienante expressa um olhar obsessivo, tudo percorre em redor do cuidado com os filhos, que devem ser protegidos da maldade que o outro pai seja capaz de realizar, sendo acentuadas suas características negativas e, além disso, recebe a projeção dos temores e caprichos do genitor alienador, que sente-se uma vítima da circunstância. Da mesma maneira ocorre com os filhos, que passam a exibir atitudes delirantes parecidas com as do genitor alienante, sendo que nessa fase a criança apresenta-se programado para sentir repulsa, possui condutas de negação e é ininterruptamente testado pelo genitor alienador a respeito de sua fidelidade.

As consequências da alienação parental

A maneira como os genitores encaram um processo de divórcio ou dissolução de seu relacionamento é decisório para constatar a forma como seus filhos se portarão futuramente em suas particulares relações. Se os genitores sem demora recuperam o cotidiano, mais ou menos como antes, por serem amadurecidos o bastante e terem compreendido melhor seu rompimento afetivo, a preocupação e aflição que as crianças passam tendem a sumir. Já os genitores que não vencem suas divergências ou que começam o processo da alienação parental dirigem-se, ao longo de anos, instituir desagradáveis hábitos com seus filhos, que, ao viverem experiências negativas, alterações inesperadas e suspensões no seu processo natural de evolução, passam a possuir um aspecto distorcido do mundo, tornando-se constante o pavor do abandono, a agonia e, em especial, a ansiedade, que são capazes de causar variadas fobias no período adulto.

Para sobreviver, esses filhos aprendem a manipular, transformam-se em pessoas prematuramente inteligentes para entender o ambiente emocional, aprendem a manifestar fingidos sentimentos, se convertem em crianças que não possuem tempo para se ocupar com as apreensões características da idade, cuja a inocência lhe foi tomada pelo desequilibrado e egocêntrico genitor que o afastou de uma convivência saudável e indispensável.

Jorge Trindade destaca os efeitos intrínsecos da alienação parental:

Sem tratamento adequado, ela pode produzir sequelas que são capazes de perdurar para o resto da vida, pois implica comportamentos abusivos contra a criança, instaura vínculos patológicos, promove vivências contraditórias da relação entre pai e mãe e cria imagens distorcidas das figuras paterna e materna, gerando um olhar destruidor e maligno sobre as relações amorosas em geral (2013, p. 24).

Os efeitos mais evidentes é o rompimento do vínculo com um dos pais. Os menores crescem com a sensação de falta, insignificância, e ainda perdem totalmente as influências de aprendizagem, de apoio e de referência. No campo psicológico, da mesma forma são prejudicados a evolução e a concepção do autoconceito e autoestima, carências que conseguem provocar depressão, ansiedade, transtorno de personalidade, incapacidade para se ajustar, consumo de entorpecentes e álcool e, em situações mais graves, podem levar inclusive ao suicídio. (DIAS, 2017, p. 127)

O menor prejudicado tem propensão a desenvolver desvios de conduta, como por exemplo a personalidade antissocial, consequência de um comportamento com baixo potencial de carregar decepções e de conter seus impulsos, acrescentado, à hostilidade como único jeito de solucionar conflitos.

São essas algumas das várias e intermináveis consequências da alienação parental, bem como destacam a relevância de ser conhecida essa doença para impedir a deturpação da psique de crianças dentro da própria casa e no seu enalço a destruição psicológica e o futuro das próximas gerações.

3 A aplicação da guarda compartilhada como uma medida para combater a alienação parental

É de suma importância que, para a tomada de escolha no que se refere à modalidade da guarda do menor, leve-se em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, garantindo, deste modo, os seus direitos fundamentais. Sendo assim, não deve-se complicar essa decisão em frente das causas pelas quais se sucedeu a separação dos pais, assim como de quem foi a responsabilidade a fim de que a separação da relação acontecesse. Na fala de Maria Berenice Dias:

Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais (2010, p. 43).

Assim, conforme já mencionado, a guarda é uma responsabilidade do poder familiar e, além disso, um dos aspectos mais relevantes dos efeitos da separação de um casal, visto que, até o momento anterior à ruptura da união dos cônjuges a guarda dos filhos era desempenhada pelos pais de maneira conjunta. No momento em que se começam disputas afetivas e judiciais em volta da guarda, frequentemente relacionada ao pensamento de posse dos filhos, acirram-se os ânimos entre os ex-cônjuges. Estes têm tendência a usarem de diferentes tipos de técnicas para provarem sua superioridade e poder, como ameaças e mecanismos

de força para constranger um ao outro, sem mensurar as consequências de suas verbalizações e atos, especialmente sobre os filhos.

Nesse seguimento, um viés a ser analisado é de que, sendo possível a aplicação da guarda compartilhada, aconselha-se manter as condições de igualdade entre os dois pais. Caio Mário Pereira elucida que:

Merece destaque neste momento de redefinição das responsabilidades materna e paterna a possibilidade de se pactuar entre os genitores a “guarda compartilhada” como solução oportuna e coerente na convivência dos pais com os filhos na Separação ou Divórcio. Embora a criança tenha o referencial principal, fica a critério dos pais planejarem a convivência em suas rotinas quotidianas. [...] esta forma de guarda incentiva o contínuo acompanhamento de suas vidas (2006, ed. 16, p. 63).

Deste modo, estipulada a guarda compartilhada, não é especificado exclusivamente um dos pais como o responsável pela criação dos filhos, ou seja, o poder familiar cabe aos genitores, ainda que desfeita a sociedade conjugal, ambos permanecem detentores deste direito. Com efeito, os autores Azambuja, Larratúa e Filipouski destacam:

Durante um processo de separação, o relacionamento de pais e filhos pode modificar significativamente. Enfrentar tais situações de forma clara e objetiva pode fortalecer e facilitar o estreitamento dos vínculos, proporcionando um crescimento de ambas as partes e favorecendo as relações. Por outro lado, a falta de contato e esclarecimento do processo e a tendência de colocar a criança ou o adolescente no centro da desordem entre o antigo casal [...] dificulta a superação do trauma e intensifica os sentimentos complexos que o envolvem [...] Este número ilimitado de mudanças e os ajustamentos necessários na vida das crianças são melhor adaptados quando a continuidade dos vínculos com ambos os pais é preservada e se deixa claro o que vai acontecer com a vida da criança dali para a frente, minimizando as dificuldades e os sofrimentos enfrentados durante a crise.

Isto porque a elaboração e a superação da adversidade pelo menor encontram-se diretamente correlacionadas com o bem-estar dos genitores e com a quantidade e a qualidade do convívio entre eles e sua prole. Na vivência do desempenho da guarda compartilhada os menores dispõem do contato contínuo com os dois pais, sem, contudo, causar uma interrupção na sua rotina e uma adaptação profundamente séria e extensiva a uma nova realidade. Um dos pais permanece com os filhos, e ao, outro é proporcionado máxima flexibilidade para participar das suas vidas, especialmente no que se refere a conteúdos relevantes relativos à sua criação e educação, conservando, deste modo, o fortalecimento dos vínculos afetivos entre genitores e filhos, desde o instante da concepção.

Já em situações que a fixação da guarda é unilateral, aumenta-se o risco de comportamentos lesivos do detentor do encargo que, desestabilizado pelos desentendimentos familiares, passa a se aproveitar do menor para atingir o ex cônjuge. Para tanto, se vale de técnicas e mecanismos com o intuito de desmoralizar o outro genitor na presença da criança, corrompendo, muitas vezes de maneira irreparável, o diálogo entre eles, no processo chamado de alienação parental como já visto anteriormente. Conforme segue entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona

De outro lado, a guarda compartilhada também possui o importante efeito de impedir a ocorrência do fenômeno da Alienação Parental e a consequente Síndrome da Alienação Parental, já que, em sendo o poder familiar exercido conjuntamente, não há que se falar em utilização do menor por um dos genitores como instrumento de chantagem e vingança contra o genitor que não convive com o mesmo, situação típica da guarda unilateral ou exclusiva (2014, ed. 4, p. 469).

No plano da guarda unilateral e do direito de visita, existe muito mais espaço para que um dos genitores se utilize dos seus próprios filhos como forma de vingança e também entende-se que não é possível desempenhar a paternidade em poucos períodos, pois o crescimento dos filhos não aguarda o dia estipulado para a visita.

Deste modo, vem a noção de compartilhamento reiterar o entendimento de ser o melhor regime, em nosso ordenamento jurídico, visto que possui vários mecanismos que conseguem, com facilidade impedir seja qual for a tentativa de distanciamento do filho com o genitor, demonstrando diversas vantagens para ambos. Nos aspectos que incluem o menor, esse possuía convivência com os dois, ocasionando que a comunicabilidade entre eles aconteça de maneira mais descomplicada e, desta forma, chegue-se a uma adaptação ao novo grupo familiar de forma equilibrada.

O propósito de divisão da guarda retira do genitor alienante (mal-intencionado), a utilização do menor como objeto ou forma de atingir o outro e além disso, afora a convivência que será conservada entre genitores e filhos, de maneira a ser rotineira, o menor terá como acabar com as imagens distorcidas que foram inventadas não existindo tempo suficiente para o enraizamento de falsas memórias.

Se, por um lado, essa modalidade impede a desigualdade entre os ex-companheiros, pelo tempo que o genitor disponibiliza para passar com o filho e conservar o poder familiar; por outro, esse modelo roga que ambos os genitores tenham obrigações e comprometimentos. Por essa razão, que os pais necessitam deixar de lado as mágoas da antiga relação, assim como as intrigas, a fim de haver uma saudável comunicação e resolução das situações que irão envolver o filho. Em vista disso, para os pais, este regime melhora a qualificação na autoridade de cada um dos genitores, sendo que irá haver uma colaboração maior. Dessa maneira,

Com a convivência em vez de visita, certamente será evitada a mazela da alienação parental, principalmente na guarda unilateral, pois o genitor não guardião, em vez de ser limitado a certos dias, horários ou situações, possuirá livre acesso ou, no mínimo, maior contato com a prole. A própria mudança de nomenclatura produz um substrato moral de maior legitimação que era aquele de visitante. O não guardião passa a ser convivente com o filho (FREITAS, 2014, p. 96).

Isto é, a guarda compartilhada faz com que os pais entendam que, para o bem da sua prole, precisam esquecer as brigas ocorridas no rompimento e fazer o melhor por aqueles que são os recebedores de tanto amor e disputa. Se para amar é necessário dividir, devem os genitores priorizar o amor duplicado, que é oferecido por cada um deles, sem determinar uma escolha dos pequenos.

Imediatamente, percebe-se que a guarda compartilhada, diferentemente do que muitas pessoas acham, não significa dividir o tempo do menor em duas metades, sendo estas divididas em dois lares, mas sobretudo significa compartilhar direitos e deveres sobre os genitores. Decidir juntos, deliberar, ceder, consentir. Amar e cuidar da maneira que conseguem, sem empecilho de qualquer espécie.

Essa modalidade de guarda contribui na constância da rotina familiar e impede que os filhos tenham que preferir entre um dos pais. Dessa maneira, genitores e filhos não correm o perigo de perder a confiança e a ligação potencial, é o plano mais benéfico de cuidado e justiça aos filhos da separação, ao mesmo tempo que equilibra a necessidade da criança de uma conexão duradoura e ininterrupta com seus dois pais, causando como resultado a limitação das divergências parentais constantes, ela também restabelece os alicerces emocionais do menor, aliviando as memórias prejudiciais de um divórcio. Nesse viés, Michelly Fogiatto e Oziane Silva

Na guarda compartilhada, a vivência cotidiana é mais fácil de ser exercitada, fator que proporciona à criança maior segurança dos seus sentimentos, diminuindo, por consequência, a possibilidade de sofrerem as influências negativas e de serem manipuladas e, ainda, pelo fato de que nenhum dos genitores poderá utilizar-se do argumento de que em razão da guarda estar consigo poderá agir com exclusividade sobre a criança, é este um importante instrumento para amenizar a ocorrência da Alienação Parental (2018, p. 101).

Em vista disso, torna-se improvável a ocorrência da realização de condutas de alienação parental, por encontrar-se a criança em constante comunhão com os seus dois pais. O afastamento da figura de um dos pais ocasiona um abandono psicológico, que vem acompanhada de sentimentos maléficos. Sendo por essa razão que, no momento que o amor entre os pais se finda, ainda deve-se conservar-se o respeito entre os dois, pois como se tem conhecimento, os deveres e obrigações referentes aos filhos são para sempre e necessitam ser bem desempenhado.

Martha Mendonça, jornalista, escritora e roteirista, faz sua narrativa:

Como mãe de dois, optei prontamente pela guarda compartilhada quando me separei do pai de meus filhos. Eles ainda eram pequenos, numa idade em que não seria difícil transformar sua realidade, convencer-lhes das minhas próprias convicções. Independentemente dos rumos que meu casamento tomou, não os fiz sozinha e, principalmente, jamais me senti “dona” deles. Como madrastra, sempre incentivei meu segundo marido a conviver ao máximo com sua filha, com quem convivo desde que ela tinha quatro anos. A presença dela em nossa casa é necessária para que nossa (nova) família esteja completa (2014, p. 109).

Isto significa que ao inviabilizar a convivência exclusiva com um dos pais, diminui-se a chance de empoderamento por parte do provável alienador. O fenômeno da alienação parental torna-se mais longe de estabelecer-se no grupo familiar, visto que o contato do menor com ambos

os genitores propicia lembranças claras, recentes e improváveis de serem destruídas.

Enfim, o relacionamento pode terminar, porém a família não, pois um pai de modo algum deixará de ser pai e uma mãe de modo algum deixará de ser mãe. Portanto, o instituto da guarda compartilhada é indubitavelmente, o mais prudente a ser escolhido em combate ao processo de alienação da criança, uma vez que mantém, apesar do rompimento, o desempenho conjunto da autoridade parental e concede, a cada um dos genitores, o privilégio de participar das decisões fundamentais que se referem ao menor, garantindo assim a realização do tratamento merecedor que lhe foi outorgado.

Considerações finais

A partir da pesquisa apresentada, destaca-se que toda ruptura de um relacionamento provoca, em um primeiro momento, conflitos, crises, perdas e tristezas, contudo não quer dizer que uma família não seja capaz de sair desse processo de maneira sadia, organizada e bem-estruturada, podendo ser fortalecida em seus vínculos fraternos. É necessário que família, Estado e sociedade possam refletir conjuntamente a infância e a adolescência como patrimônio de todos.

Foi possível perceber que a guarda compartilhada impede o afastamento desnecessário que verifica-se na guarda unilateral, pois, nesta, frequentemente, o genitor não detentor da guarda dispõe da companhia do menor em finais de semana alternados e, poucas vezes no passar da semana. Deste modo, na guarda unilateral, o genitor que não possui a guarda desfruta de um tempo muito mais curto, o qual pode ocasionar um sofrimento ainda maior para a criança, pois ela, além de sofrer ver seus genitores não residindo mais juntos, permanece por pouco tempo na companhia de um dos pais. Importa salientar que a visita, em

finais de semana alternados, pode causar aflição ao menor, visto que passa a conviver com a inquietação da dúvida se verá ou não o pai no final de semana. É imprescindível a criança ser tranquilizada acerca da permanência e o contato, tendo evidente de como pode fazer isso. É direito da criança saber como ela possuirá acesso, poupando-a da responsabilidade de escolhas.

Em outras palavras, o sofrimento do menor com relação ao rompimento dos genitores é amortecido. Isso quer dizer que, ainda que a família, a princípio, desestruturar-se com a separação, não será destruída, com a proteção do vínculo entre mãe-filhos, pai-filhos e da boa relação dos genitores. Nesse contexto, entende-se por boa relação àquela em que se acham presentes o respeito e a educação. A crise pode representar uma maneira de desenvolvimento, deixando evidente que o que não deu certo foi o projeto marido e mulher, que se modificará, diferentemente da relação pai e mãe, que terá de conservar-se vigente, participante e fortalecida como exemplar de tudo de bom que vivenciaram em família. O menor necessita da continuidade da relação com os genitores, e a vivência com pai e mãe deve ser defendida de ser engolfada pelas brigas destes. A criança necessita desse conviver, desse estar junto e perto, para aumentar e garantir sua sensação de pertencimento.

Além do mais, no instante no qual as decisões são tomadas de maneira conjunta e que o menor pode dispor da convivência de ambos os pais, existe uma diminuição da ideia de posse e de troféu, ou seja, de que somente um dos pais tem a posse do menor, decidindo de forma unilateral sobre essa. Uma família para significar família não precisa de pai e mãe morando juntos, no entanto, de pai e mãe solucionando de maneira saudável e assertiva, suas discordâncias e combinações, com sua organização própria. Duas casas, duas famílias, todavia inteiras, com genitores maduros, responsáveis, comprometidos e, sobretudo,

equilibrados, isto é, acertados emocionalmente, atentos ao bem-estar da criança, e não em seus individualismos narcisistas. É necessários que os genitores fortaleçam as atitudes de amor e cuidado com uma conduta de acordo. Os menores não escutam somente o que os genitores falam, mas prestam muito atenção em como agem.

Neste cenário, tem-se que a consolidação dessa modalidade de guarda originou na entrada em vigor de outra lei que objetiva o melhor interesse do menor: a Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010, que dispõe acerca da alienação parental. Tomadas de decisões dessa proporção e significância têm evitado que muitos genitores invalidados e impotentes pela alienação parental terminem por abandonar o exercício da paternidade e de seus filhos. Um dos sentimentos mais difíceis sentidos pela prole, vítimas de alienação parental, é o de julgar que os genitores não lutaram o bastante por eles e que acabaram desistindo deles.

No que se refere à alienação parental, percebe-se que, em frente do rompimento da vida conjugal, os genitores devem assegurar as filhas que unidade familiar segue intacta, no sentido de que o fato de a relação entre “marido e mulher” ter terminado não quer dizer, em hipótese alguma, que tenham deixado de amar os filhos e que permanecerão sendo cuidados e protegidos. Em outras palavras, é fundamental, para a preservação dos filhos, a colaboração de ambos os genitores. Perante essa visão, a guarda compartilhada diminui o sofrimento provocado pela separação conjugal, considerando que proporciona maior convivência entre os filhos e seus pais, reduzindo, desse modo, a possibilidade de se desenvolver a alienação parental.

A guarda compartilhada buscar dar estabilidade não apenas ao menor, mas também aos genitores, visto que é muito torturante ser privado do crescimento da prole, das mudanças que acontecem a cada fase de vida e perceber que não possui voz frente à educação e ao

desenvolvimento dos filhos. De igual maneira, é muito sofrido para o filho não poder ter a liberdade de poder dividir o seu crescimento, suas vitórias e, sobretudo, a liberdade do afeto. Cuidado é sinônimo de amor, e sentir-se cuidado é sinônimo de aumento na estima.

Sendo assim, é de extrema relevância uma convivência de respeito e educação entre os genitores, no qual a civilidade entre os dois ofereça direção à criança, com nenhum genitor assassinando a imagem do outro, muito menos gerando uma morte em vida. O fato é que todos os envolvidos com o processo de um rompimento necessitam cooperar para uma melhor convivência, auxiliando em alternativas a respeito do que poder fazer a fim de que todos fiquem bem dentro do possível. Todos podem fazer algo para melhorar. Todos podem fazer mais e melhor do que comumente fazem.

É necessário garantir que a boa infância das crianças seja preservada, sendo uma fase para alegrias, brincadeiras, explorações do mundo, com a criança podendo ser de fato criança e de maneira a encontrar-se protegida, especialmente, em seus afetos. Não se pode, como adultos admitir que a infância e a adolescência sejam uma época de afetos instáveis, medos, ansiedade da separação, culpas e perda da esperança em um futuro bom.

Nesse contexto, constata-se que o instituto da guarda compartilhada pode ser visto como a melhor modalidade a ser empregada, pois tem a chance de oportunizar, não somente para os menores, mas também a todos integrantes da família, uma relação satisfatória, objetivando a atender ao bem-estar do menor. O que deixar de ser feito agora pelo bem-estar afetivo dos menores se retratará negativamente no futuro. Por outro lado, cuidando da infância e da adolescência, estaremos, como genitores, profissionais do direito, da Educação e da Saúde, cuidando do futuro de todos. O que estaremos semeando agora sobre ética, empatia e respeito para com o outro se refletirá em uma sociedade mais justa para todos.

O menor e os genitores precisam ter voz e vez. Cada qual sendo respeitado como pessoa pertencente à vida uns dos outros, com o amor edificado e protegido, como uma terra fecunda, para o desenvolvimento da confiança, mesmo com as situações não sendo sempre o ideal ou como se gostaria, em um mundo cor de rosa. É necessário um lugar nos corações e na vida sem o terrorismo da ameaça de perda ou da imposição de lealdade com um ou outro, que só fazer amargar, ou a ameaça tão aterrorizante da indiferença.

Não questione de que juntos – família, sociedade e boas leis – podem fazer na transformação de uma sociedade mais justa, com menos brutalidade e para um mundo melhor. Nem sempre, pela rotina do dia a dia e pelo excesso de proximidade, percebemos o quanto somos significativos e o quanto precisamos uns dos outros. Como se fala na cultura popular, muitas vezes, é na falta que sentimos a importância.

Por fim, o que puder ser feito para as crianças e os jovens com intuito de diminuir a violência, amenizar as dores das perdas e assegurar a presença e o amor terá sido muito importante e não terá sido em vão. Que tudo se harmonize da melhor forma a fim de que os corações de todos os envolvidos, mesmo com a separação, possam continuar inteiros, com uma família “alargada” e inteira.

Referências

AGUILAR, José Manuel. **Síndrome de alienação parental**: filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro. Portugal: Caleidoscópio, 2008.

AZAMBUJA, M.R.F; FILIPOUSKI, G.R; LARRATÉA, R.V. **Guarda Compartilhada: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe**. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/guarda_compartilhada_mariaregina.doc> Acesso em: 2 de mar. de 2021.

BRASIL. **Código Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARTER, Betty; MCGOLDRICK, Monica. **As mudanças no ciclo da vida familiar: uma estrutura para a terapia familiar**. Porto Alegre: ArtMed, 1995.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação – uma visão psicojurídica**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

DIETER, Cristina Ternes; MANFRO, Cris. **A guarda compartilhada como uma resposta eficaz à alienação parental: uma visão multidisciplinar**. Belo Horizonte: Artesã, 2018.

DARNALL, D. **Uma definição mais abrangente de alienação parental**. Disponível em: www.apase.org.br. Acesso em: 21 de nov. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____, Maria Berenice. **Alienação Parental: um crime sem punição**. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver: de acordo com a lei 12.318/2010**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro 6: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 6 v. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LAGRASTA NETO, Caetano. TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. **Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. 2º Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Guarda e convivência dos filhos**. MAGISTER. Rio Grande do Sul, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

_____, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

_____, Rolf Hanseen. **Curso de direito de família**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDONÇA, M. **Filhos: amar é compartilha**. In: Minas, A.; VITORIANO, D. (Org.). A morte inventada: alienação parental em vozes e ensaios. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

POUSSIN, Gérard; SAYN, Isabelle. Apud LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais. A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: RT, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Oziane Oliveira da; FOGIATTO, Michelly Mensch. **Síndrome da Alienação Parental**. 2018

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

O Refugiado Venezuelano e a Justiça Restaurativa: uma visão a partir do método *peacemaking circles*

Manoel Pereira de Almeida Neto ¹
Micheli Piucco ²

Introdução



Crisis humanitaria: “Cuándo no había comida, me ponía sal en la boca” - La demografía de las ciudades del interior de Brasil comienza a reconfigurarse con la llegada de refugiados venezolanos³.

A Venezuela não investiu ou denegou as premissas de combate à corrupção, de um Estado mais transparente, provimento de garantias a uma coerência regulatória (*compliance*) e investimento em capital

¹ Aluno do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), Campus de Carazinho/RS, IV Semestre, e do curso superior de Bacharelado em Teologia, pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER, Curitiba-PR). Estagiário do Núcleo de Mediação e Justiça Restaurativa (MEDIAJUR-UPF). E-mail: 182117@upf.br . Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4612678943292188>.

² Doutoranda em Direito pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz (UNISC). Mestra e Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientadora da pesquisa. E-mail: michelipiucco@upf.br . Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6593420037842713>.

³ AGNOLIN, L. Crisis humanitaria: “Cuándo no había comida, me ponía sal en la boca” - La demografía de las ciudades del interior de Brasil comienza a reconfigurarse con la llegada de refugiados venezolanos. (Tercer lugar. Estudiante de la Universidad de Passo Fundo, Brasil, cumpliendo intercambio académico a distancia en la FALCOM). Acessível em: <<http://andante.org.mx/2021/02/04/crisis-humanitaria-cuando-no-habia-comida-me-ponia-sal-en-la-boca/>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

humano. Desta feita, foi-se abandonado as premissas para possibilitar o desenvolvimento humano integral de sua população, o que agravou o processo migratório. É impressionante a quantidade de pessoas envolvidas, pelas problemáticas sociais, econômicas, políticas, culturais e religiosas, pelos desafios dramáticos que coloca à comunidade nacional e internacional.

Pode-se dizer que está-se perante um evento social de natureza temporal, que requer uma forte e clarividente política de cooperação internacional para ser convenientemente enfrentado. Esta política há de ser desenvolvida a partir de uma estreita colaboração entre os países donde partem os imigrantes e os países de chegada; há de ser acompanhada por adequadas normativas internacionais e nacionais capazes de harmonizar os diversos sistemas legislativos, na perspectiva de salvaguardar as exigências e os direitos das pessoas e das famílias migrantes e, ao mesmo tempo, os das sociedades de chegada dos próprios imigrantes.

Nenhum país se pode considerar capaz de enfrentar, sozinho, os problemas migratórios do nosso tempo. Todos somos testemunhas da carga de sofrimentos, contrariedades e aspirações que acompanham os fluxos migratórios. É cediço que a temática dos refugiados, em particular, dos venezuelanos que adentram ao Brasil, é de gestão complicada, não obstante as dificuldades relacionadas com a sua integração, prestam com o seu trabalho um contributo significativo para o desenvolvimento local e regional das comunidades que os acolhem. Obviamente, tais trabalhadores não podem ser considerados como simples mercadoria ou mera força de trabalho; por isso, não devem ser tratados como mero fator de produção. Todo o refugiado, estrangeiro, apátrida, imigrante é uma pessoa e, enquanto tal, possui direitos fundamentais inalienáveis que hão de ser respeitados por todos em qualquer situação.

Nesse contexto, desde 2016, mais de 4 milhões de pessoas deixaram a Venezuela. Considerando a complexidade da mobilidade humana na região sul-americana, com centenas de milhares de solicitantes de refúgio e refugiados envolvidos em movimentos mistos e a escalada do contínuo deslocamento interno, o papel das organizações da sociedade civil e do setor privado no apoio a essas pessoas é mais relevante do que nunca, formando uma atuação em rede.

Destarte, como exemplo, referência, *benchmark*, do necessário trabalho em rede, tem-se a Cáritas brasileira e a Cáritas *Ecuador*, que executam em parceria a iniciativa, financiada pela *Agency for International Development (USAID)* e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), com o apoio do *Catholic Relief Services (CRS)*, através do *Better Together Challenge* (iniciativa global de soluções inovadoras) o projeto “Migra Segura”. Ele está desenvolvendo uma plataforma de informações para a população venezuelana que entra no Brasil e no Equador. Com a aplicação, será possível encontrar orientações mais fáceis de compreender sobre legislações, sobre espaços de acolhimento, indicações das redes socioassistenciais, entre outros. Por quê? Identifica-se, entre outras dificuldades enfrentadas no início da jornada em países de chegada dos refugiados, é a complexidade ou a burocracia que é para organizar as informações sobre regularização migratória.

Nesse sentido, pode ser destacado o Projeto de Extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo “Balcão do Migrante e do Refugiado”, o qual tem como objetivo prestar assistência jurídica e documental aos migrantes e refugiados que chegam no Brasil, com destaque a região de atendimento da Polícia Federal de Passo Fundo.

Esse panorama geral revigora a importância do trabalho em rede, no suporte e apoio aos refugiados e imigrantes venezuelanos no Brasil, impele à tentativa de referendar a Justiça Restaurativa, em específico os

Peacemaking Circles ou Círculos de Construção de Paz, método de Justiça Restaurativa.

Tendo-se como objetivo pontuar o sentido e a importância da Justiça Restaurativa (em específico *the non-conflictive peacemaking circles*) – porque pode “cooperar” para sinergia de forças – trabalho em rede para a busca de soluções à complexidade da temática transversal dos refugiados venezuelanos no Brasil. Assim, em um primeiro momento, será tratado o porquê e o desfazimento de alguns mitos. A seguir será tratado o *peacemaking circles* como processos dialógicos na construção de paz. Finalmente, será possível refletir alguns elementos nessa temática, que é acima de tudo – humana/humanitária.

Por fim, será analisada a pessoa em um âmbito ampliado e redimensionado pela perspectiva da filosofia personalista. Esta proporciona preciosos subsídios na busca de compreensão da pessoa, pelo contexto do refugiado venezuelano, no processo de recepção, acolhida na comunidade. A Justiça Restaurativa (JR) não é um mapa e sim, uma bússola que aponta a direção para a construção de ambiente seguro e, dessa forma, ter-se-á acolhimento, a cura, a reconexão dos vínculos das relações e traumas causados pela travessia e chegada até o país de destino, a qual será edificada, restaurada ou conectada.

1 - A Justiça Restaurativa (JR) como Modo de Vida⁴

Algumas perguntas iniciais são necessárias para o desenvolver do trabalho. Neste sentido, interroga-se quais são os motivos fluxo migratório intenso da Venezuela? qual o seu contexto? Para a ONG alemã Migration Data Portal:

⁴ ARLÉ, D.G.G. A justiça restaurativa e o ministério público brasileiro. 1ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, págs. 56-57 (Ministério Público resolutivo; v. 6).

Starting in 2010, the migration profile of Venezuela began shifting from a country of destination to a country of origin. Among the reasons for this shift or increase in emigration, are recent developments in the country, especially regarding its economic situation, food shortages, limitations in access to services such as health care, lack of cash and political polarization”⁵

Por isso, o Alto Comissariado para Refugiados das Nações Unidas (ACNUR)⁶ reforça o papel do Brasil na proteção de refugiados na região e deriva do reconhecimento, em junho de 2019, da situação de grave e generalizada violação de direitos humanos na Venezuela, em linha com a Declaração de Cartagena de 1984 sobre os refugiados.

No caso do Brasil, a legislação sobre migração e refúgio é bastante avançada e referência para outros países da região. A Lei 13.445/2017 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao reconhecer o migrante como sujeito de direitos e a enxergar a migração sob a égide dos direitos humanos.

No entanto, apesar do robusto conjunto de normas, as informações a cerca dos processos de regularização migratória ainda são apresentados de forma complexa para os migrantes e refugiados, e por serem constantemente atualizadas por legislação infralegal, há muita dificuldade no acesso à informação e na compreensão das informações disponíveis. Fonte: CNBB – Igreja Católica Apostólica Romana. **“Migra Segura” vai trazer orientações para fortalecer o acolhimento no Brasil e no Equador.** Disponível em: <https://www.cnbb.org.br/migra-segura-orientacoes-acolhimento-brasil-e-equador/> . Acesso em: 11 fev. 2021.

⁵ <https://migrationdataportal.org/blog/latin-americas-response-venezuelan-emigration> . (“A partir de 2010, o perfil migratório da Venezuela começou a mudar, de um país de destino para um país de origem. Entre as razões para esta mudança ou aumento da emigração, estão, em especial, no que diz respeito à sua situação econômica, escassez de alimentos, limitações e falta de acesso à saúde, dinheiro em circulação; e polarização política ” (tradução nossa). Acesso em: 11 fev. 2021.

⁶ Cf. <https://www.acnur.org/portugues/consultas-com-ongs-e-acnur-na-america-do-sul/> . Acesso em: 22 jan. 2021.

Thamirys destaca que o “Migra Segura” trará informações “adaptadas e sob medida” para compreensão da população venezuelana, sempre atualizadas. “Esperamos que os migrantes e refugiados utilizem a plataforma para tomar decisões informadas acerca de seus processos de regularização migratória e sobre outros aspectos da vida no Brasil”⁷.

Diante dessa conjuntura, mas também, com ações salutares ocorrendo, como organizar, sistematizá-las, em conjunto, com os traumas experienciados pelos refugiados e pela comunidade acolhedora? De acordo com Kay Pranis, professora americana, e idealizadora do método Círculos de Construção de Paz ou Círculos ou *The Non-Conflictive Peacemaking Circles*), dentro da Justiça Restaurativa (JR), o qual é um método de resolução de problemas, há a possibilidade de construir comunidades, de fortalecer comunidades, de proporcionar apoio, de gerar entendimento mútuo, de fortalecer relacionamentos e de criar espaços de processos de cura e transformação⁸.

Nesse sentido, Howard Zehr, na edição de 2018, do livro *Trocando as Lentes*, conclui que a JR sugere um modo de vida, pois seus princípios e valores constituem orientações que a maioria das pessoas gostaria que regressem suas vidas diárias.

Pois bem, para viver de uma maneira restaurativa, é necessário aos ser humano:

1. Levar os relacionamentos a sério, com a visão de que todos pertencem a uma teia;
2. Tentar estar consciente do impacto de suas ações sobre o outro e o meio ambiente;

⁷ Cf. <http://caritas.org.br/noticias/diagnostico-para-migra-segura-entrevistou-centenas-de-migrantes-venezuelanos-no-brasil-e-no-equador> . Acesso em: 22 jan. 2021.

⁸ BALL, J., CALDWELL, Wayne, PRANIS, Kays. *Doing democracy with circles: engaging community in public planing*. St. Paul: Living Justice Press, 2010, p. 3 APUD ARLÉ, D.G.G. *A justiça restaurativa e o ministério público brasileiro*. 1ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 111 (Ministério Público resolutivo; v. 6).

3. Assumir responsabilidade do impacto de sua ação sobre os outros e procurar reparar o dano;
4. Tratar todos com respeito;
5. Tentar envolver no processo de decisão as pessoas que serão por ela afetadas;
6. Enxergar conflitos e danos como oportunidade;
7. Escutar os outros com profundidade e compaixão;
8. Dialogar com os outros, mesmo que sejam pessoas das quais se discorda, e manter-se aberto;
9. Ser cauteloso e não tentar impor a verdade;
10. Usar a sensibilidade para enfrentar injustiças.⁹

Portanto, buscar-se-á construir coletivamente uma nova forma de vida, ou seja, permitir que uma nova realidade comece a tomar forma. Considera-se essencial nessa construção coletiva, a abordagem da JR, pelo professor Howard Zehr, de justiça *trauma-informed*, informada sobre o trauma, ele aduz três elementos principias na crise do trauma: a crise de autoimagem – ‘quem sou eu?’ (causada pelo efeito do desempoderamento), a crise de relacionamentos – ‘em quem posso confiar?’ (causada pelo efeito da desconexão) e a crise de significado – ‘no que eu acredito?’ (causada pelo efeito da desordem), efeitos esses conhecidos como os ‘3 Ds do trauma’¹⁰.

Dois lacônicos depoimentos, que são histórias de irmãs e irmãos, discutem o motivo de porque afinal de contas não somos de uma mesma família, não somos todos seres humanos todos irmãos? Evidencia-se a dimensão do trauma:

Na Venezuela o hospital não nos atendeu. A jovem indígena venezuelana Magdalena Pemon-Taurepã é mãe de Neymar. Apesar do nome famoso, a vida

⁹ ZEHR, Howard. Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo. 3ª Ed. São Paulo: Palas Athena, 2018, págs. 250, 251, 261 e 262.

