

Políticas Públicas e Cidadania

Reflexões

Lívia Copelli Copatti
Luthyana Demarchi de Oliveira
Valkiria Briancini
(Orgs.)

IMED
Inspira quem transforma



Se as Políticas Públicas representam metamorfoses sociais, as quais asseguram condições de melhoria de vida, de amplitude da Dignidade da Pessoa Humana, significa que o antigo preceito de Cidadania deve ser mudado. O seu foco não é apenas a comunidade nacional, mas a proteção e o exercício de direitos que formam a tessitura dessas novas exigências próprias de cada tempo. A alteração da Cidadania e de um Direito pelas metamorfoses sociais contidas em Políticas Públicas sinalizam fortes resistências quanto a essa necessidade. Numa perspectiva de ação social a partir de Weber, por exemplo, a diacronia entre necessidade humana x prestação x pretensão normativa demora a ocorrer porque o Direito está enraizado na sua própria racionalidade e tradições. E mais: essa condição afeta, também, a decidibilidade do Direito. Não é possível que essa dificuldade resulte na negação axiológica e jurídica da Dignidade da Pessoa Humana. A obra organizada e apresentada para a comunidade acadêmica jurídica pelas Professoras Doutoras Livia Copelli Copatti, Valkiria Biancini e Professora Mestra Luthyana Demarchi de Oliveira sintetizam essas preocupações, observadas numa primeira leitura da estrutura capitular do livro. Além desse fator, é necessário ressaltar, ainda, o compromisso com a alta qualidade científica dos temas abordados. Eis o porquê que a obra deve ser recomendada como fonte de pesquisa e estudos para discentes, docentes e profissionais do Direito.

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino



 **editora fi**
www.editorafi.org

**Políticas
Públicas e
Cidadania**



COMITÉ EDITORIAL

Prof^ª. Dr^ª. Cecília Maria Pinto Pires

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Jacopo Paffarini

Prof^ª. Dr^ª. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof^ª. Dr^ª. Leilane Serratine Grubba

Prof^ª. Dr^ª. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen

Prof. Dr. Neuro José Zambam

Prof^ª. Dr^ª. Salete Oro Boff

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Prof. Dr. Vinícius Borges Fortes

Prof. Dr. Mher Arshakyan

Políticas Públicas e Cidadania

reflexões

Lívia Copelli Copatti
Luthyana Demarchi de Oliveira
Valkiria Briancini
(Orgs.)

φ editora fi

Diagramação e capa: Lucas Fontella 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



<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

COPATTI, Livia Copelli; OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; BRIANCINI, Valkiria (Orgs.)

Políticas Públicas e Cidadania: reflexões. [recurso eletrônico] / Livia Copelli Copatti; Luthyana Demarchi de Oliveira; Valkiria Briancini (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

171 p.

ISBN - 978-85-5696-289-8

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

1. Direito, 2. Direitos fundamentais, 3. Políticas públicas, 4. Cidadania, 5. Filosofia do direito
I. Título. II. Série

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino	
O papel do mediador: reflexões a partir do novo Código de Processo Civil.....	15
Luís Augusto Costa; Renan Douglas Scottá; Luthyana Demarchi de Oliveira	
O direito, o tempo e a mediação: mecanismos adequados de tratamento de conflitos	33
Saionara do Amaral Marcolan Dal Piaç	
A tutela da cidadania e a efetivação das políticas públicas por meio do poder judiciário e suas intrínsecas objeções.....	53
Helfran dos Santos Araldi; Maria Carolina Rosa de Souza	
A (i) legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas a partir da promulgação da constituição federal de 1988	67
Diego Marques Gonçalves; Fábio Franzotti de Souza	
O consumidor idoso e o acesso à justiça	83
Dargéli Guerra; Lívia Copelli Copatti	
A Lei de Migração e a nova política pública do Brasil para as migrações	117
Michele Monte Andrade; Valkiria Briancini	
A escravidão moderna na sociedade de risco	135
Deise Andretti; Daniele Regina Terribile	
A caracterização da união estável nas uniões paralelas e poliafetivas	155
Marina Spadoa	

Sobre a importância da metamorfose da cidadania e a reinvenção das políticas públicas (ou, também, “apresentação”)

*Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino*¹

Os tempos de transição histórica carregam um duplo significado, o qual nem sempre é devidamente compreendido pelas pessoas: a) há uma exigência para que as atitudes se modifiquem; b) na medida que os espaços e os modos de convivência se alteram, a percepção individual e social nem sempre aceitam a necessidade dessas alterações que, antes, eram impossíveis, mas, agora, fazem parte da realidade de todos.

Toda mudança social faz parte das novas necessidades humanas capazes de ampliar, de reinventarem, historicamente, os significados mais tradicionais do Direito. Talvez, por esse motivo, o tempo da socialidade² esteja muito a frente do tempo jurídico. Essa diferença não permite que se entenda, de um modo sincrônico, o Direito como fenômeno social. Dito de outro modo: o tempo do Direito é diacrônico ao tempo daquele estágio mais embrionário das mudanças sociais.

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor dos cursos de Graduação e Mestrado da Faculdade Meridional – IMED. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Ética, Cidadania e Sustentabilidade.

² “[...] A socialidade é a capacidade de convivência, mas também de participar da construção de uma sociedade justa, na qual os cidadãos possam desenvolver as suas qualidades e adquirir virtudes”. CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005, p. 37. ^[1] _{SEP}

A incompatibilidade entre o Direito e a efervescência social se intensifica mais na medida em que os momentos de crise³ aparecem. As Políticas Públicas, por exemplo, devem ser os vetores de efetividade na falta dessa sincronia, pois concebem outras necessidades humanas, outros modos de se relacionar que abarcam esse vínculo de humanidade compartilhada. Quando a crise existencial – seja enquanto indivíduos, coletividade e/ou espécie – se manifesta a ponto de ser uma energia incontida, incapaz de ser detida por forças jurídicas, econômicas, políticas, tecnológicas, morais, institucionais, entre outras, tem-se, nesse momento, a existência de uma *metamorfose social*.

Esse é um ponto que merece detalhada atenção: as mudanças sociais indicam algo que precise ser alterado nos cenários demográficos, ecológicos, culturais, estruturais, entre outros. No entanto, a sua manifestação não significa que haverá alcance necessário para que a realidade se altere. Ao contrário, muitas vezes o seu resultado é invisível; outras, pertence tão somente a pequenos grupos, os quais mantem inalteradas as suas ideologias. Por esse motivo, e igual a transformação da lagarta em borboleta, toda crise é a crisálida de vida e morte das mudanças sociais. Aos poucos, cede-se espaço às metamorfoses e, agora, o improvável se torna “de carne e osso” no cotidiano das pessoas. Beck⁴, nessa linha de pensamento, confirma o preceito:

[...] A metamorfose, [...], desequilibra essas certezas da sociedade moderna. Muda o foco para o «estar no mundo» e para «ver o mundo», para acontecimentos e processos inesperados, que passam geralmente

³ Crise “[...] se refere a fase de uma doença na qual se decidiu ou não se os poderes de autocura do organismo eram suficientes para recobrar a saúde. O processo crítico, a doença, aparece enquanto algo objetivo. Uma doença contagiosa, por exemplo, é contraída através de influências externas ao organismo; e os desvios do organismo afetado diante desta situação - meta - o estado normal saudável - pode ser observado e medido com ajuda de parâmetros empíricos. [...] podemos associar com as crises a ideia de uma força objetiva, que priva um sujeito de alguma parte de sua soberania normal. Conceber um processo enquanto uma crise significa tacitamente dar-lhe um significado normativo: a solução da crise concretiza uma libertação do sujeito concretiza uma libertação do sujeito colhido por ela”. HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução de Vamireh Chacon. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 11/12.

⁴ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a mudar a sociedade. [Edição Kindle]. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2017, pos. 73-77.

despercebidos, que prevalecem para além dos domínios da política e da democracia como efeitos secundários da modernização técnica e económica radical. Provocam um choque fundamental, uma mudança de fundo que causa a explosão das constantes antropológicas da nossa existência anterior e da nossa compreensão do mundo. Neste sentido, a metamorfose significa simplesmente que aquilo que ontem era impensável é hoje real e possível.

Se as Políticas Públicas representam metamorfoses sociais, as quais asseguram condições de melhoria de vida, de amplitude da Dignidade da Pessoa Humana, significa que o antigo preceito de Cidadania⁵ deve ser mudado. O seu foco não é apenas a comunidade nacional, mas a proteção e o exercício de direitos que formam a tessitura dessas novas exigências próprias de cada tempo.