¹⁰ ZEHR, Howard, op. cit., págs. 27-40 APUD ARLÉ, D.G.G. A justiça restaurativa e o ministério público brasileiro. 1ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 54 (Ministério Público resolutivo; v. 6).

do bebê que nasceu em terras brasileiras é muito diferente daquela que leva o jogador brasileiro de mesmo nome. A jovem, os filhos e seus parentes fugiram de suas casas carregando apenas pequenas sacolas de roupas, lençóis e outros itens essenciais. Viajaram por horas em terrenos acidentados e cobertos de mata em busca de um refúgio. "Grupos armados atacaram nossas comunidades e nos deixaram com medo de morrer", afirma a migrante e refugiada venezuelana. Aqui no Brasil, encontrou o refúgio que precisava para o caçula nascer e as filhas crescerem em paz. Hoje ela está em um abrigo indígena no Brasil. E, também, "A situação que você vê na televisão e nas mídias sociais, na realidade, é muito pior." No Brasil desde 2018, quando fugiu com a filha Miranda de Maracay, Marifer Vargas e o marido, Carlos Escalona, abriram uma empresa de refeições venezuelanas em São Paulo. Carlos sofria perseguição política em seu trabalho como comunicador na Venezuela e, além disso, dois motivos foram decisivos para Marifer na decisão de se refugiar no Brasil: o sentimento de insegurança e a falta de liberdade. "As pessoas, infelizmente, estão morrendo de fome, estão morrendo porque não conseguem remédio. Lá pode mudar o governo, mas não a mentalidade das pessoas. São 20 anos de gerações acostumadas com o paternalismo do governo. É preciso aprender que é preciso trabalhar, estudar. Senão, não há como tocar a vida sem seguir dependendo. Lá, infelizmente, as pessoas estão se acostumando ao fato de o governo dar tudo. Aqui, reiniciamos nossa história, reinventamos nossa vida e fazemos de São Paulo nossa cidade e do Brasil nosso novo lar", contou. Ao chegarem a São Paulo, por meio da interiorização da Operação Acolhida, Marifer e a filha contaram com a Cáritas brasileira e foram para um abrigo da Missão Paz, no bairro do Glicério (centro da cidade). Ficaram lá por cerca de um mês até Carlos conseguir um emprego fixo e ser possível bancar o aluguel de um apartamento para todos, na zona leste da capital. A migrante e refugiada venezuelana também ajudou outros migrantes como educadora social do programa Pana, da Cáritas, para dar apoio na acolhida dos interiorizados. "Pana é amigo, é irmão, é fraternidade. Eu e minha família nos sentimos em casa aqui. Se tem uma coisa que adoro no brasileiro é que ele sempre sorri, e isso, para os migrantes e refugiados, é muito importante, explicou.¹¹

¹¹ São transcrições dos depoimentos/histórias de duas famílias, que integraram a Operação Acolhida (Sistema das Nações Unidas, entidades da sociedade civil e os municípios apoiam as autoridades no encaminhamento de migrantes

O trauma pode ser conceituado como uma ferida causada por um evento traumatogênico, que gera sobrecarga de diversos níveis (físico, emocional, mental e espiritual) que desemboca em desordem, desconexão, desempoderamento, dentre outros efeitos.

De acordo com eminentes doutrinadores, a Justiça Restaurativa (JR) é uma visão de justiça que deve ser informada sobre o trauma e ter, como um de seus nortes, a recuperação dos efeitos do trauma, e inclusive, também para a comunidade (igualmente impactada pelo que se chama de trauma vicariante ou secundário).

Ademais, esse trauma tem diversos efeitos que podem ser agrupados, em síntese, em dois grandes grupos, um de ações violentas voltadas para a própria pessoa (efeitos de *acting in*) e outro de ações violentas voltadas para terceiros (efeitos *acting out*) e, nessas ações de *acting in* e *acting out*, o chamado ‘Ciclo de Violência’ se perpetua enquanto não for quebrado, pois pessoas feridas (expostas a trauma, dor não transformada será dor transferida e é muito comum que os agressores de hoje costumem ser as vítimas de ontem, de acordo com a Teoria da Inteligência Emocional (TIM), por Dr. Augusto Cury, num círculo de violência continuado. Como escreveu Carolyn Yoder, “trauma e violência estão integralmente ligados, num círculo vicioso de violência que leva ao trauma que, não curado, leva à violência”¹².

Daí a importância da JR ser uma visão de justiça voltada a entender e a quebrar esse assim chamado ‘Ciclo de Violência’, pois nos processos restaurativos serão construídos espaços seguros onde se poderá, inclusive,

e refugiados venezuelanos para outras partes do País. Acessível em: <https://www.gov.br/acolhida/depoimentos/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

¹² Cf. YODER, C. *The little book of trauma healing: when violence strikes and community is threatened*. New York: Good Books, 2005, p. 5 *APUD* ARLÉ, D.G.G., 2020, p. 55, op. cit.

abordar os efeitos do trauma e procurar iniciar a recuperação das pessoas a ele expostas.

Toews e Zehr¹³ chamam atenção para o fato de que um dos principais efeitos do trauma é a destruição de sentido, o questionamento das presunções que um indivíduo possui sobre a ordem do mundo, sobre a autonomia pessoal e sobre onde ele se encaixa na rede de relacionamentos sociais. O evento traumático põe tudo isso em dúvida e, para a superação do trauma, é necessário reconstruir o sentido da vida. A oportunidade de contar e analisar a sua própria história, em suas próprias palavras, e talvez até ouvir as histórias dos outros participantes, é um elemento essencial nessa trajetória de superação do trauma.

Muitas pessoas hesitam em abordar o passado e o que aconteceu, com receio de revisitar o intolerável mas, conforme observa Van Der Kolk¹⁴, ser enxergado e ouvido sobre o que aconteceu é o que permite uma nova realidade comece a tomar forma. Como bem apontado por Matthew Hartman e Aaron Lyons, “a justiça informada pelas necessidades humanas após o trauma (Justiça Restaurativa) pode causar um impacto transformador na rede/comunidade”¹⁵, transformando desempoderamento em honra, desconexão em conexão e desordem em significado.

Torna-se salutar desmistificar dois importantes pontos a respeito da JR:

- A) A Justiça Restaurativa não é terapia. Na verdade, a Justiça Restaurativa e seus processos não são terapia *stricto sensu* e seus facilitadores não são, ou não

¹³ TOEWS, B. e ZEHR, H. Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo. In: SLAKMON, C., MÁIRA, R., BOTTINI, P.C. (Orgs.). Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 426, *APUD* ARLÉ, D.G.G., 2020, p. 56, op. cit.

¹⁴ VAN DER KOLK, B.A. The body keeps the score: brain, mind and body in the healing of trauma. New York: Penguin Books, 2015, p. 307 *APUD* ARLÉ, D.G.G., 2020, p. 56, op. cit.

¹⁵ Just Outcomes, 2019, p. 11.

precisam ser, profissionais da psicoterapia, muito embora os efeitos de um processo restaurativo possam ser terapêuticos, como demonstrado, para auxiliar o processo de cura do trauma, e assim, na edificação do conjunto, da rede formada, da comunidade, da integração ou reintegração, pois processos restaurativos são fortemente fundamentados na empatia e na escuta empática.

- B) A Justiça Restaurativa não é um método, um programa ou uma receita. A JR, como visão de justiça, se utiliza de vários métodos, mas não é um método e neles não se esgota¹⁶.

Dessa forma, evidencia-se que a comunidade que se almeja é na pessoa humana, a qual é fundamento e fim da convivência comunitária, realidade conatural aos homens, existe para obter um fim comum, inatingível de outra forma: o crescimento em plenitude de cada um de seus membros, chamados a colaborar de modo estável para a realização do bem comum. Salienta-se que essa coletividade não é uma multidão amorfa, uma massa inerte a ser manipulada e instrumentalizada, mas sim um conjunto de pessoas, cada uma das quais – com sua história única e a seu modo – perfazendo-se em sua liberalidade e liberdade de exprimir a sua sensibilidade e de fazê-la valer em maneira consoante com o bem comum.

Assim, o que em primeiro lugar caracteriza uma comunidade é a partilha de vida e de valores, que é fonte de comunhão no âmbito espiritual e moral. Daí, essa comunidade persegue o bem comum atuando com vista à criação de um ambiente humano em que aos cidadãos, todos, sem exceções, seja oferecida a possibilidade de um real exercício dos direitos humanos e de um pleno cumprimento dos respectivos direitos e deveres.

Logo, o refugiado venezuelano, é portador de direitos e de deveres, sendo que a plena realização do bem comum requer dessa coletividade o

¹⁶ Cf. ARLÉ, D.G.G. A justiça restaurativa e o ministério público brasileiro. 1ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, capítulo 5, págs. 71-84 (Ministério Público resolutivo; v. 6).

desenvolvimento no âmbito dos direitos humanos, pois pela horizontalidade da Justiça Restaurativa (JR), evite-se que, através de preferências outorgadas a indivíduos ou grupos, se criem situações de privilégio ou denegação, sem o respectivo embasamento legal e moral.

2 - O Papel da Experiência na Construção Humana, pela Filosofia Personalista de Karol Wojtyła

A filosofia personalista de Karol Wojtyła tem como pilar a noção de experiência humana. O personalismo, como filosofia, surge na primeira metade do século XX, a partir do trabalho desenvolvido por Emmanuel Mounier na revista “*Espirit*”. A revista “*Espirit*” tinha como proposta lançar novas luzes sobre os acontecimentos e a sociedade da época, a qual se encontrava encurralada entre os ideais do individualismo e do coletivismo e imersa em uma grave crise política, econômica, social e moral, em grande medida causada pela experiência trágica de duas grandes guerras e pela crise de 1929. A pretensão da “*Espirit*” e do grupo de intelectuais que a compunha era criar uma nova via, diferente das que se fizeram conhecer até então, como o comunismo, o fascismo e a vida burguesa.¹⁷

A perspectiva da filosofia personalista se contrapõe ao idealismo e ao materialismo abstrato, na tentativa de reencontrar a unidade perdida entre o individualismo e o coletivismo.

Mormente, a filosofia personalista tem a valorização do homem em sua integralidade e afirmação do caráter absoluto da pessoa humana, em resposta à desvalorização e ao isolamento do homem perpetrado pelos princípios do individualismo e, também, em reação ao coletivismo, que confere primazia à comunidade, lançando o homem no seio de um

¹⁷ COSTA, M.A. A consciência da pessoa humana na filosofia personalista de Karol Wojtyła. Editora: Inspirativa, 2020, e-book: formato Kindle, 66 p.

agrupamento despersonalizado e restringindo-o a um papel a ser desempenhado, o homem não é visto como objeto e sim como agente da história e que se faz pessoa ao longo da história, por meio da prática engajada no mundo em que está inserido, sem se descuidar de seu aspecto transcendente. Sendo impossível dissociar o personalismo da ideia de absoluto e da ideia de pessoa que transcende o modelo humano.

Karol Wojtyła aduz que o conhecimento da realidade externa implica necessariamente o conhecimento do próprio eu, pois a quantidade de experiências com as outras pessoas tem valor significativo, pois quanto mais pessoas são incluídas na experiência do homem, mais rica e relevante ela se torna e, é ululante, que essa experiência é intransferível. Dessa forma, a pessoa é aquela que age e sua ação é aquilo que a revela, não somente para os outros, mas, principalmente, para si mesma¹⁸.

Na Roma Antiga, a palavra pessoa exibe uma conotação jurídica, pessoa civil, onde apenas o homem livre, cidadão romano, sujeito de direitos e deveres pessoais, é tratado como pessoa, sendo que as mulheres, crianças e escravos não gozavam do mesmo tratamento. Seja na Grécia ou em Roma, o vocábulo pessoa não se referia ao indivíduo em si mesmo, mas a algo exterior atribuído ao indivíduo. Com o cristianismo, constrói-se a dimensão metafísica e axiológica da definição de pessoa.

A partir das discussões em torno da teologia trinitária e cristológica, o conceito de pessoa começa a se desenvolver. A conclusão de que há três pessoas: Pai, Filho e Espírito Santo, em um único Deus, ou seja, três individualidades distintas, reflete diretamente na compreensão do homem como um ser singular, criado a imagem e semelhança de Deus, uma individualidade humana dotada de dignidade e valor intrínseco.

¹⁸ COSTA, M.A., págs. 25-49, op. cit.

Segundo São Tomás de Aquino, “a noção de pessoa se manifesta no homem, por meio do exercício da habilidade racional da natureza humana, envolve um existir em uma natureza racional, o que coloca a pessoa em posição superior em relação aos demais seres” (OLIVEIRA e PIRATELI, 2008, p. 111 *APUD* Costa, 2020, p. 11). Mas, precisamos de nos constituirmos como um “nós” que habita a casa comum, sendo premente considerar que podemos ser onipotentes e esquecer que nos encontramos todos no mesmo barco, e caso seja deixado para trás os grandes valores fraternos, conduz a uma espécie de cinismo. Esta é a tentação que temos diante de nós, se formos por este caminho do desengano ou da desilusão. O isolamento e o fechamento em nós mesmos ou nos próprios interesses nunca serão o caminho, mas é a proximidade, a cultura do encontro.

O isolamento, não; a proximidade, sim. Cultura do confronto, não; cultura do encontro, sim, de acordo com que expressou o Papa Francisco, em aula magna, na faculdade de Sardenha, Itália, em 2013¹⁹. Nesse processo de discernimento para abarcar a cultura do encontro, da proximidade, Karol Wojtyła, pela filosofia personalista, contempla a consciência, que é fundamental para que o homem tenha conhecimento de sua ação.

“Com esse ato o homem coloca diante de si mesmo suas ações, o mundo que o circunda, faz experiência de si como sujeito e dialoga com seu próprio eu” (DAMASCENA, 1997, p.8 *APUD* COSTA, 2020, p. 34). Como não há nada ou ninguém isolado, per si, então devemos todos empenhar-nos por derrubar os muros que nos separam e construir pontes que favoreçam a cultura do encontro, cientes da profunda interconexão que existe entre nós. Nesta perspectiva, as migrações contemporâneas

¹⁹ Francisco, Discurso ao mundo acadêmico e cultural (Cagliari - Itália 22 de setembro de 2013): *L'Osservatore Romano* (ed. semanal portuguesa de 29/09/2013), 8.

oferecem-nos a oportunidade de superar os nossos medos para nos deixarmos enriquecer pela diversidade do dom de cada um.

É cediço que quando o “nós” não acontece por conta dos nacionalismos e individualismos, quem são os que facilmente tornam-se os “outros” e conseqüentemente são os mais prejudicados? Estrangeiros, migrantes, marginalizados e habitantes de periferias existenciais (encontraremos muitos migrantes e refugiados, deslocados e vítimas de tráfico humano).

Nesse sentido, por Husserl, Heidegger e Merleau-Ponty²⁰, também prescrevem interessantes diretrizes, pela fenomenologia, para a busca dessa sistematização de acolhida e integração dos refugiados venezuelanos na comunidade receptora. Por quê? A fenomenologia procura examinar a experiência humana de forma rigorosa, como uma ciência descritiva. Desta maneira, a reflexão se faz necessária a fim de tornar possível observar as coisas tal como elas se manifestam e descrevê-las.

É a investigação daquilo que é genuinamente possível de ser descoberto e que está potencialmente presente, mas que nem sempre é visto através de procedimentos próprios e adequados. É a filosofia do inacabamento, do devir, do movimento constante, onde o vivido aparece e é sempre ponto de partida para se chegar a algo. Por isso, entender a noção de pessoa, considerando os aspectos internos e externos evidenciados pela filosofia personalista de Wojtyła, é abrir espaço para um pensamento aprofundado e pertinente sobre a autorrealização do homem como pessoa humana e, também, como integrante da comunidade.

²⁰ LIMA, ABM., org. Ensaio sobre fenomenologia: Husserl, Heidegger e Merleau-Ponty [online]. Ilhéus, BA: Editus: 2014. ISBN 978-85-7455-444-0. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. e-book: formato Kindle, 106 p.

3 - Os Círculos de Construção de Paz / Círculos de Construção de Senso Comunitário²¹

Nas palavras de Kay Pranis, os Círculos de Construção de Paz descendem diretamente dos tradicionais Círculos de Diálogo comum aos povos indígenas da América do Norte. Os Círculos são uma ‘nova forma’ de juntar as pessoas para que uma entenda a outra mutuamente, de fortalecer vínculos e de resolver problemas. E são uma ‘nova forma’ de diálogo que é, na verdade, muito antiga, segundo Pranis²².

O Professor inglês Vincenzo Ruggiero, sugere que a justiça restaurativa é “um processo que traz os atores e a comunidade afetada por uma situação problemática de volta à condição na qual o problema surgiu” (RUGGIERO, 2011, p. 101 *APUD* ACHUTTI, 2017, p. 863), e refere que este modelo de justiça funciona a partir do envolvimento direto das partes, de modo que estas serão as responsáveis por encontrar uma solução para o caso.

Como método sistematizado, os *Peacemaking Circles* começaram a ser utilizados no contexto da justiça criminal do estado de Minnesota-USA, na proposta de JR, e daí passaram a ser utilizados em diversas outras situações²³.

No contexto de dificuldades, de traumas sofridos e experienciado pelos migrantes e refugiados venezuelanos, os Círculos no processo restaurativo, de todos os envolvidos, sem exceção, são processos dialógicos, no sentido de diálogo utilizado pelo filósofo David Bohm²⁴, que visam abrir questões, mostrar percepções, estabelecer relações,

²¹ ARLÉ, D.G.G. A justiça restaurativa e o ministério público brasileiro. 1ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, págs. 110-111 (Ministério Público resolutivo; v. 6).

²² PRANIS, K. The little book of Circle Processes: a new/old approach to peacemaking. New York: Good Book, 2005 *APUD* ARLÉ, D.G.G., 2020, p. 110, op. cit.

²³ PRANIS, 2010, p. 22, op. cit.

²⁴ BOHM, D. Diálogo: comunicação e redes de convivência. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 33-34 *APUD* ARLÉ, D.G.G., 2020, p. 110, op. cit.

compartilhar ideias, questionar, aprender e compreender. Os processos de diálogo são diferentes dos processos de debate, em que as finalidades são fechar questões, convencer o outro, demarcar posições, defender ideias persuadir os demais e explicar apenas o próprio ponto de vista.

O processo restaurativo, que se preocupa em atender às reais necessidades de todos os envolvidos e tendo fundamentos históricos, sociológicos e antropológicos, religiosos, entre outros, a temática migratória faz-se transversal. E, pelo corolário dessarte, na sinceridade, na experiência, na profundidade de um testemunho, a refugiada, professora venezuelana testemunhou aos participantes do encontro virtual, pelo GoogleMeet, promovido pela Professora Dra. Patrícia Grazziotin Noschang, sobre a situação dos refugiados venezuelanos, na região de Passo Fundo, em 11/02/2021, com a sua declaração emocionante: “Comecei a emigrar quando saí do ventre de minha mãe. O mais importante é ser acolhida, é se sentir acolhida; nunca vou me esquecer quando o funcionário da Polícia Federal me disse: “seja bem-vinda ao Brasil, María Eugenia”. Ademais, quando lhe perguntei o que mais a tinha marcado, sentido, melhorado, evoluído desde a sua chegada, e ela singelamente, professou: “a mudança de olhar, do olhar acusatório, temerário, preconceituoso para o olhar de acolhida, de valorização, de respeito à sua dignidade como pessoa, ser humano”. E, considera-se um contributo importante na busca da compreensão da experiência humana integral, pela filosofia personalista de Karol Wojtyła, pelo qual a experiência humana, a qual ele chama de experiência do homem, é crucial no surgimento da pessoa humana.

Portanto, além de comovedor, simbólico, o seu testemunho dá voz aos quase 80 milhões de migrantes, apátridas, refugiados ao redor do mundo, hoje, e dá sentido, plenifica a história, as leis, decretos, convenções assinadas pelo Brasil no que tange essa temática humanitária.

No Brasil, de acordo com a promotora de justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé²⁵, um importante marco normativo da Justiça Restaurativa que merece menção é a Resolução CNJ n° 225/2016²⁶, cujo artigo 1° define a Justiça Restaurativa como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado, em consonância com os fundamentos e princípios, descritos na resolução.

No que tange à temática deste artigo, no conjunto da Resolução 225, fornece as bases para o acolhimento dos refugiados venezuelanos, nas comunidades, pela JR, no método dos *Peacemaking Circles*, o inciso III, do artigo 28-A:

Atuação universal, sistêmica, interinstitucional, interdisciplinar, intersetorial, formativa e de suporte, com articulação necessária com outros órgãos e demais instituições, públicas e privadas, bem como com a sociedade civil organizada, tanto no âmbito da organização macro quanto em cada uma das localidades em que a Justiça Restaurativa se materializar como concretização dos programas (Item 6.6 do Planejamento da Política de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário Nacional); (incluído pela Resolução n° 300, de 29.11.2019).

Ademais, a visão restaurativa de justiça está amparada na Constituição Federal, de 1988, pelo princípio da não exclusão dos direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais, ressaltando-se que, como signatário da ONU, o Brasil deve seguir suas resoluções, como a

²⁵ ARLÉ, D.G.G. Mediação, negociação e práticas restaurativas no ministério público. 2ª. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, págs. 240 e 145.

²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução CNJ n° 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e de outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289> . Acessado em 31.05.2021.

Resolução 53/243, da Assembleia Geral da ONU de 1999²⁷, que contém a Declaração e o Programa de Ação para uma Cultura de Paz, e Resolução 12, de 2002, do Conselho Econômico e Social da ONU²⁸, que prevê os princípios básicos aplicáveis aos Estados-membros para encorajá-los em Programas de Justiça Restaurativa.

De acordo com a autora Danielle Arlé, sugere-se um procedimento básico, com as seguintes fases²⁹, eis algumas diretrizes:

1. *Boas vindas a todos*, em que os facilitadores apresentam o processo, o espaço, o objeto de fala e o 'centro do Círculo';
2. *Cerimônia de abertura*, através da qual é marcado o início do espaço intencional daquele Círculo;
3. *Check in ou checagem inicial*, todos se expressam como se sentem naquele momento;
4. *Construção de valores*, pelas perguntas norteadoras sobre quais valores cada um traz para aquele Círculo ou que importam em suas vidas. De grande relevância, pois permite a percepção da interconexão entre todos; a autora afirma que pela sua experiência em facilitação de Círculos, não importa a idade, a classe social, o sexo, a profissão ou o grau de instrução, as pessoas fazem referência aos valores humanos fundamentais, que são o mesmo para todos, permitindo que se inicie o reconhecimento do 'eu' nos demais;
5. *Construção de diretrizes*, rodada em que, usando perguntas-norteadoras visam saber como cada um quer se comportar naquele espaço do Círculo para que seja satisfatório para todos;
6. *Contação de histórias e pergunta(s) 'de amarração' das histórias contadas*, no ver da Professora Danielle Arlé, é a nuclear do processo de Círculo, pois a finalidade da contação de histórias é aprofundar a interconexão entre os participantes. Os seres humanos somos seres de histórias e, no ensinamento de Miriam Markus³⁰, as narrativas são as explicações que damos aos feitos que

²⁷ ONU, 1999.

²⁸ ONU, 2002.

²⁹ ARLÉ, D.G.G. A justiça restaurativa e o ministério público brasileiro. 1ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, págs. 118-119 (Ministério Público resolutivo; v. 6).

³⁰ MARKUS, 2013, op. cit., p. 119.

acontecem e, como somos seres significantes, construímos histórias sobre tudo para dar sentido à vida. Conforme a pergunta-guia do facilitador, e iniciar contando a sua, ele traz para o Círculo a oportunidade de todos se reconhecerem em todos, porque não raro as histórias de uma pessoa fazem com que os ouvintes se conectem a algo parecido acontecido com eles e surge, assim, um nível profundo de interconexão, que não será mais desfeito, passando, os membros do Círculo, a se enxergarem verdadeiramente. É importante que o facilitador proponha uma ‘amarração’, com uma pergunta-guia que vise possibilitar, por exemplo, a expressão de como todos se sentem ao ouvir as histórias dos demais. Após, que os participantes construirão ou não um acordo, também chamado de plano de ação ou plano restaurativo.

7. *Check out ou checagem final*, que visa permitir a expressão de como cada um se sente ao deixar aquele Círculo;
8. *Cerimônia de encerramento*, que se destina a marcar o fim daquele processo.

Nesse espaço seguro pelo Círculo, possibilita-se uma ação reflexiva, a qual propicia ao homem a experiência subjetiva do bem e do mal em seu “eu” interior. Segundo Karol Wojtyła³¹, a consciência empenha-se em apreender a verdade a partir dos valores, tendo a função de compreender, avaliar e distinguir aquilo que é verdadeiro do que é falso. Porém, é no relacionamento cada vez mais profundo da consciência com a verdade que vem a clareza e a certeza do juízo pessoal do homem, cuja ação volta-se para o bem. A JR se preocupa em atender às reais necessidades das pessoas, abrange a vítima (que sofrem danos/traumas), das comunidades e também dos que causaram os danos (ofensores), pois, ela é uma abordagem de justiça voltada primeiramente à vítima, mas não exclusivamente a esta³², já que uma de suas finalidades é promover uma melhor vida em comunidade para todos.

³¹ COSTA, M.A. A consciência da pessoa humana na filosofia personalista de Karol Wojtyła. Editora: Inspirativa, 2020, e-book: formato Kindle, págs. 49-50 of 66.

³² ZEHR, 2002, p. 23 *APUD* ARLÉ, D.G.G. A justiça restaurativa e o ministério público brasileiro. 1ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, págs. 44-45 (Ministério Público resolutivo; v. 6).

A Justiça Restaurativa (JR) possui o seguinte estratagema, todo ser humano possui um “eu” bom, sábio e verdadeiro, o qual precisa ser aflorado, restaurado, quicá descoberto. Assim, leva o homem a cumprir seu projeto pessoal de realização.

Considerações finais

Este artigo pretendeu suscitar o debate, a reflexão sobre alguns pontos da ampla gama de possibilidades da Justiça Restaurativa (JR) no que tange a sua aplicação, pelo método dos *The No-Conflictive Peacemaking Circles* para cooperar no cômputo de edificação do senso comunitário (trabalho em rede, na temática do refugiados e migrantes venezuelanos, quando adentram ao Brasil. A temática dos refugiados, apátridas e migrantes diz respeito a cada um de nós, e não, apenas a alguns órgãos, instituições ou nações. Todos somos responsáveis.

O adjetivo restaurativa, de Justiça Restaurativa significa que se quer restaurar a capacidade de todo ser humano colaborar com os outros de maneira não-violenta, como ficou evidenciado e de maneira emblemática, o testemunho da refugiada venezuelana e também professora María Eugenia Hernández Yépez. Ela sentiu restituído o seu poder, a conexão e a ordem interior e a externa (a situação regularizada). Metaforicamente a JR não é uma panaceia nem um mapa e sim, uma bússola que nos aponta a direção. Os fundamentos da Justiça Restaurativa (JR) são também chamados de princípios, propósitos, finalidades, fins, objetivos e pilares.

Vítimas têm muitas necessidades que costumeiramente não são atendidas pelo nosso sistema institucional, de justiça ou extrajudicial. Algumas das necessidades das pessoas que sofrem danos/traumas são: contarem suas histórias e serem escutadas; participarem da discussão de como resolver o ‘seu’ conflito ou o ato de violência contra si praticado; receberem empatia de quem causou o trauma, da comunidade ou de

ambos; serem acolhidas e reconhecidas como as pessoas que sofreram os danos; compreender realmente os danos materiais e morais por elas sofridos; voltarem a ter controle de suas vidas. Enfim, vítimas, os refugiados venezuelanos necessitam de um espaço seguro onde seu sofrimento seja reconhecido.

Referências

ACHUTTI, D.S. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal : contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ACNUR **Consulta com ONGs e ACNUR na América do Sul**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/consultas-com-ongs-e-acnur-na-america-do-sul/>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

ACOLHIDA. **Transcrições dos depoimentos/histórias de duas famílias, que integraram a Operação Acolhida Sistema das Nações Unidas, entidades da sociedade civil e os municípios apoiam as autoridades no encaminhamento de migrantes e refugiados venezuelanos para outras partes do País**. Disponível em: <<https://www.gov.br/acolhida/depoimentos/>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

AGNOLIN, L. **Crisis humanitaria: “Cuándo no había comida, me ponía sal en la boca” - La demografía de las ciudades del interior de Brasil comienza a reconfigurarse con la llegada de refugiados venezolanos. (Tercer lugar. Estudiante de la Universidad de Passo Fundo, Brasil, cumpliendo intercambio académico a distancia en la FALCOM)**. Disponível em: <<http://andante.org.mx/2021/02/04/crisis-humanitaria-cuando-no-habia-comida-me-ponia-sal-en-la-boca/>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

ARLÉ, D.G.G. **A justiça restaurativa e o ministério público brasileiro**. 1ª Ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

ARLÉ, D.G.G. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no ministério público**. 2ª. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CÁRITAS BRASILEIRA. **Diagnóstico para Migra segura entrevistou centenas de migrantes venezuelanos no Brasil e no Equador.** Disponível em: <<http://caritas.org.br/noticias/diagnostico-para-migra-segura-entrevistou-centenas-de-migrantes-venezuelanos-no-brasil-e-no-equador>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução CNJ nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e de outras providências.** Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

COSTA, M.A. **A consciência da pessoa humana na filosofia personalista de Karol Wojtyła.** Editora: Inspirativa, 2020.

FRANCISCO, Papa. **Carta Encíclica Fratelli Tutti** (Sobre a fraternidade e a amizade social). São Paulo: Loyola, 2020.

JOÃO XXIII, Papa. **Carta Encíclica Pacem in Terris** (Sobre a paz de todos os povos). São Paulo: Paulinas, 1963.

MIGRATION DATA PORTAL. **Latin America's response to Venezuelan emigration.** Disponível em: <<https://migrationdataportal.org/blog/latin-americas-response-venezuelan-emigration>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

LIMA, ABM., org. **Ensaaios sobre fenomenologia: Husserl, Heidegger e Merleau-Ponty [online].** Ilhéus, BA: Editus: 2014. ISBN 978-85-7455-444-0. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

ONU, Assembleia Geral, Resolução 53/243, de 06 de outubro de 1999. **Declaração e programa de ação sobre uma cultura de paz.** Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/774/43/PDF/N9977443.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 07 jun. 2021.

ONU, Conselho Econômico e Social, Resolução 12/2002, de 24 de julho de 2002. **Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal.** Disponível em: <[https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPR restaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf](https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPR%20restaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf)>. Acesso em: 07 jun. 2021.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo.** 3ª Ed. São Paulo: Palas Athena, 2018.

Resolução de conflitos no ambiente escolar por meio de práticas restaurativas 1

*Natiele Sabrina Hoppen*²
*Vinicius Francisco Toazza*³

1 Introdução

Inicialmente, há de se lavar que, os inúmeros problemas que atingem o Poder Judiciário, estão diretamente vinculados à questão do acesso à justiça e à sua ineficiência e lentidão quanto à resolução das lides; o que, por si só, fez com que se buscassem novas estratégias para a resolução dos conflitos, com o objetivo de se vencer aquilo que Cappelletti chamou de “obstáculo processual”.

Em linhas gerais, o atual modelo brasileiro de justiça utilizado é o da Justiça Retributiva, e ao longo dos anos tem-se mostrado como um modelo não ideal para uma possível ressocialização e reintegração à sociedade, uma vez que, vale-se de um método que só visa a punibilidade e acaba sendo falho na questão de reparação de dano.

Sobretudo, encontramos o que se denomina de Justiça Restaurativa como uma forma de alternativa para a resolução de conflitos, que vem ganhando cada vez mais força em debates no judiciário, onde sua aplicabilidade e foco principal é a restauração e reparação dos danos causados em conflitos.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso produzido por Natiele Sabrina Hoppen, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2020.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Endereço eletrônico 162131@upf.br, currículo lattes disponível em <http://lattes.cnpq.br/4509744933670094>.

³ Professor Mestre da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Endereço eletrônico vinitoazza@upf.br, currículo lattes disponível em <http://lattes.cnpq.br/6111956818960319>.

Atualmente o acesso à justiça é mais fácil, pois o sistema deve ser igualmente acessível a todos, devendo produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos.

As diferentes formas de resolução de lide têm mostrado efeitos positivos no Poder Judiciário, principalmente através de processos restaurativos e Círculos de Construção de Paz, mostrando agilidade e baixo custo, que acabam sendo uma consequência boa para o judiciário, que são de fundamental importância, e propiciam uma solução mais adequada e justa aos conflitos.

Das variadas formas de resoluções de lide, há os processos circulares como um método de Justiça Restaurativa, em sua forma, podendo ser judicial ou extrajudicial. Um dos programas altamente conhecidos é o Núcleo de Mediação e Justiça Restaurativa – MEDIAJUR, cujo objetivo é o enfrentamento e prevenção de situações que envolvem a prática de ato infracional, a violência no âmbito escolar, o tratamento de conflitos familiares, especialmente com idosos, e intervenções, objetivando à ressocialização de apenados, a partir de uma abordagem integrada, cooperativa e humanitária por meio da aplicação de processos circulares, que compreendem os princípios da Justiça Restaurativa e a metodologia dos Círculos de Construção de Paz, enquanto instrumento de (re)estabelecimento das relações sociais e familiares.

No Núcleo de Mediação e Justiça Restaurativa – MEDIAJUR, o método mais usado nos processos circulares é a utilização da comunicação não-violenta, uma linguagem de comunicação humanitária, de forma não violenta, trazendo a empatia, o respeito, que traz aos participantes a capacidade de sentirem-se humanos, exercitando práticas da fala e escuta.

No âmbito escolar não é diferente. Os processos restaurativos vem demonstrando efetividade na sua aplicação, onde é trabalhado a resolução de conflitos que estão prejudicando o andamento do aprendizado de

crianças e adolescentes, trazendo a cultura de paz para dentro e fora da sala de aula, unindo os jovens e mostrando que podem tanto resolver, quanto evitar conflitos futuros, se todos conseguirem ter empatia e respeito uns com os outros.

Sendo assim, a Justiça Restaurativa surgiu para unir pessoas, alunos, professores e comunidade em geral, demonstrando que pode haver um melhor convívio em sociedade, principalmente no âmbito escolar, onde é o local de desenvolvimento de crianças e adolescentes, podendo contribuir para a diminuição de violência e prevenção de conflitos mais graves envolvendo os jovens, seus familiares e os membros da comunidade.

Contudo, a Justiça Restaurativa é o caminho mais curto para a resolução de conflitos escolares. Geram resultados que ajudam na formação de ética, solidariedade e tolerância dos indivíduos envolvidos no ambiente escolar, como também envolve o núcleo familiar e toda comunidade e as relações sociais em geral, gerando melhorias de convivência entre a sociedade, bem como, prevenindo que haja conflitos no futuro.

2. Histórico da Justiça Restaurativa no Brasil

A Justiça Restaurativa surgiu em meados dos anos de 1970, na Europa e nos Estados Unidos. Com o passar dos tempos foi adentrando cada vez mais forte e oferecida com frequência como um meio alternativo no âmbito do sistema jurídico vigente. Em 1989 a Nova Zelândia fez da Justiça Restaurativa o centro de todo o seu sistema penal para a infância e a juventude (ZEHR, 2017, p. 12).

Justiça Restaurativa é um termo genérico para todas as abordagens do delito que buscam ir além da condenação e da punição e abordar as causas e as consequências (pessoais, nos relacionamentos e sociais) das transgressões, por meio de formas que promovam a responsabilidade, a cura e a justiça. A

justiça restaurativa é uma abordagem colaborativa e pacificadora para a resolução de conflitos e pode ser empregada em uma variedade de situações (familiar, profissional, escolar, no sistema judicial, etc.). Ela pode também usar diferentes formatos para alcançar suas metas, incluindo diálogos entre a vítima e o infrator, “conferências” de grupo de comunidades e familiares, círculos de sentenças, painéis comunitários, e assim por diante (MARSHALL, BOYACK, BOWEN, 2005, p. 4, grifa-se).

A partir da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, a metodologia se consolidou no Brasil como uma das portas de acesso à justiça em seu sentido amplo, mas somente em 2005 começou a ser realmente incrementada no Brasil, e, através do projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” (PNUD/Ministério da Justiça), tendo como sede primária, as cidades de Porto Alegre/RS, São Caetano do Sul/SC e Brasília/DF, onde começaram a ser aplicadas efetivamente, sendo utilizada cada vez mais ao passar dos tempos e sendo incrementada em muitas outras cidades do país.