A alteração da Cidadania e de um Direito pelas metamorfoses sociais contidas em Políticas Públicas sinalizam fortes resistências quanto a essa necessidade. Numa perspectiva de ação social a partir de Weber⁶, por exemplo, a diacronia entre necessidade humana x prestação x pretensão normativa demora a ocorrer porque o Direito está enraizado na sua própria racionalidade e tradições. E mais: essa condição afeta, também, a decidibilidade do Direito. Não é possível que essa dificuldade resulte na negação axiológica e jurídica da Dignidade da Pessoa Humana.

Por esse motivo, a obra organizada e apresentada para a comunidade acadêmica jurídica pelas Professoras Doutoras Lívia Copelli Copatti, Valkiria Biancini e Professora Mestra Luthyana Demarchi de Oliveira sintetizam essas preocupações, observadas numa primeira leitura da estrutura capitular do livro. Além desse fator, é necessário

⁵ “[...] a cidadania nunca consegue expressar completamente seus valores e sentimentos. Ela contém uma dimensão imaginária que é sempre, em parte, recalçada: o que a cidadania nos permite ser. A outra cidadania que funciona como instância inconsciente é a instância da inconsciência coletiva (o que a sociedade se nega a saber sobre si mesma). O que a cidadania é compelida (pelas práticas do poder) a ignorar dela mesma. Falo dos indizíveis da cidadania; o que o poder impõe como indizível. Tratar-se-ia de potencialidades ainda não manifestas da cidadania utopia concreta de transformação à espera de um futuro melhor e possível”. WARAT, Luís Alberto. Prefácio. In: MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994, p. 14.

⁶ WEBER; Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991, p. 3, v.1.

ressaltar, ainda, o compromisso com a alta qualidade científica dos temas abordados. Eis o porquê que a obra deve ser recomendada como fonte de pesquisa e estudos para discentes, docentes e profissionais do Direito.

No primeiro artigo, intitulado **“O papel do mediador: reflexões a partir do novo Código de Processo Civil”**, Luís Augusto Costa, Renan Douglas Scottá e Luthyana Demarchi de Oliveira estabelecem a importância e diferença entre mediação e conciliação para fins de resolução de conflitos no Novo Código de Processo Civil. Segundo o pensamento dos autores, a mediação “[...] é um importante instrumento para a superação da crise vivenciada pelo Poder Judiciário, consubstanciada, notadamente, na morosidade de seus processos e na ineficácia de suas decisões”.

Saionara Amaral Marcolan Dal Piaz, ao escrever o artigo com o título de **“O direito, o tempo e a mediação: mecanismos adequados de tratamento de conflitos”**, ressalta que “[...] Apenas o ser humano é capaz de escapar da fluência irreversível do tempo físico. Tal é possível na medida em que se pode refletir a respeito dos acontecimentos do passado, reinterpreta-los, e orientar a construção do futuro”.

Já Helfran dos Santos Araldi e Maria Carolina Rosa de Souza ao debaterem sobre **“A tutela da cidadania e a efetivação das políticas públicas por meio do poder judiciário e suas intrínsecas objeções”** destacam um fundamento no qual precisa ser reconhecido como fundamental: “A efetivação da cidadania enquanto direito fundamental é um dos principais dilemas do sistema constitucional mundial, mormente em razão de que o Estado não consegue realizar o encargo que lhe foi concedido pelo poder constituinte originário. A falta de políticas públicas com o fim de atingir o bem comum, acaba abarrotando o Poder Judiciário de demandas que visam a garantir os direitos mínimos aos cidadãos”.

Diego Marques Gonçalves e Fábio Franzotti de Souza, por outro lado, estudam sobre **“A (i) legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas a partir da promulgação da constituição federal de 1988”**. Nesse caso, os autores destacam: “[...] as Políticas Públicas são instrumento que viabilizam a concretização dos direitos fundamentais do homem, e que cabe ao Poder Judiciário, através de uma intervenção

constitucionalmente positivada, valorar tais mecanismos com a possibilidade de ratificá-los ou vetá-los, não há o que se questionar sobre a sua legitimidade”.

A partir do tema **“O consumidor idoso e o acesso à justiça”**, Lívia Copelli Copatti e Darguéli Guerra tratam de algo no qual ainda se insiste em esquecer. O envelhecimento humano. Nesse caso, precisa-se, sim, estabelecer os parâmetros de conexão em que a lei protege, com prioridade, a necessidade dessas pessoas. Por esse motivo, os autores enfatizam: “[...] não basta apenas saber que idosa é uma pessoa com mais idade e que conseqüentemente possui mais direitos, faz-se imprescindível ter conhecimento do conceito de pessoa idosa na esfera social e jurídica, da origem dos direitos hoje protegidos constitucionalmente e, também, do papel da família na convivência com a pessoa idosa, pois é a base familiar que constrói uma velhice saudável e com dignidade”.

Preocupar-se com o semelhante é uma virtude política que precisa ser observada em qualquer sociedade democrática liberal. Infelizmente, não é esse o cenário que se constata no mundo. Aos estudarem sobre **“A Lei de Migração e nova política pública do Brasil para as migrações”** Michele Monte Andrade e Valkiria Biancini contatam o óbvio ainda a ser entendido: “[...] as migrações em massa passaram a ser cerceadas por uma ótica de ameaça à segurança nacional, combate ao terrorismo e desestabilidade econômica. Por isso, essa questão que deveria estar amparada por legislações democráticas e regadas por instrumentos internacionais de direitos humanos e humanitários, deu lugar à novos discursos xenofóbicos e políticas de fechamento de fronteiras”.

Deise Andretti e Daniele Regina Terribile, ao escreverem sobre **“A escravidão moderna na sociedade de risco”** sinalizam novas formas de degradação contra a Dignidade da Pessoa Humana na medida em que o trabalho tem apenas valor mercantil. Nesse caso, as autoras afirmam: “[...] o trabalho escravo contemporâneo apresenta-se de forma “disfarçada” e acaba por submeter o indivíduo à prestação de um serviço ameaçado por alguma forma de sanção ou punição, induzindo-o a

cumprir uma jornada exaustiva, bem como, impondo-lhe metas que, na maioria das vezes, tornam-se impossíveis de serem atingidas”.

Por fim, o artigo intitulado “**A caracterização da união estável nas uniões paralelas e poliafetivas**”, de Marina Spadoa, destaca o seguinte entendimento: “[...] a Constituição Federal de 1988, preocupou-se em valorizar a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, a origem da família foi reconhecida como natural passando a ser concebida de forma mais ampla, deixando de proteger o casamento para proteger o instituto familiar, sendo este derivado do matrimônio ou não”.

O mosaico de temas desenvolvidos pelos autores e autoras deste livro enfatiza o seu compromisso com as metamorfoses de um mundo que se torna cego em identificar e compreender o seu dinamismo interno. Aos Profissionais do Direito, é necessário a responsabilidade para entender a complexidade das utopias de “carne e osso” para que haja sincronia e efetividade no cumprimento dos objetivos traçados pelas Políticas Públicas e a Cidadania.

Por esse motivo, desejo às leitoras e leitores uma profícua e prazerosa leitura desta obra a fim de despertar, mais e mais, a nossa Sensibilidade Jurídica⁷ diante da indiferença humana, por um lado, e a arrogância e acomodação, por outro, por parte dos Profissionais do Direito.

Rumo ao outono nas terras do sul do Brasil, 19 de março de 2018.

⁷ Compreende-se essa categoria no seguinte conceito operacional: é o ato de sentir algo junto à pluralidade de seres, lugares, momentos e linguagens que constituem a vitalidade e dinâmica da Terra, cujas diferentes maneiras de cumplicidade denotam condições de pertença e participação, as quais precisam ser expressas pelo Direito [continental ou global] para assegurar condições - históricas ou normativas - sobre a importância do desvelo da Alteridade no vínculo comunicacional entre humanos e não-humanos.

O papel do mediador: reflexões a partir do novo Código de Processo Civil

Luís Augusto Costa¹

Renan Douglas Scottá²

Luthyana Demarchi de Oliveira³

1 Introdução

Como é perceptível, a mediação ganha cada vez mais relevo dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Nesta perspectiva, o presente artigo, por meio de uma revisão bibliográfica, debruça-se sobre os principais aspectos sobre o tema, dando-se especial enfoque à legislação e ao ato normativo que regulamentam este método autocompositivo de resolução de conflitos.