Com relação a Comunicação Não-Violenta (CNV), o ilustre escritor Marshall B. Rosenberg cita que “se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas” (ROSENBERG, 2003,

p. 10), ou seja, colocar-se no lugar do outro, seja vítima ou ofensor, se comunicando de uma maneira humana, fortalecendo a capacidade de respeito e compreensão para com o outro.

A Justiça Restaurativa surgiu a fim de lidar com os sentimentos tanto dos jovens infratores quanto da própria vítima, para que se quebre essa relação de apenas punição com o autor da infração, fazendo com que o ofensor sinta como a vítima se sentiu, se colocando no lugar do ofendido, para que assim, voltem a ter uma paz interior, contribuindo para que o ofensor não repita novamente estes atos. É, pois, uma técnica diferenciada

que se propõe a lidar de uma forma pedagógica com os conflitos intersubjetivos, sem definir culpados e punições, mas oportunizando aos envolvidos uma reflexão acerca dos atos cometidos, das suas reais motivações, valendo-se do diálogo como principal ferramenta, o que, na essência, a diferencia da forma estatal utilizada para a resolução dos conflitos de interesses, que parte de um julgamento e de uma punição do culpado pela imposição de uma pena.

Importante ressaltar que a Justiça Restaurativa não tem como objetivo principal o perdão ou a reconciliação, “é verdade que a Justiça Restaurativa oferece um contexto em que um ou ambos podem vir a acontecer” (ZEHR, 2015, p. 19), mas como consequência, e não como objetivo principal, “não deve haver pressão alguma no sentido de perdoar ou de buscar reconciliação” (ZEHR, 2015, p. 19). Assim como também não é objetivo principal reduzir a incidência ou as ofensas em série, apenas mais uma consequência que podem acabar gerando com os processos restaurativos.

Sobretudo, com a Justiça Restaurativa, através de círculos de construção de paz e a comunicação não-violenta, surge uma melhoria de convívio social em comunidade. Segundo Zehr (2015) “A Justiça Restaurativa distribui cuidados por todos”, ou seja, “estimula decisões que promovam responsabilidade, reparação e restabelecimento para todos”, seja ofensor ou vítima, como também a comunidade em geral direta ou indiretamente atingida.

3. A aplicação da justiça restaurativa no ambiente escolar

A escola, além dos familiares, é um lugar de fundamental importância no desenvolvimento de crianças e adolescentes. É o local onde valores são formados em decorrência das experiências vividas no ambiente escolar. A violência no âmbito escolar é real, de acordo com pesquisas realizadas que

demonstram que 64,3% dos estudantes já foram xingados ao longo do ano, 20% a 40% já foram ameaçados, 4,8% já apanhou e 19,8% já agrediu fisicamente alguém (WILLIAMS & STELKO-PEREIRA, 2013).

Na escola, é muito comum ocorrer desentendimentos diariamente, pois o trabalho direto com crianças e adolescentes automaticamente torna visível a ocorrência de conflitos. É constante o aluno manifestar comportamento que crie conflito dentro da sala de aula, e, segundo Machado (2004), o conflito surge com bastante frequência de duas formas: em situações de crise de oposição e em dinâmicas conturbadas ou violentas (comumente chamadas de indisciplina).

A Lei 12.594/12 - SINASE garante que a execução de medidas socioeducativas rege-se de alguns princípios, dentre eles o inciso III do artigo 35, onde cita “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas”, ou seja, deve ser prioridade usar meios que sejam restaurativos, sempre que possível, para ajudar na solução de conflitos de menor potencial ofensivo, desde que fortaleça vínculos familiares e comunitários e repare os danos causados entre vítima/ofensor e demais membros da sociedade que estejam envolvidos.

Por meio dos Círculos de Construção de Paz é possível fazer uma restauração desses desentendimentos, reconstruindo a paz social, de uma forma humanizada e compreensível. Kay Pranis afirma que os valores enumerados a seguir são fundamentais na sistemática dos Círculos: honestidade, humildade, compartilhamento, coragem, inclusão, empatia, confiança, perdão e amor (PRANIS, 2019, p. 40).

Os conflitos podem surgir de diversas formas, de diferentes assuntos, mas o método de resolução através da Justiça Restaurativa é sempre o mesmo, levando em consideração a humanidade, compreensão, escuta, fala e se colocar no lugar do outro. Desde as épocas iniciais da escola, até

as épocas finais, professores, diretores e funcionários da rede escolar são diretamente envolvidos com alunos e pais. É dever dos pais como também é dever dos docentes e demais funcionários escolares envolvidos, colaborar na pacificação social do ambiente escolar, promovendo o bom convívio entre todos os envolvidos na escola (GOMIDE, 2013). Howard Zehr afirma:

Uma maneira de definir a construção de paz é que ela trata de construir e manter relacionamentos saudáveis e de restabelecer aqueles que foram danificados. Dentro dessa perspectiva, a Justiça Restaurativa pode ser vista como uma metodologia e acrescenta as seguintes contribuições específicas, tanto ao campo da construção de paz quanto ao campo da resolução ou transformação de conflitos: 1. Reconhecimento de que o conflito envolve injustiças que devem ser enfrentadas; 2. Uma compreensão relacional da ofensa, que focaliza o impacto sobre as pessoas e os relacionamentos, ao invés de se fixar nas regras que definem a ofensa; 3. Um conjunto de princípios que nos guiam quando um dano ou ofensa acontece; 4. Um grupo de práticas específicas que, embora utilizem certas habilidades semelhantes àquelas empregadas na resolução de conflitos, permite aos participantes nomear e tratar dos danos sofridos e das obrigações que resultam deles; 5. Fundamentação explícita em valores e princípios centrais que guiam o processo e são fundamentais para a saúde dos relacionamentos (ZEHR, 2017, p. 107).

A educação deve vir de casa. Pais, avós, tios, responsáveis legais, são os principais pilares da família para as crianças e os adolescentes, pois são as pessoas que mais convivem com os jovens na fase de desenvolvimento de personalidade. Assim como também, a escola é de fundamental importância para ajudar no desenvolvimento psicológico e social desses jovens, que em conjunto com a família se torna mais fácil fazer com que seja entendido que compreender o próximo, ouvir mais atentamente, respeitar, ser honesto e ter empatia só tem a acrescentar em suas vidas.

Muitos conflitos escolares ocorrem verbalmente, sexualmente e fisicamente. A situação muitas vezes acaba sendo agravada por ser mal resolvida, ou resolvida da forma que não seria devidamente adequada. Por isso a importância do diálogo, e do não julgamento, assim como afirma Marshall B. Rosenberg (2003), que um tipo de comunicação alienante na vida é o uso de julgamentos mobilizadores, que subentendem uma natureza errada ou maligna nas pessoas que não agem em consonância com nossos valores.

Katherine Evans e Dorothy Vaandering citam que “embora a educação ofereça grande esperança de um futuro melhor, ela serve também como meio de controle social, local onde os alunos aprendem a obedecer e a assumir seu lugar num mundo movido pela economia” (EVANS; VAANDERING, 2016, p. 19), ou seja, a escola é o local onde os jovens aprendem diversas lições, que acrescentam fundamentalmente na evolução do seu futuro, afirmando as autoras que “a Justiça Restaurativa na Educação traz a possibilidade de transformar fábricas de aprender em jardins onde se plantam sementes e se cultiva seu crescimento” (EVANS; VAANDERING, 2016, p. 20), deixando claro o ditado de que na vida, “colhemos tudo que plantamos”.

Como na infância é o momento da formação de personalidade dos jovens, tudo pode ser influenciável para eles. Por exemplo, uma criança quando vê um adulto fazendo alguma coisa, vai querer repetir tal ação, sendo algo bom ou algo ruim, se a criança crescer vendo o pai agredir sua mãe, vai entender e vai achar que tal atitude é normal, haja vista que dentro do seu convívio social, dentro de sua casa e na sua família, isso é normal. Todos esses acontecimentos vão sendo somados e formando a ética moral da criança, que ao ser influenciada a cometer tais atos, está propícia a dar seguimentos nesse fato.

Segundo Cenci (2010), orientar a conduta por princípios implica no desenvolvimento da capacidade de colocar-se na posição do outro, e de reconhecer na pessoa desse indivíduo a sua humanidade, isto é, buscar na criança, entender quais motivos a conduziram na criação de seus princípios, acompanhando o jovem na busca do conhecimento dos reais motivos da prática de tal ato, bem como, o histórico familiar e como a criança age na escola segundo os costumes criados por ela. Em relação aos princípios morais, caráter e honestidade são fundamentais para a convivência social. Seus valores formados grande parte na escola, dos aprendizados da vida, tanto dentro como fora de casa, influencia muito na formação de seus conceitos e definem a coerência de suas ações.

A escola, muitas vezes, acaba sendo o lugar em que o jovem expressa e demonstra seus sentimentos, reproduzindo tudo aquilo que aprendeu e que formou como seus princípios morais de acordo com cada atitude lhes apresentada. Os conflitos que ocorrem com mais frequência no ambiente escolar, diz respeito ao que Mayta Lobo dos Santos e Paula Inez Cunha Gomide, citam com referência nos autores Williams e Stelko-Pereira, a chamada “violência escolar”, que pode ocorrer por meio de diversas modalidades de violência, como a física, psicológica, sexual, negligência ou contra patrimônio; podendo envolver todas as pessoas que compõem o universo escolar, alunos, professores, funcionários, pais e ainda sujeitos externos. (SANTOS, Mayta e GOMIDE, Paula, 2014, apud Williams & Stelko- Pereira, 2013).

É por esse motivo que afirma Howard Zehr que a Justiça Restaurativa envolve a vítima, o ofensor, familiares e a comunidade na busca por soluções que promovam a reparação, a reconciliação e o equilíbrio das relações afetadas. No âmbito escolar, por ser o local onde jovens passam a maior parte do tempo, é o lugar que deve ser harmônico para o bom convívio social e o desenvolvimento moral. É importante que haja uma boa

convivência nos locais em que as pessoas convivem juntas diariamente, pelo bem da sanidade física e mental da comunidade.

Buscar a solução de um conflito não é simplesmente um pedir desculpas ao outro, envolve muito mais, principalmente sentimentos, carisma e humildade. Manter a calma, tranquilizar as partes envolvidas, estimular o diálogo, são importantes etapas para uma possível reparação de danos. Brancher aponta:

[...] “promover práticas restaurativas implica promover vivências que proporcionem aos sujeitos a constituição de registros fundados em valores humanos. Essas vivências serão tanto mais intensas quanto mais relacionadas a dores reais, ameaças reais e traumas reais. Além de enfrentar e, através da palavra, contribuir para a elaboração das cargas emocionais plasmadas pela vivência do evento traumático, as práticas restaurativas proporcionam uma oportunidade de aprendizagem vivência dos valores que mobilizam: solidariedade, tolerância, respeito, acolhimento, empatia e perdão” (BRANCHER, 2008, p. 18).

No entanto, esse método de resolução de conflitos existe para quebrar quaisquer barreiras de diálogo que há entre as partes, oportunizando a fala e a escuta, onde cada um dos envolvidos podem expressar seus sentimentos, seu lado da história. A prática fornece para o grupo uma organização participativa de compromissos e acordos firmados por elas mesmas, sem interrupções de terceiros, onde são todos iguais e que estão ali apenas em busca da pacificação social entre eles.

O parágrafo 4º do artigo 1º da Resolução nº 225/2016, discorre que todos os participantes devem ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma

solução cabível e eficaz visando sempre o futuro⁴. Isto quer dizer que, o método de Justiça Restaurativa tem como um dos principais focos a reparação do dano, com enfoque sempre no futuro, onde é o momento em que se verá os resultados nitidamente, mostrando que todo o processo valeu a pena pelo fato de cada um desses indivíduos envolvidos terem mostrado resultados efetivos.

De acordo com Maturana (1998) há dois momentos na vida em que o ser humano enfrentará situações que trarão consequências por toda sua vida, na infância e na juventude:

Na infância a criança vive o mundo em que se afunda sua possibilidade de converter-se num ser capaz de aceitar e respeitar o outro, a partir da aceitação e do respeito em si mesmo. Na juventude, experimenta-se a validade desse mundo de convivência na aceitação e no respeito pelo outro, a partir da aceitação e do respeito por si mesma, no começo de uma vida adulta social e individualmente responsável. (MATURANA, 1998, p. 29-30).

No entanto, em contexto cultural, de acordo com a convivência social, isso influencia muito na formação dos próprios princípios. Reforçando essa ideia, Martin Buber (1974) explica que entre “eu” e “tu” há um espaço que não é vazio, é um abrigo de “nós”, constituído por uma agregação de um e de outro como indivíduos que se complementam.

No âmbito escolar não é diferente quando falamos de formação de princípios e formação de personalidade, e a cultura é um dos principais pontos para a formação do ser humano. Para Allport (1973) “a cultura é, em parte, um conjunto de invenções que surgiram em várias partes do mundo (ou em subgrupos de populações), a fim de tornar a vida eficiente e inteligível para mortais que enfrentam os mesmos problemas básicos da

⁴ § 4º Todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro.

vida: nascimento, crescimento, morte, a busca de saúde, bem-estar e sentido” (ALLPORT, 1973, p. 216).

Há muitos conflitos escolares que derivam de acordo com cada cultura, e a Justiça Restaurativa é um método desenvolvido para que cada criança e adolescente possa entender todos os métodos culturais, seja em relação à raça, etnia ou religião. No entanto, para Moore os conflitos podem ser classificados em estruturais, de valor, de relacionamento de interesse.

Estruturais: padrões destrutivos de comportamento ou interação; controle, posse ou distribuição desigual de recursos; poder e autoridade desiguais; fatores geográficos, físicos ou ambientais que impeçam a cooperação; pressões de tempo. De valor: critérios diferentes para avaliar ideias ou comportamentos; objetivos exclusivos intrinsecamente valiosos; modos de vida, ideologia ou religião diferente. De relacionamento: emoções fortes; percepções equivocadas ou estereótipos; comunicação inadequada ou deficiente; comportamento negativo - repetitivo. De interesse: competição percebida ou real sobre interesses fundamentais (conteúdo); interesses quanto a procedimentos; interesses psicológicos. Quanto aos dados: falta de informação; informação errada; pontos de vista diferentes sobre o que é importante; interpretações diferentes dos dados; procedimentos de avaliação diferentes (MOORE, 1998, p. 62).

De acordo com a pesquisa feita pelas autoras Mayta Lobo dos Santos e Paula Inez Cunha Gomide em 2012, em relação aos conflitos mais comuns nas escolas, na qual ela dividiu os comportamentos em indisciplinares e antissociais, de acordo com o nível de gravidade do menor para o maior: os comportamentos indisciplinares seriam, nas suas palavras, “gazejar aula, relacionamento amoroso (dentro do espaço escolar), não permanecer na fila, não fazer atividade, usar eletrônicos, conflito entre docentes, jogar objetos, falar palavrão e desobedecer autoridade”; já os comportamentos antissociais praticados pelos alunos

seriam, no seu dizer, “agredir verbalmente, agredir fisicamente, ameaçar, danificar patrimônio, furtar, usar/portar substância proibida, usar/portar arma, disseminar conteúdo virtual impróprio e discriminação - quanto ao gênero ou raça” (SANTOS, GOMIDE, 2014, p. 49).

A Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu artigo 70, inciso IV, apoia o incentivo à práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e ao adolescente, como uma prática de políticas públicas para evitar a violência na educação, garantindo seus direitos de serem educados sem o uso de castigos como proteção aos direitos humanos⁵.

Porém, professores e demais funcionários da rede escolar têm enfrentado grandes desafios para lidar com esses conflitos escolares. O artigo 1º da Declaração da ONU sobre uma Cultura de Paz (1999), relata “Uma Cultura de Paz é um conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados: a) no respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não-violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação (...)”⁶.

De acordo com o relato dos casos estudados em sua obra, Gomide e Santos (2014), é possível compreender que a comunidade escolar não está imbuída dos valores principiológicos da Justiça Restaurativa, por ter sido demonstrado que seu comportamento no âmbito escolar se mostraram agressivos, gerando constantemente conflitos, os quais acabavam sendo resolvidos por mecanismos punitivos. É por esse motivo que devemos incentivar cada vez mais a inserção dos métodos restaurativos no ambiente escolar, a fim de quebrar essa resistência dos profissionais da educação, e ajudar a compreender que é melhor facilitar a resolução de

⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

⁶ Disponível em: http://www.comitepaz.org.br/dec_prog_1.htm

conflitos pelos meios corretamente indicados para a solução das infrações e desentendimentos do pessoal que compõem a escola, reparando danos.

A sociedade tem se mostrado mais retributiva, vingativa, que o próprio Estado. As garantias individuais do transgressor, asseguradas pelo sistema de Justiça legal, o protege de uma punição descabida, ou seja, não prevista em lei. Já na Justiça Restaurativa, as garantias individuais são os valores inerentes a cada um dos envolvidos. Assim, se os participantes forem desprovidos de virtudes, a responsabilização poderá ser desproporcional, inútil e incapaz de restaurar as relações, fugindo então da finalidade precípua das práticas restaurativas (Gomide; Santos, 2014, p. 99).

Para tal, a sociedade já mostrou que está enquadrada em uma cultura de punibilidade, que muitas vezes acaba sendo uma barreira, impedindo que as práticas restaurativas sigam para um rumo diverso da punição, onde as próprias pessoas impedem que haja aplicabilidade dos métodos de resolução e reparação de vínculos, apenas por estarem enraizadas na Justiça Retributiva, como se apenas punir resolvesse toda a questão do conflito.

No início, a Justiça Restaurativa no ambiente escolar, era basicamente uma tentativa de encontrar alternativas frente a suspensão e expulsão de alunos. Via-se que muitas escolas quando não conseguiam lidar com os conflitos, ou com determinado infrator, acabava optando pelos métodos que acabavam prejudicando os alunos e não resolvendo o conflito em si. Atualmente, a Justiça Restaurativa foi adotada como uma forma de cultivar ambientes escolares saudáveis, uma vez que, é menos prejudicial tentar mudar o comportamento de um aluno, do que simplesmente se livrar do problema e jogar a responsabilidade para quem não tem capacidade de suprir as necessidades de uma resolução de um conflito (EVANS; VAANDERING, 2016, p. 28).

Entretanto, para que isso aconteça e se concretize, resolvendo conflitos no âmbito escolar com base na cultura de paz, deve-se levar em conta a importância do diálogo de uma comunicação não-violenta, onde possibilita as partes, vítima, ofensor e demais agentes externos envolvidos, uma oportunidade de resolução do conflito pacífico e harmônico.

Contudo, é preciso implementar práticas de políticas públicas, a fim de incentivar que a educação busque os meios alternativos das práticas restaurativas da Justiça Restaurativa, pois lidar diretamente na reparação dos danos causados no âmbito escolar, faz com que os jovens desde cedo entendam o sentido de ter empatia, de ter educação e respeito ao próximo, incentivando os métodos de resolução de conflitos para que num futuro próximo, os jovens saibam lidar com seus próprios conflitos, com uma comunicação não violenta e com diálogo passível de entendimentos.

4 O uso da comunicação não-violenta e de práticas restaurativas na resolução e prevenção dos conflitos

O termo Comunicação Não-Violenta (CNV) foi criada pelo psicólogo americano Marshall Bertram Rosenberg (1934-2015), por ter sofrido bullying na infância. O método foi desenvolvido pela sua vivência em ambientes violentos quando jovem, e desde então desenvolveu pesquisas acerca do assunto, sobre o comportamento humano violento em diversos contextos sociais.

O uso da comunicação não-violenta conduz os participantes a uma “entrega do coração”, de maneira que pode-se falar e ouvir, e, embora que não considere-se violenta a forma de falar, as palavras utilizadas induzem à mágoa e à dor, seja para quem fala, seja para quem escuta (ROSENBERG, 2006, p. 21). O que acontece é que em nenhum momento percebe-se o quanto modo de falar próprio é violento, mesmo que não haja a intenção de ser.

Rosenberg (2006) nos relata que a CNV surgiu com o objetivo de nos lembrar quem se é, e do que já se sabe. Exaltando que deve-se ter responsabilidade, respeito, honestidade, participação, humildade, empoderamento e esperança – que são valores que devem ser utilizados como base para práticas restaurativas –, o autor relata mais detalhadamente, com base nos seus estudos, o que seria uma comunicação não-violenta,

A CNV se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas. Ela não tem nada de novo: tudo que foi integrado à CNV já era conhecido havia séculos. O objetivo é nos lembrar do que já sabemos – de como nós, humanos, deveríamos nos relacionar uns com os outros – e nos ajudar a viver de modo que se manifeste concretamente esse conhecimento. A CNV nos ajuda a reformular a maneira pela qual nos expressamos e ouvimos os outros. [...] Somos levados a nos expressar com honestidade e clareza, ao mesmo tempo que damos aos outros uma atenção respeitosa e empática. [...] A fórmula é simples, mas profundamente transformadora”. (ROSENBERG, 2006, p. 21)

A função da CNV é ajudar a entender os conflitos negativos, os motivos do advento de um conflito que, muitas vezes, surgiu a partir de falas mal interpretadas, de dizeres que foram vistos como julgamento e acabaram prejudicando o diálogo entre as partes, ao invés de contribuir para uma troca de opiniões e sentimentos. Segundo Zehr, há quatro componentes da comunicação não-violenta, que são essenciais para a sua formação, a observação, o sentimento, as necessidades e o pedido.

A observação é o primeiro elemento, usada para poder expressar-se claramente e honestamente à outras pessoas. O “truque” seria articular a observação sem fazer nenhum julgamento ou avaliação, apenas falar o que não está agradável naquilo que as pessoas estão fazendo ou falando. No entanto, deve-se tomar cuidado ao combinar observação com avaliação,

pois algumas pessoas podem entender como crítica o que foi transmitido, e assim resistir ao que dizemos (ROSENBERG, 2006).

O segundo componente, seria o sentimento, no qual deve-se observar como os envolvidos sentem-se em relação à determinada ação, sejam magoados, assustados, alegres, tristes, divertidos, irritados, e assim por diante (ROSENBERG, 2003). Demonstrar como se sente é um passo muito importante para um diálogo construtivo, de maneira que ninguém estará acusando ou julgando ninguém, apenas expressando como se sentem em relação a determinado assunto.

Em terceiro lugar estão as necessidades, onde deve-se reconhecer o que está sendo necessário para aquela pessoa, que estão ligadas diretamente nos sentimentos identificados (Rosenberg, 2003). Seria saber suprir as necessidades de acordo com o que o indivíduo está sentindo, cuidando para ouvir atentamente seus sentimentos, para entender claramente o que seria necessário para aquela pessoa.

Por último, o quarto componente da CNV é o pedido, onde depois de observado, entendido os sentimentos e compreendido as necessidades do indivíduo, através de uma comunicação não-violenta e um diálogo construtivo, devem-se prestar atenção no que será pedido para enriquecer as vivências. Assim, “parte da CNV consiste em expressar as quatro informações muito claramente, seja de forma verbal, seja por outros meios” (ROSENBERG, 2006, p. 26).

“Hoje, em todo o mundo, a CNV serve como recurso valioso para comunidades que enfrentam conflitos violentos ou graves tensões de natureza étnica, religiosa ou política” (ROSENBERG, 2006, p. 31), ou seja, grande parte das discriminações podem ser resolvidas com os métodos de comunicação não-violenta, que traz paz e alegria por onde é aplicada, recuperando o ânimo e a confiança dos envolvidos.

As práticas restaurativas surgiram para desconstruir a cultura de violência e promover uma cultura de paz nas escolas. Com a CNV, através de todos os elementos que a compõem, é possível que haja os Processos Circulares de Construção de Paz, pois nesses círculos, todos tem oportunidade e fala e escuta, aplicando assim os quatro componentes da comunicação não-violenta, a observação, o sentimento, as necessidades e o pedido.

Os Círculos de Construção de Paz junto com a CNV surgiram para ajudar na resolução e prevenção de conflitos, principalmente os escolares. Essas práticas restaurativas se usadas em conjunto, são uma ótima ferramenta para ajudar no combate a violência. É diferenciando dos tradicionais padrões punitivos que teremos uma renovação para tentar efetivar a resolução de conflitos no âmbito escolar de forma que seja efetiva e pacífica, podendo ser evitado que qualquer conflito chegue ao judiciário sem necessidade de resolução judicial.

A Resolução 53/243 aprovou o programa de ação sobre uma Cultura de Paz, tendo medidas que adotem todos os agentes pertinentes nos planos nacional, regional e internacional, para promover uma Cultura de Paz por meio da educação, para uma possível prevenção de conflitos, sendo uma delas no item 9, alínea “g”, “estimular as atividades em curso das entidades ligadas ao sistema das Nações Unidas a capacitar e educar, quando for o caso, nas esferas da prevenção dos conflitos e gestão de crises, resolução pacífica das controvérsias e na consolidação da paz após os conflitos”⁷

A violência está presente em nossa sociedade desde seu início. E hoje, é no meio do convívio social com os mais diversos sujeitos que ela se manifesta de modo atenuante, como na escola. É preciso um trabalho lento

⁷ Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declaracao%20Programa%20de%20Acao%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>

e calmo com a comunidade em um todo para conseguir suprir as necessidades e conseguir trabalhar metodologias para combater as múltiplas faces da violência. Sobre tal, o artigo 2º da Resolução 53/243 da Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz, abrange que “O progresso até o pleno desenvolvimento de uma Cultura de Paz se conquista através de valores, atitudes, comportamentos e estilos de vida voltados ao fomento da paz entre as pessoas, os grupos e as nações” (1999).

Quando fala-se em cultura de paz e da não violência logo se pensa em respeito à vida, no fim de qualquer modalidade de violência, na cultura do diálogo e da solução pacífica dos conflitos, do respeito à dignidade da pessoa humana e no compromisso com os direitos humanos (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2014, p. 12). Nada

melhor que um diálogo construtivo e harmônico e uma comunicação não violenta para solucionar conflitos. A melhor forma de combater a violência nas escolas é promover a cultura de paz.

Um diálogo empático pode melhorar a relação das pessoas umas com as outras, afastando a comunicação violenta presente na atual sociedade. Zehr relata vários casos onde a empatia, o saber ouvir, melhorou muito a vida das pessoas, na relação entre professor e aluno e até mesmo o desempenho de alunos nas atividades escolares havia melhorado quando o docente começou fazer a turma conversar mais, contarem mais seus sentimentos e problemas e ao mesmo tempo ouvir mais cada um deles. “Quanto mais temos empatia pela outra pessoa, mais seguros nos sentimos” (ZEHR, 2015, p. 162).

A troca de lentes da Justiça Restaurativa, engloba mostrar uma relação diferenciada de crime. É se importar com a vítima, tentar suprir suas necessidades de forma que a ajude a superar traumas. “Se abordadas adequadamente, muitas dessas situações conflituosas poderiam ser

oportunidades de aprendizado e crescimento, estejam ou não definidas como crimes” (ZEHR, 2015, p. 187).

Zehr afirma que “[...] a lente restaurativa identifica as pessoas como vítimas e reconhece a centralidade das dimensões interpessoais. As ofensas são definidas como danos pessoais e como relacionamentos interpessoais. O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos.” (ZEHR, 2015, p. 189), contudo, entende-se que há duas formas principais de ver o crime, através da lente retributiva e através da lente restaurativa. Temos como exemplo o que o próprio autor afirma sobre as necessidades da vítima, que “na lente retributiva, as necessidades e direitos das vítimas são ignorados”, e na lente restaurativa “as necessidades e direitos das vítimas são a preocupação central” (ZEHR, 2015, p. 189).

Já deixa claro o Marshall Rosenberg que “classificar e julgar as pessoas estimula a violência” (ROSENBERG, 2006, p. 40). “[...] culpa, insulto, depreciação, rotulação, crítica, comparação e diagnóstico são todos formas de julgamento” (ROSENBERG, 2006, p. 37), certas formas de comunicação que utilizadas, apenas demonstram o estado compassivo natural, por isso deve-se ter cuidado em julgar as pessoas, pois quando julga-se, é usada uma forma de comunicação violenta consigo mesmo.

Para prevenção dos conflitos escolares, é fundamental fazer o uso da comunicação não-violenta, mesmo que com crianças ou adolescente que ainda não estejam metidas em conflitos. Para que isso aconteça, deve haver total interesse dos professores em aplicar em suas aulas, sempre que possível, os métodos da CNV, exercitando bastante a escuta e a fala, permitindo que todos os alunos tenham um momento de reflexão entre eles.

Ter o exercício de diálogos, de construção de consenso, a partir de debates, pode ser uma importante ferramenta para que os estudantes aprendam a lidar com divergências de opiniões, sensibilizando-os a

entender que são ferramentas importantes para o aprendizado, para a formação do cidadão. Um debate deve ser visto nada a menos que uma troca de informações, como nos traz Caballero,

Quando se programa o desacordo, quando os alunos têm a oportunidade de exporem as suas opiniões, argumentos e contrastá-los com os de seus companheiros, incentiva-se a curiosidade epistêmica. Em um contexto cooperativo de aprendizagem, esta discordância leva a curiosidade e a busca de novas informações, enquanto que em uma situação competitiva, desacordos, pessoal ou acadêmico, muitas vezes levam ao confronto. Se os estudantes se acostumam a discutir as suas ideias, opiniões ou conclusões de forma construtiva, se bem programada a atividade, o uso do diálogo será favorecido como uma estratégia fundamental para resolver os seus conflitos. (CABALLERO, 2000, p. 104)

Ter empatia e saber ouvir o próximo é certamente uma das melhores formas de comunicação não-violenta, englobando também as práticas restaurativas. Marshall define empatia como uma “compreensão respeitosa do que os outros estão vivendo” (ROSENBERG, 2006, p. 133) e diz que uma verdadeira escuta “[...] requer que se concentre plenamente a atenção na mensagem da outra pessoa. Damos ao outro o tempo e espaço de que precisam para se expressarem completamente e sentirem-se compreendidos” (ROSENBERG, 2006, p. 134).

Porém, também pode-se ser empático através do silêncio, não somente através de diálogos, e, apesar de ser mais difícil de entender, o silêncio também “fala” por si. Marshall Rosenberg cita que “é fácil projetarmos nossos piores medos na falta de resposta e nos esquecermos de nos conectarmos aos sentimentos e necessidades que estão sendo expressos pelo silêncio” (ROSENBERG, 2006, p. 173).

O procedimento restaurativo com base na comunicação não-violenta, tem grande importância para que se ocorra um diálogo pacífico e tenha

eficácia entre as partes, visando uma reparação futura entre os envolvidos, dos quais levam os aprendizados para a vida toda. Como afirmam os autores Marshall, Boyack e Bowen (2005), os procedimentos restaurativos objetivam “resultados que atendem necessidades presentes e preparam para o futuro, não simplesmente em penalidades que punem delitos passados”.

Álvaro Chrispino afirma que a escola não está preparada para lidar com as diferenças sociais que vem do lado de fora para dentro do ambiente escolar. Com isso o autor cita “com a massificação, trouxemos para o mesmo espaço alunos com diferentes vivências, com diferentes expectativas, com diferentes sonhos, com diferentes valores, com diferentes culturas e com diferentes hábitos [...], mas a escola permaneceu a mesma” (CHRISPINO, 2007, p.16).

Entretanto, para Rosenberg, “desenvolver um vocabulário de sentimentos que nos permita nomear ou identificar de forma clara e específica nossas emoções nos conecta mais facilmente uns com os outros” (ROSENBERG, 2006, p. 76). O diálogo de uma comunicação não-violenta permite uma melhor expressão de sentimentos e emoções por meio da fala harmônica e pacífica, fazendo com que um compreenda o outro mais facilmente.

Kay Pranis afirma que “as escolas são também locais onde os conflitos acontecem diariamente. Portanto, oferecem o espaço perfeito para ensinar e aprender sobre resolução de conflitos – e o Círculo é uma ferramenta essencial nesse aprendizado” (PRANIS, 2010, p. 95), e por isso reforça que os Círculos podem ser usados para várias finalidades, pois o processo circular é inclusivo e igualitário.

Vale frisar o que Pranis deixa claro que “entre adultos é igualmente importante fazer esse trabalho, algo que muitas vezes esquecemos” (PRANIS, 2010, p. 97), pois um relacionamento saudável e confiante entre

os professores é fundamental para os resultados acadêmicos dos alunos, devendo os docentes em primeira mão, aplicar entre eles os métodos restaurativos dos processos circulares, para então, poder aplicar aos seus alunos de forma consciente, onde eles já compreenderam um pouco do método dos Círculos.

Contudo, o método de comunicação não-violenta, não busca atingir somente os conflitos entre alunos, engloba conflitos entre professores, pais, e comunidade em geral, trazendo assim uma pacificação social com todos os envolvidos. Como já visto, é uma medida de práticas restaurativas que auxiliam na resolução dos conflitos. No que diz respeito a implementação de uma Cultura de Paz no âmbito escolar Milani (2003) afirma

No que se refere à escola, a abordagem da Cultura de Paz ressalta diversas necessidades e estratégias: uma relação educador-educando fundamentada no afeto, respeito e diálogo; um ensino que incorpore a dimensão dos valores éticos e humanos; processos decisórios democráticos, com a efetiva participação dos alunos e de seus pais nos destinos da comunidade escolar; implementação de programas de capacitação continuada de professores; aproveitamento das oportunidades educativas para o aprendizado do respeito às diferenças e a resolução pacífica de conflitos; abandono do modelo vigente de competição e individualismo por outro, fundamentado na cooperação e trabalho conjunto etc. (MILANI, 2003, p. 39)

Mendel afirma que é inevitável o conflito à condição humana, nas suas palavras “o conflito é o estado natural do homem” (MENDEL, 1974, p. 13). Porém, a CNV também pode ser usada para a prevenção de conflitos, de forma que seja utilizada nos Círculos Restaurativos, como medida para que se aprenda a lidar com eles antes mesmo de acontecer, principalmente no ambiente escolar onde é o lugar que, para bom

aproveitamento do aprendizado, ajudando na concentração do aluno, deve ser um lugar bem harmonioso e pacificador.

Entretanto, o uso da comunicação não-violenta nas práticas restaurativas de resolução e prevenção de conflitos, é fundamental, para que os processos circulares tenham efetividade, seguindo os elementos da CNV, onde será possível que haja uma prevenção dos conflitos escolares, se as práticas forem usadas de modo correto que ensinem os jovens a não entrarem num contexto violento, ajudando também na resolução dos conflitos que ocorrem no âmbito escolar, demonstrando as diferentes formas da CNV, buscando prevenir futuros conflitos com os aprendizados deixados pelos facilitadores.

Considerações finais

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise específica do tema de Justiça Restaurativa e seus processos restaurativos, demonstrando as diferentes formas de prevenção e resolução de conflitos escolares através de Círculos Restaurativos, trazendo uma cultura de paz para a comunidade escolar, demonstrando que a Justiça Restaurativa traz mais êxito em sua aplicabilidade do que a Justiça Retributiva.

É nítido que a Justiça Retributiva não tem mostrado bons resultados efetivos cumprindo seu papel na ressocialização, tendo em vista que é mais voltada a punibilidade do que a restauração. Há uma falha no sistema educacional, que contribui para que jovens entrem para o mundo do crime, pois não são trabalhados os métodos de prevenção da criminalidade e da violência, que são os principais assuntos que devem ser tratados em âmbito escolar.

Com isso, vê-se que a Justiça Restaurativa é uma solução para a minimização da violência escolar, permitindo que se diminua a criminalidade entre as crianças e adolescentes, possibilitando uma

restauração de danos causados entre vítima e ofensor, buscando uma pacificação social, lidando diretamente com sentimentos, fazendo o ofensor se colocar no lugar da vítima e vice e versa.

Constatou-se que as práticas restaurativas pelos métodos de uma comunicação não-violenta têm mais eficiência quando aplicada dentro dos processos circulares, possibilitando que haja um maior benefício entre os envolvidos, desde que aplicados corretamente, por um profissional capacitado.

A Justiça Restaurativa busca empoderar as partes envolvidas, trazendo autonomia e capacidade para se responsabilizar pelas suas atitudes, onde podem se posicionar diante do processo de acordo com seus interesses e necessidades, se diferenciando do atual sistema penal, que trata apenas de punir o culpado, independentemente de seus sentimentos, deixando de lado o que deveria ser aplicado com grande importância, a ressocialização.

As práticas restaurativas da Justiça Restaurativa devem ser aplicadas como políticas públicas, devendo ser implementados mais programas de métodos restaurativos, trazendo a comunidade a oportunidade de uma resolução pacífica sem a necessidade do judiciário, tendo como consequência (e não objetivo), a diminuição da demanda no Poder Judiciário.

Em âmbito escolar, o enfoque deve tomar uma proporcionalidade maior, pelo fato de lidar com crianças e adolescentes em fase de desenvolvimento e crescimento, principal etapa da vida, que deve ser trabalhada de modo que ajude os jovens a seguir o caminho correto, desviando de todas as formas possíveis da criminalidade e da violência.

Os Círculos Restaurativos têm mostrado eficácia na prevenção da violência escolar. O método usado para os procedimentos de restauração proporciona aos jovens uma forma de lidar com a violência, seja física,

verbal ou psicológica, demonstrando que através do diálogo utilizado nas comunicações não-violenta, é possível entrar num acordo e compreender o próximo, reafirmando laços e reaproximando as pessoas, através da sensibilização.

Contudo, o futuro da Justiça Restaurativa no Brasil é promissor, e vem sendo acompanhada inclusive pelo Poder Judiciário, os variados métodos de processos restaurativos, de grande importância no âmbito escolar, por ser o foco inicial, podendo ser evitado a criminalização dos jovens, para que eles compreendam o certo e o errado, evitando a violência em suas vidas.

Em um futuro muito próximo, as medidas de processos restaurativos terão uma aplicabilidade maior do que já vem tendo na atualidade, pois esse conceito propõe uma inovação no Sistema Judiciário Criminal, onde encontra-se em um sistema antigo que demonstra uma ineficiência a muito tempo, trazendo uma nova forma de lidar com a criminalidade, ajudando a combater a violência que cada dia mais vem crescendo no país.

Referências

- AMES, Maria Alice; HAUSER, Ester Eliana Hauser. Violência Escolar e Práticas Restaurativas. In: HAUSER, Ester; GROSSMANN, Lurdes; PADOIN, Fabiana; RAMOS, Lizélia (org.). **Cidadania e Direitos Fundamentais: a experiência do projeto “Cidadania para Todos”**. Ijuí: Unijui, 2013.
- ARAÚJO, Ana Paula. **Círculo Restaurativo na escola: semente da paz**. 2014. Disponível em: http://justica21.web1119.kingghost.net/arquivos/bib_442.pdf
- BRANCHER, Leoberto. **Iniciação em justiça restaurativa – formação de lideranças para a transformação de conflitos**. Porto Alegre: Ed. AJURIS, 2008.
- FERREIRA, Francielle Santos. **As Práticas da Justiça Restaurativa nos Juizados Criminais: Um Estudo de Caso da Realidade Sergipana**. Revista Científica

Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Edição 04. Ano 02, Vol. 01. pp 552-570, Julho de 2017. ISSN:2448-0959

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. **The meaning of restorative justice**. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (Orgs.). Handbook of restorative justice. Cullompton e Portland: Willan Publishing, 2007.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim & BOWEN, Helen. **Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática: Uma Abordagem Baseada em Valores**. n: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

MATURANA, Humberto. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Tradução de José F.C. Fortes. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania**. CECIP. São Paulo, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela. *Mediação Penal - Verdade - Justiça Restaurativa*. **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

PENIDO, Egberto de Almeida. **“Justiça e Educação: parceria para a cidadania” em Heliópolis/SP: a imprescindibilidade entre Justiça Restaurativa e Educação**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 9, n. 50, p. 196-204. Jun/Jul 2008.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é possível no Brasil?** In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.) Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PRANIS, Kay. **Círculos de Justiça Restaurativa de Construção de Paz. Guia do Facilitador**. Escola Superior da Magistratura da AJURIS Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul / Projeto Justiça para o Século 21, 2011.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. São Paulo – São Paulo, Palas Athena: 2010.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: Justiça Restaurativa para o nosso tempo**. São Paulo – São Paulo. Palas Athena: 2008

Os reflexos do ativismo judicial sobre a segurança jurídica

*Péter Papke*¹

*Luciano de Araujo Migliavacca*²

Introdução

O ativismo judicial é tema que vem sendo estudado a longa data nos Estados Unidos, também considerado o país de origem deste fenômeno. No Brasil, ainda se discute as reais influências deste fenômeno na sociedade, principalmente, quando se refere aos seus efeitos no ordenamento jurídico, com reflexos na segurança jurídica.

Em momentos de dificuldade enfrentadas pela sociedade, haja vista a omissão dos demais poderes, o Judiciário é demandado com vistas a efetivar a gama de direitos fundamentais, impingindo-lhe a tomada de decisões e adoção de atitudes proativas. No entanto, ao estudar o fenômeno do ativismo, percebe-se que este gera reflexos na segurança jurídica que é elemento basilar do Estado Moderno.

Preliminarmente, aborda-se a constituição dos Estados Modernos, com o panorama geral do Poder Judiciário no contexto atual, passando-se à análise do ativismo judicial, denotando a evolução histórica deste instituto, com exame necessário do Direito norte-americano e o papel de sua Suprema Corte na edificação da proatividade e suas implicações no sistema judiciário brasileiro.

¹ Acadêmico do Curso de Direito (B), da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 165077@upf.br. Acesso para o currículo na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7387605389930242>.

² Doutor em Direito – UNESA. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Orientador da pesquisa realizada. E-mail: lucmig@upf.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1540277672020432>

Posteriormente, discute-se a segurança Jurídica e a necessidade de sua plena efetivação. Ainda, explana-se acerca da discricionariedade interpretativa dos juízes, que possuem conexão com o movimento constitucionalista contemporâneo, marcado por ordenamentos carregados de direitos fundamentais e princípios. Por fim, analisa-se os efeitos da relação do ativismo judicial com a segurança jurídica.

1 A constituição dos Estados Modernos: da clássica divisão de poderes ao sistema contemporâneo

Os governos civis em sua quase totalidade utilizam-se atualmente da divisão de poderes, possuindo características como a autonomia, independência, porém, com harmonia entre si. Essa ideia apresenta-se nas cartas constitucionais da maioria dos países, regendo a estrutura basilar de todos os territórios que se auto intitulam Estados Democráticos.

Existe uma certa clareza de que a teoria da separação dos poderes tem desempenhado um papel primordial na conformação do chamado Estado Constitucional, um estado limitado fixamente por uma legislação, no caso de um Estado Democrático, uma legislação constituída por pessoas políticas, eleitas pelo povo para representá-las. Utiliza-se o termo separação dos poderes, mas sabe-se que o poder do Estado é uno e indivisível. Em verdade, esse poder é exercido por vários órgãos, que possuem funções distintas. Como consequência dessa teoria, surgem os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, estruturas presentes em qualquer território constitucionalista, como literalmente elencada no artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Locke (1994, p. 83) define o estado de natureza como uma condição em que os homens são livres e iguais, uma condição natural dos homens, ou seja, um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens como bem entenderem, dentro dos limites

do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade.

A teoria de divisão distinguiu a força estatal para três poderes em: Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que, no Legislativo, determina a forma como deve legislar o direito público de forma a proteger a sociedade e os indivíduos, elaborando as leis, separando-o do Poder Executivo, pois, se os mesmos cidadãos que fazem as leis tivessem que executá-las haveria abuso de poder dentre eles. Ainda, por fim, o Poder Judiciário, que estava diretamente ligado à fiscalização do cumprimento da legislação vigente.

Além da separação dos Poderes, Montesquieu (2000, p. 165) criou o conceito de que a potência de cada poder era equânime, estabeleceria, como condição para o Estado de direito, a separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e a independência entre eles. Assim, Weffort (2006, p. 119), comenta que Montesquieu criou a ideia de equivalência, que consiste em que essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder, para que pudessem exercer seu poder na forma ideal.

A necessidade de dividir o poder, foi surgindo com os abusos de poderes ocorridos em tempos anteriores, em regimes de governos autoritários, monárquicos, com concentração de poder em prol de um setor diminuto de indivíduos da sociedade. Com a teoria de repartição deste poder, Montesquieu fala que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ter suas atribuições divididas, para que cada poder limite e impeça o abuso uns dos outros. Montesquieu demonstra que

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (2000, p. 168).

Assim, pautada a luta pela liberdade e a segurança individuais, a redução do Estado pelo Direito conduziu a que a tripartição se convertesse numa forma de regulamentar as funções estatais e que cada poder corresponderia a uma função estadual materialmente definida. Nuno Piçarra (1989, p. 248), explica cirurgicamente a competência de cada poder, a função legislativa traduzida pela forma como o Estado cria e modifica o ordenamento jurídico, mediante a edição de normas gerais, abstratas e inovadoras. A função jurisdicional se destina à conservação e à tutela do ordenamento jurídico proferindo decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais, e, por fim, a função executiva concretiza-se quando o Estado realiza os seus objetivos, nos limites impostos pelas normas jurídicas.

Teorizando a divisão de poderes, descreve Montesquieu a forma como os poderes devem se portar diante de suas atribuições, finalidades, de modo que, apresentam-se de maneira muito semelhante ao vivenciado nos Estados Modernos atuais, pois

O Poder Legislativo é o verdadeiro representante do povo e para isso afirma a dualidade das câmaras do legislativo: uma confiada aos nobres e a segunda confiada aos escolhidos para representar o povo e o Poder Executivo deve estar nas mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação mais instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários (2000, p. 172).

Desse modo, apresenta-se a necessidade de separação dos poderes, para que haja liberdade política, é necessário que não decorra abusos do poder, ou, da pessoa que exerce o poder, coisa que o homem faz sempre ao possuí-lo, sem dosar os mecanismos e força para consegui-lo, abusando assim até chegar ao seu limite. Para não existir o abuso do poder é necessário que o poder limite o próprio poder.

Existe a separação de órgãos, especialização de funções e atribuições, mas, também há cooperação entre os órgãos, exatamente para o fim que Montesquieu acreditava ser possível, para que o poder limite o próprio poder. Assim, a função legislativa que é desempenhada pelo parlamento, tem a ajuda do executivo em suas funções, propondo leis, e limita-o negando a sanção ou vetando as leis, tendo também a colaboração do poder judiciário, podendo declarar a inconstitucionalidade de uma lei e, dessa forma, existe uma interferência tolerável nas funções dos outros, ou seja, o poder legislativo colabora com o executivo e limita-o, pois, muitos atos do executivo dependem da decisão do legislativo. Como verifica-se nos ensinamentos de Azambuja (2007, p. 212), cada poder possui sua função singular, mas não é essencialmente exclusiva, pois pratica-se atos que por sua natureza pertencem a função ou determinado poder diverso.

A teoria de Montesquieu define da melhor forma a tripartição dos poderes, demonstrando que havia extrema necessidade da separação dos poderes para torna-los independentes, mas, é claro, não absolutamente separados, indicando que deveriam ser harmônicos. Apesar de haver ocorrido alterações, mudanças e adaptações, ao qual foram realizadas pelos novos teóricos e doutrinadores, verifica-se que a teoria basilar criada anteriormente por Montesquieu, mostra-se intacta, visto que, no Estado Moderno ou,

Em todo Estado-diz ele- há três espécies de poderes, o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Poder executivo, das que dependem do direito civil. Pelo primeiro o príncipe ou magistrado faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feita [sic]. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os dissídios dos particulares. Chama-se a última o poder de julgar e a outra simplesmente o Poder Executivo do Estado (CHARLES DE SÉCONDAT, livro XI, cap. VI).

No Estado Moderno contemporâneo brasileiro, o modelo da tripartição dos poderes está adequado à teoria de Montesquieu. Há, então, o Poder Executivo, que constitui o governo de fato, o Poder Legislativo, composto pelo sistema bicameral, no caso, a câmara de deputados e o senado e, ainda, o Poder Judiciário.

Da mesma maneira que ocorreu em diversos países de todos os continentes, o Brasil manteve a ideia da separação de poderes para evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano, comum no Estado Absoluto, conforme vislumbra-se nas obras de Montesquieu e Locke, inclusive, com o mecanismo que procura evitar essa concentração de poderes, na qual cada uma das atividades do Estado delegados de um órgão ou de um grupo de órgãos. Esse mecanismo foi aperfeiçoado posteriormente com a criação do sistema de freios e contrapesos, em que esses três poderes que reunissem os órgãos encarregados primordialmente de funções legislativas, administrativas e judiciárias pudessem realizar o processo de controle, onde um poderia interferir em outro, ou, em outro e vice-versa.

A separação tripartite de poder foi adotada no Brasil como forma de sistematizar as funções estatais. Encontra-se na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, onde determina “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

De fato, conforme apresenta-se na Constituição Federal, os poderes que compõem a estrutura estatal brasileira são, principalmente, independentes, por isso não devem se submeter uns aos outros, devendo, portanto, terem autonomia. É claro que, apesar de não haver submissão, o controle do poder pelo sistema de freios e contrapesos permanece ativamente. Ainda, devem, também, serem harmônicos, se

comprometendo ambos os poderes a obedecerem aos limites adotados e descritos em lei, possibilitando, assim, a coexistência entre eles.

2 O sistema de freios e contrapesos

O sistema de freios e contrapesos trata-se, em outras palavras, do equilíbrio, limitação e controle mútuo entre os órgãos constitucionais, no caso, os três poderes, dotados de diferentes competências em um determinado território.

Montesquieu (2000, p. 170) acreditava que para acabar com os governos absolutistas da época e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada poder. Desse modo, cria-se a ideia de que só o poder controla o poder, por isso, o sistema de freios e contrapesos, onde cada poder é autônomo e deve exercer uma determinada função previamente descrita em lei, porém, este poder deve ser controlado pelos outros poderes. Verifica-se que mediante esse sistema, um poder do Estado está apto a conter os abusos do outro de forma que se equilibrem. O contrapeso está no fato que todos os poderes possuem funções distintas, são harmônicos e independentes entre si.

Pelo sistema de freios e contrapesos, na opinião de Coelho (2002, p. 135), cria-se a possibilidade de haver, por exemplo, a intervenção do Poder Judiciário tanto no Poder Legislativo, ao realizar o controle de constitucionalidade das leis, quanto no Poder Executivo por meio do controle jurisdicional dos atos administrativos.

A fiscalização entre as funções é essencial para manter a concordância do poder originário uno (aquele apresentado da Assembleia Constituinte ou, de outra forma que constituiu os poderes daquele determinado território), tripartite, harmônico e independente. Grandes revoluções, manifestações populares, teorias, entre outros, já ocorreram para se chegar ao que se tem hoje e, para a haver a garantia do Estado

Democrático de Direito que se vive hodiernamente, é imprescindível que o poder seja distribuído de maneira igualitária entre as funções estatais, porque

São os poderes do Estado, com efeito, um sistema de vasos comunicantes e quanto mais houver essa comunicação e essa ajuda mútua, de forma compreensiva e harmônica, melhormente funcionará o mecanismo estatal, com consequências positivas na vida da Nação (OMMATI, 1977, p. 62).

Um dos exemplos mais expoentes do funcionamento do sistema de freios e contrapesos que se pode citar é o veto, pois consiste na intervenção do Executivo na elaboração da atividade típica da função do Legislativo, que é a de elaborar leis. Assim, pode haver, por exemplo, o Presidente, ao analisar uma lei criada pelos representantes do povo, vetar o que achar que não tem congruência com a Constituição. Em outro exemplo, pode-se citar a intervenção legislativa para o impeachment, que consiste num processo instaurado com base em ilícitos praticados em tese pelo Executivo quando comprova-se que houve algum crime de responsabilidade. O Judiciário, por sua vez, pode intervir no Legislativo com a declaração de inconstitucionalidade das leis promulgadas ou em trâmite à aprovação, por controle repressivo ou preventivo de constitucionalidade.

No caso do controle repressivo do Judiciário brasileiro é que se tem uma grande discussão, pois, como poderia o Judiciário, composto por membros que, no caso, não são eleitos pelo povo, declarar uma lei, elaborada pelos representantes deste povo ao qual foram eleitos de maneira democrática, seria essa hipótese inconstitucional?

A resposta está no texto da Constituição Federal, porque possibilitou a um dos órgãos do Judiciário a competência para julgar ações de inconstitucionalidade das leis. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal que

possui legitimidade, atribuída pelo constituinte originário, para interpretar e proteger a Constituição Federativa, conforme o artigo 102 do ordenamento referido, “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”.

Desse modo, o Poder Judiciário brasileiro possui características atípicas garantidas pela lei, para que, exerça suas atribuições limitando os demais poderes eleitos pelo povo que, eventualmente expediram alguma ação, omissão, ou legislação, que não produz o efeito desejado, pode o cidadão provocar a Justiça para reconhecê-lo através do devido processo legal. Assim, pergunta-se

como conciliar a jurisdição constitucional com o princípio de soberania popular se cotidianamente seu exercício não somente desfaz o que foi realizado pela vontade coletiva representada no poder legislativo, como ainda desloca a discussão do político para seu reduzido recinto, onde a heterogeneidade das tensões sociais jamais estará presente? Não há de se olvidar que a capacidade dialógica dos tribunais para com as forças políticas e sociais presentes em qualquer sociedade é infinitamente menor do que aquela dos espaços do poder legislativo. Discursivamente, somente possuem acesso ao intrincado processo de decisão judicial constitucional especialistas e versados no manejo da dogmática jurídica, episódio que não se constata no âmbito do poder legislativo. Tampouco este saber refinadamente formulado tem se demonstrado imprescindível, uma vez que a natureza da distinção política pode ser perfeitamente tanto se organizar em ambientes leigos, como pode a população, pela via de participação inclusiva, discernir sobre o que é melhor para si na produção de soluções racionais (MONT'ALVERNE, 2003, p. 225-226).

O sistema de controle de constitucionalidade, é uma das ferramentas do Poder Judiciário de limitação dos demais poderes estatais. O atual sistema brasileiro é um misto dos sistemas norte-americanos, onde o controle é difuso, ou seja, qualquer tribunal ou juiz poderá declarar de maneira incidental a inconstitucionalidade de determinada lei e, também, do modelo austríaco, onde essa ferramenta é concentrada, por qual somente o Supremo Tribunal Federal pode declarar lei ou ato normativo como inconstitucional, com a eficácia desta declaração ser *erga omnes*. Dessa forma, verifica-se que o Judiciário possui relevante interferência nos demais poderes, seja no Executivo, seja no Legislativo.

A interferência do Judiciário está presente na Constituição Federal, no artigo 103, que prevê ações diretas de constitucionalidade (ADC), e as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), sempre interpostas no Supremo Tribunal Federal. Essas ações possibilitam que seja possível debater acerca de determinados atos normativos e a legislação em geral, que foram originadas dos Poderes Executivo e Legislativo.

Exercer freios contra os demais poderes do Estado é a atividade-fim do Poder Judiciário, existem diversos tipos de ferramentas utilizados para frear os excessos dos demais, muitos são de maneira indireta, como explica Flávia de Almeida Viveiros de Castro

Os tribunais controlam e censuram os atos do Poder Público, não permitindo que prevaleçam aqueles que são tidos por ilegais ou inconstitucionais. Acionado, o juiz interdita, condena, executa, ordena, declara o direito. Assume a censura direta dos atos das autoridades, assegurando, efetivamente, a proteção dos direitos fundamentais (2002, p. 289).

Os mecanismos diretos e indiretos utilizados como freios pelo Judiciário, não são suscetíveis a outros órgãos e poderes para frear sua atuação. Apenas, poderá haver revisão pelas instâncias superiores, ou, de

mesma hierarquia, sendo estes órgãos que revisam, possuem status de inerência ao próprio Poder Judiciário.

É possível identificar que o sistema de freios e contrapesos impostos tem aplicação indistinta aos três poderes, porém evidencia-se o que sofre menos controle é o Poder Judiciário. É evidente que existem diversos mecanismos para os demais Poderes previstos em lei, porém, a fiscalização, a atuação e a intervenção realizada pelo Judiciário sobre os demais órgãos são atribuição típica, atividade básica designada a ele. Ao contrário dos demais poderes que, quando exercem seu mecanismo para frear, estão utilizando-se de atribuições excepcionais apresentadas devidamente em lei.

Os mecanismos de contenção da atuação do Poder Judiciário são extremamente diminutas em comparação com os demais poderes, sendo limitado na nomeação de magistrados, o julgamento pelo Legislativo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos membros do Conselho Nacional de Justiça por impeachment, a prerrogativa de que goza o Presidente da República de tão somente conceder o indulto ou comutar pena e o Poder Legislativo de conceder anistias e, por último, a deliberação e sanção sobre os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – conforme previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988, *passim*)

Assim, verifica-se que a interferência dos demais Poderes sobre o Judiciário ocorre de maneira indireta, não havendo sobre as suas atribuições típicas, sendo o único é o de comutar penas, conceder indulto ou anistia. Desta maneira, nota-se uma maior liberdade para que todos os órgãos da Justiça possam exercer suas atribuições de maneira liberal. Garantindo uma maior efetividade da própria Justiça brasileira, capaz de se mostrar amplamente ativa frente a questões importantes deixadas de lado ou, enxergadas com menor vislumbre pelo Executivo e Legislativo.

A explicação para essa liberdade do Poder Judiciário decorre do que diversos doutrinadores já apresentam, seria o Poder dentre os outros dois, que possui menor potencial lesivo à Constituição Federal e mostra-se o mais neutro dos demais. Existem dois motivos que justificam, a primeira é relativa à própria formação do Judiciário, que deveria ser composto por pessoas extraídas da sociedade, pelo período necessário a determinado julgamento, a segunda, refere-se como ocorre a decisão, que possui a lei como limite de interpretação, não havendo espaço criativo para ocorrer grandes invenções jurídicas.

As premissas de que o Judiciário é neutro politicamente, conforme os teóricos da separação dos poderes, é equivocada atualmente, apesar de utilizada como justificativa das suas prerrogativas. Pois, somente seria possível alcançar tamanha neutralidade em um ordenamento jurídico perfeito, sem insegurança jurídica, lacunas, precisando declarar-se apenas em casos excepcionais, o que não ocorre no Brasil. Como vive-se um ordenamento de cunho Democrático, com legislação garantindo condições sociais básicas, houve grande demanda social, que acabou-se alcançando o Judiciário, que precisou-se mostrar mais ativista.

A exigência de direitos sociais exigiu ampliação de esforços pelo Executivo, mas, também, do Judiciário, que precisou demonstrar clareza e posicionamento acerca de diversos assuntos de grande interesse da sociedade. Desse modo, mostra-se haver grande evolução da sociedade ao qual o Judiciário precisou-se adaptar, havendo inclusive, a necessidade de uma releitura do sistema de freios e contrapesos, como exposto por Ferraz Júnior que

[...] em suma, com base nas condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do estado social, parece desenvolver uma

função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidade políticas das quais ele não mais se exime em nome da [sic] princípio da legalidade (*dura lex sede lex*). Não se fala, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio da equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhas os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social [...] (1994, p. 19).

Verificada a importância do sistema de freios e contrapesos para a manutenção do atual sistema democrático brasileiro em face da garantia de equidade entre os poderes, com reconhecida autonomia e harmonia entre si.

A interferência diminuta que os demais poderes exercem sobre o Poder Judiciário é essencial para que a Justiça possa trabalhar em suas atribuições apresentadas em lei. Possibilita uma maior efetividade na sua funcionalidade, tornando o Judiciário ágil e mais ativo em questões não resolvidas pelos outros poderes. Dessa maneira, torna-se seguro afirmar que o legislador obteve sucesso em sua concepção.

3 O Poder Judiciário no atual contexto do Estado Democrático de Direito

Abordando-se a divisão histórica dos três poderes e o seu controle e limitação pelo sistema de freios e contrapesos, torna-se necessário o estudo da evolução do Poder Judiciário no seu modelo teorizado do século XVIII, por Locke, até o atual contexto do Estado Democrático de Direito, vivenciado no território brasileiro.

O Estado Liberal desenhado por Locke, possuía um forte aceno individual e da não intervenção na vida dos indivíduos, porque baseado na ideia de que todos os seres humanos nascem iguais, devendo desenvolver suas potencialidades e o aproveitamento pelas pessoas, basicamente, posicionava o indivíduo na sociedade. O papel do Estado e do Direito era limitar o poder do soberano, visto que, os territórios eram geralmente Estados Absolutistas e que realizavam irracionalidades com o poder em mãos. Assim, a teoria visava garantir os direitos individuais frente ao poder do Estado e, assegurar o pleno exercício das habilidades do indivíduo, premissas assentes na consecução do Poder Judiciário desse período.

Este modelo passou no século XX por grandes transformações, especialmente a partir da 1ª Guerra Mundial, onde houve a junção da miséria já existente com o aparecimento da pobreza após resultados negativos dos combates, dessa forma, o Estado que buscava mais a liberdade sem haver grandes preocupações com o fator social do povo, foi perdendo espaço nos países mais desenvolvidos para um modelo estatal, o que Faria (1996, p. 7) afirma que alguns teóricos denominaram Estado-providência e que, na Europa, ficou conhecido como o famoso *Welfare State*, cuja função básica era por um lado, promover o crescimento econômico, e assegurar a proteção dos cidadãos mais desfavoráveis socialmente e economicamente por outro.

No Brasil, apesar das condições para a implementação do Estado-providência fossem diversas da encontrada na Europa, a promulgação da Constituição Federal em 1988 inaugurou um novo modelo de estrutura estatal, ao qual é voltada à efetivação de direitos fundamentais, individuais ou coletivos, e direitos sociais, previstos em seus dispositivos. Neste contexto, é crescente a necessidade de atuação estatal para garantir a execução de políticas visando à efetivação dos direitos sociais. A

incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo em realizá-las, pressiona o Poder Judiciário, para que este garanta por meio do Direito o que o Estado não assegura pela Política.

Assim, a crise instaurada no Estado Moderno, também refletiu em conflito no Poder Judiciário. Seu ativismo é menos o resultado desejado por esse poder, e mais um efeito inesperado de transição de um momento obscuro anterior para a concretização e afirmação de direitos no território brasileiro. Porém, verifica-se que ocorre não só no Brasil, mas em outros países, a reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade, "em consequência das grandes transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo" (Vianna, 1997, p. 12), como também, das transformações globais que os seres humanos estão sofrendo, seja no aspecto social, econômico, de percepção da vida e, das novas necessidades que são exigidas do Estado, pressionam os sistemas de justiça.

De fato, ante a necessidade de atuação do Estado e a garantia de direitos nunca efetivados pelas políticas públicas inexistentes, assim, Zaffaroni (1995, p. 22) explica que, registra-se uma crescente "demanda de protagonismo" dirigida aos judiciários, para que estes garantam o que o Estado de cunho social prometeu, mas não cumpriu.

Diferentemente dos poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário caracteriza-se pela homogeneidade de seus membros. De fato, lá e aqui o pensamento que se constrói é homogêneo, e as ações que lhe dão base, previamente definidas e extremamente protocolizadas, mantêm ritos em toda a sua estrutura. A construção dessa homogeneidade começa muito cedo, antes dos bancos universitários. Um estudo interdisciplinar sobre o Poder Judiciário brasileiro, realizado por Vianna (1997, p. 112), analisou o perfil sociográfico dos juizes brasileiros, revelou que os juizes, em sua maioria "não provém de famílias com cultura de elite sedimentada e com situação de status estabilizada". Além disso, mostram-se muito

conservadores em seus valores e perceberam na magistratura, sobretudo, uma carreira que revela status, segurança e estabilidade profissional, além de uma boa remuneração.

O fenômeno da homogeneidade é denunciado por Arantes e Sadek (1994, p. 36) que, em um dos seus escritos sobre o Judiciário, referem-se à homogeneidade da instituição como um dos fatores que dificultam estudos sobre sua constituição, textualmente, afirmam que o Judiciário, independentemente do país e de sua forma de governo presidencialista ou parlamentarista, é uma instituição muito mais coesa e homogênea que as demais. Seus membros tendem a manifestar comportamentos menos sensíveis à pressão pública e, conseqüentemente, são mais fechados ao debate. Essa homogeneidade não é presenciada nos outros poderes, favorecidos, neste caso, pelo próprio processo de investidura, pois são eleitos pelo povo, e as diferentes formas pelas quais alguém assume a vida de pessoa política.

As formas como são selecionados os membros do Poder Judiciário, especialmente juízes, são muito antigas, e opõem dois diferentes sistemas: sistemas de indicação e sistemas de mérito. O primeiro está baseado na indicação, escolha e nomeação de juízes pelo grupo de pessoas que está no poder, vinculando a nomeação à vontade do Governo. A segunda está fundada na escolha por mérito, a partir de diferentes critérios, entre eles, escolha popular, notório saber, reconhecimento profissional e aprovação em concurso público. Os dois sistemas estão relacionados, respectivamente, à prevalência de um critério político ou técnico de escolha, o que na prática remete a questão ao tema da politização da Justiça, dificilmente enfrentado pelo Poder Judiciário.

A adoção de um ou outro sistema para selecionar juízes é feita de diferentes formas, conforme se esteja tratando de ingresso na carreira, promoção interna ou composição de órgãos diversos do Poder Judiciário.

A democratização do Judiciário, infelizmente, depende em parte de mudanças na forma pela qual o Judiciário adota um dos sistemas e utilizá-lo.

Os integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo são normalmente eleitos pelo povo para exercer por um certo período, um mandato popular, ao final do qual, ainda que apenas formalmente, são julgados e, conforme o resultado, reconduzidos ou afastados de seus cargos. A escolha pelo povo lhes dá a legitimidade que os membros do Poder Judiciário não possuem, e a avaliação popular lhes impõe um sistema de controle popular que não existe para os integrantes do Poder Judiciário. Assim, cria-se uma espécie de sensação de falta de apoio, falta de acompanhamento pela sociedade, do comportamento do juiz. Um exemplo é que pode haver dificuldade para compreensão de sua atuação e a receptividade de suas decisões. Como admitir, por exemplo, que o Poder Judiciário julgue inconstitucional lei votada pelo Poder Legislativo, ou julgue um ato do Executivo como incompatível com os moldes da legislação administrativa.

Existem duas linhas de pensamento acerca da existência ou não da legitimidade do Poder Judiciário, apontando-se a visão de Luís Flávio Gomes (1984, p. 84) que entende que a legitimação concebida pelo Poder Constituinte soberano é de natureza diversa da que possuem os titulares de cargos públicos eletivos. Gomes (1994, p. 84) especifica duas fontes de legitimação do Poder Judiciário: a legitimação formal, assegurada pelos princípios da estrita legalidade e da sujeição do juiz somente a legislação; e a legitimação substancial, consistente na função e capacidade da jurisdição de tutelar os direitos fundamentais.

A tese pressupõe a ação neutra e imparcial do juiz que presta a jurisdição, com base em instrumentos que acabou não escolhendo, de forma que estaria trabalhando, por conta disso, de maneira desinteressada. Encontra base na legislação processual que nega ao Poder

Judiciário o agir “de ofício” e acaba afirmando sua posição imparcial e superior em relação às partes.

A realidade, no entanto, não permite essa forma de distinguir tão clara. A prática revela a importância de um impulso processual e decisões interlocutórias na definição do andamento de um processo. Por essa razão, embora se sustente desde o ponto de vista teórico, essa justificativa é frágil para justificar a legitimação dos juízes e do Poder Judiciário no mundo real da justiça.

Clèmerson Merlin Clève (1993, p. 44), ao constatar tal incongruência, procura afastar o caráter intrinsecamente antidemocrático do Poder Judiciário, sob o argumento de que a legitimidade da atuação jurisdicional não repousa necessariamente sobre o problema da forma de como são selecionados os membros da magistratura, mas basicamente sobre a racionalidade e justiça de decisão.

A forma como é realizada a seleção dos juristas não pode ser analisada de maneira simples. A eleição aproxima, ao menos, de forma teórica o candidato do eleitor, mas não se pode afirmar que seja essa a melhor solução para garantir, por exemplo, a independência do magistrado. O próprio controle feito pelo eleitor poderia induzir o magistrado interessado em permanecer no cargo a decidir de acordo com os interesses do grupo que o elegeu, subvertendo a função do Poder Judiciário, que é a fiscalização e aplicação da legislação, cujas decisões devem ter sustentação no ordenamento jurídico vigente. Selecionar por meio de eleição importa em possível evolução de politização do Poder Judiciário, que apesar de existir em todos os Judiciários, pois a política é algo inerente ao ser humano, pode ocorrer a sua exacerbação, o que seria algo catastrófico para a sociedade e os demais Poderes do Estado.

Conclui-se que o Poder Judiciário no atual Estado Democrático de Direito sofreu e, ainda sofrerá muitas mudanças e crises, sendo uma

estrutura complexa que está em movimento constante, uma vez que é sobretudo consequência da mudança do papel do Estado a partir da segunda metade do século passado.

Diante disso, é notado que cada vez mais procura-se o Judiciário por meio de um posicionamento ativo com respeito à efetivação de direitos sociais, individuais e coletivos, ao qual antes da Constituição Federal de 1988, nunca lhe havia sido demandado. O Judiciário perde um pouco sua identidade, uma vez que o modelo sobre o qual está constituído, apresenta-se desatualizado. A mera prestação jurisdicional realizada por um juiz neutro, imparcial, distante e superior às partes, não se demonstra efetivo para a sociedade, exigindo-se do mesmos posturas cada vez mais políticas, na defesa de direitos coletivos, que trabalhe mais ativamente na defesa da legislação vigente e busque resolver os problemas contemporâneos já antigos do país, apesar de que essa medida possa causar um desequilíbrio entre os poderes estatais e, com a sociedade.

4 Ativismo Judicial e o Constitucionalismo Contemporâneo

A Constituição Federal de 1988 possibilitou o surgimento do papel fundamental e nunca antes visto do Poder Judiciário na sociedade, verificando-se que o ativismo judicial além da proatividade em todo o âmbito da Justiça, possui questões basilares para sustentam a sua existência, como a necessidade de controlar a constitucionalidade das normas, a presença de lacunas e omissões deixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo frente a um problema que geralmente é de cunho social e, por fim, a dificuldade da aplicação do Direito no caso concreto, diante da vagareza em acompanhar a evolução da sociedade.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 9) refere que em meados dos anos 1954 e 1969, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma

jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Porém, existe a possibilidade de ser progressista ou conservadora o caráter do julgamento proativo. O instituto do ativismo é associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

No Brasil, o ativismo judicial criou forma com a consolidação da Constituição Federal de 1988. A carta maior foi considerada essencialmente importante para a aspiração de um país melhor, sendo considerada democrática e cidadã, prevendo diversos direitos a serem efetivados, assim, impondo muitas obrigações ao Estado brasileiro. A partir deste momento, os poderes políticos sofreram demasiada pressão, sendo que, no decorrer do tempo, todas as instituições precisaram sofrer alterações para melhor cumprir com suas atribuições, inclusive o Judiciário, ao qual demonstrou características de proatividade típicas do ativismo.

É possível compreender de maneira clara o ativismo quando se realiza uma análise de como a Justiça decide de forma criativa ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, muitas vezes havendo antecipação à formulação da própria lei. O ativismo judicial é uma postura, ou seja, é uma escolha de um determinado magistrado que visa buscar através de uma hermenêutica jurídica muito expansível, com fins de concretizar o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida, e atendendo às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da lentidão, da constitucionalidade do ordenamento, ou omissão legislativa e executiva.

Diante do conceito do ativismo, percebe-se grande confusão com a politização do Judiciário, ou seja, a judicialização, pois em que pese serem

conceitos próximos, eles não se confundem, assim, necessário se faz a realização da distinção para que seja melhor compreendida.