Num primeiro momento, busca-se delinear o que é a mediação, diferenciando-a da conciliação, haja vista que ambas guardam certa similitude. Ainda, exploram-se as vantagens que ela guarda em relação ao método tradicional de resolução dos litígios, qual seja a prestação jurisdicional exercida pelo Estado-Juiz.

Realizadas estas considerações, adentra-se no estudo acerca da incipiente legislação sobre o tema. Nesse diapasão, a Resolução 125 do CNJ reconhece a mediação como método eficaz de resolução

¹ Graduado em Direito Imed/Passo Fundo. Email: luis.aug_costa@hotmail.com.

² Graduado em Direito/Imed/Passo Fundo. Email: renanscott@gmail.com

³ Bacharel em Direito. Especialista em Direitos Humanos IFIBE/RS. Especialista em Direito Civil Imed/Passo Fundo. Mestre em Direito Unisc/RS. Email: luthyoliveira@hotmail.com

de conflitos, e, assim, traça as diretrizes a serem seguidas pelos Tribunais brasileiros. De outra banda, o Novo Código de Processo Civil insere de forma convincente os métodos autocompositivos em seus procedimentos, visando à celeridade e à efetividade do processo.

Em seguida, abordam-se os aspectos legais contidos na nova Lei de Mediação, promulgada no ano de 2015, notadamente em relação às exigências funcionais para exercer a profissão de mediador e aos mecanismos legais que garantem que o eventual acordo entabulado pelas partes tenha plena eficácia jurídica.

Por derradeiro, almeja-se demonstrar como o mediador deve conduzir a sessão de mediação, tendo em mente os dispositivos contidos no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais e os princípios que regem seu ofício.

2 A Mediação

A mediação, do latim, *mediare*, significa estar no meio, mediar, dividir ao meio ou intervir (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008). É, pois, a intervenção de um terceiro imparcial na lide, chamado mediador, o qual auxilia as partes em conflito a encontrarem uma solução, sem que haja qualquer imposição ou obrigação de resultado.

O presente estudo tratará tão somente da mediação formal, ou seja, aquela exercida por um mediador capacitado e que exerce seu ofício profissionalmente, nos moldes da incipiente legislação pátria a respeito do tema.

Neste primeiro momento, é imperioso tecer breves comentários a respeito das diferenças existentes entre a mediação e a conciliação, haja vista que ambas são conhecidas como métodos autocompositivos de resolução de conflitos. Lília Maia de Moraes Sales (2004, p. 38) as difere, sustentando que, na mediação, o acordo é resultado da comunicação entre as partes, enquanto que,

na conciliação, o acordo é fruto da intervenção e do aconselhamento de um terceiro:

A diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo.

A autora (2004, p. 39) refere ainda que a “(...) conciliação trata o conflito de forma mais superficial sem transformá-lo”. Trocando em miúdos, a conciliação não visa ao restabelecimento do diálogo entre as partes, desentranhado as reais causas que deram origem ao embate, ao contrário do que ocorre na mediação.

Com efeito, no caso da mediação, conforme preceitua Helena Pacheco Wrasse (2012), as partes são tratadas como protagonistas do conflito. Nela, o mediador não apresenta soluções ao problema, mas auxilia os protagonistas a entabularem um acordo de vontades através do diálogo.

Corroborando com este posicionamento da autora, Alan Marins Amaral (2007, p. 26) delimita o papel do mediador como um: “(...) facilitador da comunicação entre os mediados, uma vez que ele passa a trabalhar em conjunto com eles no sentido de auxiliá-los na busca incessante de seus reais interesses em razão de um trabalho cooperativo, que deverá ser comum entre todos os envolvidos”.

Outrossim, a mediação, através do consenso, almeja a reaproximação das partes não somente para tratar um conflito específico, mas para restaurar toda relação existente entre elas, o que, consequentemente, torna os indivíduos mais capazes, seguros e adaptados ao diálogo, prevenindo, destarte, a formação de novos litígios (AMARAL, 2007).

Cabe referir, ainda, que mediação é um importante instrumento para a superação da crise vivenciada pelo Poder Judiciário, consubstanciada, notadamente, na morosidade de seus processos e na ineficácia de suas decisões. Nesta perspectiva, Luzia Klunk (2012) assevera que a autocomposição é o meio mais autêntico de solução de conflitos, uma vez que a solução advém das próprias partes. Além disso, a imposição de uma decisão pode não ser o meio mais adequado de pacificação entre estas.

Assim, a mediação, ao oportunizar aos conflitantes a resolução de seus problemas com autonomia, reduz a dependência de um terceiro (o juiz), além de apresentar diversas vantagens, como celeridade, confidencialidade, menor onerosidade e maior efetividade da decisão acordada (KLUNK, 2012).

Realizadas estas considerações, passa-se a discorrer a respeito dos aspectos legais que regulamentam o tema.

3 A Mediação na Resolução 125 do CNJ e no Novo Código de Processo Civil

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, instituidora da Política Nacional de Conciliação no Judiciário Brasileiro, publicada no ano de 2010, representa um importante instrumento proporcionador de espaços onde as próprias partes, de maneira consensual, busquem a solução de seus litígios.

Nesta perspectiva, Taise Rabelo Dutra Trentin (2011, sp) salienta que a resolução trata a respeito da ampliação do acesso à justiça e da composição do conflito por meio dos métodos consensuais – a conciliação e a mediação.

É cediço que o conflito é inerente ao ser humano, haja vista que, comumente, duas ou mais pessoas divergem em seus interesses particulares, o que pode ocasionar o rompimento de vínculos de amizade e companheirismo. Com efeito, Thayana Pessoa da Silveira (2012, p. 215-216), citando José Luiz Bolzan e Fabiana Spengler, aduz que o conflito é inevitável e, inclusive, salutar para uma sociedade

democrática. Neste viés, reconhecendo-o não como um fenômeno patológico, mas como próprio da espécie humana, faz-se necessário encontrar mecanismos autônomos para administrá-los.

Assim, Gilton Batista Brito (2012, sp) aponta que a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça veio a reconhecer a mediação como forma eficaz de solução e prevenção de litígios, obstando, por conseguinte, a excessiva quantidade processos judiciais:

Com a regulamentação, o CNJ reconheceu que a mediação é instrumento efetivo de pacificação social e de solução e prevenção de litígios, cuja implantação tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos e a quantidade de recursos e processos em execução.

Em consonância com o posicionamento do autor, Silveira (2012, p. 216) assevera que a resolução: “(...) vem com o intuito de diminuir a quantidade de processos que chega diariamente aos juízes, bem como o número de recursos utilizados pelas partes derrotadas. A intenção é que os advogados tornem seus clientes cientes desta possibilidade de acordo”.

Destarte, é mister discorrer a respeito dos principais aspectos dispostos na referida resolução.

Uma das metas traçadas pelo CNJ, através do ato normativo, é a criação pelos tribunais de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores. A estes núcleos compete, notadamente, o desenvolvimento da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses (art. 7º, I), o planejamento, a implementação, a manutenção de ações voltadas ao cumprimento da política e de suas metas (art. 7º, II), a capacitação, treinamento e atualização dos agentes públicos envolvidos nos métodos consensuais de solução de litígios (art. 7º, V), a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (art. 7º, IV) e a regulamentação da remuneração dos conciliadores e mediadores (art. 7º, VII).

Como observado, compete aos Tribunais a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, denominados na resolução simplesmente de “Centros”. Nos termos do artigo 8º, estes são responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão, atendendo aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários.

Além disso, a resolução trata das atribuições dos mediadores e conciliadores na Seção III, na qual estabelece que somente serão admitidos profissionais capacitados na forma do Anexo I, cabendo aos tribunais, antes da instalação dos Centros, realizar curso de capacitação, com conteúdo programático específico, carga horária mínima e necessidade de realização de estágio supervisionado. Os mediadores e conciliadores ficarão sujeitos, ainda, ao Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, anexado à resolução, o qual prevê os princípios fundamentais que regem a sua atuação, as regras que conduzem o procedimento e as responsabilidades e sanções do conciliador/mediador (GHISLENI, 2012). Ressalte-se que tais temas serão detidamente abordados em momento oportuno.

Assim, o documento, além de institucionalizar os mecanismos da conciliação e da mediação no país, auxiliará a alterar o paradigma da judicialização dos conflitos, através da utilização de métodos consensuais, nos quais as partes podem formular uma decisão que seja favorável a ambas, substituindo, por conseguinte, a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008). Realizadas estas considerações, passa-se a tratar, doravante, a respeito dos mais relevantes aspectos legais da mediação contidas no Novo Código de Processo Civil.