Para melhor explicação, Barroso (2010, p. 9), em estudo realizado nos Estados Unidos, destacou que a judicialização é fato que não há como escapar, enquanto o ativismo é modo de como se exerce a competência judicial. A primeira trata de uma transferência de poder para as instâncias judiciais, em desfavor das instâncias políticas tradicionais, como o Legislativo e Executivo, havendo aumento da quantidade de matérias sobre as quais o Judiciário passa a ter a última palavra. Não se trata, pois, de uma atuação política. O ativismo, como forma de agir judicial, por seu turno, refere-se a uma conduta como o Poder Judiciário se porta, a uma forma de atuação que decorre de uma opção política. Nada mais é que um comportamento de seus representantes.

Dessa forma, destaca-se que o uso da palavra ativismo no Direito, é uma forma de discriminar o Poder Judiciário quando este age além dos poderes e atribuições que lhe são conferidos pela ordem jurídica, conforme a teoria da tripartição. Thamy Pogrebinschi (2000, p. 2), considera “ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”. No entanto, o próprio Pogrebinschi explica que não é preciso que o juiz precise possuir todos os requisitos para que se considere um ato ativista de sua parte. Inclusive, o juiz pode utilizar o ativismo para tornar mais coeso o ordenamento ou desestimular políticas públicas danosas, por exemplo, o que deve sempre ser verificado em cada caso de maneira individual.

Para justificar a existência do ativismo, é necessário realizar uma análise desde o período do início deste evento, no caso, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e assim conclui-se que ocorreram estes

três eventos distintos, como: a) encontrou-se um incremento elevado das atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário, de modo a balancear o sistema; b) houve elevada insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do poder; c) ocorreu uma evolução política, cultural e social da sociedade.

A criação de um ambiente propício para o ativismo necessariamente passou pela Constituição de 1988, considerada a sua introdução no período temporal chamado de constitucionalista, possui agregada todas as características presentes no ordenamento. Como descreve Miguel Carbonell (2007, p. 9-12), o constitucionalismo inicia o aparecimento do Estado Constitucional de Direito, voltada à concretização de direitos fundamentais, com uma nova forma de trabalho do Poder Judiciário, tornando mais ampla a sua presença na sociedade, inclusive, avançando sobre os demais poderes, garantindo a efetivação de um direito garantido.

O constitucionalismo, também conhecido como constitucionalismo contemporâneo, visto que o primeiro apresenta características republicanas-liberais e, o segundo, surgiu após as guerras mundiais, possuindo apelo significativamente social. Os seus efeitos são perceber que a separação de poderes passa atualmente por uma nova readequação. O Direito adquire uma forte carga axiológica por meio dos princípios constitucionais, especialmente sob a forma de direitos fundamentais. O efeito dos princípios existentes na Constituição Federal aplicados sobre o ordenamento jurídico, elimina os espaços de discricionariedade do julgador, e aumenta a aplicabilidade do sistema jurídico. Para o Poder Judiciário, não significa que o juiz está alçado a um julgamento arbitrário e pessoal. Ao contrário, a sua decisão deverá ser fundamentada pelos marcos éticos e políticos que estruturam a lei maior e o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Diante da óptica do constitucionalismo contemporâneo que possui maior cunho social, foi perceptível elevado poder de destaque no Poder Executivo, eis que necessária sua atuação para a consecução de políticas públicas de reconstrução e redistribuição de bens. No Brasil, como as consequências das guerras mundiais apresentaram efeitos brandos, não houve um acompanhamento dos movimentos no mesmo passo histórico que a Europa ou os Estados Unidos vivenciaram. Em terras brasileiras, se verificou que, após a promulgação da Constituição de 1988, deu-se início a um maior protagonismo do Poder Judiciário que se vê às voltas com a necessidade de decidir situações que antes não eram possíveis pela Justiça. Essa mudança então, podem ser vistas como o ativismo judicial, conforme já referido, essa mudança ocorre pela necessidade de readequação dos poderes do Estado, característica essencial que marca a aplicação da Constituição Federal e dos seus respectivos princípios.

5 Segurança Jurídica: definição e contornos no ordenamento jurídico brasileiro

O Direito foi criado para organizar e regular as relações sociais, o ordenamento jurídico com sua principiologia, foi desenvolvido para acompanhar a evolução positiva ou negativa da sociedade. No entanto, é recorrente que o avanço da humanidade sobre vários aspectos está cada vez mais acelerado, vivencia-se explosão demográfica, crises econômicas, guerras e, sobretudo, as transformações propiciadas pelo emprego da tecnologia em todos os âmbitos possíveis, provocando modificações nos meios de produção, de comunicação e da relação entre os indivíduos e entre os Estados, isto acarretou na necessidade cada vez mais aparente de se criar instrumentos capazes de conferir segurança nas relações entre os indivíduos.

O princípio da segurança jurídica possui um status de norma jurídica basilar do Estado Democrático de Direito. Quando foi incorporado no

sistema judiciário, entendeu-se que deveria haver uma precisão de percepção cultural-social e uma estruturação sólida da direção sobre a qual estão positivados a legislação em vigor e o entendimento dominante das decisões judiciais. Assim, no tempo presente, valorizou-se o direito escrito sobre os costumes, dada a sua capacidade de sustar amplas interpretações exageradas.

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que este princípio está enraizado na contemporaneidade, indicando que qualquer Estado de Direito é também um Estado de segurança jurídica. Atualmente, os doutrinadores constitucionais entendem a segurança jurídica como elemento inafastável do Estado de Direito, sendo elemento intrínseco do constitucionalismo contemporâneo, “assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional” (2010, p. 4).

Nesse sentido, é importante que se tenha confiança no ordenamento jurídico que rege a sociedade, principalmente em se tratando de sociedades o qual se denominam democráticas, onde o conceito de liberdade é apresentado como um de seus objetivos principais a serem atingidos. A confiança que os indivíduos devem depositar no ordenamento jurídico, no sentido de que existe uma vasta quantidade de leis previamente produzidas com o intuito dentre outras coisas, de protegê-los, é o que se costuma definir como segurança jurídica.

A Constituição brasileira apresenta timidamente o princípio da segurança jurídica em duas oportunidades. Já no preâmbulo, é anunciado que o Estado Democrático de Direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinado a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança. Previsto nos artigos 5º, *caput*, e 6º, da Constituição de 1988. Ainda, sua definição decorre também da

jurisprudência de tribunais superiores e, acima de tudo, da doutrina, nacional e internacional. Paulo de Barros Carvalho define que “a segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade e de outros mais” (1999, p. 130).

A necessidade da efetivação e respeito ao princípio da segurança jurídica é de suma importância, conforme Sérgio de Andréa Ferreira (1996, p. 191), que a frustração da confiança do cidadão na realização do direito é, na essência, um atentado à liberdade, no seu sentido mais amplo e importante, o de que o homem, enquanto ser livre, não age no atendimento de uma função e, quando exercita suas grandes opções de vida, na orientação dessa, não tem comprometimento finalístico.

Efetivar o princípio deve assegurar também a estabilidade quando se remete os olhares ao âmbito do Judiciário, conforme Canotilho (1993, p. 380), na medida em que uma vez proferida uma decisão de acordo com as regras preestabelecidas, não se pode às modificar sem motivos razoáveis e determinantes, respeitando a previsibilidade, pois os efeitos jurídicos dos atos normativos devem ser calculáveis ao tempo que se passa. Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário também colaborar com sua parte para entregar segurança jurídica de maneira ampla a todo território nacional.

Considerando a insegurança jurídica que paira em vários países, incluindo em alto teor no Brasil, é possível brevemente exemplificar um dos diversos motivos pelo qual o problema paira no âmbito do Judiciário, “Se, feita uma opção legítima em face do direito posto, interpretado, revelado, executado, cumprido e aplicado, pudesse futuramente ser tida como ilícita, ou ser desfeita, não mais haveria segurança, nem,

consequentemente, liberdade, mas dependência, sujeição, risco. O cidadão voltaria a ser súdito" (FERREIRA, 1996, p. 191)

Diante da importância do princípio da segurança jurídica, é possível notar que doutrinadores iniciam um processo de críticas ao Judiciário, que é um dos poderes do Estado que deveria resguardar e buscar efetivar a segurança. Lenio Streck, opina em sua obra que, a última palavra é do judiciário. Uma amostra deste argumento é o processo para declaração de inconstitucionalidade da lei no Brasil: apesar de sua decisão não vincular o Congresso Nacional após o Supremo, não há mais a quem recorrer. “Há milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, ao fim e ao cabo, é transformada em álibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos” (2010, p. 23).

De fato, é possível afirmar que o Brasil ainda possui um longo percurso a caminhar para que possa garantir mais segurança à sociedade. Existem vários fatos geradores de insegurança, no entanto, o foco se mostra necessário aos poderes do Estado, em especial, ao Judiciário, que deveria não medir esforços para atingir a seguridade das relações no país.

6 Os reflexos do ativismo judicial na segurança jurídica

A segurança jurídica é apresentada como necessário instituto voltado para a estabilidade das relações jurídicas, o que, em última análise, demonstra-se como importante para a pacificação social, que é um dos objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a segurança jurídica não pode ser apenas formal, apresentada como relativa previsibilidade do direito associada com a rápida solução dos conflitos, mas também substancial, ou seja, representar a legítima expectativa de que o poder judiciário não se furtará à análise de lesão ou ameaça a direito bem como de que este acompanhará a evolução social e histórica na

compreensão desses direitos, atuando de modo a contribuir para a concretização do projeto de sociedade definido na Constituição Federal (VASCONCELOS e BRAGA, 2016, p. 416).

Kelsen ensina que o ordenamento jurídico é organizado de forma a existir um escalonamento entre as normas de hierarquias diferentes. A unidade do direito apresenta uma relação de dependência da norma inferior que se apoia sobre outra, seguindo assim até que se esteja na presença da norma fundamental (KELSEN, 1998, p. 155).

Contudo, não será sempre que a interpretação de uma lei levará a uma única solução possível a ser considerada correta. Podem haver situações que várias são as soluções possíveis, assim, tal decisão demonstra apenas “umas das normas individuais que se podem produzir dentro da moldura da norma geral” (KELSEN, 1998, p. 247).

Conforme foi possível visualizar nas escritas de Vasconcelos e Kelsen, o Poder Judiciário possui grande peso na busca pela segurança jurídica. Suas ações convencionais já possuem grande capacidade de abalar a estabilidade de relações jurídicas, de modo que o ativismo se apresenta como instrumento passível de ser ainda mais prejudicial.

Diversas situações podem ser utilizadas para exemplificar o caráter predominante do ativismo judicial na atualidade. No entanto, talvez o maior peso das discussões seja focado nas políticas públicas, que podem ser entendidas como os objetivos e as atividades governamentais destinadas ao alcance de determinada finalidade social. Por meio das políticas públicas, o Estado reúne um conjunto de atividades visando à execução de determinado direito, normalmente, constitucionalmente previsto. É considerado então as ações realizadas pelo governo com o fim de atingir os objetivos e as metas traçadas pela coisa pública (SIQUEIRA JR, 2017, p. 16).

A ação do Poder Judiciário usando o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado, promovendo através de suas decisões as políticas públicas e que não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade (Pogrebinski, 2000, p. 2), não é de forma ilimitada, sendo, de certa forma, decorrente da omissão ou mesmo violação do núcleo essencial dos direitos, por parte de outros poderes, como se observa:

A atuação do Poder Judiciário nesse contexto estará vinculada à omissão quanto à oferta daquilo vinculado ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, não sendo viável a referência à Separação dos Poderes como fator impeditivo de enfrentamento do mérito da causa por meio da adoção de uma visão procedimentalista da Constituição (SILVA, 2017, p. 6).

Contudo, é necessária atenção a cada caso, para que o Judiciário não invada a competência de cada um dos demais poderes para proferir julgamentos, consoante disposto na Constituição Federal. A execução de políticas públicas, por exemplo, cabe majoritariamente ao Poder Executivo. Ao Judiciário, como defensor do cumprimento da Constituição e demais leis e normas, podendo realizar fiscalização dos atos governamentais de modo a garantir a execução da Constituição, mas não o desempenho dos atos (SIQUEIRA JR, 2017, p. 64).

Dessa forma, o ativismo judicial encontra-se em uma linha tênue entre o agir dentro da competência prevista do Poder Judiciário, e o invadir as atribuições dos demais poderes do Estado quando estes não cumprem a legislação.

A postura ativista deve ser vista de modo criteriosa, uma vez que, o Poder Judiciário ao atuar desta forma, fere a teoria da separação de poderes, causando insegurança jurídica, diante da mudança de um fato ou

relação já vista como concreta na sociedade, pela decisão tomada pelo julgador.

O sistema de freios e contrapesos combate o excesso exercido por qualquer um dos poderes. No entanto, esse sistema interfere indiretamente sobre o Judiciário, ao contrário do que acontece com o Executivo e o Legislativo. Como já foi visualizado, isso ocorre pelo fato dos mecanismos de contenção do agir do Poder Judiciário serem extremamente reduzidos, de modo a garantir a melhor execução do papel constitucional da Justiça.

Assim, é fundamental que se realize discussões amplas sobre os demais poderes, as suas separações de competências e atribuições, bem como melhorar continuamente o cumprimento do disposto em lei por todas as instituições. Dessa forma, o fenômeno do ativismo tão presente no constitucionalismo contemporâneo, será percebido de maneira menos usual, auxiliando na efetivação da segurança jurídica.

Considerações finais

O presente estudo empenhou-se em apresentar, a partir de ideias de doutrinadores e pensadores do direito, as discussões relativas ao ativismo judicial e seus efeitos para a segurança jurídica, no contexto histórico e no seu aparecimento no âmbito jurídico brasileiro. Discutiu-se sobre a segurança jurídica, principalmente da sua necessidade de efetivação no país. Ao final, realizou-se minuciosa análise sobre os reflexos do ativismo do Judiciário na segurança jurídica.

Para compreender melhor os institutos que foram estudados, são necessários análises da forma histórica como o Estado acabou estruturando-se até chegar ao Democrático de Direito, certo de que tal estrutura fora erguida, mediante uma luta de séculos e, por muito estudo de diversos teóricos, de modo a restringir governos autoritários. Assim,

necessário fez-se aprofundar o princípio da separação de poderes, teoria imprescindível para manutenção do Estado Liberal, consolidado por Montesquieu, no século XVIII, que tripartiu as funções da estrutura estatal, destinando-as a órgãos estatais diversos, por estar convencido da vontade humana em abusar do poder que lhe fornecido.

A forma como a proatividade do Judiciário influencia negativamente na segurança jurídica, comprova a real necessidade de reformas e de reafirmações de competências dos poderes do Estado, estabelecendo novos parâmetros e limites de atuação e, assim, possibilitando melhor execução das atribuições designadas para cada setor e reduzindo a interferência excessiva entre os poderes.

Conclui-se que os limites são partes essenciais do Estado Democrático de Direito. Aos que possuem o poder, necessitam estar sujeitos ao que a legislação lhes compete. Dessa forma, será possível manter um Estado saudável e que promova a segurança jurídica. O fenômeno do ativismo mostra-se uma fase necessária para a consagração dos direitos básicos. Contudo, para a redução da insegurança jurídica no Brasil, deverá haver a necessária reformulação da limitação dos poderes constituintes do Estado.

Referências

ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Tereza. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. Revista USP, São Paulo, n. 21, 1994.

AZAMBUJA, Darcy. Introdução à ciência política. São Paulo: Globo, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. 2010. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em 114 fev. 2021.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

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

CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. A separação dos poderes e os freios e contrapesos na Constituição de 1988: A atuação do Poder Judiciário. Dissertação (mestrado em direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARBONELL, Miguel. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. In: ____ (Org.). Teoría del neoconstitucionalismo. ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica . Revista da Associação dos Pós- Graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ano II, n. 03, 1993. São Paulo: Associação dos Pós-Graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1993.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. O papel político do Poder Judiciário. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 38, ano 10, 2002.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Saraiva, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Marlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.

FARIA, José Eduardo (org.). Direito e Globalização econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. Revista USP, 1994.

FERREIRA, Sérgio de André. O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais. Revista Forense, v. 334. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. Poder Judiciário: controle interno e externo e revisão constitucional. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). O Judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994.

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. et al. Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional, 2003.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos. Petrópolis: Vozes, 1994.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

_____. O espírito das leis. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU; CHARLES DE SÉCONDAT, Baron de. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 9. ed. São Paulo: Saraiva Siciliano S/A, 2008.

OMMATI, Fides. “Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado”, 1977. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181023/000359521.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 13 dez 2020.

- PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra editora, 1989.
- POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 17, 2000.
- RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, I.W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar.-mai. 2010. Disponível em: https://www.paginasdedireito.com.br/images/stories/PDF_artigos/aeficacia_ingo_wlfgang_sarlett.pdf. Acessado em: 13 fev. 2021.
- SILVA, R. M. D. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. UniCEUB, Brasília, 2017.
- SIQUEIRA JR, P. H. Jurisdição Constitucional Política. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, L.L. O que é isso – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 139 f. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de pós-graduação em Direito. São Leopoldo - RS: 2012.
- VASCONCELOS, A. G. D.; BRAGA, R. M. D. C.O Conceito de Segurança Jurídica no Estado Democrático de Direito. XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF, Florianópolis, 2016
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de e outros. Corpo e alma da magistratura brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro, Revan, 1997.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. 13. Ed., 13. impr. v. 1. São Paulo: Ática, 2006.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Ações de família e violência doméstica: benefícios da mediação ¹

Roberta Schwertner Xavier da Cruz²

Introdução

O conflito familiar se mostra como uma espécie do gênero conflito que requer uma abordagem cuidadosa quando do seu enfrentamento. Isso porque é revestido de aspectos subjetivos que exigem cautela no seu tratamento para que se obtenha uma resolução efetiva. Tendo em vista que cada relacionamento interpessoal é único, cada conflito também possui particularidades que lhe são únicas. Isto é, cada conflito possui características próprias que exigirão tratamentos específicos para o seu correto enfrentamento.

Ocorre que muitos dos conflitos familiares levados ao Poder Judiciário são resultantes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Em que pese a preocupação do legislador pátrio em proteger a vítima de violência doméstica e o ambiente familiar, com a introdução de diversas normas protetivas no ordenamento jurídico, como a Lei n.º 11.340/06 –conhecida mundialmente como Lei Maria da Penha–, a violência doméstica sempre esteve presente na sociedade brasileira e está longe de ser uma realidade superada.

O presente artigo tem por objetivo abordar a problemática do difícil rompimento do ciclo de abusividade, por meio do estudo do conflito

¹ Artigo científico produzido como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021, sob orientação da Professora Ma. Regina Helena Marchiori Canali.

² Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 175596@upf.br

familiar intensificado pela violência doméstica, e diante disso, busca expor a possibilidade do encaminhamento consensual das ações de família, por meio do uso da mediação, com a finalidade de viabilizar soluções eficientes e capazes de romper com o ciclo da abusividade, promover o acesso à justiça e, assim, atingir a pacificação social.

1. Considerações preliminares acerca do conflito familiar e da mediação

Os conflitos provêm das relações humanas interpessoais e levam ao autoconhecimento e ao crescimento individual e coletivo do ser humano. As controvérsias entre pessoas são naturais e inevitáveis quando da convivência em sociedade, posto que esta pressupõe o embate de ideias e concepções.

O homem, quando inserido em uma sociedade organizada, tende a aproximar-se de indivíduos que possuam ideais e princípios semelhantes com os seus, constituindo relações constantes, duradouras e amparadas pela concordância mútua. Contudo, é natural que com o passar do tempo surjam adversidades decorrentes desse convívio, que acabam desencadeando em conflitos (LUCHIARI, 2012, p. 05).

Conflito é o embate que se manifesta nas relações humanas interpessoais quando há algum tipo de oposição entre os polos deste relacionamento. Justamente por revestir-se de diversas formas e em múltiplos contextos, é uma tarefa difícil conceituar o conflito. Apesar disso, pode-se afirmar que conflito é um desacordo, uma incompatibilidade ou contradição que resulta da oposição de duas concepções, podendo ser relacionado a objetivos, crenças ou emoções (DUZERT, 2012, p. 03).

Carlos Eduardo de Vasconcelos afirma que (2020, p. 01), “conflito é o dissenso latente, que se manifesta numa disputa. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados.” Sendo assim, independentemente da afinidade e do afeto existente em uma relação

humana interpessoal, alguma controvérsia sempre existirá, dada as características múltiplas e os princípios diversos que formam cada indivíduo, tornando-o um ser único.

Não obstante, os conflitos familiares possuem características peculiares que os diferenciam dos demais e os tornam diferentes dentro de toda sistemática jurídica. Por si só, o Direito de Família compõe uma esfera jurídica especial, a qual apresenta diversos elementos subjetivos ligados ao íntimo de cada pessoa, o que potencializa a ocorrência de controvérsias. Os membros do núcleo familiar possuem relações mais solidificadas e contínuas em face das relações interpessoais corriqueiras, o que pode ser um grande fator de desgaste emocional (TARTUCE, 2021, p. 31).

Com o passar do tempo e com o desenvolvimento dos estudos acerca do conflito, foram surgindo diversas formas para sua composição, que transcendem os limites do Direito e alcançam até mesmo os ramos da psicologia e da sociologia. Dessa forma, ao passo que o conflito está presente em todo relacionamento humano, seja em grandes proporções ou não, todas as sociedades criam métodos para solucionar os mesmos, com objetivo de harmonizar as relações sociais (LUCHIARI, 2012, p. 09).

Sendo assim, “a tarefa da ordem jurídica consiste exatamente em harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste.” Por essa razão, o direito é o instrumento que viabiliza o controle social e é considerado “como um conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe [...] para superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios” (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 42).

Valéria Ferioli Lagrasta Luchiarí (2012, p. 09) destaca que “a jurisdição estatal é o meio ordinário para a solução do conflito, cabendo aos envolvidos optarem por buscar a solução amigável (através de

métodos autocompositivos) ou provocar a jurisdição (e o poder que lhe é inerente), pois ambos coexistem e possuem um escopo maior, que é a restauração da paz social.” Logo, os métodos adequados de solução de controvérsias representam uma espécie de reflexo das necessidades da sociedade, quais sejam: a ultrapassagem da cultura do conflito e o início de uma cultura conciliativa.

Dessa forma, a jurisdição estatal é apenas uma das vias possíveis a se seguir para solucionar conflitos, posto que todo o sistema de justiça está caminhando na direção da utilização de métodos não-estatais para a sua composição. Os meios adequados de solução de conflitos são vistos como instrumentos que possibilitam a pacificação das partes, muitas vezes, com maior eficiência em comparação à jurisdição estatal (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 48).

Todavia, para que possa ser estabelecida qual a melhor técnica para solução de um conflito, deve-se analisar este de forma multidisciplinar. Para tanto, leva-se em consideração quais as circunstâncias que originaram o conflito e, de acordo com a sua natureza, seu tratamento será diferenciado. Além disso, “deve-se levar em consideração os objetivos das partes envolvidas no conflito, suas características e as peculiaridades do relacionamento existente” (LUCHIARI, 2012, p. 07).

Nesse sentido:

Se o caso envolve preponderantemente questões materiais e não há histórico de relacionamento anterior entre as partes, ou se ele é meramente circunstancial, pode-se dizer que o conflito tem características eminentemente objetivas. No entanto, se há histórico de inter-relações entre as partes ou se trata de caso em que, de alguma maneira, as partes deverão manter contatos futuros (familiares, sócios de uma empresa, moradores de um condomínio etc.), os aspectos subjetivos adquirem relevância e influenciam a abordagem dos aspectos objetivos a serem resolvidos; podendo-se dizer que o conflito é eminentemente subjetivo (LUCHIARI, 2012, p. 08).

Por exemplo, quando os conflitos envolvem inter-relações duradouras, em que são predominantes os aspectos subjetivos, o método mais adequado para a sua resolução é a mediação, dado que possibilita que as partes adquiram diálogo e estimula os próprios envolvidos a obterem soluções constituídas com autodeterminação. Levando também em conta que o principal esforço desse meio alternativo de resolução de conflito é a pacificação das partes (LUCHIARI, 2012, p. 08).

Partindo desta premissa, o conflito não deve ser encarado negativamente, pois é natural que as relações interpessoais sejam marcadas por oposições. Isso porque os seres humanos são todos diferentes entre si e formam suas convicções a partir de experiências próprias, o que faz com que cada pessoa tenha sua realidade individual. Portanto, deve-se encarar o conflito de forma positiva para que se possa aprender a superá-lo com sabedoria, posto que se faz necessário a presença de conflitos para que exista a presença de crescimento (VASCONCELOS, 2020, p. 01).

Sobre o enfrentamento de conflitos:

[...] existem duas maneiras de enfrentá-los: uma abordagem negativa e outra positiva. A primeira encara o conflito como algo prejudicial, devendo ser evitado a todo custo e, não se podendo impedi-lo, pelo menos dever-se-ia buscar minimizar seus efeitos. A segunda encara o conflito de maneira positiva, procurando verificar aquilo que pode trazer de benéfico, em termos de diferenças de opiniões e visões, bem como de possibilidades de aprendizagem e enriquecimento em termos pessoais e culturais. Nesse caso, já que existem também aspectos negativos, deve-se buscar minimizar seus efeitos, reforçando-se, por outro lado, todos os aspectos positivos que possam advir do conflito (MARTINELLI; ALMEIDA; BANDOS, 2020, p. 47).

Posto isto, depreende-se que o conflito está presente no dia a dia dos relacionamentos humanos e é a base para o crescimento das relações, sejam individuais ou coletivas. Logo, “é de acordo com o modo de como se dá seu enfrentamento que sensações, em princípio, negativas, de repulsa ou de omissão do conflito, poderão ser suportadas, sendo substituídas por experiências bem-sucedidas de oportunidades de crescimento e bem-estar interior” (LUCIARI, 2012, p. 09).

Sendo assim, o uso de métodos autocompositivos, principalmente da mediação, como instrumentos capazes de viabilizar a resolução de conflitos de natureza familiar de maneira eficaz é muito discutido atualmente, tendo em vista a forma diferenciada com que os litígios familiares devem ser abordados para que as partes envolvidas tenham uma experiência positiva de diálogo e consigam resgatar princípios e valores capazes de reestruturar o respeito e a paz no relacionamento familiar.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (2013, p. 161), destaca que os conflitos familiares, por natureza, “exigem um tratamento diferenciado para a sua resolução, de forma a promover o diálogo das partes e o restabelecimento da comunicação, possibilitando a transformação do conflito e a construção de um consenso eficaz entre as partes.”

No Brasil, a mediação surgiu juntamente com a mobilização de acesso à justiça iniciada nos anos 70. Por meio de alterações sistêmicas, esta mobilização buscava um melhoramento na prestação jurisdicional, com objetivo de obter um maior enfoque na pessoa do jurisdicionado e suas relações sociais. Assim, a inclusão da mediação no ordenamento jurídico se deu como ferramenta para atender aos interesses das partes e harmonizar suas relações pessoais e interpessoais, compondo as

diferenças entre os indivíduos, dando-lhes ambientes próprios e abertos para debates e exposição de seus atritos (AZEVEDO, 2012, p. 21).

Nesta linha, é correto afirmar que a mediação nasceu da carência de uma prestação jurisdicional efetiva no que concerne às relações pessoais e interpessoais de cada indivíduo, já que mostra às partes envolvidas no litígio que este pode tornar-se um aprendizado. Todavia, nas relações familiares os conflitos são mais delicados, de forma que exigem maior atenção e zelo em seu enfrentamento. Tal circunstância faz com que o Poder Judiciário tenha que se socorrer a outras esferas interdisciplinares para proporcionar a tutela jurisdicional efetiva às partes envolvidas no litígio.

Nesse sentido:

A mediação, sempre voluntária, é definida nos termos da justificativa do projeto que resultou na Lei 13.140/2015, como “o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito”. Esse terceiro não tem a missão de decidir, mas apenas auxiliar as partes na obtenção da solução consensual (SCAVONE, 2020, p. 287).

Apenas o desenvolvimento doutrinário acerca do instituto da mediação não foi suficiente para consolidá-lo no ordenamento jurídico. Dessa forma, a legislação passou a se preocupar com a inclusão deste método nas normas brasileiras, tendo em vista seus diversos benefícios, tanto para as partes litigantes quanto para o Poder Judiciário.

Segundo Fernanda Tartuce (2019, p. 203), desde a antiguidade é possível constatar a presença da adoção da mediação como meio de composição de conflitos de maneira frequente. Assim, os estudos das culturas como as judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas apontam seguramente na direção de que estes

povos utilizavam-se da mediação para solucionar as controvérsias que advinham dos relacionamentos sociais.

Os povos antigos usavam da mediação como mecanismo para obter a harmonia e a pacificação da sociedade. Afinal, era imprescindível que o povo estivesse unido para se protegerem de outros povos. Na China e no Japão, por exemplo, há muito tempo a mediação era usada “como forma primária de resolução de conflitos; por ser considerada a primeira escolha (e não um meio alternativo à luta ou a intervenções contenciosas), a abordagem ganha- perde não era aceitável” (TARTUCE, 2019, p. 205).

No entanto, de acordo com Fernanda Tartuce (2019, p. 205), “em certo momento histórico [...] a distribuição da justiça acabou centralizada no Poder Judiciário; nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, o direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo [...] de propor ou contestar uma demanda.” Sendo assim, é de suma importância verificar em que momento houve o movimento de resgate da mediação como método eficaz de soluções de controvérsias.

Na idade moderna, por volta de 1970, a mediação surgiu nos Estados Unidos da América e ganhou força pelos seus resultados positivos. Dessa forma, houve um crescimento rápido da sua utilização como método alternativo de resolução de conflitos, o que motivou a sua inclusão ao sistema legal. Na Califórnia, a mediação chegou a ser instituída de forma obrigatória e prévia ao juízo. Portanto, as partes deveriam passar pela mediação como instância obrigatória a se chegar ao sistema formal (LUCHIARI, 2012, p. 20).

Diversos foram os programas e movimentos implementados nos Estados Unidos da América com propósito de implantar a mediação como um método eficiente de resolução de conflitos. Para os conflitos trabalhistas, o Congresso Americano, em 1931, criou o Departamento de

Trabalho. Esse departamento instaurou a realização da mediação pela Secretaria de Trabalho, pretendendo a resolução dos litígios a fim de evitar uma paralisação da produção nas fábricas (TARTUCE, 2019, p. 205).

O programa American Arbitration Association (AAA), financiado pela Fundação Ford, também promoveu diversos programas de mediação a fim de pacificar e harmonizar a sociedade. (TARTUCE, 2019) Todavia, consoante Fernanda Tartuce (2019, p. 207), “não há como negar [...] que o desenvolvimento sistematizado da mediação apenas viria com a Pound Conference, já que os programas desenvolvidos até então se situavam em poucas comunidades.”

A mediação passou a ser empregada em outros ramos do Direito, como por exemplo no Direito de Família. Em alguns estados americanos, os conflitos familiares começaram a ser submetidos obrigatoriamente à mediação. Logo, a mediação familiar tornou-se essencial e provocou o movimento da “collaborative law” (advocacia colaborativa). Outros programas importantes surgiram na década de 80, tais como o Desenho de Sistemas de Disputas e o Programa de Negociação (PON) da Harvard Law School (TARTUCE, 2019, p. 208).

Na Inglaterra, o início da mediação se deu no final da década de 1970. Nessa época, a mediação começou a ser usada por advogados independentes e somente mais tarde, em 1989, que a mediação instalou-se de maneira mais robusta, com a primeira campanha britânica privada destinada à resolução alternativa de controvérsias. Assim, a mediação ganhou força tanto no setor público, quanto no setor privado, por meio de agências que atendiam os casos (LUCHIARI, 2012, p. 20)

Na Europa, a Diretiva da União Europeia 2008/52/CE, de 2008, garantiu o acesso à justiça com enfoque na mediação (resoluções alternativas de conflitos) por meio do oferecimento da mediação judicial e extrajudicial aos litigantes. Já na América Latina, os meios alternativos de

solução de conflitos se desenvolveram com maior relevância na década de 1990 (LUCHIARI, 2012, p. 20).

Na Colômbia, por meio da Lei n.º 23/1991, obrigou as faculdades de Direito a disporem de centros próprios de mediação. Ainda, esta lei previu a criação de centros de mediação que eram controlados pelo Ministério da Justiça, possibilitando, assim, a criação de mecanismos que visavam auxiliar e desaglomerar o Poder Judiciário (TARTUCE, 2019, p. 209).

Na Argentina, em 1991, conforme Fernanda Tartuce (2019, p. 210) “o Ministério da Justiça começou a capitanear a elaboração do Plano Nacional de Mediação para implementar programas consensuais em diversos setores da sociedade.” Logo após, em 19 de agosto de 1992, foi editado o Decreto n.º 1480/1992, que, segundo Valéria Ferioli Lagrasta Luchiarri (2012, p. 20) “declarou de interesse nacional a institucionalização e o desenvolvimento da mediação como método alternativo para a solução de controvérsias.”

Ainda na Argentina, no ano de 1992, por Resolução, foi criado um Corpo de Mediadores que pertencia ao Poder Judiciário. E a partir de então, “diversas iniciativas foram engendradas para ampliar a mediação no país, até que em 1995 foi promulgada a Lei n.º 24.573 para instituir a mediação prévia judicial em caráter obrigatório” (TARTUCE, 2019, p. 210).

Por fim, no Brasil a mediação é amplamente discutida há muito tempo. Contudo, apenas a partir da década de 1990 é que a mediação passou a ser expressamente prevista, principalmente na esfera trabalhista. Segundo António Inavir Gonçalves de Azevedo (2020), a história da mediação no Brasil “se inicia, verdadeiramente, com a inserção da cláusula da menor duração do processo como garantia constitucional.” Portanto, seu desenvolvimento ainda está em uma “fase evolutiva [...] pois as normas atuais seguiram a experiência de outros sistemas, tais como o Reino Unido, Estados Unidos, Canadá e França.”

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça traçou direções importantes, pois embora não tenha reportado diretamente a mediação e a conciliação, traçou rumos éticos e principiológicos consideráveis, já que “instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e à sua peculiaridade” (TARTUCE, 2018, p. 198).

Avançando, o Código de Processo Civil de 2015, previu a figura do mediador e sua atuação. Em sequência, a Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação), sendo que contemplou a mediação como uma “atividade técnica exercida por um terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (TARTUCE, 2018, p. 198).

Portanto, após essas inclusões no ordenamento jurídico, restou claro a vontade do legislador de instaurar dentro do direito brasileiro um método de resolução de conflitos qualificado, permitindo que partes conflitantes tenham a possibilidade de estar em um ambiente qualificado que possa dar-lhes um lugar de fala, exposição e análise de várias perspectivas.

2. Lei Maria da Penha: o difícil rompimento do ciclo de abusividade

A Lei nº 11.340/06 possui algumas peculiaridades que a torna uma das leis mais importantes e comentadas da história do Brasil. A violência doméstica e familiar, infelizmente, é fruto de um histórico patriarcal que está enraizado na sociedade. Assim, as inovações legislativas trazidas pela Lei Maria da Penha representam um avanço significativo na luta pelos direitos das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

A violência doméstica caracteriza-se por ser um tipo de violência revestida de diversas singularidades e, por este motivo, requer cuidados especiais para que seja corretamente enfrentada. Por esse motivo, a Lei nº 11.340/06 “convoca uma série de atores para ações multidimensionais de enfrentamento [...] que partem desde a prevenção e repressão à violência, até ações de assistência à mulher em situação de violência” (PARIZOTTO, 2016, p. 30).

Segundo Valéria Fernandes (2015, p. 40), as “relações sociais de afeto ou familiares, palco de abusos e inúmeras formas de violência, não podem ser reguladas unicamente por normas morais, sob pena de se perpetuar a violência em prol da manutenção da família.” Por isso, foi fundamental a criação pelo legislador pátrio de uma lei específica com a finalidade de proteger integralmente todos direitos das vítimas de violência doméstica e familiar.

À vista disso, é evidente a vontade do legislador constituinte em promover a realização da justiça social, posto que procurou assegurar os direitos das mulheres, por meio das normas jurídicas, e amparar as vítimas de violência doméstica e familiar. Todavia, a discriminação e a violência contra as mulheres e a família está em constante crescimento, o que faz com que, atualmente, não se possa afirmar que a justiça social existe (FERNANDES, 2015, p. 40).

Em que pese os esforços do legislador pátrio em estabelecer tais proteções, a violência doméstica e familiar é o tipo de violência que mais cresce atualmente, sendo intensificada, inclusive, devido à pandemia de Covid-19. Conforme dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), no primeiro semestre do ano de 2020, 649 (seiscentas e quarenta e nove) mulheres foram vítimas de feminicídio, o que representa um aumento de 2% em relação ao mesmo período no ano de 2019 (FBSP, 2020).

Em 2019, 1.326 (mil, trezentas e vinte e seis) mulheres foram vítimas de feminicídio e dentre estas, 89,9% foram mortas por seus ex-companheiros. Também neste ano, 66.348 (sessenta e seis mil e trezentas e quarenta e oito) mulheres foram vítimas de estupro. Com relação a lesão corporal dolosa em decorrência de violência doméstica, foram 267.930 (duzentos e sessenta e sete mil, novecentos e trinta) registros, o que representa um aumento de 5,2% de registros em relação ao ano de 2018 (FBSP, 2020).

Assim sendo, ocorreu um estupro a cada oito minutos e uma agressão física a cada dois minutos no Brasil em 2019. Apesar disso, no primeiro semestre de 2020, os registros nas delegacias decorrentes de violência doméstica caíram em 9,6% em relação ao ano de 2019. Já os chamados para o 190 aumentaram em 3,8%, uma vez que foram 147.379 chamados somente no primeiro semestre de 2020 (FBSP, 2020).

Nesta perspectiva, visivelmente as medidas adotadas pelo Brasil para dizimar a violência doméstica e familiar são insuficientes para coibi-la e reprimi-la. São diversos os fatores que contribuem na baixa eficácia dos instrumentos jurídicos que buscam enfrentar a violência doméstica e familiar. Contudo, é necessário primeiramente, compreender o ciclo de abusividade.

Muito embora a violência doméstica seja marcada por diversas características e especificidades próprias e variáveis, por meio de estudos realizados pela psicóloga norte-americana Lenore Walker, identificou-se um ciclo progressivo de agressões que ocorre nas relações conjugais e que permite descobrir se a violência está ocorrendo no ambiente doméstico.

O ciclo da abusividade, também chamado de ciclo de violência doméstica, é composto de três fases. A primeira fase é chamada de Aumento da Tensão. Nesta fase, o agressor tem episódios de irritabilidade, tendo excessos de raiva sem motivo plausível. Acaba por humilhar e

ameaçar a vítima, colocando a culpa do seu desequilíbrio nesta. A vítima, por sua vez, tem a resposta automática de negar o que está acontecendo, procurando uma desculpa para justificar o comportamento do agressor, e pensa cautelosamente antes de agir com atitudes que venham a irritar o agressor (WALKER, 1979, p. 73).

A primeira fase pode persistir por pouco ou muito tempo. Entretanto, normalmente, as situações começam a aumentar de gravidade até que dão início à segunda fase. A segunda fase é chamada de Ato de Violência e traduz toda tensão da primeira fase em um ato violento. O agressor explode, perde seu controle e acaba por agredir a vítima. A agressão pode ser de natureza verbal, física, psicológica, moral ou patrimonial (WALKER, 1979, p. 73).

Nesta fase, a vítima tem consciência da violência ocorrida e do descontrole do agressor. Apesar disso, sente-se dominada e paralisada pela agressão sofrida, o que a deixa com a sensação de impotência. Sem reação, a vítima sofre uma tensão psicológica grave e quer distanciar-se do agressor, pelo que procura as mais diversas saídas (denúncia, divórcio e, até mesmo, suicídio) (WALKER, 1979, p. 96).

A última fase é chamada de Arrependimento e Comportamento Carinhoso. Nesta fase, o agressor se arrepende da agressão cometida. Ele muda seu comportamento a fim de obter uma reconciliação com a vítima e passa a ser atencioso, carinhoso e gentil. A vítima, fragilizada, acredita nas mudanças do agressor e cede ao relacionamento. Há um período em que a vítima acredita que o agressor realmente mudou, uma vez que há muita calma e estabilidade na relação (WALKER, 1979, p. 96).

Além de acreditar firmemente nas mudanças do agressor, a vítima também tende a ponderar seus direitos em prol do seu casamento, filhos, família e, inclusive, amigos. Porém, em certo momento, o aumento de

tensão retorna e, novamente, se inicia um novo ciclo de violência (WALKER, 1979, p. 98).

Nesse sentido:

Nem sempre a violência contra a mulher tem início com a agressão corporal. Ao contrário, na maioria dos casos, o homem inicia a dominação com a violência moral e psicológica até que a situação evolui para a agressão física, no momento em que a mulher já está fragilizada e não pode ofertar resistência. Os ataques físicos, graças ao ciclo da violência que se estabelece, tendem a se repetir e a se tornarem cada vez mais gravosos (FERNANDES, 2015, p. 59).

Destarte, importante destacar que o padrão de comportamento em um relacionamento abusivo é marcado pelo caráter cíclico e progressivo. Mediante um simples clima de tensão, um relacionamento abusivo pode evoluir para agressões. Isso quer dizer que os episódios de violência ocorridos em um relacionamento abusivo são interligados e evoluem em direção a eventos de maior gravidade (WALKER, 1979, p. 95).

Seja por fatores internos da vítima, como seus sentimentos, ou por fatores externos, como o medo dos julgamentos de seus familiares e amigos, ou até mesmo, o receio em denunciar o agressor, a tendência é que a vítima se esconda atrás do relacionamento abusivo e não consiga quebrar com o ciclo da abusividade. Com essa conduta repressiva, a vítima fica aprisionada ao relacionamento (WALKER, 1979, p. 96).

Faz-se indispensável esclarecer que são cinco as formas de violência contra a mulher: a violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial. Estas estão expressamente previstas no artigo 7º da Lei Maria da Penha, sendo que podem ocorrer simultaneamente ou separadamente. Via de regra, as violências psicológica, moral e patrimonial não envolvem ataques físicos, enquanto a violência física e a sexual implicam diretamente a

agressão física à vítima. Apesar disso, é habitual que as primeiras sejam a porta de entrada para agressões mais graves como as últimas.

A violência psicológica é a mais comum de acontecer no âmbito doméstico, posto que se caracteriza por um padrão de comportamento do relacionamento consistente em menosprezar, humilhar e responsabilizar a vítima pelo seu comportamento, fazendo com que se sinta culpada. Por sua vez, a violência moral abrange também os crimes contra a honra, quais sejam: calúnia, difamação e injúria. Sendo assim, é de difícil separação, no caso concreto, da violência psicológica para a violência moral, já que é comum que em um mesmo ato o agressor pratique a violência psicológica e a violência moral, simultaneamente (FERNANDES, 2015, p. 82).

Uma vez compreendido o funcionamento do ciclo de abusividade, é necessário esclarecer o porquê é tão difícil rompê-lo. Além de criar diversas medidas que visam proteger a vítima de violência doméstica –as mais famosas são as medidas protetivas de urgência–, a Lei Maria da Penha instituiu a criação dos Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o que representa uma grande conquista. Com essa previsão normativa, o legislador quis “criar uma estrutura mais capacitada e [...] permitir a unificação da prestação jurisdicional, tornando o processo mais célere, prevenindo decisões incompatíveis e diminuindo a barreira burocrática necessária para a mulher acessar a justiça” (ORTEGA; SOUZA, 2017, p. 41).

A possibilidade de centralizar em um procedimento judicial todos os problemas que se originam de um evento em que tenha ocorrido violência doméstica, sejam eles da esfera cível ou criminal, se traduz em uma verdadeira garantia de acesso à todos os mecanismos que asseguram os variados direitos das vítimas de violência doméstica e familiar, sem que esta seja obrigada a submeter-se à diversos órgãos jurisdicionais para ter seus direitos assistidos (BIANCHINI, 2018, p. 231).

Essa centralização somente é possível por conta da competência híbrida, prevista nos artigos 13 e 14 da Lei nº 11.340/06, que estes Juizados possuem. A competência híbrida, também chamada de competência mista, se diferencia pois determina que litígios cíveis e criminais conexos sejam julgados pelo mesmo juiz perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Dessa forma, quando a causa de pedir em um processo estiver conexo à uma situação de violência doméstica, a demanda deverá ser processada e julgada perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, promovendo-se uma ampla e integral proteção dos direitos das mulheres vítimas da violência doméstica, uma vez que estes direitos são multidimensionais (DIAS, 2020, p. 163).

Sobre a competência híbrida dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher:

Esta disposição garante que um juiz conheça amplamente um caso e possa atuar de maneira coerente acerca das diversas questões relacionadas a um evento de violência doméstica de gênero. Só constituiriam uma exceção a esta regra os crimes dolosos contra a vida, que exigem a atuação de uma vara especializada (PARIZOTTO, 2016, p. 30).

Bianchini (2018, p. 231) frisa que anteriormente à instituição destes Juizados, era dificultoso para a vítima de violência doméstica e familiar procurar seus direitos, pois em vários órgãos do Poder Judiciário pode-se postular. Com a previsão normativa de criação e a consequente instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher nos Tribunais de Justiça, a condição de vulnerabilidade da vítima foi melhor acolhida e seu acesso à justiça garantido, já que em um único local consegue-se ter seus direitos inteiramente atendidos.

Apesar de todo o avanço positivo com a criação dos Juizados, Bianchini (2018, p. 233) observa que muitos juízes não observam a competência híbrida destes Juizados e “a distribuição das varas e Juizados exclusivos é significativamente desproporcional entre os tribunais brasileiros e não obedece a critérios populacionais.” Ainda, enfatiza que a maioria dos Juizados estão situados em regiões metropolitanas, sendo o interior a localidade mais prejudicada.

Logo, inicialmente, são visíveis pelo menos dois empecilhos na correta operacionalização dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: a falta da sua implementação pelos Tribunais de Justiça dos Estados e, quando implantados, a falta de observância da sua competência híbrida.

Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, criados pela Lei n.º 11.340/06, são Juizados de primeira instância e são considerados varas especializadas. Por conseguinte, estão submetidos aos Tribunais de Justiça. Assim, “a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar e a disposição sobre sua competência são uma decisão privativa do Tribunal de Justiça Estadual correspondente” (PARIZOTTO, 2016, p. 31).

Nesse sentido:

Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar são instâncias especializadas na aplicação da Lei Maria da Penha, cuja criação é uma recomendação da própria legislação visando à elaboração de condições para que as medidas de punição, proteção, assistência e prevenção possam ser aplicadas integralmente (PASINATO, 2011, p. 134).

Logo, urge salientar o que disciplina o artigo 14 da Lei n.º 11.340/06. Tal artigo não determina a obrigatoriedade de instauração dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, uma vez que apenas oferece a possibilidade de criação destes. Em razão disso, o que existe é tão somente

uma orientação/recomendação aos Tribunais de Justiça (PARIZOTTO, 2016).

Levando isso em consideração, evidente que há uma omissão na implementação desses Juizados por parte dos Tribunais de Justiça. Afinal, é custoso e exige um trabalho árduo para implementá-los. À exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul, apenas a capital Porto Alegre e as cidades de Canoas, Caxias do Sul, Pelotas, São Leopoldo, Novo Hamburgo, Rio Grande e Santa Maria possuem Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Nas demais, esses juizados não são uma realidade.

Inobstante, a falta de observância da competência híbrida dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher também é um fator que colabora para o aumento da tramitação das ações que tenham sua causa de pedir conexa à uma situação de violência doméstica em varas cíveis ou de família.

De início, importante destacar que a Lei Maria da Penha, por meio da competência híbrida, acumulou duas esferas do Direito que, historicamente, não se confundem: o direito privado (direito civil) e o direito público (direito penal). Nesse sentido, esta fusão se deu no intuito de “romper com a falsa dicotomia entre as esferas pública e privada da vida das mulheres em situação de violência doméstica de gênero” (PARIZOTTO, 2016, p. 31).

Todavia, segundo Danilo Martins Ortega e Paula Sant’Anna Machado de Souza (2017, p. 41), o que se verifica na prática jurisdicional é uma tendência de cisão da competência cível da penal. Isso em razão de que, no cenário atual, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar se preocupa com questões meramente penais, enquanto as varas de família, ou mesmo as varas cíveis, ficam responsabilizadas pelos litígios cíveis e familiares.

O Enunciado n.º 03 do VIII Encontro do FONAVID (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) não deixou dúvidas quanto à esta questão, estabelecendo que:

A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações cíveis e as de Direito de Família ser processadas e julgadas pelas varas cíveis e de família, respectivamente (BRASIL, 2016).

Nesse sentido, muito embora a Lei n.º 11.340/06 tenha instituído a competência híbrida para os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com objetivo de assegurar que os mais variados direitos às vítimas de violência doméstica, sejam eles de natureza penal ou cível, estes ficam adstritos apenas ao deferimento das medidas de urgência de natureza cível, e não na efetiva resolução de litígios de natureza cível.

Assim sendo, evidente que temos diversas demandas tramitando nas varas cíveis ou de família que são oriundas de eventos em que ocorreram episódios de violência doméstica, posto que, mesmo nas Comarcas onde estão implementados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher as questões cíveis acabam sendo encaminhadas àquelas varas.

Deve-se destacar o artigo 33 da Lei n.º 11.340/06 que determina:

Art. 33, *caput*. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente (BRASIL, 2006).

Todavia, tal disposição também não é seguida pelas varas criminais, que encaminham os litígios familiares e cíveis às respectivas varas que

possuem competência para julgá-las, quais sejam as varas cíveis ou de família. Sendo assim, a mulher vítima de violência doméstica acaba passando por um processo extremamente longo até alcançar a resolução de seus problemas, que pode, até mesmo, levá-la a uma revitimização.

Inegável a importância dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para que se possa assegurar todos os múltiplos direitos inerentes à vítima da violência doméstica e familiar de maneira célere, eficiente e com menor onerosidade possível à vítima. Devemos considerar que esta é vulnerável e ter um juizado especializado na resolução de questões envolvendo a violência doméstica possibilita o rápido acesso à justiça, evitando a violência institucional, já que a vítima poderia encontrar em somente um órgão judicial a solução para todos os seus conflitos atinentes à violência doméstica (ORTEGA; SOUZA, 2017, p. 44).

Na mesma linha, as medidas protetivas de urgência são pouco eficazes no combate à violência doméstica. O fenômeno de silêncio da vítima, marcado pelo baixo número de denúncias, é outro fator que colabora para a perpetuação da violência doméstica. O silêncio da vítima ocorre por vergonha, crenças nas mudanças do parceiro, inversão da culpa, entre outros (FERNANDES, 2015, p. 128).

Liane Maria Busnello Thomé *et al.*, (2013, p. 267), afirmam sobre a situação atual que “a cruel realidade de tantas mulheres vítimas da violência doméstica por si só justifica, ou melhor, exige medidas urgentes e eficazes por parte dos Estados e da sociedade mundial, na tentativa de frear os efeitos destes conflitos e proteger suas vítimas.”

Nesse sentido:

[...] o Direito, como tradicionalmente concebido, não é dotado de efetividade em violência doméstica. As peculiaridades dessa forma de violência, a postura da vítima, a dificuldade de se produzir provas e a costumeira retratação da

ofendida obrigam o aplicador do Direito a transcender os moldes tradicionais para que possa proteger as vítimas que não se protegem sozinhas. E isso somente é possível com uma visão multidisciplinar e a noção de que o processo tem uma finalidade maior do que aplicar a pena, que é proteger a vítima e romper com a história de violência daquela família e daquelas pessoas (FERNANDES, 2015, p. 120).

Todas essas circunstâncias levam a um afogamento de demandas nas varas cíveis e de família em que a causa de pedir está conexas à uma situação de violência doméstica. Contudo, observa-se que as varas comuns não dispõem de uma rede de apoio multidisciplinar, tal como prevê a Lei Maria da Penha, para abordar corretamente tais situações.

Assim sendo, levando em consideração a baixo número de denúncias em face do silêncio da vítima, a baixa efetividade das medidas protetivas de urgência e a falta de implementação dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, necessário se faz refletir acerca da introdução de um método mais adequado e efetivo para a solução efetiva dos litígios familiares que envolvem violência doméstica.

A mediação é um meio que revela-se mais adequado nesses casos, pois permite que as partes envolvidas no conflito possam atuar de modo cooperado com o propósito de alcançar e satisfazer seus interesses comuns, visando o alcance da paz social e, cada vez mais, a harmonia das relações interpessoais, uma vez que os protagonistas da resolução do conflito são os mesmos envolvidos no conflito.

3. O conflito familiar intensificado pela violência doméstica e o uso da mediação como instrumento para viabilizar soluções eficientes nas ações de família

Os conflitos familiares, ditos aqueles que ocorrem no núcleo familiar, são distintos dos conflitos ordinários porque são qualificados por uma série de aspectos subjetivos inerentes às relações familiares. Nessa

perspectiva, o conflito familiar se mostra como uma espécie do gênero conflito que requer uma abordagem cuidadosa quando do seu enfrentamento para que se obtenha uma resolução efetiva.

Quando tais conflitos são marcados, ainda, por eventos de violência doméstica e familiar, a complexidade na sua abordagem é multiplicada e torna-se excessivamente difícil o seu enfrentamento. Apesar de todas as previsões normativas que amparam as vítimas de violência doméstica e familiar, sabe-se que, na prática, a realidade é bem diferente. Por inúmeros motivos, a eficiência das previsões normativas da Lei nº 11.340/06 são amplamente questionadas. Dessa forma, a violência doméstica está distante de deixar de ser uma realidade no Brasil.

A correta operacionalização da Lei Maria da Penha e as lacunas no ordenamento jurídico brasileiro são grandes obstáculos no caminho ao combate da violência doméstica e familiar. Atualmente, esta violência é a que mais cresce no Brasil, superando todos os dias novos recordes. Inegável, assim, que as medidas de proteção às vítimas de violência doméstica não mostram-se suficientes para romper com a sua principal fonte: o ciclo de abusividade.

Nesse sentido:

A violência contra a mulher em suas relações familiares é um problema social que vem exigindo tanto medidas no âmbito jurídico, conforme a Lei Maria da Penha, quanto seu enfrentamento pela sociedade por meio de programas e políticas públicas. O grande desafio na condução da proteção a estas mulheres é sua dificuldade de se reconhecerem como vítimas, já que muitas vivem em uma estrutura familiar transgeracional na qual a violência é uma conduta comum e, por isso, banalizada (THOMÉ *et al.*, 2013, p. 267).

Via de regra, tendo em vista a precariedade da estrutura do Poder Judiciário como um todo para tratar especificamente e individualmente as

demandas cíveis familiares que envolvem violência doméstica, estas são encaminhadas às varas de família/cíveis e acabam por se submeter ao procedimento das ações de família, disciplinado no Capítulo X do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe consigo múltiplas previsões normativas direcionadas à extensão da cultura de paz e do sistema de justiça multiportas. O artigo 3º, parágrafo 2º, do mencionado diploma legal, evidencia esta cultura ao prever que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015).

Especificamente em relação às lides familiares, o Código de Processo Civil estabeleceu que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (BRASIL, 2015).

Essa previsão é útil e favorável à preservação de valores do núcleo familiar, uma vez que é fundamental que os membros da família possuam a faculdade de usufruir de elementos que os forneça autonomia para compor seus próprios conflitos sem subordinação às decisões de terceiros. O empreendimento de esforços, porém, obedece aos limites da autonomia da vontade e da vedação do uso de constrangimento ou intimidação para composição das partes (TARTUCE, 2021, p. 294). Nessa perspectiva, não restam dúvidas de que o Poder Judiciário deve priorizar a solução dos conflitos de forma amigável, a fim de promover a cultura de paz.

A cultura de paz teve início com o uso dos meios adequados de solução de conflitos. Esses métodos são atualmente vistos como caminhos hábeis e oportunos para solucionar os conflitos interpessoais de maneira eficiente. O instituto da mediação tem seus princípios norteadores, os quais regem e norteiam a prestação deste meio alternativo de solução de conflitos. É de extrema importância que os princípios intrínsecos à

mediação sejam zelados e respeitados, uma vez que estes são projeções de valores e habilidades que visam garantir, em consonância com Carlos Eduardo de Vasconcelos (2018, p. 215), a “efetiva facilitação do diálogo, em condições de igualdade de oportunidades e liberdade igual, com vistas à compreensão e ao alcance dessa justiça do caso concreto.”

Nessa senda:

Os princípios da mediação consubstanciam os seus fundamentos éticos e funcionais. A dinâmica e os fundamentos da mediação de conflitos não afrontam ou desconhecem a validade dos textos do direito positivo, mas com eles não se confundem, pois, a substância do método da mediação está na tópica, na problematização, na consideração teleológica a partir do legítimo protagonismo transdisciplinar das pessoas envolvidas nas circunstâncias existenciais do conflito e do diálogo (VASCONCELOS, 2018, p. 215).

Nesse prisma, a mediação possui princípios norteadores à sua aplicação. De acordo com Fernanda Tartuce (2018, p. 210), “a observância dos princípios da mediação é crucial para que sua prática seja realizada de forma adequada em proveito das pessoas em crise.” Dessa forma, se respeitados os princípios que a norteiam, é possível a aplicação da sessão consensual. Os principais princípios são: da busca pelo consenso, da decisão informada, da imparcialidade, da boa-fé, da confidencialidade, da isonomia entre as partes, da independência e autonomia.

A voluntariedade é um dos pilares para que a mediação ocorra. Nos casos das ações de família marcadas por episódios de violência doméstica, é possível que a parte autora da ação, a mulher, não queira encontrar seu ex-companheiro. Evidente que isto deve ser respeitado e a sessão consensual não deve ser realizada, sob pena de revitimização da mulher (TARTUCE, 2019).

A autonomia de vontade é um dos princípios norteadores da mediação. O princípio da autonomia de vontade, “supõe a autonomia da vontade de pessoas capazes, no exercício da igual liberdade de pensamentos, palavras e ações, devendo o mediador abster-se de forçar um acordo e de tomar decisões pelos envolvidos” (VASCONCELOS, 2018, p. 215).

Além disso, conforme o caso (por exemplo, em casos de violência física ou sexual), a sessão consensual revela-se inadequada. Assim, pela vedação do uso de constrangimento ou intimidação para composição das partes, a sessão consensual também não deve ser realizada. A autonomia traz consigo a voluntariedade. Dessa forma, afirma que a mediação apenas deveria ser realizada com o aceite de todas as partes envolvidas no procedimento, afinal, estas devem ter a opção de escolha entre adotar ou não um meio consensual de resolução do seu conflito (TARTUCE, 2018).

Outra questão a ser enfrentada é a falta de apoio multidisciplinar. O Poder Judiciário conta com uma equipe multidisciplinar muito precária para o enfrentamento de questões deste gênero. Assim, o próprio juiz, ao despachar a inicial, pode encaminhar o casal a núcleos de apoio, em ambientes universitários, por exemplo.

Além disso, a mediação traz o acesso à Justiça é um direito fundamental e está consagrado na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV (BRASIL, 1988). Em síntese, o direito fundamental de acesso à justiça assegura ao povo o acesso ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, à justiça. Além da sua previsão constitucional, o direito de acesso à justiça está previsto no artigo 8º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário (1969).

Nesse sentido:

A legislação protetiva contra a violência familiar está posta na lei; no entanto, o Poder Judiciário não oferece espaço adequado de escuta aos envolvidos no conflito familiar, constituindo-se a mediação em uma escolha disponível para o encaminhamento de uma solução capaz de humanizar e promover a resolução de conflitos (THOMÉ *et al.*, 2013, p. 270).

Todavia, segundo Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (2013, p. 161), as pessoas se habituaram a confiar em uma cultura demandista, onde a decisão de um terceiro imparcial é tida como mais eficaz do que a dos próprios conflitantes. Ademais, o magistrado direciona o conflito para uma solução impositiva e não se preocupa com o resgate e o estímulo do diálogo entre as partes envolvidas.

A mediação surge como um meio adequado para resolução de conflitos familiares, inclusive, os que envolvem violência doméstica e familiar. Isso porque está em consonância com o disposto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, que garante o direito a uma efetividade processual diante a duração razoável do processo (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, o *caput* do artigo 226 estabelece a igualdade entre homens e mulheres e a proteção do Estado à família, sendo que esta última é considerada a base de toda a sociedade (BRASIL, 1988). Sendo assim, a Carta Magna deixa claro que o Poder Judiciário deve ser ágil e sempre buscar proteger o núcleo familiar. Contudo, nos dias de hoje a morosidade na tramitação dos processos é uma verdade incontestável.

A principal questão é que para que o Poder Judiciário consiga ser mais ágil e consiga respeitar a duração razoável do processo e garantir o acesso à justiça, a prestação jurisdicional deve ser mais efetiva. Por óbvio, os meios adequados de resolução de conflitos são imprescindíveis para o alcance da prestação jurisdicional efetiva, uma vez que a demora nesta

prestação pode causar até mesmo um desestímulo aos conflitantes (TRENTIN, 2013, p. 09).

Um exemplo da implementação da mediação em casos de família envolvendo a violência doméstica é o Projeto Mediação, desenvolvido pela Faculdade de Direito da Fundação do Ministério Público e o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. O referido projeto é desenvolvido na Vara de Violência Doméstica na Comarca de Porto Alegre desde agosto de 2012.

A mediação é dirigida por uma professora da instituição e é presidido por alunos ouvintes. Seu funcionamento é bastante simples, sendo certo que na audiência o agressor a vítima podem ou não estar acompanhados de advogado, uma vez que a Lei Maria da Penha não torna obrigatório a presença de defensor. Na própria audiência, é feita uma avaliação por parte do magistrado e o processo criminal segue o seu curso normal. Contudo, se o julgador observa que há possibilidade de realizar a mediação para restabelecer o diálogo entre as partes, expõe a possibilidade de participar da mediação (THOMÉ *et al.*, 2013, p. 272).

Importante ressaltar que a juíza apenas apresenta e expõe a possibilidade das partes participarem de um encontro de mediação. Cabe somente às partes decidir se querem ou não participar, ou seja, respeitando o princípio da autonomia de vontade. Uma vez aceita, o encontro de mediação será realizado. As partes são encaminhadas para o encontro de mediação familiar, que é realizado na presença de um mediador habilitado –o professor– e é assistida por um grupo de alunos (THOMÉ *et al.*, 2013, p. 271).

Antes de iniciar o encontro, a mediadora confirma a voluntariedade das partes e dá início a mediação. Primeiro, a vítima fala sobre suas necessidades, interesses, mágoas e aflições. Geralmente os interesses da vítima estão relacionados à convivência dos filhos, ao patrimônio e ao seu

próprio sustento. Chegando-se a um consenso, é redigido o termo de mediação familiar e as partes participarão de uma audiência para confirmar suas vontades. Uma vez confirmada, o termo de mediação é homologado. Salienta-se que o termo de mediação possui caráter provisório (THOMÉ *et al.*, 2013, p. 272).

Nesse cenário, considera-se a mediação como um meio adequado para a resolução de conflitos familiares envolvendo violência doméstica e familiar, posto que é uma forma de acesso à justiça e prestação jurisdicional efetiva. Mediante a aplicação da mediação nestes casos, é possível restabelecer um espaço de diálogo e resgate dos valores e princípios das partes envolvidas, possibilitando o rompimento do ciclo de violência de forma efetiva.

Considerações finais

Os conflitos familiares possuem características próprias e individuais que variam de acordo com cada relacionamento interpessoal e conforme as particularidades de cada família. Em face do árduo rompimento do ciclo de abusividade, os números das vítimas de violência doméstica crescem constantemente todos os dias.

A Lei Maria da Penha propõe um diálogo entre a esfera cível e a penal de forma multidisciplinar. A finalidade desta multidisciplinaridade é a obtenção de proteção integral aos direitos da vítima. Entretanto, por diversos motivos, algumas disposições desta lei revelam-se utópicas e não alcançam a sua plena efetividade.

As demandas familiares cíveis oriundas ou conexas com a violência doméstica, seja pela falta de implementação dos Juizados Especializados de Violência Doméstica ou pela falta da observância da sua competência híbrida. Mesmo com as diversas previsões penais preventivas e

repressivas da Lei Maria da Penha, muitas vítimas sequer buscam seus direitos no âmbito penal, apenas postulam no cível.

Diante da baixa efetividade das medidas protetivas de urgência e da dificuldade da vítima em conseguir ter todos os seus direitos assistidos em um só lugar, é bastante provável que a mulher retorne ao relacionamento abusivo. Isso porque as disposições da Lei nº 13.140/06 sozinhas não são suficientes para romper com o ciclo de abusividade, ou seja, não alcançam as questões cíveis que vinculam a mulher ao abusador.

Não obstante, deve-se considerar diversas óticas no enfrentamento do conflito. O rompimento do ciclo da abusividade é extremamente difícil para as vítimas da violência doméstica, posto que sofre, muitas vezes, de todos os tipos de violência doméstica: violência física, sexual, moral e patrimonial. Nesta perspectiva, o primeiro passo para o rompimento do ciclo de abusividade é a resolução de questões cíveis que tenham o poder de desvincular a vítima do relacionamento abusivo.

Assim sendo, em razão de proporcionar um espaço aberto de diálogo, reestruturação do relacionamento por meio do resgate de valores e princípios, a mediação oportuniza o acesso à justiça e a prestação jurisdicional efetiva, realizada respeitando a duração razoável do processo. Além disso, possibilita que as próprias partes envolvidas entrem em consenso e estabeleçam parâmetros de convivência, como o respeito mútuo.

Nesse contexto, é imprescindível que as partes tenham a seu dispor um meio apropriado e adequado para resolução do seu conflito. Respeitado os princípios da Carta Magna, da Lei Maria da Penha e da Lei de Mediações, a mediação é compreendida como o meio mais adequado o enfrentamento de ações de família que abrangem a violência doméstica e familiar contra a mulher, cabendo ao julgador, respeitada a autonomia de

vontade das partes, realizar o encaminhamento destes para a sessão de mediação.

Referências

AZEVEDO, André Gomma (org.). 2009. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD).

AZEVEDO, Antônio Inavir Gonçalves de. **A mediação no Brasil: visão atual e perspectivas de futuro**. Jornal Jurídico. Porto Alegre, 2020.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**. Lei n. 11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>.

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

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2006.

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5ª e. São Paulo: Juspodivm, 2019, p. 163.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32º edição. São Paulo: Malheiros, 2020.

DUZERT, Yann; SPINOLA, Ana Tereza; BORGES, Gerson. **Negociação em situações de crise e a matriz de negociações complexas**. In: ARROW, Kenneth J.; MNOOKIN, Robert H.; ROSS, Lee; TVERSKY, Amos; WILSON, Robert B.; DUZERT, Yann (coord.). *Negociação: barreiras para resolução de conflitos*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, edição eletrônica. (Col. GVLaw SP.).

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade**. Atlas, 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. Anuário brasileiro de segurança pública. Edição XIV. São Paulo, 2020.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial: análise da realidade brasileira. Origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MARTINELLI, Dante Pinheiro; ALMEIDA, Ana Paula de; BANDOS, Melissa Franchini Cavalcanti. **Negociação e solução de conflitos: do impasse ao ganha-ganha com o melhor estilo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

ORTEGA, Danilo Martins; SOUZA, Paula Sant’Anna Machado de. **A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar**. Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. São Paulo: 2017.

PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: a reatualização do conservadorismo. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 132, p. 287-305, maio/ago. 2018.

PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero: desafios para seu enfrentamento no Poder Judiciário. **[SYN]THESIS**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 29-39, jan./jun. 2016.

PASINATO, Wânia. **Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico- feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCAVONE Jr., Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da, (org.). **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Encaminhamento consensual das ações de família no regime do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/244.pdf>>. Acesso em 27/03/2021.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

THOMÉ, Liane Maria Busnello; PANICHI, Renata Maria Dotta; MÃDCHE, Flavia Clarici; SPHOR, Maria Paula; VARGAS, Iara Vasques. **Mediação familiar na violência doméstica: saber e saber fazer**. Revista da Faculdade de Direito da FMP. 2013, n. 8, p. 265-273.

TRENTIN, Sandro Seixas. **Acesso à Justiça: A Mediação como Política Pública de Garantia de Efetividade do Tempo e da Tutela Jurisdicional**. Disponível em: <<http://online>>.

unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10858/1390>.

Acesso em: 09 mai. 2021, p. 9.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 7.

ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

WALKER, Lenore. **The battered woman**. New York: Harper and How, 1979.

Interesse público em Habermas: influências, delimitações e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro ¹

*Yuri Alexandre Pastório Rocha*²
*Miguel da Silva Rossetto*³

Introdução

Em singela acerca da temática proposta, verifica-se que o conceito definido atualmente como interesse público não possui um consenso geral acerca de sua delimitação ou campo de abrangência. Partindo dessa fragilidade conceitual, sua citação é visível como uma cartada para legitimar diversas atitudes consideradas polêmicas pelo Estado e seus agentes, a fim de justificar suas atitudes dentro da legalidade, o que visivelmente levanta uma série de equívocos exponenciais, os quais acabam tendo efeito divergente do desejado. Em suma, a utilização incorreta e prepotente de um conceito que em tese definiria a vontade do povo, se mostra como um mecanismo de opressão e controle por aqueles que detêm o poder dentro de uma sociedade.

Em um primeiro aspecto, cabe ressaltar ao longo da história a colaboração de diversos filósofos e pensadores que tentam definir uma noção de interesse público, através de conceitos próprios e/ou complementares entre si, muitas vezes partindo de mesma perspectiva, ou

¹ Artigo científico produzido para o anuário 01/2021, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Acadêmico do IX nível do curso de direito, Universidade de Passo Fundo, 169104@upf.br. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5392026539913034>>

³ Professor orientador da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientador da pesquisa realizada. miguel.rossetto@upf.br. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1423730694499470>>

seja, elencando tal disposição como manifestação das pessoas integrantes de uma sociedade, o que em breve análise aponta para um consenso em pontos que traçam breves delimitações do interesse público/vontade geral, norteando a discussão abordada.

Entre os pensadores analisados, chama a atenção o desenvolvimento do interesse público em Jürgen Habermas, a qual aborda tal definição sobre o prisma histórico e parte de tal abordagem para elencar a definição adequada acerca do tema abordado. Torna-se fundamental ainda a observação da influência da filosofia do direito de Immanuel Kant, bem como a implicação do princípio da publicidade na formação da esfera pública de Habermas.

Assim, é possível tecer maiores considerações acerca da definição de interesse público, abordado pelo filósofo, e demonstrar a problemática exposta acerca do tema, o qual já vale destacar não haver uma solução totalmente adequada até a atualidade, bem como se mostra ainda um conceito frágil e passível das mais duras críticas pelos pensadores e teóricos do direito da atualidade.

Portanto, é válido considerar a importância acerca da temática exposta, partindo de um breve conceito histórico, a fim de melhorar a compreensão do tema e da origem do pensamento dos filósofos que moldaram o pensamento moderno, focando em especial na contribuição de Habermas, destacando suas contribuições e buscando tecer breves críticas acerca dos pontos necessários para tanto.

Em última análise amplia-se a discussão abordada ao levantar e demonstrar a influência do filósofo alemão dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em especial em atenção à doutrina contemporânea que se solidifica sobre o Direito Constitucional e Administrativo, a partir de considerações realizadas por alguns doutrinadores consagrados em suas

respectivas áreas, tais como Celso Antônio Bandeira de Mello e Rafael Carvalho Rezende Oliveira.

1 A definição histórica acerca do interesse público na filosofia

Ao longo da história, diversos pensadores, juristas e filósofos discutiram acerca do interesse público pela perspectiva da filosofia. Algumas análises podem chegar ao consenso e elencar o chamado interesse público, como uma noção de bem comum, das mais diversas formas, ou delimitando-o de forma indireta, ao definir determinado conceito análogo. Em um primeiro momento, já na Grécia antiga, Aristóteles preocupa-se em citar a atuação dos homens em colaboração com seus semelhantes dentro de uma sociedade formada como sendo o sumo bem comum, assim como cita:

O mesmo parece suceder nas disposições constitucionais: o homem que não contribui com nada para o bem comum não é honrado, pois o que pertence ao público é dado a quem o beneficia, e a honra pertence ao público (Aristóteles, 1991, p. 192).