Ao contrário do texto atual, no qual nenhuma menção ao vocábulo “mediação” é realizada, a nova legislação faz vinte e duas referências à palavra (TARTUCE, 2014). Logo no início do diploma legal, vislumbra-se o incentivo à mediação, nos seguintes termos: “A conciliação, a mediação e 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”.

Um dispositivo que merece destaque é o artigo 165, o qual inaugura a Seção V do Código, denominada “Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais”. Este prescreve que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, sugerindo soluções para o conflito, ao passo que o mediador atuará na situação inversa, ou seja, quando houver vínculo anterior entre elas, auxiliando os mediados a compreender as questões e os interesses em litígio, de modo a restabelecer o diálogo e propiciar que as próprias partes identifiquem soluções que as beneficiem mutuamente.

Por sua vez, o artigo 166 revela os princípios a que a mediação e a conciliação devem observância, quais sejam os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Entretanto, o artigo 167, parágrafo 5º, cria um verdadeiro empecilho aos advogados que também são mediadores. O *caput* prescreve que os conciliadores, mediadores e as câmaras privadas terão cadastro nacional e no tribunal de justiça ou no tribunal regional federal, indicando a sua área de atuação. Ocorre que, o parágrafo 5º prevê que o conciliador ou mediador judicial cadastrado nestes moldes não poderá atuar como advogado no juízo em que desempenha suas funções. Felizmente, a Lei de Mediação, a qual será tratada alhures, por se tratar de lei especial, põe termo a este entrave, possibilitando que procuradores possam atuar também como mediadores no juízo onde advogam.

Já na seção dedicada aos requisitos da petição inicial, o artigo 319, VII expressa que nela deverá constar a opção do autor pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação. O juiz, nos moldes do artigo 334, “designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser

citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”. É mister destacar que poderão ocorrer mais de uma sessão dedicada à conciliação ou à mediação, desde que não ultrapassem dois meses da data de realização da primeira sessão e que sejam imprescindíveis à composição das partes.

Vislumbra-se, pois, que o Novo Código de Processo Civil, com o desígnio de possibilitar maior celeridade e efetividade, institui a conciliação e a mediação no sistema processual brasileiro, tornando o Poder Judiciário mais cidadão e acessível às partes. Com efeito, estas se tornam as protagonistas da demanda, solucionando seus conflitos através dos mecanismos autônomos, reduzindo consideravelmente a quantidade de recursos e execuções que emperram a prestação jurisdicional.

4 Comentários sobre a Lei 13.140/2015 - Uma nova perspectiva da mediação de conflitos

Para iniciar o estudo sobre a nova lei que regulamenta o processo de mediação, é importante destacar que o novo Código de Processo Civil, que passa a vigorar a partir de 2016, inovou ao trazer a mediação com status de legalidade, através de um procedimento realizado pelo Judiciário e por pessoas capacitadas e autorizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo fiscalizado pelo Ministério Público.

Alguns doutrinadores e especialistas apontam as vantagens da nova Lei de Mediação. A primeira observação é o parágrafo único do artigo 1º, que assim dispõe: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Portanto, como observado por Roberto Pasqualin, presidente do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima), a mediação já era praticada no país, mas

com menor segurança jurídica. Agora, no entanto, com o marco legal, a segurança jurídica será total. (GRANDA, 2015).

Pasqualin ainda relata que o âmbito de aplicação da mediação é muito extenso, desde que se trate de um direito que possa ser transacionado, ou seja, aquele em que é facultado às partes abrir mão de uma parcela para facilitar um acordo, com o conseqüente encerramento do conflito ou início de conflito. A mediação, assim, poderá ser muito útil, por exemplo, na solução de conflitos que envolvam relações trabalhistas, direitos do consumidor e direito de família.

Segundo Mônica Costa, Especialista em Direito Processual Civil, outro ponto positivo da lei é que ela estabelece a obrigatoriedade de realização de uma primeira reunião de mediação, se isso estiver previsto no contrato pelas partes. E ainda preleciona que ninguém é obrigado a permanecer na mediação, se não houver interesse. (GRANDA, 2015).

O artigo 2º da lei 13.140/2015 elenca os princípios pelos quais a mediação é orientada: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Ressalte-se que a boa-fé é um requisito essencial, que deve estar presente em todo conteúdo de natureza jurídica. No artigo 3º a lei assegura ainda que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação (BRASIL, 2015).

Como já referido, a mediação consiste no método voluntário de solução de conflitos e interesses, onde o mediador, que não possui poder de decisão, deve agir com o propósito de conduzir a negociação, de modo a aproximar as partes. Deve, outrossim, estar dotado de capacidade, dirigida para estimular as partes no ânimo da solução consensual (RAMPANI, 2015). Neste sentido, o artigo 4º do diploma legal em comento aponta que o mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

Para Lima (2015), os requisitos para ser um mediador são diferentes na mediação extrajudicial e na judicial. Para o mediador judicial, a regra está contida no artigo 11, que determina que ele deverá possuir graduação em qualquer curso superior de instituição reconhecida pelo MEC há pelo menos dois anos, capacidade civil plena, capacitação em escola de formação de mediadores reconhecida pela Enefam ou pelos Tribunais, observados os requisitos estabelecidos pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça, bem como agir com bom senso. Já para o ofício de mediador extrajudicial pode ser qualquer pessoa que tenha a capacidade para realizar a mediação e, principalmente, a confiança das partes, independentemente de integrar qualquer entidade de classe ou conselho. As partes podem recorrer ao método mesmo já havendo processo em âmbito arbitral ou em andamento na Justiça. Nesse caso, a tramitação será suspensa, por prazo suficiente para a resolução consensual do conflito.

No artigo 20 é referido que o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção do consenso, seja por manifestação de qualquer das partes ou por declaração do mediador nesse sentido (BRASIL, 2015).

O parágrafo único do artigo 20º denota que, caso uma das partes não cumpra os termos acordados, a parte prejudicada poderá promover a execução do ajuste perante o Poder Judiciário, pois este possui eficácia jurídica.

Vale ressaltar, ainda, que a mediação traz vários benefícios ao cidadão, tais como a desnecessidade de gastos com documentação e formalidades, bem a solução rápida do conflito. Além disso, ela proporciona uma boa convivência entre as partes, ensejando uma sociedade mais madura, na qual há o entendimento direto das partes envolvidas, prescindindo-se, por conseguinte, da intervenção do Estado-Juiz.

Por derradeiro, insta salientar que compete a todos os cidadãos e operadores do direito, com base na nova legislação,

incentivar ao máximo o uso da mediação, haja vista o relevante benefício social acarretado, garantindo-se, concomitantemente, segurança jurídica total aos atos praticados. Para auxiliar no estudo, é imperioso observar como se procede a função do mediador, desde sua habilitação até o momento do acordo entre as partes envolvidas.

5 Aspectos Funcionais do Mediador

A mediação, conforme conceituada alhures, é um procedimento de solução de controvérsias que é dirigida por um terceiro imparcial, alheio ao conflito e responsável por recuperar o diálogo entre as partes, com o desígnio de facilitar a negociação existente.

Cabe ao mediador, integralmente habilitado, reaproximar as partes e conduzir o conflito sem interferir ou fazer julgamentos sobre o caso, ou seja, sem prolatar decisões de qualquer natureza, eis que a mediação é um método de resolução de conflitos que pouco guarda semelhança com o processo judicial tradicional. Nesse sentido, Brasil (2015, p.135) conceitua mediador afirmando:

O mediador é uma pessoa selecionada para exercer o *múnus* público de auxiliar as partes a compor a disputa. No exercício dessa importante função, o mediador deve agir com imparcialidade e ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra, pois sua função não é de julgá-las e sim de auxiliá-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades.

O procedimento conduzido pelo mediador é dividido em dois principais momentos: a pré-mediação e a mediação propriamente dita. O momento da pré-mediação consiste na orientação dos mediandos, geralmente feita por seus advogados, para esclarecer as atribuições do procedimento de mediação. Na segunda fase, a mediação propriamente dita, deve o mediador conduzir as partes através da escuta, no qual procederá, então, à

investigação dos fatos, a fim de ajudar a estabelecer a celebração do acordo. (TARTUCE, 2009). Para Bacellar (2009, p. 323), a mediação:

(...) como conjunto teórico, pode parcialmente facilitar o trabalho cotidiano do magistrado na medida em que este faça uso de algumas de suas técnicas, habilidades e procedimentos. Este conjunto teórico pode ser utilizado tanto em audiências de conciliação como em audiências de instrução e como instrumento de apoio para a condução de audiências.