Nesse ponto, o pensamento de colaboração mútua em uma sociedade sob a ótica de Aristóteles se mostra em reforço a um sentido de coletividade, o que solidifica entre os homens a caminhada convergente de tais agentes, com o intuito do melhoramento da condição humana e social. Importante demarcar que a formação do indivíduo daquele período, segundo Cristovam, considerava em sua essência a *Polis*⁴ grega como princípio e, portanto, o ser que ali convivia tinha como base a interação política com outros indivíduos, o que lhe dava destaque, ressaltava sua

⁴ Modelo de cidade grega.

existência como cidadão e permitia sua participação deliberativa com os demais cidadãos (2019, p. 111).

Partindo da consolidação grega antiga acerca da noção de um interesse geral, já na idade média, a evolução do desenvolvimento humano e social é marcada pela dura repressão e controle da igreja católica, e a sua massiva disseminação ideológica e doutrinária da fé maior, a qual legitimava a atuação do clero como propagandista do pensamento do período, marca característica do sistema feudal que dominou a Europa nos séculos XI a XIII, tecido como o período da idade das trevas.

Contudo, as influências do pensamento Grego antigo, especialmente a discussão acerca da noção de bem comum e interesse público foi refletida no Direito Canônico, reforçando a atuação do poder soberano, centrado na figura do rei, e legitimado por força divina. Nessa ótica, Cristovam ressalta a importância do pensamento de São Tomas de Aquino na construção de uma doutrina teológica do poder do Estado, a qual expõem o pensamento da época, e valida a atuação deste poder sobre a visão de que o ditador das leis terrenas é legitimado pela divindade (2019, p. 120).

Seguindo essa linha de raciocínio, São Tomas de Aquino, apesar de não efetivar uma construção própria de uma teoria sobre o interesse público, desenvolve uma breve noção acerca de um bem comum, considerando a ótica do cenário vivenciado, na qual destaca a busca do homem pela verdadeira felicidade, que em sua essência, se enquadra com o alcance de tal bem comum, que na concepção do filósofo seria Deus, como espécie de iluminação divina, um fim ultimo.

Dessa forma, anuncia Cristovam à concepção de Aquino como sendo o bem comum à preocupação do indivíduo para com a sua comunidade, através da busca de uma felicidade comum a este e a seus semelhantes que, por essência, somente poderia ser alcançada ao aproximar-se de Deus (2019, p. 121). Nesse caso, o homem busca a felicidade – o enquanto aquilo

que mais deseja – não apenas sob um olhar individualista, mas sobre o benefício dos integrantes de sua comunidade e, portanto, entende-se como legítima a criação de leis e regras que visem a comunhão de um grupo.

Adotada uma concepção mais moderna acerca da temática apresentada, em olhar atento aos períodos históricos posteriores a idade média, chama a atenção o período marcado pelo iluminismo, centrado nos ideais de liberdade e da razão, contra a tirania e opressão do absolutismo. Nesse período, a produção literária e o surgimento de novos pensadores ganharam abrangente força, em especial no que tange a explicação da concepção humana e a criação do Estado. É nesse cenário que Rousseau desenvolve a teoria do Contrato Social e ressalta importantes considerações acerca do interesse público, citado pelo autor como uma vontade geral.

Conforme cita Pinto (2005, p. 87), o pensador iluminista conceitua a vontade geral como forma de legitimar a estrutura e pactuação do contrato social, considerando a igualdade de forma e pensamento do homem em sua formação, havendo a união livre entre os homens, os quais adquirem para si direitos e obrigações decorrentes da formação social. Nesse sentido, o teorista ressalta que a vontade geral nada mais é do que uma relação de equilíbrio entre a vontade de um indivíduo sobre as demais, ou seja, a vontade geral, moldada em anseios comuns de integrantes da sociedade, manifestada pela entidade que une todos eles, ou seja, o Estado.

Em contrapartida, a vontade geral para Rousseau, segundo Pinto, não pode ser confundida com a vontade individual, pois a consciência de um agente inserido da sociedade, por mais discordante que seja do pactuado, pois sua consciência é livre em pensamento e manifestação, ainda assim não descaracteriza a atuação do Estado para imposição da vontade geral (2005, p. 87). Ainda, não pode ser confundida com uma vontade coletiva, ou seja, a vontade de um grupo de indivíduos inseridos nessa sociedade,

pois em suma, mesmo que na formação de uma facção, ainda assim ocorre apenas a expressão de indivíduos de um nicho, mas não uma manifestação geral.

Em breve relato, Melo, aponta a ideia de vontade geral sobre o enfoque do conceito de alienação total, na qual os indivíduos, ante a autodeterminação, se unem em prol da promoção das liberdades individuais e ao mesmo tempo pela conservação do homem, que se funda na criação de uma ordem jurídica, e por conseguinte, na formação de uma sociedade política (2018, p. 31).

Ante esse breve resgate histórico, é possível compreender de forma geral a evolução e acepção do interesse público, na amplitude de seu conceito, a qual parte de breve explicação para a união dos homens, até mesmo legitima a criação e construção do Estado. Nesse ponto, cabe melhor análise acerca de tal conceito a partir da perspectiva apresentada pelo teórico do direito Jürgen Habermas, o qual lida com o conceito ora citado sobre o enfoque de um célere resgate histórico, aqui já efetuado, e tece novas considerações acerca do tema.

Em menção a Habermas, Siebeneichler ressalta que o filósofo alemão elabora sua posição a partir do conceito de esfera pública com base em um resgate histórico, pautado em dois momentos, sendo o primeiro de um período pré-liberal, com destaque ao período medieval, com poder centralizado na estrutura da igreja católica, ao qual sofre gradativo desmonte da estrutura do Estado, até – segundo momento – a separação da estrutura de poder em duas vertentes, conhecidas pelos setores público e privado, de onde a opinião pública começa a ganhar destaque (2018, p. 85).

Destaca ainda o autor que a construção histórica abordada por Habermas ganha maior destaque e permite o entendimento da esfera pública a partir do estado liberal burguês, no qual é possível notar a

desconcentração do poder e seu questionamento pelos cidadãos, os quais se opõem ao controle estatal com base no princípio da publicidade (Siebeneichler, 2018, p. 87).

Nesse sentido, aponta ainda o autor, que para Habermas o fator primordial que enseja a influência na luta do povo pelo seus direitos se dá justamente na utilização dos meios de comunicação da época, os quais deixaram de ser simples meio privado de informação e passaram a ser meio para disseminação de informações e ideias políticas, e também um meio de atingir e voltar as massas contra os atos do poder público da época, o que culminaria mais tarde em eventos históricos que abalaram toda a estrutura política conhecida (Siebeneichler, 2018, p. 88).

Em análise a toda a abordagem histórica acima, é possível destacar a influência dos fenômenos e estudos para o entendimento do interesse público na visão do autor, que o desenvolve via conceito de esfera pública, fruto do uso da linguagem e do diálogo, sendo que o entendimento acerca da visão e raciocínio tecido pelo filósofo alemão ganha forma apenas se compreendido pela base histórica resgatada, como a montagem de um quebra cabeças, que Habermas aborda como base de seu estudo.

2 Exame do conceito de interesse público para Habermas

Partindo de breve exposição histórica acerca da problemática apresentada, é possível notar certas semelhanças entre a estrutura grega adotada e as ideias de bem comum e interesse público desenvolvido ao longo da história pelos teóricos das respectivas épocas, a qual ganha força pela participação popular desde a Grécia antiga e demonstra a legitimidade do Estado na promoção dos interesses da coletividade.

Em Habermas, nota-se tal peculiaridade no desenvolvimento de sua Teoria Discursiva do Direito, na qual abre discussão a ideias e temas fundamentais a análise da sociedade e do Estado. Dentre as ideias

propostas, a mais pertinente e que norteia o conceito de interesse público apresentado está à noção da esfera pública, na qual o autor destaca como “[...] uma rede adequada para comunicação de conteúdos, tomadas de posição, e opiniões; nela, os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, 2003, p. 92).

Como destacado acima, a esfera pública surge, para o filósofo alemão, como forma de uma rede de diálogos, repasse de conteúdos, compartilhamento de ideologias e crenças, nas quais, moldadas a uma linha comunicativa ampla e somente sobre a participação de todos, sem exclusões, forma a chamada opinião pública, e ainda, resulta na formação de um interesse público, consequência dos diálogos e processamento das opiniões de cidadãos em uma sociedade de cooperação e participação mútua.

Importante compreender, ademais, que a esfera pública a que Habermas se refere faz ressoar os problemas da sociedade civil ao nível do mundo da vida. Tais problemas se manifestam por uma estrutura comunicacional e devem, não somente ser identificados, mas, especialmente, tematizados e tratados no domínio do sistema político. A esfera pública é promotora da opinião pública, que não deve ser compreendida como uma opinião mensurada ou estatística, mas, ao contrário, como a manifestação de um discurso que comporta “(...) uma grandeza empírica, na medida em que ela se mede por qualidades procedimentais de seu processo de criação” (HABERMAS, 2003, p.94).

Ante tal compreensão, Assis (2011, p. 115) cita o interesse público na concepção do filósofo alemão como resultado eminente da participação dos indivíduos ante a esfera pública, ou seja, a participação ampla e ativa dos indivíduos (esfera privada), em constante diálogo aberto, sobre diversos temas pertinentes, sendo que tal prática para o pensador torna-

se inclusive condição de legitimidade ao interesse público e ao Estado atuante em políticas públicas advindas das necessidades dos cidadãos. No entanto, ressalta-se que tal participação deva sempre buscar o bem comum, que se molda através de linguagem determinada do agir comunicativo, e não deve se voltar a suprir interesses particulares, os quais se disfarçam e geram falsa impressão de uma opinião pública.

Em resumo a atuação de Habermas acerca do interesse público trata-se de resultado decorrente da participação e diálogos que concretizam o conceito de esfera pública para o autor, o que apenas ganha forma adequada se concretizado sob a ótica do agir comunicativo de e entre todos os homens, pautado por direitos fundamentais descritos pelo teórico como a igualdade, dignidade da pessoa humana e acesso à justiça.

Dessa forma, aponta Barros (2008, p. 24), a esfera pública, e conseqüentemente o interesse público, são, para o autor, construídos sobre o enfoque histórico e com grande base na *pólis* da Grécia antiga, seguindo uma linha aberta e racional de diálogo entre as pessoas, sob certos critérios para a harmonia das ideias levantadas o que pode ser claramente notado na teoria acima apresentada.

Em contrapartida, Guedes de Lima (2017, p. 176) faz dialogar com a exposição referendada em Habermas a ótica de Immanuel Kant, e em alguns pontos se complementam, e em outros divergem. Dessa forma, aponta o autor que Kant defende o interesse público sobre o viés de um sistema republicano, pautado como um sistema representativo do povo, pautado pela inserção de representantes eleitos pelos cidadãos, sendo que tal raciocínio prisma pelo cuidado dos próprios cidadãos, aos direitos do povo, pela figura de seus representantes. Tais representantes devem fazer as leis pautadas no interesse público, portanto.

Nessa seara, os cidadãos, como forma de coibir os abusos de seus representantes, segundo o autor, não podem atuar como resistência pela

insurgência ativa, caracterizada por uma revolução, mas possuem meio de resistência negativa, pautada pela recusa ao cumprimento de leis tidas como arbitrárias ou injustas, visando à busca por uma reforma, e fomentando a opinião pública, fundamental para a montagem do conceito de interesse público sob a ótica kantiana.

Em síntese, aborda o autor que para a formação de um conceito mais adequado ao interesse público, deve-se atentar a dois parâmetros complementares em si, na visão da filosofia kantiana:

Nesse sentido, a esfera pública é composta por dois dispositivos essenciais: (i) o princípio transcendental ou formal da publicidade (Prinzip der Publizität) segundo o qual “todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não se conciliar com a publicidade são injustas” (Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, sind unrecht), (ii) e a opinião pública (öffentliche Meinung) que na minha interpretação constitui o dispositivo empírico de efetivação do princípio transcendental da publicidade. (GUEDES DE LIMA, 2017, p. 177).

Em fomento ao diálogo apresentado, ressalta o autor que a abordagem realizada por Habermas pela participação popular foge um pouco a conspeção da esfera pública tecida por Kant na medida em que o filósofo alemão toma por base o princípio da publicidade e acaba desconsiderando a diferença realizada na filosofia do direito em Kant da cidadania ativa e passiva e sua influência na opinião pública (2017, p. 179).

Destaca ainda o autor concordância a Habermas em razão da crítica tecida a formação de uma esfera pública pela necessidade da abertura a todos os cidadãos terem espaço ao diálogo, e que sua ideia não seja afastada ou imposta por outrem. Contudo, tal razão destoa-se da concepção Kantiana, se pautada no princípio da publicidade, verificado sobre sua vertente formal.

Sobre o prisma do reconhecimento da publicidade como forma norteadora na construção do interesse público, ensina Siebeneichler (2018, p. 85) que a visão de Habermas, pautada sobre o princípio kantiano retro apontado, concebe a esfera pública como espaço público, formada por público de pessoas privadas, as quais discutem aspectos relevantes da sociedade civil, em especial na atuação do controle do Estado, reconhecendo portanto a atuação do povo como forma de este fiscalizar e fazer valer suas vontades perante o Estado na qual elas façam parte.

Tal ponto destaca-se pela participação popular na atuação do Estado e do controle deste exercido, sendo que o autor aponta pela construção histórica realizada por Habermas ser pautada sobre um viés do Estado liberal e moderno, formado agora por uma dualidade de seres, sendo de um lado o Estado, formado como um aparelho, ou conjuntura, que possui o monopólio do exercício do poder, e de outro as pessoas privadas atingidas pelos atos desde poder público (SIEBENEICHLER, 2018, p. 86).

Considerando o exposto, pelo caráter amplo do conceito de interesse público abordado, e a aplicação considerada demasiada irreal em uma sociedade na qual há uma polarização gigantesca de argumentos, ideias, e pessoas a serem ouvidas, verifica-se a amplitude do conceito apresentado, o qual mesmo na atualidade ainda é reconhecido como conceito indeterminado e de múltipla compreensão, Habermas recebeu diversas críticas acerca do conceito de esfera pública e da extração do interesse público derivado de tal teoria, ao qual ainda cita outras compreensões que na realidade obstaculizam a visualização prática do conceito definido pelo autor, tal como a crescente desigualdade e disputa pelo poder na sociedade (Barros, 2008, p. 26).

3 Críticas sobre a concepção de Habermas e influências no direito brasileiro.

As contribuições de Habermas para a análise acerca do interesse público são notáveis através da análise do conceito de esfera pública e de suas consequências de aplicação. Contudo, tal fundamento citado pelo autor possui notáveis dilemas que por sua vez obstam uma possível concretização do conceito ideal de esfera pública citado pelo autor, e por sua vez a formação do interesse público defendido pelo teórico alemão. Nesta linha, a autora, assinala que o pensamento pós-Habermas necessita de certos ajustes e critica o conceito inicial apontado pelo autor, apontando em primeiro lugar a contribuição de Nancy Fraser para a teoria democrática adotada (Losekann, 2009, p. 44).

Seguindo sua análise, a autora cita, em um primeiro momento, que o conceito construído por Habermas com base na vivência grega antiga não pode ser concebida da mesma forma em uma sociedade polarizada, produto do desenvolvimento de nichos e grupos fechados, crescente em especial no século XX e XXI, na qual dois problemas se acentuam, a imposição ideológica exercida por certos grupos sobre outros, em especial por aqueles detentores do capital, e a clara desigualdade econômica e social presente na contemporaneidade (Losekann, 2009, p. 44).

Nesse sentido, é notável que a aplicação prática de um interesse público perfeitamente distinto e fechado em si mesmo, baseado em um processo de diálogo amplo por muitas vezes seria afetado pela sobreposição de uma ideologia ou ideia específica sobre outra, não por ser boa ou ruim, mas sim pela exclusão dos mais fracos, sobre os mais fortes, e a dita opinião pública passa a ser a opinião do dominante sobre o dominado, o que o filósofo mais tarde, observando as críticas tecidas, constrói novos critérios visando afastar tal problemática e desenvolver o raciocínio de sua teoria.

Nessa visão, Losekann aponta que Habermas, observadas as críticas tecidas, readapta o conceito inicial da esfera pública citado, bem como o filósofo passa a reconhecer as crescentes desigualdades e a dominância no processo dialético de uns sobre os outros, e inclusive descreve a forma que tais indivíduos utilizam da opinião pública como oportunidade para implantação de seu pensamento sobre outrem (2009, p. 49).

Completando o raciocínio apontado, destaca Siebeneichler, que o filósofo alemão reconhece a dificuldade na aplicação da esfera pública como fio condutor dentro de uma sociedade complexa, destacando a necessidade da integração social por meio de uma esfera pública política, pautada na solidariedade abstrata dos cidadãos atuantes, e mediada pelo direito (2018, p. 93).

Nesse viés, aponta o autor que a esfera pública em uma sociedade complexa e política se apresentam sobre dois prismas, sendo o primeiro um espaço de auto representação pessoal, focada em um personagem político, e a segunda formada pelo espaço de debates, mediante exposição de argumentos para formação de um consenso.

Dessa forma, por mais que para Habermas o interesse público tenha forma sobre um processo de diálogo, dentro da concepção de uma esfera pública, que por sua vez se conecta a esfera particular para definição e caracterização de anseios e necessidades, ainda parece difícil delimitar com o raciocínio construído o que é um interesse público, e torna-se dificultoso tal entendimento quando analisada a inaplicabilidade prática do disposto pelo autor, sendo de fundamental importância um olhar do pensamento moldado pela concepção de Habermas e de pensadores próximos.

Partindo desse ponto, cabe brevemente comentar o entendimento e aplicação do conceito ora estudado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, através de análise doutrinária do ramo do direito administrativo, isto é, a ramificação jurídica que trata exclusivamente da

ação do Estado. Observado o regime jurídico de direito administrativo, Mello analisa o interesse público sobre a vertente de dois princípios norteadores, quais sejam, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Para o autor, tal conceito não possui uma base legal própria da qual possa ser extraído alguma conclusão lógica que legitime a atuação do Estado, sendo um conceito indeterminado em sede legal (2014, p. 62).

Pela conclusão lógica tal preceito a nível doutrinário pode ser entendido como o resultado de um conjunto de interesses que os indivíduos possuem de forma pessoal, considerados como membros de uma sociedade em que se inserem (Mello, 2014, p. 62). Ante tal exposição, é notável a influência histórica do conceito adotado, inclusive ressaltando a exposição de Habermas acerca do interesse público, ao ressaltar a estrutura da esfera pública, bem como influência de autores como Rousseau e Aristóteles.

Em contrapartida, Oliveira ressalta tal influência ao conceituar o princípio da supremacia do interesse público, elencando o conceito ora estudado sobre duas facetas, sendo elas o interesse público *primário* e *secundário*, quanto ao primeiro, disserta que o interesse público esta relacionado à satisfação de necessidades coletivas prestadas pelo Estado, e o segundo concebe como o interesse da pessoa jurídica Estado em si, relacionadas à sua organização e funcionamento (2018 p. 88/89). Resultado de tal acepção, o interesse público primário influencia diretamente o secundário e sobre certo ângulo orienta as ações que o Estado toma para a preservação e desenvolvimento dos indivíduos sobre sua tutela.

Contudo, o autor ainda afirma que o conceito de interesse público permanece sendo um conceito indeterminado, já que este se molda de acordo com os anseios da sociedade e o momento vivenciado. Nesse

sentido, constata-se maior influência histórica e filosófica a doutrina de direito administrativo, tendo em vista o molde do conceito elencado a teoria de Rousseau, quanto à subdivisão do interesse público, e de Habermas, em observado processo de diálogo entre os anseios dos indivíduos em busca do bem comum.

A análise realizada por Mello é oportuna, pois reflete uma “consequência” jurídica importante e que é vivenciada diariamente no Brasil. O conceito histórico é presente de forma tão acentuada, que a própria Constituição Brasileira, possui traços inegáveis de garantias de direitos a seus cidadãos. Cabe ressaltar que muitos destes direitos positivados na nossa Carta Maior, não o são em Constituições estrangeiras, uma vez que se tornou necessário protegê-los em última instância, pelo fato de serem violados sistematicamente em um período anterior de ditadura.

De forma a ressaltar a construção da abordagem do interesse público no período após a elaboração da Constituição de 1988, Di Pietro, analisa o caráter histórico do conceito inerente à administração pública sobre o prisma de uma clara reação ao combate dos interesses individuais sobre a tutela coletiva, sendo que até meados do século XIX, a atuação estatal moldava-se sobre a ótica passiva, como garantidor dos direitos individuais (2009, p. 65). Em sede de desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, a proteção do Estado teve que se adaptar no viés de uma presença ativa, como forma de expurgar ao máximo possível a promoção do aparato público ao proveito de uma parcela ínfima de pessoas, em geral sendo a parcela mais economicamente dominante.

Dessa forma, conforme bem reconhece a autora, a atuação do Estado pela promoção do interesse coletivo transforma todo o *modus operandi*⁵

⁵ Modo de operação.

de tal ente, dando uma roupagem nova ao poder público, não na figura de mero garantidor, mas de um agente com dever a seus cidadãos, a qual promove os direitos que este mesmo reconhece a seus cidadãos, e institui a ampliação de serviços públicos, poder de polícia, dentre outras obrigações positivas (Di Pietro, 2009, p. 65).

Em decorrência de tal dever imposto ao Estado e seus poderes inerentes, a administração pública fica vinculada a tal preceito também na aplicação da lei no exercício da função administrativa, tendo como objetivo atuar pela promoção do interesse coletivo, e em barrar a promoção de interesse privados pelo uso indevido do aparato estatal, o que bem ressalta a autora:

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal (Di Pietro, 2009, p. 66).

Reforçando a argumentação acima tecida, tal promoção pode ser vista claramente na Constituição da República de 1988, a qual já em seu artigo 3^o⁶ traz objetivos a serem cumpridos pelo Estado Brasileiro ao desenvolvimento da nação. Partindo disso, nota-se de tal artigo que o constituinte originário reconhece a presença de um interesse público a ser cumprida por tal ente, como forma de promoção do desenvolvimento da

⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

sociedade Brasileira, na busca pela igualdade e liberdade, erradicação da pobreza, dentre outros aspectos.

Nessa seara, a luta pela promoção da tutela coletiva pode acabar beneficiando mais a um particular, pois a fusão indireta entre a esfera individual e os interesses coletivos podem se encontrar em certas situações sociais, de forma sorrateira. Contudo, o conceito de supremacia do interesse público adotado dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, no viés da autora acima elencada, atua sobre duas facetas que conjuntamente se desenvolvem e expurgam tal obtenção de benefícios, quais sejam no combate a utilização do poder do Estado para obtenção de benefícios a parcelas ínfimas da população, em detrimento dos demais cidadãos, bem como na atuação ativa do poder público na busca pelo desenvolvimento da sociedade de forma ativa, visando à garantia dos direitos por ela reconhecidos (Di Pietro, 2009, p. 66).

Ligado tais conceitos ao desenvolvimento da acepção de esfera pública, adotada por Habermas, denota-se larga influência na construção do entendimento sobre a tutela coletiva, a qual ganha força dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em especial no ramo do direito administrativo, o qual se encarrega diretamente da definição e aplicação de preceitos que sistematizam todo o aparato da máquina estatal.

Nesse ponto, é notório que a definição aberta de esfera pública, definida como uma rede de diálogos, a qual leva em consideração as diferentes opiniões, adotada pelo filósofo alemão não é diretamente aplicada como a definição de interesse público conhecido e aplicado pelo ordenamento jurídico brasileiro (2003, p. 93).

Contudo, tal definição pauta-se em alguns elementos desenvolvido pelo autor ora estudado, tais como a influência as opiniões públicas, largamente criticados na teoria desenvolvida, mas que indiretamente moldam e reinventam os ditames e interesses da sociedade, o que pela

atuação do Estado se desenvolve no advento da criação de novas regras e princípios norteadores (2003, p. 94).

Além disso, é conclusivo que o raciocínio desenvolvido por Habermas aponta para o fim de que tal construção de diálogos e opiniões que norteiam e formam o interesse público são visualizados na realidade, através da construção do regime estatal moderno de vários países, dentre eles o Brasil, os quais elevam a estrutura da participação popular, adaptando tal preceito pela escolha de seus representantes (2003, p. 97).

Em singela análise da construção do Estado sobre regime democrático, este determina e incentiva a participação popular na tomada de decisões, o qual da voz ao povo através do voto, com a eleição de representantes, os quais representam toda a população que os elegeu. Tal aspecto, portanto, ressalta a formação do diálogo e da linguagem como formas de adequar a formação do aparato estatal a promoção dos interesses da população ali presente e tutelada, visando o direcionamento dos rumos que interessem ao povo, a serem perseguidos pelo Estado.

Portanto, denota-se clara influência do raciocínio construído pelo filósofo alemão sobre a construção de um interesse público ao longo da história como fator de grande influência dentro dos institutos inerentes ao ordenamento jurídico atual, em especial pelo direcionamento da forma motriz do Estado, na representação de suas instituições, bens e agentes, os quais inerentemente possuem seus deveres e objetivos pautados na busca pelo desenvolvimento da sociedade como um todo, norteada pela noção do interesse coletivo tutelado.

Considerações finais

Como é possível auferir no decorrer do presente artigo, é notável a contribuição de Habermas para o desenvolvimento do conceito de interesse público, em especial ao traçar tal cotação sobre uma ótica

histórica, acrescentando um desenvolvimento ligado diretamente ao entendimento da esfera pública, conceito este construído pelo filósofo alemão, com base em na ideia de desenvolvimento do diálogo aos moldes da Grécia antiga. Desta forma, constrói o pensador uma perspectiva de ligação do Estado aos indivíduos que o moldam, sendo o resultado de tal interação o interesse público ao qual o ente público deva observar, tanto na criação, quanto na aplicação das normas e demais princípios inerentes, concebidos como norma vinculante ao Estado.

Tal construção histórica, certamente possui um impacto importante na concepção das Constituições dos Estados nacionais, não se pode ignorar a história como um fator que influencie o conceito do interesse público, sendo que, tal pauta por diversas vezes é positivada em constituições e estas, em grande parte, são frutos de ebulições sociais, revoltas e qualquer outro catalizador que provoque mudanças na sociedade, sendo que a elaboração do conceito apontado pelo filósofo ora estudado ganha base no modelo de atuação política grega e forma sua base dentro de um estado liberal e com participação democrática, requisito este obrigatório para formação de um verdadeiro interesse público, na visão de Habermas.

Ao fim, é fundamental reconhecer que, ao menos em sua forma mais crua a tese apresenta notáveis falhas, e não delimita de forma clara um conceito uno de interesse público, ao contrário, reconhece que o interesse público muda na medida em que a esfera pública se modifica, seja pela mudança de pensamento do período, a derrubada de tabus ou por inovações externas a narrativa concebida.

Naturalmente, existem críticas acerca de sua teoria, o que se justifica pela utopia dos requisitos apresentados para a visualização prática de tal conceito, em especial por conta da clara desigualdade e imposição ideológica, sendo que Habermas rebate essas críticas, ao tecer novas considerações, levantando a hipótese do desenvolvimento da esfera

pública dentro de sociedades complexas e a desenvolvendo sobre novas óticas, seja pela representação ou pela possibilidade de um amplo diálogo entre os agentes ali inseridos, sem exclusão ou discriminação de ideias e argumentos.

Em que pese à doutrina brasileira aparente se inspirar no autor ao conceituar o interesse público como tal, reconhece suas falhas, seu desvio e sua amplitude interpretativa quanto à aplicação ao caso concreto, mas ainda sim o consagra como princípio que norteia e reforça a força do povo na busca para o bem de si e de todos a sua volta, pela visão de um bem comum.

Portanto, o interesse público, imposto como princípio a ser observado, não se trata somente de um preceito norteador para conflitos sem solução aparente, mas sim visa reforçar um dever a ser cumprido e um modo de agir ao ente estatal, em face da luta pelo desenvolvimento da nação e de todas as pessoas situadas em seu território, e abarcadas por sua soberania.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W. D. Ross. Editora Nova Cultural, Ltda. São Paulo. 4^a. ed, 1991.

ASSIS, Cristiane Costa. *O interesse público na Teoria Discursiva do Direito*. Revista de estudos jurídicos da Unesp. UNESP. V. 15, p. 109-117, 2011.

BARROS, Ana Paula Ferrari Lemos. *A importância do conceito de esfera pública de Habermas para a análise da imprensa: uma revisão do tema*. Universitas: Arquit. e Comun. Social. Brasília. v. 5n. 1/2, p. 23-34, jan./dez. 2008. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/arqcom/article/viewFile/671/70>>. Acesso em: 17 Nov. 2020.

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

- CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. *Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público*. Revista de Investigações Constitucionais. vol. 6 n.º.1 Curitiba. 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2009.
- GUEDES DE LIMA, Francisco Jozivan. *Republicanismo e Esfera Pública em Kant: uma reconstrução social da Justiça*. Veritas: Porto Alegre, v. 62, n. 1, p. 169-186, 22 maio 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.15448/1984-6746.2017.1.26512>>. Acesso em: 07 Jun. 2021.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2v. 2003.
- LOSEKANN, Cristiana. *A esfera pública habermasiana, seus principais críticos e as possibilidades do uso deste conceito no contexto brasileiro*. Pensamento Plural. Ano 2. N.º 4, p. 37-57, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 31. Ed. Malheiros Editora: São Paulo. 2014.
- MELO, Felipe Matos Lima. *Interesse público em Rousseau: uma análise sobre o papel da propriedade na instituição política*. 2018. 56 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura em Filosofia) – Universidade de Brasília: Brasília. 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª. Ed. Editora Método: São Paulo, 2018.
- PINTO, M. M. (2019). *A Noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean Jacques Rousseau*. Cadernos De Ética E Filosofia Política. P. 83-97.
- SIEBENEICHLER, Flavio Beno. *O Conceito Esfera Pública No Pensamento Habermasiano*. Logeion: Filosofia da Informação, v. 5, p. 84-96, 11 nov. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.21728/logcion.2018v5no.p84-96>>. Acesso em: 07 Jun. 2021.

A concessão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas no direito brasileiro ¹

*Yuri Alexandre Pastório Rocha ²
Roberto Carlos Gradin ³*

Introdução

A problemática observada no instituto da assistência judiciária gratuita (AJG) desenvolve-se com base em lacuna presente pela lei, tendo em vista que a legislação reconhece o direito ora discutido às Pessoas Jurídicas. Entretanto, a mesma não regula as hipóteses de sua aplicação, nem identifica qualquer critério delimitador para tal concessão, e ainda denota maior cautela quando requerido à benesse por tais agentes em demandas judiciais.

Nesse sentido, verifica-se que a norma agrega certa omissão ao tema, considerando que em exato tempo na qual a legislação vigente reconhece a possibilidade de concessão do benefício a tais agentes, acaba por impor barreiras, retirando a presunção de condição de hipossuficiência, ao requerer a comprovação cabal de tal condição, sem espaço para dúvidas. Ainda, esta não cita limite fático para o reconhecimento ou não da situação de hipossuficiência, deixando a cargo do magistrado, pela subjetividade deste, ponderar quais agentes estão ou não aptos a receber tal benefício.

¹ Artigo científico produzido no Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Acadêmico do X nível do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 169104@upf.br. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5392026539913034>>.

³ Professor do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS. Especialista em curso de pós-graduação Lato Sensu em Direito Civil pela Faculdade CESUSC. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: gradin@upf.br.

Antes de adentrar na abordagem do tema estudado, cabe salientar que, para fins práticos e em especial, atenção a melhor compreensão do problema, é reconhecível que as expressões “assistência judiciária gratuita” e “gratuidade judiciária” por parte da doutrina não tem o mesmo significado, pois o primeiro trata-se de serviço público concedido pelo Estado no fornecimento de defensor de forma gratuita a aqueles mais necessitados, já o segundo engloba um direito provisório relativo à isenção das custas e das despesas judiciais e/ou extrajudiciais.

Todavia, pelo escopo da prática forense aqui delimitado, e para fins de estudo acerca da problemática do instituto da assistência judiciária gratuita *latu sensu*⁴, tais expressões serão adotadas como sinônimos, considerando-se a necessidade de uma abordagem clara e precisa acerca do tema, visando melhor compreensão e reflexão do leitor, sem retirar o efeito crítico e contributivo da pesquisa desenvolvida, pelo fato de que, em análise aos conceitos apresentados, uma expressão acaba por se encontrar com a outra em diversos momentos do estudo.

Partindo de forte base principiológica, a segunda parte da pesquisa apresentada foca-se na análise do marco da gratuidade judiciária dentro da legislação infraconstitucional, partindo da sanção da Lei 1060/50, usual para algumas situações até a atualidade, até o advento do Código de Processo Civil de 2015, através da estruturação de artigos que consagram a aplicação da assistência judiciária gratuita no ordenamento jurídico brasileiro, dando foco às pessoas jurídicas inseridas a tal instituto.

Dessa forma, cabe ainda análise detalhada da Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual habilita critério chave que diferencia tais agentes na análise e aplicação do instituto da gratuidade judiciária para pessoas físicas, e agrega substancial necessidade para

⁴Em sentido amplo.

delimitação de critérios para distinção às pessoas jurídicas, de acordo com a necessidade do caso concreto.

Nesse contexto, cabe ainda demonstrar de forma breve a amplitude de agentes que se encaixam na definição de pessoa jurídica. De forma a desenvolver o problema, verificou-se crucial a aplicação de métodos de estudo, como a delimitação de conceitos doutrinários, dos princípios norteadores e normas infraconstitucionais, atentando-se melhor a hipóteses que a doutrina e jurisprudência indicam, tais como a interpretação de documentos e análise argumentativa, ambas sendo devidamente observadas ao longo do raciocínio.

1. A gratuidade judiciária no Código de Processo Civil de 2015: pormenorização dos Artigos 98 e 99 e considerações doutrinárias

Observada a estrutura de princípios envolvidos na temática em questão, é possível afirmar que a atuação da assistência judiciária gratuita dentro do direito brasileiro é desenvolvida sobre a ótica de efetividade ao acesso à justiça de toda e qualquer pessoa que queira levar sua pretensão à tutela jurisdicional do Estado. Portanto, tal comando possui uma série de normas voltadas ao cumprimento de tal pretensão, o que dentro de um Estado Democrático de Direito ganha maior preocupação por parte dos legisladores, notável pela inserção de artigos dedicados ao instituto dentro das vigentes legislações infraconstitucionais, em especial com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a qual representa uma vitória na busca do acesso à justiça e pela proteção de direitos, com o amparo da justiça. Nesse cenário, a normativa estruturada anseia por enfoque interpretativo mais apurado.

Atenta às inovações trazidas pela Constituição Cidadã, dentre elas elencado a assistência jurídica gratuita ao status de direito fundamental, observa-se um considerável avanço do preceito em tela, diante das alterações promovidas pela Lei 13.105/15, que trouxe em seu bojo diversos

elementos que dão ênfase a assistência judiciária gratuita e suas particularidades, alguns já conhecidos e outros inovadores. Dentre tais elementos, na seção IV do presente código, foi inserido um rol de artigos dedicados exclusivamente a elencar fatores norteadores envolvendo tal instituto.

Em sua conjuntura, o Artigo 98⁵, caput e parágrafos, ordenam diversas situações, compreendendo desde o conceito, os atos compreendidos pela gratuidade da justiça e algumas situações excepcionais. Desse modo, aponta Harrison Targino (2016, p.162) que o benefício dentro do CPC surge de forma a efetivar prerrogativa destinada a viabilizar o acesso ao judiciário e a tutela do estado para aqueles que enfrentam dificuldades para arcar com os custos advindos do processo. Sendo este direito público subjetivo reconhecido a aqueles que a necessitarem, tanto a pessoas físicas ou jurídicas, que possuam ou não finalidade de lucro.