Conforme relatado, o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais foi incorporado à Resolução 125. O Código traduz sua finalidade como: "(...) assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios".

Vislumbra-se que há dois aspectos fundamentais trazidos pelo Código, quais sejam a aproximação da conciliação/mediação com a sociedade, por se tratar de um procedimento mais acessível, bem como a qualificação do mediador.

O referido Código de Ética também traz algumas limitações quanto à função de mediador e conciliador. Com efeito, seu artigo 3º dispõe que: “deve o conciliador ou o mediador ser capacitado para o exercício de tal função, bem como estar devidamente cadastrado no respectivo Tribunal de Justiça”. Além disso, deve o mediador estar de acordo com regras procedimentais e atentar aos princípios que serão tratados a seguir. Portanto, nota-se que o mediador poderá ser responsabilizado judicialmente caso não seja dotado de poderes para exercer as funções.

Ademais, é papel do mediador informar aos envolvidos o método de trabalho que será desenvolvido, apresentando de forma clara e precisa as regras de conduta e as etapas do processo. Deve, ainda, respeitar os diferentes pontos de vista, a fim de proporcionar um ambiente no qual se possa restabelecer o diálogo.

Por outro lado, o mediador não poderá se posicionar ou coagir os envolvidos a chegarem a um acordo, uma vez que não é essa a função que lhe cabe. Por fim, o mediador tem o dever de assegurar que as partes, ao entabularem um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, as quais devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com sua concretização (art. 2º).

Vê-se, portanto, que o mediador possui uma importante tarefa na busca de resolver os conflitos. O que lhe cabe é exercer com lisura seu mister, respeitando os princípios e regras procedimentais da mediação, consignadas através de um termo de compromisso (art. 4º).

Considerando que a mediação é o procedimento direcionado para que as partes cheguem a um consenso através do diálogo, impende trazer a lume os princípios que regem a atuação do mediador, os quais visam estimular a qualidade da prestação do serviço, para, conseqüentemente, garantir a prevenção de conflitos e a efetividade da pacificação social. Os princípios fundamentais que norteiam a mediação judicial são: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes. Estes princípios indicam condutas éticas dos mediadores e serão abordados individualmente.

6 Considerações Finais

Pode-se concluir, através dos estudos realizados, que os métodos alternativos de resolução de conflitos paulatinamente tornam-se uma realidade no Brasil, haja vista as inovações legais introduzidas e as diretrizes traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça. À luz da nova legislação que regulamenta o tema, vislumbra-se que os métodos autocompositivos de resolução de conflitos, os quais se procedem através do diálogo entre as partes, revelam-se eficazes e com vasto âmbito de aplicação.

Há de se reconhecer que mediação e a conciliação são métodos que se diferenciam em seus propósitos. Enquanto o

mediador busca reaproximar os envolvidos, desentranhando as reais causas do conflito, a função do conciliador restringe-se à busca de um acordo.

Nesta perspectiva, o Novo Código de Processo Civil traz em seu bojo os mecanismos autocompositivos de resolução de conflitos, visando à eficácia e à celeridade do processo. Nessa mesma esteira, a Resolução 125 do CNJ, o anexo Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, assim como a Lei 13.140/2015 estabelecem as regras e os princípios que regem o papel do mediador, possibilitando que este possa exercer seu ofício inclusive na esfera extrajudicial.

Não se pode olvidar, por fim, que a mediação corroborará com uma prestação jurisdicional mais célere, desobstruindo os Tribunais através da gradativa redução da quantidade de ações, execuções e recursos. Para tanto, faz-se necessária a formação de pessoas com capacidade de observação e de diálogo, a fim de que seja extraída máxima efetividade do procedimento.

7 Referências

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: set 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ). 2015.

BRASIL. Lei Nº 13. 140 de Junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: set 2015.

BRASIL. **Resolução 125 CNJ de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_publicacao_resolucao_n_125.pdf. Acesso em set 2015.

BRITO, Gilton Batista. O acesso à justiça, a teoria da mediação e a Resolução 125/2010 do CNJ. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13542>. Acesso em ago 2015.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 1. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GHISLEINI, Ana Carolina. A mediação enquanto política pública no tratamento de conflitos: a teoria e a prática em face da análise do projeto existente em Santa Cruz do Sul. In: **Mediação enquanto política pública** [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas /organizadores: Fabiana Marion Splenger, Theobaldo Spengler Neto - 1.ed.- Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

GRANDA, Alana. Especialistas apontam vantagens da nova Lei de Mediação. EBC **Empresa Brasil de Comunicação**, 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/06/especialistas-apontamvantagens-da-nova-lei-de-mediacao>>. Acesso em: set 2015.

KLUNK, Luzia. O conflito e os meios de solução: reflexões sobre mediação e conciliação. In: **Mediação enquanto política pública** [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas / organizadores: Fabiana Marion Splenger, Theobaldo Spengler Neto - 1.ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

LIMA, Flávio Pereira. Nova Lei da Mediação abre oportunidades para a advocacia. **OAB São Paulo**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2015/07/nova-lei-da-mediacaoabre-oportunidades-para-a-advocacia.10228>>. Acesso em: ago 2015.

PELUSO, Antonio Cezar (Coords.). GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.]. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**.

Rio de Janeiro: Forense, 2011. RAMPANI, Sergio. Nova Lei da Mediação está em vigor. Lei 13. 140 de 26 junho de 2015. **Jurídico Laboral**, 2015. Disponível em: <<http://direitojuridicolaboral.blogspot.com.br/2015/08/nova-lei-damediacao-esta-em-vigor-lei.html>>. Acesso em: ago 2015.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHRODER, Letícia de Mattos. **Resolução 125 do CNJ e os novos rumos da conciliação e mediação**: será, enfim, a vez da efetividade da prestação jurisdicional? 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em: set 2015.

SILVEIRA, Thayana Pessôa da. In: **Mediação enquanto política pública** [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas / organizadores: Fabiana Marion Splenger, Theobaldo Spengler Neto - 1.ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2012.

SPENGLER; NETO, Fabiana Marion; Theobaldo Spengler. **Resolução 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação** - Curitiba. Editora Multideia. 2013.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Organizadores: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em <www.fernandartartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em set 2015.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em ago 2015.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida.

WRASSE, Helena Pacheco. O conflito e o tratamento adequado das controvérsias: uma visão positiva dos conflitos. In: **Mediação enquanto política pública** [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas / organizadores: Fabiana Marion Splenger, Theobaldo Spengler Neto - 1.ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2012

O direito, o tempo e a mediação: mecanismos adequados de tratamento¹ de conflitos

Saionara do Amaral Marcolan Dal Piaz²

1 Introdução

Com o aumento das demandas processuais, a forma tradicional de solução do conflito - a adjudicação - tem se mostrado ineficaz para a concretização do acesso à justiça e a efetividade do direito material, gerando a necessidade da adoção de outros modelos para o tratamento adequado dos conflitos.

Almeja-se com o presente trabalho fazer uma breve análise a respeito da mediação como um instrumento eficaz para o tratamento dos conflitos sociais. O que se irá pesquisar é a adequação da mediação judicial ao princípio da razoável duração do processo.

Para tanto, inicialmente, serão feitas algumas considerações a respeito da forma com que o Direito resolve os conflitos sociais. Na medida em que ocorram situações conflitivas os envolvidos irão

¹ A adoção da expressão “mecanismos adequados de tratamento dos conflitos” justifica-se em razão da compreensão de que os conflitos sociais não são “resolvidos” pelo Poder Judiciário, ou seja, o juiz não tem o poder de fazê-los desaparecer. Assim, a expressão tratamento adequado dos conflitos é importante para demonstrar que podem ser pensadas soluções satisfatórias para transformação dos conflitos sociais. Para uma leitura acerca do tema, sugere-se: SPENGLER, Fabiana Marion. Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no Tratamento de Conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

² Mestranda em Direito (UPF). Especialista em Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa (IMED). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (UPF). Professora da Faculdade de Direito (UPF). Servidora Pública Estadual. E-mail: smarcolan@upf.br

procurar exercitar seu direito de acesso à justiça. A questão é como será realizado esse acesso e de que forma o conflito será solucionado?