Atentando-se a leitura do caput do artigo retro, e em paralelo aos ensinamentos do autor, é possível verificar a abrangência deste direito fundamental, tanto as pessoas físicas, como as pessoas jurídicas, que, observando a forma da lei, podem ser beneficiadas com a assistência integral ou parcial, em todos ou alguns atos processuais, desde que comprovada à insuficiência cabal de recursos.

Em face das considerações tecidas por Montenegro Filho (2018, p.124), tal situação não pode ser constatada através de mera análise de patrimônio acumulado pelo requerente, mas deve acolher tanto a receita, salário e lucro, como também deve levar em consideração as despesas, prejuízos e descontos obtidos continuamente por tal agente. Nesse sentido, é notável que tal ordenamento atue diretamente pelo critério de um

⁵ Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

elevado custo para o agente, ou seja, quando à custa e despesas decorrentes se tornam um verdadeiro obstáculo na busca pela efetividade de um direito que possua.

Portanto, a gratuidade da justiça adquire forma sobre um critério que corre além do fator de pobreza do agente, mas busca atender aos anseios daqueles que realmente a necessitam, elencando um critério de equilíbrio do ônus ao indivíduo tutelado, de forma que a ausência de sua concessão não acarrete mais prejuízos para si ou para outrem, determinando esta condição com a célere hipossuficiência econômica.

Em continuidade, a dissecação dos artigos supramencionados, vale destacar que a nova legislação processual civil tratou em seu artigo 98, §1^o de diversos tipos de custos e taxas abarcadas pela assistência judiciária gratuita, as quais têm como escopo desde as famigeradas custas judiciais, e evoluem até mesmo ao pagamento de emolumentos a serem pagos em serventia registral e notarial.

Nesses termos, Silva (2016, p.989), expõe cautelosamente que apesar da indicação de um extenso rol citado pelo Código de Processo Civil de 2015, confirmando alguns dos parâmetros fixados pela Lei 1060/50 e trazendo novas espécies, tais hipóteses não são exaustivas, considerando que a conjuntura do §1^o trata-se de rol exemplificativo. Portanto, as demais despesas não citadas no presente código relativas à efetividade da tutela jurisdicional podem ser requisitadas a qualquer momento, tendo em

⁶ § 1^o A gratuidade da justiça compreende: I - as taxas ou as custas judiciais; II - os selos postais; III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse; V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais; VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

vista interpretação constitucional do dispositivo, reafirmado em leitura ao caput do Artigo 98 do diploma processual civil vigente.

Dessa forma, pela conjuntura apresentada de hipóteses, sobrevém que a assistência judiciária gratuita nos termos da legislação processual civil vigente tem como principal função dar efetividade a aplicação da tutela da justiça para aqueles que a requisitam. Assim sendo, é válido salientar a flexibilidade dentro do processo que tal instituto fornece, sendo duas das principais hipóteses surgem em primeiro pela concessão da gratuidade judiciária para um, alguns ou todos os atos judiciais, nos termos do §5^o⁷, da mesma forma que o parcelamento das custas judiciais, conforme aponta o §6^o⁸, do Artigo 98, do mesmo diploma legal. Por conseguinte, Silva (2016, p.989) analisa estes critérios como feições alternativas de auxílio ao requerente que possui certa necessidade reconhecida no caso concreto, contudo, este não se enquadra de forma plena no conceito de agente economicamente hipossuficiente.

Com relação a tais meios de benefício, discorre o autor que

O dispositivo tem grande importância prática. Primeiramente evita que aquele que tem algum recurso para pagar as despesas do processo usufrua do benefício integralmente ou tenha a gratuidade totalmente negada ante uma aparente suficiência de recursos para todo o processo, em relação ao qual não se podem prever, antecipadamente, os custos do início ao fim. Em suma, prevê a proporcionalidade como balizadora da concessão do benefício, fixando a extensão da gratuidade. Em segundo lugar, a nova previsão legal é útil ao Estado, que deve, segundo o NCPC, custear imediatamente a perícia requerida pelo beneficiário da gratuidade da justiça, com possibilidade de posterior ressarcimento ao erário. Dessa maneira, o Parcelamento puro livra o Estado

⁷ Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. § 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

⁸ § 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

dessa obrigação. A redução proporcional das despesas, por sua vez, torna a obrigação menos onerosa à Fazenda Pública. Por fim, não se pode falar do objeto da gratuidade judiciária sem tratar também daquilo que não é abrangido pelo benefício. De forma expressa, e consagrando anterior ensinamento doutrinário, o NCPC dispõe que “a concessão da gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas” (SILVA, 2016, p. 990).

Assim sendo, chama a atenção que ao magistrado resta uma gama de meios de equilibrar as pretensões do beneficiário, aliado ao fato em que se pode preservar a necessidade de custeio das despesas que a prestação jurisdicional requirite. Considerando esta uma alternativa viável a tutela dos interesses do indivíduo e do Estado conjuntamente, considerando que se ampara determinada necessidade do agente, ao mesmo tempo em que a tutela da gratuidade judiciária em sua integralidade geraria a certo tempo um ônus desnecessário aos cofres públicos por tal isenção. Desse modo, o magistrado possui meios de ponderar tais questões e amparar ambas as tutelas.

Quanto à arguição em tela do Artigo 99⁹ e seus parágrafos do CPC, constata-se a repetição por parte do legislador sobre questões já tratadas pela Lei 1.060/50 e pela jurisprudência dominante, a qual trouxe as disposições já consagradas, mas com algumas alterações, com o intuito de reunir toda a matéria pertinente em um único texto legal, inserido dentro do ordenamento jurídico atual, sem excluir demais disposições conexas.

Destacam-se dois posicionamentos referentes às alterações supracitadas, sendo eles, o caput do Artigo 99 e §3^{o10} - do mesmo diploma legal - sendo que a primeira hipótese localiza-se quanto ao pedido de

⁹ Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

¹⁰ § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

gratuidade a qualquer tempo, que ganha destaque em seu uso pela possibilidade fática de uma das partes sofrer depreciação de condições que uma hora possuía, mas por determinado evento deixou de auferir essa condição, fazendo-se necessária o amparo de tal depreciação pelo poder judiciário. Tal pedido, portanto, pode ser formulado em amplo lapso temporal, seja por petição específica ou até como pedido junto a simples petição, dependendo da fase em que o processo se encontrar, conforme aponta o §1^o11 do Artigo ora estudado, e bem destacado por Trindade (2016, p. 169).

Tal flexibilidade serve como parâmetro para demonstrar que a intenção primordial do legislador se deslinda na proteção para aquele que não possua recurso para o seguimento da demanda, ou seja, o resguardo aqui não se exaure no ingresso da demanda, mas sim norteia toda a marcha processual a preocupação em ceder condições para a efetividade da tutela jurisdicional do Estado. Em tal caso, não se trata de mera prática processual, a qual se vincula diretamente a um momento e forma específica, mas sim cede a liberdade para que o requerente possa demonstrar que mesmo em momento bem adiante no feito, tal parte possua condição de driblar fato impeditivo em sua caminhada.

Em segundo momento, é possível notar pela leitura do §3^o, do Artigo 99 do CPC, uma vultosa divisão entre os agentes beneficiários da assistência judiciária gratuita carregando uma série de pontos obstáculos a serem enfrentados, dentre eles o objeto do presente estudo. Em suma, a normativa abarcada engendra a afamada presunção relativa de veracidade, contemplando as pessoas naturais apenas. Nesses termos, explica Trindade (2016, p.169) que, tacitamente o CPC desde logo exclui as

¹¹ § 1^o Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

peças jurídicas de tal hipótese, sendo, portanto, seu dever efetuar prova de que está apta a receber tal égive.

Entretanto, vale destacar desde já que a legislação processual civil não desbrava acerca de tal necessidade de prova, sequer trazendo meios reais de demonstração da condição de hipossuficiência a título de obrigatoriedade, sequer traça limitação tangível que separe às peças jurídicas merecedoras da serventia jurídica, daquelas que sejam consideradas aptas para arcar com os valores de uma demanda judicial, ficando a mercê de singela interpretação do magistrado condutor da lide.

Reforçando os critérios adotados pela legislação processual civil vigente, Donizzeti (2017, p. 174), aponta que a normativa processual civilista ressalta ao ordenamento jurídico o instituto já previsto em legislações anteriores, reformulando sua abrangência e caminhando em conjunto com a posição dos tribunais, consolidada por meio da ilustre Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça, a qual elenca a pessoa jurídica como titular do direito a gratuidade judiciária. Entretanto, é limitada aos requerentes que comprovarem a sua impossibilidade em arcar com custas e despesas do processo.

Tal aspecto robustecer se através da analítica de Wanbier e Talamini (2016, p.80), os quais ressaltam a presença de um posicionamento geral da jurisprudência acerca da possibilidade de ser reconhecida a legitimidade de requerimento da benesse por parte de tais agentes, mas aparentemente tal narrativa se mostra conflitante ao omitir a possibilidade de aplicação da presunção de veracidade da hipossuficiência às peças jurídicas, o que coaduna com o objeto da crítica a ser elucidada.

Em contrapartida, os critérios adotados pela legislação processual civil atual, para Bastos (2017, p.3), devem caminhar lado a lado com a jurisprudência e a doutrina, em especial quanto à aplicação do Artigo 98 e da Súmula 481 do STJ às peças jurídicas, sendo pacífico o entendimento

que para estas, não basta mera suscitação de hipossuficiência econômica. Assim como é possível a simples alegação à pessoa natural, nos termos do Artigo 99, §3, do mesmo diploma legal, ao contrário se aplica às pessoas jurídicas, as quais deve haver indícios certos de impossibilidade para arcar com custas da demanda proposta.

Conseqüentemente, em face da amplitude do instituto abarcado, torna-se crucial o trabalho da doutrina e da jurisprudência em efetivar uma definição objetiva de critérios para a concessão da gratuidade da justiça às pessoas jurídicas, tendo em vista que o próprio ordenamento jurídico as exclui de presunção tácita, e em consequência exige uma vasta coleta probatória para tanto. Em contrapartida a tal exigência, o entendimento citado deixa de atuar em indicar algum rumo a ser traçado, o que denota certa contrariedade do CPC e de entendimento sumulado pelo tribunal superior.

Ora, se a lei quer de fato exigir critérios e dificultar o acesso à justiça às pessoas jurídicas, no mínimo é conclusiva que a mesma deva fornecer os limites e os critérios de forma objetiva, para enquadramento de tal pessoa ou não a condição pleiteada, sendo insustentável uma sistemática totalmente voltada à interpretação do magistrado no caso concreto, pois sua atuação subjetiva gera diversas incertezas, em especial no cenário atual, a qual traz morosidade ao processo e acaba por gerar maior angústia e gastos a aquela parte realmente necessitada, obstaculizando o acesso à justiça, defendido como direito fundamental.

Em vista disso, o posicionamento atual exige um olhar cauteloso em sua leitura, tendo em vista a lacuna deixada pela lei, ficando a cargo da doutrina e jurisprudência limitar, o que seria a tal impossibilidade citada pela letra fria do diploma supramencionado. Além disso, é inescusável a compreensão da quantia em pecúnia, delimitada por valor ou porcentagem limite, que barraria ou não certa pessoa jurídica de pleitear

tal direito, baseada pelo tipo de amparo necessário e de acordo com a pessoa jurídica requerente do benefício. Nessa lógica, parece pertinente que tal estrutura necessita de maiores esclarecimentos, bem como indicações de possíveis caminhos a serem traçados.

2. A utilização da Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça em face de restrição às Pessoas Jurídicas

Em continuidade a linha de raciocínio moldada, consolida-se vital uma melhor análise acerca do instituto da assistência judiciária gratuita, sobre a ótica da lei, e sua conformidade com a jurisprudência consolidada e posição dos tribunais superiores acerca do tema, observada em especial às peculiaridades e detalhes adotados para as pessoas jurídicas como um todo, no que tange em especial as limitações impostas ativa e passivamente.

Em primeiro plano, cabe ressaltar que a doutrina aponta o prelúdio da Súmula 481, de autoria do Superior Tribunal de Justiça, como resultado da afirmação da jurisprudência dominante acerca de omissão trazida pelo então revogado Artigo 2º e parágrafo único, ambos da Lei 1060/50¹², ao qual previa em suma a possibilidade de concessão de tal instituto às pessoas físicas que não possuíssem condições de arcar com o custo do andamento de um processo, amplamente falando, mas como não expressava menção às pessoas jurídicas.

Ficou a cargo desta, apontar se a Lei valia ou não para tais agentes, o que levou ao entendimento consolidado ora discutido, que reconheceu a aplicação do instituto às pessoas jurídicas, desde que provem sua característica hipossuficiência econômica, o que foi reafirmado pelo CPC

¹² Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015) Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015).

de 2015, sem grandes alterações, conforme breve leitura do Artigo 99, §3º, conforme analisado por Abreu (2016, p. 968).

Em análise doutrinária quanto à solidificação jurisprudencial acerca do tema, Martins (2019, p. 213), expõe algumas inovações trazidas ao longo do contexto histórico de tal instituto, e assenta para a recente inclusão das pessoas jurídicas em sua ampla acepção, diante da Súmula 481 do STJ, não importando seus fins lucrativos, desde que prove suas alegações acerca de sua hipossuficiência econômica. O que em um primeiro momento parece solucionar a problemática pela clara disparidade entre os dois tipos de agentes, acaba por desconsiderar em simultâneo tempo que a ficção trazida pela criação de um ser dotado de personalidade, possui em seu núcleo diversas subdivisões a nível conceitual, as quais elevam o patamar do problema a ser enfrentado.

Segundo os ensinamentos do autor – Martins (2019, p.11) -, essa dicotomia aponta para questão já discutida pelo STJ quanto ao benefício da assistência judiciária gratuita para pessoas jurídicas e ajuda a traçar algumas considerações que norteiam a forma de concessão, em especial no ponto que a singela argumentação de falência ou insolvência por si só não basta para o enquadramento na titularidade de tal benefício, entretanto, sanciona a tais agentes em igualdade com os demais o ônus probatório de sua dificuldade em arcar com o custo de uma demanda judicial no momento de sua requisição.

Diante do exposto, observa-se nitidamente caminho traçado pelos tribunais superiores acerca de alguns critérios basilares para concessão da gratuidade judiciária, o qual se analisado sem delongas, mostra posição louvável e aponta certa preocupação da administração pública em sanear gastos e gerenciar o erário público. Todavia, tais posicionamentos do tipo em singularidade, ainda se mostram insuficientes a ponto de pacificar totalmente as discussões acerca do tema, considerando a presença do

desamparo às pessoas jurídicas e sua dificuldade para se enquadrarem como hipossuficientes no ponto de vista da lei, já que tais agentes, na qualidade de requerentes, não possui precisão alguma se são ou não consideradas como tais e se gozam de pleno direito, já que a própria lei e entendimento pacificado da jurisprudência são omissos em tal ponto, e em contrapartida, exigem comprovação cabal de necessidade.

Conforme posicionamento de Pinho (2018, p.361), a garantia constitucional da assistência judiciária gratuita na nova legislação processual civil surge com diversas delimitações para a abrangência do instituto e revoga algumas disposições anteriores trazidas por leis esparsas, conforme é possível notar na Lei 1060/50, e unifica alguns pontos pacificados pelos tribunais, como por exemplo, a Súmula 481 do STJ, conforme citado acima. O que em um primeiro momento se mostra apenas uma adaptação do instituto aos moldes da legislação e entendimentos atuais, mas que ao unificar todos os critérios em poucas linhas de expressão, abre uma lacuna ainda maior de interpretação e cede maior margem ao magistrado em julgar a requisição de tal benefício.

Em contraparte a afirmação tecida, assistido na legislação posterior ao do entendimento sumulado no ano de 2012, Pinho (2018, p.362), reconhece a taxatividade trazida pelo Artigo 98 do Código de Processo Civil de 2015, ao citar que as pessoas, tanto físicas como jurídicas, possuem direito a concessão da gratuidade judiciária, o que dialoga diretamente com a expressão do direito fundamental à assistência judiciária gratuita, conforme aponta o art. 5º, LXXIV, da Carta Maior. Sendo que tal fundamento amparado na forma da lei, se mostra contraditório à luz do entendimento atual firmado pelo próprio STJ, já que onera as pessoas jurídicas a necessária comprovação que a própria lei não abarca. Logo, para a devida efetividade do instituto, a lei é que deveria complementar e

trazer de maneira inequívoca critérios e limites para tal concessão, assim como em parte faz a pessoa física.

Colaborando para os ensinamentos do autor acima mencionado, quanto ao disposto sobre a pacificação da ausência de presunção de hipossuficiência para às pessoas jurídicas, afirma-se que tal entendimento aplicado pelo STJ, no que tange a tais agentes, considera Araújo (2013, p.44), que este vai de encontro à própria interpretação legislativa acerca da necessidade de prova cabal para tais agentes poderem receber tal benefício, já que a luz do Artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, requisita de fato a insuficiência de recursos, sendo tal critério de natureza do instituto.

Baseando-se no entendimento da autora, é possível notar que o dever levantado pelo tribunal superior é problemático desde o seu bojo, pois atua de forma contraditória ao limitar certos agentes a comprovação da alegação de necessidade acerca da gratuidade judiciária, sem maiores justificativas, e sequer traça orientações de como atender a tal normativa, já que, salvo melhor juízo, a simples demonstração argumentativa da hipossuficiência já atenderia ao comando que a própria carta magna emana. Contudo, tal assertiva de demonstração com provas robustas até certo termo é válida, desde que apresente de fato um limite que o ordenamento jurídico entenda como base, o que no caso em tela acaba por se dirigir ao bom entendimento daquele que julga.

Nesse segmento, o Superior Tribunal de Justiça, em entendimento conceituado na Súmula retro apontada, impõem às pessoas jurídicas notória limitação em provar seu pleito, enquanto os demais agentes gozam de presunção relativa quanto às suas alegações, o que se revela problemático e por muitas vezes algo contrário ao que as diretrizes que o ordenamento jurídico aponta.

Ante tal entendimento, a autora – Araújo (2013, p.45) – registra que o posicionamento adotado pelo STJ possui vertente contrária ao que se extrai em legislação acerca do instituto da assistência jurídica gratuita, ou seja, a presunção nesse caso, opera no sentido de que toda pessoa jurídica seja apta a arcar com os custos de um processo, havendo um pensamento equivocados neste ponto, o qual é centrado na figura das empresas de maior expressão, dotadas de capital social considerável, e conceituado por conjunto de colaboradores financiadores do agente ficto. E pasmem, torna-se seu dever provar o contrário dessa construção da figura da empresa, o que não se enquadra por qualquer noção da realidade social vivenciada.

Diante do exposto, observadas às críticas trazidas pela autora, é notável que o posicionamento pacificado do tribunal superior sobre o tema é deficitário, sendo que tal entendimento não supre todos os anseios que paira por aqueles agentes que muitas vezes possuem capital constitutivo irrisório e são formados por diversas vezes de colaboradores e empresários atuantes em ramo familiar ou sobre a administração de uma equipe ínfima e sem qualquer corpo jurídico que a ampare. Na realidade a composição majoritária de pleiteantes da gratuidade judiciária sequer sonha com o devido preparo para tanto.

Portanto, é possível verificar que tal decisão é apenas uma pequena parte diante da amplitude ainda existente de lacunas a serem sanadas dentro do instituto da assistência judiciária gratuita e sua concessão, em especial no que tange a limitação pecuniária e de capital social da pessoa jurídica requerente. Mas que ao mesmo tempo se mostra um problema ao impor taxativamente um ônus a toda uma categoria de agentes, de forma genérica e sem qualquer preocupação em efetivar o acesso amplo a justiça.

3. Hipossuficiência: apontamentos sobre os diferentes tipos de pessoas jurídicas existentes no direito brasileiro

Apura-se, sob o olhar da lei e da jurisprudência, não haver definição clara do que seria a chamada impossibilidade de arcar com custos, abarcada pelo texto legal, e sequer existe uma indicação de quais modalidades de empresas, tipos de sociedade, ou de capital social auferido pela pessoa jurídica em questão separam quem pode ou não arcar com a custa de uma demanda judicial. Em consequência disso, algumas espécies de empresas enfrentam maiores dificuldades que outras, para a juntada da prova requerida, exemplo disso dar-se-á no enquadramento de critérios para os microempreendedores individuais (MEI), sendo esta modalidade de pessoa jurídica nova no sistema normativo jurídico brasileiro e ainda pouco explorada, mormente no que tange a sua forte ligação com o patrimônio constituído da pessoa física que a caracteriza.

Portanto, é nítida a necessidade de exploração dos tipos de agentes jurídicos que compreendem o ordenamento jurídico brasileiro, para descrever de forma precisa as particularidades de cada um, visando traçar parâmetro base para distinguir aquele mais necessitado, de outrem que presumidamente, tenha condições de arcar com o custo de uma demanda judicial, sem agregar em substancial dano a sustentação da pessoa jurídica e/ou de seus dependentes.

Em primeiro ponto, cabe ressaltar que a figura do empresário, tal qual é conhecida dentro do sistema normativo brasileiro vai além da mera caracterização da atividade por ele exercida, mas possui diversas particularidades, e inclusive, possui tipos especiais próprios de subdivisões, de acordo com sua base econômica e modo de constituição. Portanto, a figura das pessoas jurídicas que exerçam atividade econômica com o fim de auferir lucros pode se dar pelos mais diversos modos, desde

as chamadas Microempresas, das empresas consideradas de pequeno, médio e grande porte.

Desse modo, não há sequer um modo de comparar a capacidade econômica e de operação de uma microempresa, a uma empresa de grande porte, com operações dentro e fora do país. Diante desse cenário, Sarhan Junior (2019, p.83), aponta grande avanço na legislação pátria acerca da diferenciação dessas figuras, inclusive no que tange a forma de tratamento, e na concessão ou não de certos incentivos a determinados agentes empresariais.

Para o benefício das atividades de menor expressão econômica de forma isolada, a própria Constituição Federal de 1988 passou a abordar tal modalidade, sugerindo uma nova qualificação de empresários a ser explorada pela lei, sendo referência a estes a Microempresa e empresa de pequeno porte, cedendo tratamento diferenciado para tais figuras, nos mais diversos campos em que a empresa possa ter participação, conforme preceitua o Artigo 179¹³ da Carta Magna.

Visando cumprimento da elaboração legislativa constitucional, surge em regulação ao artigo supracitado a Lei complementar 123 de 2006, a qual conceitua as micro e pequenas empresas, enquadrando certos tipos empresariais já reconhecidos pela legislação nesta figura nova, trazendo ainda uma série de normativas e tratamentos diferenciados a aqueles enquadrados no tipo legal, com uma série de benefícios, de forma a incentivar o desenvolvimento desses agentes.

Analisando trecho do regramento legal em voga, em seu artigo 3^{o14}, segue-se que a definição para empreendedores individuais exige para que

¹³ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

¹⁴ Art. 3^o Para os efeitos desta Lei Complementar consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que

se encaixem nessa lei o enquadramento legal da figura de empresário, prevista no artigo 966¹⁵, do Código Civil (CC), bem como estipula um fator econômico limite para a disposição na categoria, distinto entre microempresa e empresa de pequeno porte. Além disso, é manifesta que pela drástica diferença de ganhos de uma categoria para outra, a própria lei já traz benefícios distintos para cada tipo elencado nos incisos do artigo 3º.

Partindo disso, a primeira conclusão que salta aos olhos acerca de uma legislação própria e voltada a atender a demanda de empresas de menor expressão não parece possuir o patamar de melhorar o desenvolvimento econômico ou de gerar mais empregos e renda, considerando que tais agentes por si movimentam quantia ínfima de valores no mercado financeiro, ou sequer possuem regulação, quando falamos de comércios informais.

Contudo, bem aponta Sarhan Junior (2019, p.84), tais agentes empresariais representam mais da metade das empresas existentes no Brasil, ou seja, em uma singela operação aritmética, se percebe que o comércio individual, familiar, ou com um grupo de poucos colaboradores, são os principais responsáveis pela produção e comercialização de produtos e serviços dentro da economia brasileira, bem como são os maiores geradores de emprego e renda ao próprio país.

Considerando o exposto, é possível notar em um levantamento superficial de tal panorama de valores, que a maioria das consideradas micro e pequenas empresas dificilmente necessitam da gratuidade da

se refere o art. 966 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

¹⁵ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

justiça para fins de atuação processual. Portanto, a aplicação da comprovação cabal de forma simples e sem critérios parece a primeira vista ser última solução.

Entretanto, tal afirmação enfrenta graves prejuízos em verificação aprofundada acerca da estrutura empresarial, levando em conta seus gastos típicos e atípicos, na qual a inserção de novas despesas para fins de pleitear direito perante a justiça, em diversos casos, é sinônimo de menor produção, falta de produtos, e até mesmo atraso em pagamento de salários e verbas trabalhistas, mostrando que uma simples afirmação em que torna regra para a pessoa jurídica pagar para acessar a justiça beira a injustiça.

Em meio à expressiva gama de indivíduos abarcados pela LC 123/06, uma figura empresarial que se destaca muito nos últimos anos e que se enquadra dentro do conceito do microempresário é o intitulado Micro Empreendedor Individual (MEI), instituído pela Lei complementar 128 de 2008, em alteração a LC 123/06, a qual conceitua tal agente no artigo 18-A, §1º¹⁶ como o empresário atuante de forma individual e que, pela previsão atual, possua renda bruta anual de até oitenta e um mil reais, possuindo certas peculiaridades e com diretrizes voltadas para seu desenvolvimento.

A principal caracterização da figura do MEI reside em trazer as pessoas que exerçam função de forma autônoma e independente para a formalidade do mercado, para que seja reconhecido seu empreendimento como pessoa jurídica, dotada de personalidade própria, atentando a um regime diferenciado, cedido pela simplificação de tributos e permitindo ao

¹⁶ Art. 18-A. O Microempreendedor Individual - MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo. §1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual que se enquadre na definição do art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), que seja optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.

agente, e eventual colaborador contribuinte, de ter reconhecido direitos e frutos do exercício de sua atividade, tal como o direito a aposentadoria pelo regime de contribuição previdenciária, conforme explana Tondolo (2018, p. 31).

Posto isto, a autora supracitada, raciocina através das peculiaridades trazidas pela criação dessa nova modalidade empresarial, destacando que fica nítido o quanto as pessoas jurídicas possuem vastas diferenças umas das outras. Ainda, nos casos como o MEI, tal modalidade se interliga de forma direta com a figura da pessoa física do seu proprietário, tendo em vista nesses casos que os riscos da atividade econômica diariamente desafiam a sobrevivência da figura do empreendedor e seus dependentes (TONDOLO, 2018, p.31).

Diante de tal cenário, é notório qualquer seja o empreendedor individual, que ao responder lide em nome de seu empreendimento, em análise ao alto custo para a sustentação da demanda em que figura, constata-se um enorme desafio, qual seja o de conciliar o patrimônio de seu empreendimento, este que em igual tempo compõem a base de sua empresa e leva o sustento a sua mesa. Portanto, tal empresário fica frente a frente com um obstáculo que o Estado, ou o mesmo que dá a oportunidade ao agente de obter o início de seu negócio o barra sobre o gozo da tutela jurisdicional, não por uma imposição, mas pela omissão gerada por um rótulo, que desconhece a árdua realidade social do pleiteante.

O termo típico a ser apreciado pelas figuras empresariais estudadas se dá na complexidade que norteia a análise acerca da concessão da assistência judiciária gratuita para as pessoas jurídicas no geral. Por conseguinte, é visto que a simples conclusão pelo fator de constituição com base no tipo de titular ainda sim pode gerar diversas injustiças, já que uma pequena empresa pode obter um capital social de alta gama, em valor

milionário, mas possuir despesas ínfimas e um ótimo aparelhamento necessário para o custeio de uma demanda. De fato comparação esta incabível, mas internamente presente no caso concreto.

Em igual tempo, adverte-se ao microempresário em início de desenvolvimento, cujo nível de despesas ultrapassa sua receita e seu capital de constituição sequer gera lucro real para o desenvolvimento de seu negócio ou para a alimentação de si e de sua família. Nesses dois casos, sob a ótica literal do processo, sem visão de mundo e realidade, ambos seriam declarados aptos a arcarem com as custas de um processo, segundo as regras do jogo.

Em suma, Tondolo (2018, p.33) aborda a expressiva quantia de agentes figurados em sendo empresas de baixa gama e produção, que em sua grande maioria conta com recursos escassos, e muitas vezes atua no seio de produção e comercialização voltadas a uma região, cidade, ou até mesmo um bairro, tais como pequenos mercados, oficinas mecânicas, salões de beleza, entre outros.

Portanto, é de extrema dificuldade a tais agentes em arcar com as altas e custosas cargas de despesa geradas por uma demanda judicial, a qual não enxerga de maneira proporcional e razoável o ser que ali se encontra, mas o rotula com a expressão “pessoa jurídica” e eleva seu tratamento a uma forma fria e imprecisa, uma singela desculpa para padronizar um tratamento, sob a justificativa de evitar que os abastados gozem de privilégio, o que sem dúvida alguma gera malefícios ainda maiores a tais agentes e indiretamente para toda a sociedade.

Em apanhado a todo o aparato levantado, cabe salientar novamente a necessidade da observação da discussão dentro do próprio poder judiciário, como forma de entender a estrutura complexa e divisora de opiniões que o instituto discutido gera. Dessa forma, é de fundamental importância um entendimento bem observado entre a doutrina e a prática,

partindo de uma análise ampla, como forma de verificar as possibilidades de resolução da problemática observada.

Considerações finais

É notável a evolução do instituto da assistência judiciária gratuita ao longo dos tempos, com o fomento pela lei 1060/50, e ganhando especial forma com o advento da Constituição Federal de 1988, que eleva aspectos basilares do instituto ao patamar de garantias fundamentais inerentes. Ainda obtém foco pela lei no Código de Processo Civil de 2015, e pela Súmula 481 do STJ, a qual desperta atenção quanto à necessidade de delimitação de meio para o reconhecimento da hipossuficiência as pessoas jurídicas e a consequente concessão da gratuidade judiciária a tais agentes.

Nesse sentido, observa-se a atuação da lei ante a ausência na delimitação de critérios para a concessão do instituto às pessoas jurídicas, bem como estabelece ainda um dever de comprovação de necessidade a estes agentes, ao afastar a presunção de veracidade de suas alegações. Diante disso, aponta-se certa falha de tal entendimento jurisprudencial, que dificulta aos agentes pleiteantes do benefício à comprovação, já que ao estabelecer um dever, não aponta quaisquer parâmetros a serem observados.

Considera-se que tais condições estabelecem certa noção do que e de como pleitear o benefício, mas não se mostram suficientes a atender uma realidade de agente tão repleta, que abrange desde microempreendedores, pequenas, médias e até grandes empresas. Mesmo recorrendo a condições não aceitas pela jurisprudência, ainda é perceptível uma abrangência grandiosa, que acaba por obrigar o magistrado a analisar condições de hipossuficiência, por meios até mesmo extralegais em havendo dúvidas, sendo inviável este meio de arguição arbitrária se contraposta ao acesso à

justiça, em detrimento de demais direitos presentes no ordenamento jurídico.

Dessa forma, o caminho que melhor atende às necessidades das partes seria a formulação legal do tema, através de delimitação exemplificativa que abarque separadamente os diversos tipos de pessoas jurídicas classificadas. Sendo imprescindível que estabeleça condições especiais conforme as necessidades de cada categoria, bem como estabeleça documentações cabíveis a servirem de base para análise da gratuidade judiciária de pessoas jurídicas, considerando que ao juiz resta a tarefa de exercer uma interpretação sólida com base em critérios delimitados, considerando o dever de cooperação presente nas demandas judiciais na praxe forense.

Tal ponto ganha patente noção no momento vivenciado pelo Brasil, na qual muitas empresas e microempreendedores vêm sendo afetados por uma crise a nível global, decorrente de diversos fatores. Na realidade do processo, o momento e as condições econômicas da parte na lide não podem ser obstáculo para o exercício de seu direito de acesso à justiça para obtenção da tutela de direito pelo agente, sendo que o entrave das condições de hipossuficiência econômica pela lei já reconhecem a possibilidade da aplicação do instituto da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas, mas que vê barreira na obrigatória comprovação da condição de miserabilidade, conforme entendimento da Súmula 481 do STJ em vigor.

Nesse ponto, é defensável uma atuação unificada e presente não só da lei, mas também da doutrina e da jurisprudência, as quais exercem papel crucial para aplicação e interpretação das normas, princípios e regras, sendo imperiosa a observação do caso concreto. No entanto, ainda é fundamental o estabelecimento legal de condições base para as diversas categorias de agentes presentes no ordenamento jurídico brasileiro,

defendida como solução a controvérsias e injustiças advindas de interpretação subjetiva dos juízes, versando pela proteção do princípio do amplo acesso à justiça, e assegurando a assistência judiciária gratuita como um direito fundamental a ser zelado pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Referências

ALVARES, Anselmo Pietro. **Uma moderna Concepção da Assistência Judiciária Gratuita**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistas/pge/Revista%20PGE%2053.Pdf#page=15>. Acesso em: 27 abr. 2020.

ARAÚJO, Jéssica Vargas Lespinnasse. **Aplicação integral da lei nº 1060/1950, lei da assistência judiciária, no que tange às pessoas jurídicas sem fins lucrativos**. 2013. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília. Brasília. 2013.

BASTOS, Cristiano de Melo. **A justiça gratuita no novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.965.04.PDF. Acesso em: 29 abr. 2020.

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

BRASIL. [Código de Tributário Nacional (1966)]. **Lei nº 5. 172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 13 Mar. 2021.

BRASIL. [Consolidação das Leis do Trabalho]. **Decreto Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 abr. 2020.

- BRASIL [Código de Processo Civil]. **Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. RJ: Senado, 1939.
- BRASIL [Código de Processo Civil]. **Decreto Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. DF: Senado, 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial Resp nº 1834087 SP 2019/0253233-7**. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001021965&dt_publicacao=02/12/2020. Acesso em: 13 Mar. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, **Agravo Interno nº 652954**. 2009. Brasília/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602420>. Acesso em: 14 Mar. 2021.
- BONATO, Maria Elisa Palomine; ZUFELATO, Camilo. **A Concessão da gratuidade judiciária às pessoas jurídicas de acordo com o novo Código de Processo Civil: a expansão do acesso à justiça**. In: XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 26, 2017, Brasília/DF. Anais... Florianópolis: CONPEDI, 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso á justiça**. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- COUTO MATHEUS, Ana Carolina. **A busca pela efetivação de direitos fundamentais por meio da prestação de assistência jurídica integral e gratuita por municípios**. Ponto de Vista Jurídico: Caçador, v.6, nº 2, p. 39-57, jul./dez. 2017.
- DONIZZETI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1.949.
- DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.884.

LORDELO, João Paulo. **A legitimação coletiva da Defensoria Pública. Um Caminho entre o acesso à justiça e a hipossuficiência organizacional.** Portugal: Le Livros. 2014.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; MARTINS, Marcelo Guerra. **O benefício da gratuidade processual e a concessão do benefício no novo CPC: mais efetividade ao acesso à justiça do carente de recursos.** Revista eletrônica direito e sociedade, Canoas, v. 4, n. 2, p. 30-50. Nov. 2016.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **A Gratuidade de Justiça no Novo Código de Processo Civil. Revista Juris Poiesis.** Vol.22-nº30, 2019, pg.203-229. ISSN 2448-0517. Rio de Janeiro, 18 dez. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco.** 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MESQUITA VAZ, Janaina Campos. **Recuperação Judicial de Empresas: Atuação do Juiz.** Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 124.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.226.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro.** São Paulo: Academia, 1994.

SAHRAN JUNIOR, Suhel. **Curso de direito empresarial.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SILVA Adriana Dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**. Barueri: Editora Manole LTDA, 2005.

SILVA, Ticiano Alves. et al. **Novo CPC doutrina selecionada: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TARGINO, Harrison. et al. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TONDOLO, Luana Pontes. **Resultados da política do microempreendedor Individual (MEI) para os empreendedores de baixa renda. Dissertação** (Mestrado em Administração) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018.

TRINDADE, Andre Karam. et al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**, Volume I. ed. 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org