Em seguida, será abordado o tempo. Como medi-lo ou defini-lo, foi trabalhado por muitos estudiosos e para o presente artigo será realizada uma síntese das contribuições da obra “O Tempo do Direito” de François Ost.

Por fim, pretende-se abordar a possibilidade de aplicação da mediação como um mecanismo adequado para o tratamento dos conflitos, tendo em vista que a mediação é um meio consensual para o tratamento dos conflitos, no qual os próprios envolvidos procuram juntos construir uma solução que satisfaça os interesses de todos

2 O modelo tradicional de resolução dos conflitos

O ser humano é complexo e os conflitos fazem parte da sua natureza. Existem conflitos internos, aqueles que são travados no íntimo de cada um, bem como conflitos externos, que envolvem duas ou mais pessoas, podendo ser social, político, psicanalítico, familiar, interno, externo, entre pessoas ou entre nações, étnico, religioso ou ainda um conflito de valores.

A palavra conflito remete a choque, contraposição de ideias, palavras, ideologias, valores. O conflito é inevitável e salutar para a concretização de uma sociedade democrática. O fundamental é encontrar meios autônomos de manejá-lo, abandonando o conceito de que seja um fenômeno patológico e passando a encará-lo como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo, conforme os valores inseridos no contexto social analisado.³

Pode-se comparar o conflito com um iceberg, no qual o pedido inicial é a parte visível e os reais interesses e sentimentos das partes representam a parte submersa, muito maior em relação ao que

³ MORAIS, José Luis Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensual: a “jurisconstrução”. Revista Sequência, n 55, dez. 2007. p. 303-326

chega ao Judiciário.

Historicamente o acesso à justiça surgiu como mecanismo que possibilitava aos litigantes levar seu problema ao Estado-Juiz para que decidisse quem tinha razão naquela questão.

Segundo Cappelletti e Garth⁴, a definição de "acesso à Justiça" é o sistema pelo qual as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os cuidados do Estado, devendo o sistema ser igualmente acessível a todos e produzir resultados que sejam, individual e socialmente, justos.

No processo judicial, cabe ao juiz interromper o conflito na medida em que “Delega-os ao direito porque depois de *trials and errors* não pode mais consentir-se que viessem confiados a outros mecanismos como a vingança, a guerra ou os juramentos.”⁵

No caso do procedimento judiciário, não é sem significado que tudo seja conexo e finalizado por uma decisão que diga a última palavra sobre a lide. O juiz é, de fato, somente aquele ator que deve dizer a última palavra sobre a lide: pontualmente deve *ius dicere* para que, em nome de uma comunidade, não haja propagação da violência.⁶

A maior parte dos sistemas modernos percebeu as vantagens da centralização da pressão social na figura do Poder Judiciário e proibiu, em sua grande maioria, os castigos físicos e a autodefesa violenta. A “vingança privada” foi substituída por regras primárias e secundárias que conferiam ao juiz, depois de apurado o fato e identificado o culpado, aplicar a pena correspondente.⁷

Todo conflito termina ou com a vitória de um dos dois rivais, ou então com a intervenção de um Terceiro, ou acima, ou no meio, ou

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁵ RESTA, Eligio. Tempo e processos. p. 27

⁶ RESTA, Eligio. Tempo e processos. p. 27

⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. 4ª edição. p. 107

contra os dois rivais. Em outras palavras, se um conflito deve ser solucionado por meio da força, um dos dois deve ser eliminado. Se deve ser solucionado pacificamente, é preciso que surja um Terceiro no qual as partes confiem ou ao qual se submetam⁸.

A Constituição Federal de 1988 instituiu como sendo um de seus objetivos fundamentais a constituição de uma sociedade justa. No preâmbulo dessa fez-se constar que para a concretização e efetivação de um Estado Democrático era necessário assegurar, dentre outras coisas, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade, bem como o compromisso com a solução pacífica das controvérsias.

O quadro de crise do Poder Judiciário resultou na edição da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que inseriu no artigo 5º da Constituição Federal - que trata das garantias individuais dos cidadãos brasileiros - o inciso LXXVIII, alçando a celeridade processual à categoria de garantia constitucional.

Cabe ressaltar ainda que, embora haja a garantia constitucional da razoável duração do processo, a morosidade do Poder Judiciário é óbvia. Em que pesem as inúmeras reformas processuais ocorridas ao longo dos últimos anos, o processo judicial permanece cheio de entraves, fazendo com que a prestação jurisdicional ocorra de forma tardia e, muitas vezes, ineficaz. A Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil) é a mais recente tentativa de viabilizar a celeridade processual. Todavia, ainda não há condições de se concluir a respeito de sua efetividade, em razão do pouco tempo de vigência.

Segundo Spengler⁹ a busca pela celeridade processual deve estar aliada a uma resposta qualificada aos conflitos. Assim, de nada adianta que uma decisão judicial, por mais justa e correta que se apresente, se ela foi proferida de forma tardia - quando não mais

⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. 2. ed. São Paulo: Martins Editora, 2009. p. 280

⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012. p. 134

interesse ao jurisdicionado o reconhecimento ou declaração de seus direitos. Para a autora a “entrega da prestação jurisdicional em tempo oportuno confere credibilidade” ao Poder Judiciário.

É fato que o Judiciário viu sua estrutura (física, política, pessoal...) tornar-se inadequada diante dos avanços da sociedade moderna, sem o necessário acompanhamento em termos tecnológicos, administrativos e comportamentais. Além desses, outros problemas acontecem, todos eles rotulados: “explosão de litigiosidade”, “sobrecarga de legislação” (que muitas vezes é paradoxal e contraditória entre si), “acúmulo de processos”, e assim por diante. Verdadeiramente, todos os problemas do Judiciário brasileiro são conhecidos e detectados quando a lentidão e a ineficiência se fazem sentir pelas partes, que, mesmo desconhecedoras dos procedimentos, percebem que a jurisdição não responde de forma adequada.¹⁰

Grinover destaca quais são os fatores que afastam o Poder Judiciário de seus destinatários:

A sobrecarga dos tribunais; a morosidade dos processos; seu custo; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem, a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o judiciário e seus usuários¹¹.

A forma tradicional para resolver os conflitos é o encaminhamento da lide ao Poder Judiciário. Ao buscarem o Judiciário, as partes têm a certeza de que o juiz, após o devido processo legal, irá dizer qual é o direito aplicável àquele processo, fazendo justiça. O que os litigantes não percebem é que o juiz fica

¹⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. O tempo do processo e o tempo da mediação. Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume VIII. p. 313

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 278.

adstrito ao pedido inicial, que se resume à questão das posições (episódio do conflito), não buscando resolver os verdadeiros interesses das partes (epicentro do conflito).

O que deve ser esclarecido é que o fato do jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica.¹²

Tartuce¹³ assevera que ao oferecer diferentes mecanismos para a realização da justiça o que se procura não é que estes se excluam, mas oportunizar ao jurisdicionado múltiplas possibilidades para a composição das controvérsias.

Tendo em vista que o acesso à Justiça não se esgota no acesso ao Poder Judiciário, no próximo capítulo será abordada a questão do tempo nas relações sociais e no tratamento dos conflitos.

3 O tempo em François Ost

A expressão “tempo” é empregada em larga escala e para as mais diversas finalidades. Importa destacar que, no presente artigo, serão utilizadas as contribuições da obra “O tempo do Direito” de François Ost.

Pode-se afirmar que a determinação do tempo representa uma atividade humana a serviço de objetivos precisos. Assim, no entendimento de Elias¹⁴, a palavra "tempo" designa as relações que um determinado grupo de seres dotados de capacidades biológicas

¹² SPENGLER, Fabiana Marion. Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. p. 287

¹³ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008. p. 88

¹⁴ ELIAS, Norbert. Sobre o tempo. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p 39-41

de memória e síntese estabelecem entre dois ou mais processos, um dos quais é padronizado para servir aos outros como quadro de referência e padrão de medida.

Logo, determinar o tempo equivale a decidir se uma determinada transformação social, seja ela recorrente ou não, produziu-se antes, depois ou simultaneamente a outra, bem como avaliar uma sequência de transformações sociais com base no intervalo que as separa¹⁵.

Em “O Tempo e o Direito”¹⁶, Ost afirma que o “direito afecta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito.” Por outro lado, alerta para os riscos da destemporalização – que poderá ocorrer de quatro formas diferentes: 1^a) recusa do tempo entendido como mudança, evolução, finitude – mortalidade; 2^a) abandono no decurso do tempo físico cujo movimento, que é irreversível, conduz todas as coisas à destruição; 3^a) pensamento determinista que é gerado pela representação de um tempo homogêneo, uniforme, pleno e contínuo; e, 4^a) na medida em que o tempo social evidenciase de forma plural surge a necessidade da gestão da policromia¹⁷.

No referido livro são abordados temas como a memória e o perdão, relacionados com o passado, bem como a promessa e o questionamento, ligados ao futuro.

A memória que liga o passado assegurando-lhe um registo, uma fundação e uma transmissão. O perdão que desliga o passado imprimindo-lhe um sentido novo portador de futuro[...] A promessa que liga o futuro por compromissos normativos [...] O questionamento que, em tempo útil, desliga o futuro com vista a

¹⁵ ELIAS, Norbert. Sobre o tempo. p 39-41

¹⁶ Em “O tempo do Direito” Ost analisa a relação que existe entre o tempo e o direito. Para tanto recorre à mitologia grega, à filosofia e às ciências sociais. O objetivo do livro é responder aos seguintes questionamentos: “que relação existe entre a Temperança, que é a sabedoria do tempo, e a Justiça, que é a sabedoria do Direito? E qual o contributo para o “bom governo”?

¹⁷ OST, François. O Tempo do Direito. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Instituto Piaget, 1999. p. 15-16

operar as revisões que se impõem para que na hora da mudança as promessas sobrevivam.[...] É preciso ir mais longe e mostrar que é no próprio seio de cada uma delas que a dialética opera: há muito esquecimento na memória e muita memória no perdão; da mesma forma, há muita indeterminação na promessa e muita fidelidade na revisão.¹⁸

Apenas o ser humano é capaz de escapar da fluência irreversível do tempo físico. Tal é possível na medida em que se pode refletir a respeito dos acontecimentos do passado, reinterpretando-os, e orientar a construção do futuro. Importa destacar que a interpretação do passado não significa que o homem irá manipular os acontecimentos – fingindo que eles não aconteceram - mas sim “imprimir-lhe um outro sentido, tirar partido dos seus ensinamentos, por exemplo, ou ainda assumir a responsabilidade pelos seus erros.”¹⁹.

Ademais, o homem consegue apreender e ligar numa sequência contínua de acontecimentos aquilo que acontece antes e depois, habilidade essencial para a resolução dos problemas suscitados pelo tempo e por sua determinação, papel decisivo a ser desempenhado pela memória²⁰.

Destaca-se que memória, perdão, promessa e questionamento são formas de reinterpretar o tempo e imprimir-lhe um sentido humano em função dos valores visados pela sociedade²¹.

A primeira forma do tempo jurídico é a instituinte da memória. Tendo em vista que o passado pode se apresentar de quatro formas diferentes - tempo genealógico das fundações, tempo repetitivo da tradição, tempo cronológico da história dos acontecimentos e tempo intemporal das invariantes jurídicas – cabe

¹⁸ OST, François. O Tempo do Direito. p. 18

¹⁹ OST, François. O Tempo do Direito. p. 30

²⁰ ELIAS, Norbert. Sobre o tempo. p. 61

²¹ OST, François. O Tempo do Direito. p. 46

refletir que a memória será sempre social, construída a partir do presente, e relacionada com o esquecimento²².

Todavia, Ost alerta que “A perspectiva crítica ilustra a necessidade de ultrapassar o tempo da memória a favor das outras temporalidades e, nomeadamente, a do perdão que desliga o passado.”²³

O esquecimento é pois necessário como o repouso do corpo e a respiração do espírito; responde à natureza descontínua do tempo cujo fio, como vimos, é entrecortado por pausas e intervalos, atravessado por rupturas e surpresas²⁴.

O perdão caracteriza-se por ser um ato de memória e de remissão, ou seja, o ofendido considera o ofensor livre da falta. Para que tal possa ocorrer, a falta deve ser reconhecida e assumida. Trata-se de um ato individual e voluntário que objetiva conduzir os envolvidos à promessa de um futuro diferente²⁵.

Já a promessa caracteriza-se como um compromisso com o futuro, na medida em que procura garantir uma previsibilidade para as relações sociais, gerando uma confiança entre os homens. “A promessa compromete o futuro se, e apenas se, conseguir apoiar-se numa forma prévia de confiança que ao mesmo tempo regenera e reforça.”²⁶

Ainda é preciso que à confiança nas virtualidades do futuro (o crédito de tempo) se junte a confiança no parceiro contratual. [...] Quanto ao título jurídico que a <<credencial>> representa, assenta no facto de termos <<dado crédito>> - à palavra daquele que a apresenta. É aí que encontramos a carga ética do compromisso linguístico, particularmente quando ele assume a

²² OST, François. O Tempo do Direito. p. 51-63

²³ OST, François. O Tempo do Direito. p. 114

²⁴ OST, François. O Tempo do Direito. p. 163

²⁵ OST, François. O Tempo do Direito. p. 174-175

²⁶ OST, François. O Tempo do Direito. p. 219

forma da instituição da promessa.²⁷

Ost adverte que, sob pena de subversão total das promessas contidas no ideal democrático de liberdade e igualdade, o questionamento/indeterminação não deve ser encarado como à última palavra e que a democracia deve estar atenta aos perigos causados pela exacerbação ou a ocultação dos conflitos. No primeiro caso inexistente consenso a respeito das “regras do jogo” gerando uma forte tendência a aniquilação do adversário – visto com um inimigo que precisa ser destruído. Já quando ocorre uma ocultação dos conflitos, mediante “consensos de fachada”, o risco de futuros conflitos violentos é aumentado. “E sem dúvida um dos riscos ligados hoje à instauração, em todo o planeta, da «democracia de mercado» e do pensamento único que a acompanha.”²⁸.

[...] não se trata de nos fecharmos nestas perspectivas sem futuro. As experiências em curso, que traduzem também as perturbações inerentes a qualquer mudança social, seja ela qual for, não levam necessariamente à dessocialização e à violência. A verdadeira questão consiste desde logo em saber como interpretar os sinais de evoluções presentes para aí encontrar as condições de uma reinvenção da instituição concedida aos novos tempos. Na dupla certeza de que a história não volta atrás (a nostalgia dos tempos antigos nunca é aceite) e que, sem duração nem promessa, o questionamento perde a oportunidade ou vira-se contra si mesmo e revela-se em breve (auto)-destruidor.²⁹

Ost, em resposta aos questionamentos contidos na abertura do livro, encera a obra mencionando que nas cidades democráticas todos são convidados a participarem das deliberações públicas. Tais deliberações não dizem respeito aos interesses particulares, mas em relação ao justo e ao bem e que “o tempo do questionamento [...]

²⁷ OST, François. O Tempo do Direito. p. 305

²⁸ OST, François. O Tempo do Direito. p. 334

²⁹ OST, François. O Tempo do Direito. p. 377

firma-se no tempo das promessas que é o da intuição da lei. «Com efeito, tudo assenta», como na alegoria do bom e do mau governo, «na justiça e na temperança».³⁰

Resta assevera que o tempo do processo também é o tempo da vida e que o tempo processual é encarado de forma diferente pelos diversos atores envolvidos no conflito (quer estejam a ele ligados de forma direta ou indireta).³¹

Portanto, o “nosso tempo”: nos pertence enquanto nós pertencemos a ele, nos vincula e o vinculamos, nos determina e o determinamos. Define as nossas expectativas e constrói o espaço da nossa experiência; foi feito de tantos tempos que se interceptam e que não tem a mesma medida³².

No próximo capítulo serão feitas algumas considerações a respeito da mediação como um mecanismo adequado para o tratamento dos conflitos sociais.

4 A mediação como método adequado de tratamento de conflitos

A mediação pode ser judicial ou processual e extrajudicial. Será judicial quando ocorrer no curso do processo, ou antes do ingresso da ação judicial – a chamada mediação pré-processual. A mediação extrajudicial é voluntária, ou seja, as partes decidem adotar o procedimento e procuram um local em que se realizem as mediações. A diferença entre as duas formas consiste, basicamente, na voluntariedade para a escolha do procedimento, bem como as regras que serão aplicadas durante as sessões, número de encontros, prazo entre eles, duração de cada uma delas e o custo do procedimento.

³⁰ OST, François. O Tempo do Direito. p. 423

³¹ RESTA, Eligio. Tempo e processos. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. p. 12

³² RESTA, Eligio. Tempo e processos. p. 57

Na mediação, através do diálogo, as partes retomam o controle das suas vidas e conseguem construir soluções adequadas às suas realidades, fazendo com que o entendimento possa ser duradouro, porque foram levadas em consideração as suas necessidades e não se trata de uma decisão impostas por um terceiro.

Ademais, o uso da mediação não pode ser uma medida imposta a todos os casos (judicial ou extrajudicialmente). Deve haver um mecanismo de filtragem dos conflitos para que a mediação seja utilizada apenas nos casos em que se mostrar adequada, sob pena de descrédito do instituto. Em razão disso é indispensável que todos os operadores do direito, tenham conhecimento a respeito dos diferentes métodos de tratamento de conflitos.

Importante destacar que sempre haverá espaço para a atuação do Magistrado na medida em que pode-se mediar apenas aquilo que é mediável³³.

Para os casos em que não seja possível a realização da mediação, seja porque os envolvidos não possuam condições psicológicas de participar, naquele momento, seja porque se trate de direitos indisponíveis ou que necessitem de uma sentença, os envolvidos necessitarão da atuação do juiz ou do árbitro

A mediação é realizada com o auxílio de um terceiro imparcial - o mediador - que irá auxiliar os envolvidos no conflito a dialogarem de forma produtiva para juntos construírem, voluntariamente, uma solução satisfatória. Para tanto é necessário que haja um ambiente respeitoso, confidencial, em que ambos os mediandos mantenham uma comunicação cooperativa e responsável.

A mediação é indicada para aquelas situações em que se evidenciam crônicos e determinantes componentes emocionais do conflito, bem como existe a necessidade da conveniência ou a intenção dos envolvidos na manutenção dos relacionamentos.

³³ RESTA, Elígio. Tempo e processos. p. 46

Dentre as várias áreas de aplicabilidade do instituto destacam-se: ambiental, comunitária, vizinhança, cível, societária, comercial, esportiva, escolar, familiar, trabalhista, organizacional e empresarial.³⁴

Sendo um meio de gestão de conflitos, a mediação possibilita a transformação de antagonismos em convergências, o que não significa, obrigatoriamente, concordância. Na mediação, as diferenças são produtivas na medida em que, não pretendendo imporem-se umas às outras, procurem construir alternativas múltiplas para a produção de soluções satisfatórias³⁵.

Com a utilização da mediação, as pessoas entendem a real origem do conflito e assim podem resolvê-lo sem a necessidade de enfrentar todo o processo judicial.

A mediação é um procedimento de intervenção sobre todo tipo de conflito. Para falar de mediação temos que introduzir uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica. Quando os juristas falam de conflito o reduzem à figura do litígio, o que não é a mesma coisa. Quando se decide judicialmente, por meio de um litígio, considera-se normativamente os efeitos (principalmente sobre os interesses em disputa); desse modo, o conflito pode ficar hibernando, retornando agravado em qualquer momento futuro. Os juristas, quando intervêm em um conflito, apelam ao imaginário jurídico, que denomino *senso comum teórico*³⁶.

Bobbio, na obra “Teoria do Ordenamento Jurídico” já advertia que “Sentir-se obrigado e ter uma obrigação são coisas diferentes [...]”³⁷. Assim fica claro que uma sentença judicial possui grandes

³⁴ FIORELLI, José Osmir. FIORELLI, Maria Rosa. MALHADAS JÚNIOR, Marcos Júlio Olivé. Mediação e solução de conflitos: teoria e prática. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008.

³⁵ FIORELLI, José Osmir. MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé.MORAES, Daniel Lopes de. Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais. São Paulo: LTr, 2004

³⁶ WARAT, Luis Alberto. Surfando na Pororoca: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 61

³⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico.p. 98

chances de não ser cumprida – embora o perdedor esteja obrigado a tal – exatamente porque ele não se sente obrigado a cumprir o comando judicial.

Tartuce³⁸ destaca a dificuldade de obtenção do efeito pacificador (almejado pela prestação jurisdicional) quando o Magistrado profere uma sentença em razão de seu caráter impositivo. Já quando as próprias partes envolvidas no conflito puderem abordá-lo de forma ampla e produtiva haverá maiores chances de superação da situação conflitiva e de adesão aos termos definidos no acordo.

Sendo-lhes permitido um espaço apropriado para a reflexão e o resgate de suas próprias responsabilidades, os mediandos poderão separar os sentimentos dos reais interesses, deixando para trás o passado e podendo se reorganizar para os tempos futuros³⁹.

Warat⁴⁰ refere que a mediação é um meio alternativo (com o outro) de intervenção nos conflitos e não apenas um procedimento cooperativo e solidário, mas sim uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos.

Dois são os principais pontos que diferenciam a mediação e o processo judicial⁴¹: o primeiro diz respeito ao fato de que o processo judicial sempre trabalha com a lógica de ganhador/perdedor e objetiva investigar a “verdade real dos fatos”, enquanto que a mediação pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com a lógica ganhador/ganhador.

Com relação ao atual conceito de acesso à justiça e à mediação:

Por meio da mediação, o conceito de Justiça apresenta-se como um valor adequadamente estabelecido, por meio de um procedimento

³⁸ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. p. 283

³⁹ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. p. 284

⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. Surfando na Pororoca: ofício do mediador.

⁴¹ SPENGLER, Fabiana Marion. O tempo do processo e o tempo da mediação. p. 321

equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios, considerando o pleno conhecimento delas quanto ao contexto fático e jurídico em que se encontram. Portanto, na mediação, a justiça se concretiza na medida em que as próprias partes foram adequadamente estimuladas à produção da solução de forma consensual e, tanto pela forma como pelo resultado, encontram-se satisfeitas⁴².

Santos⁴³ ressalta que as reformas que visam a criação de alternativas para a jurisdição tradicional constituem, na atualidade, uma das áreas de maior inovação na política judiciária. O objetivo dessas inovações é a construção de alternativas que sejam ágeis, econômicas e satisfatórias às partes. Embora no Brasil a utilização da mediação seja recente, o autor destaca experiências centenária de mediação em países como China e no Japão.

Ainda que uma das partes possa ser mais vencedora do que outra, o resultado nunca é de soma-zero, ao contrário do que sucede na forma de adjudicação (vencedor/vencido), que é hoje largamente dominante nos sistemas jurídicos oficiais dos estados capitalistas (se não mesmo do estado moderno, em geral). A estrutura da mediação é a topografia de um espaço de múltiplas cedência e de ganho recíproco⁴⁴.

Paumgartten destaca que a nova concepção de jurisdição, ao deixar de ser centrada na ideia de poder e dar relevo à ideia de soberania possibilita que o jurisdicionado consiga obter a justa solução, mediante uma adequada tutela, com a utilização de um mecanismo adequado e num tempo razoável⁴⁵.

⁴² AZEVEDO, André Gomma de. (Org). Manual de Mediação Judicial. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009. p. 10.

⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e Justiça: a função social do judiciário. 3 ed. São Paulo: editora ática. 1997.

⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 21

⁴⁵ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos. Curitiba: Juruá, 2015. p. 169

A restauração dos sujeitos, despertando-lhe sua vocação soberana é o objetivo da mediação. O pacto democrático inicial é plenamente ampliado quando se viabiliza um debate racional, expurga-se a violência e celebra-se, para além do conflito, a permanência de um destino coletivo, solidário, fraterno e em paz⁴⁶.

Logo, a verdadeira justiça será alcançada quando os próprios conflitantes conseguirem tratar os seus problemas com autonomia, reduzindo a dependência do juiz, tendo como consequências entendimentos obtidos com base nos interesses e sentimentos dos envolvidos, e não apenas nas questões postas no litígio.

O atual papel do Judiciário de encorajar a mediação, especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil, colabora para a gradual mudança da cultura do litígio para uma cultura do diálogo. Contudo, não se pode esquecer que a mediação não é a “solução milagrosa” para a crise da jurisdição. Esse incentivo é muito importante, mas o ideal seria que houvesse uma mudança cultural, com a mediação sendo apresentada nas faculdades, nas escolas, nas comunidades.

Assim, embora a adoção da mediação judicial como forma de tratamento dos conflitos seja incipiente e ainda não haja um amplo conhecimento do instituto por todos aqueles profissionais envolvidos na atividade processual, pode-se concluir que possui condições de ser um instrumento eficaz para a concretização da justiça.

5 Considerações finais

O presente artigo procurou demonstrar a importância da mediação, como um meio adequado de tratamento de conflitos, bem como de eficiente meio de acesso à justiça.

⁴⁶ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos. p. 483

A jurisdição estatal ainda apresenta credibilidade de suas decisões. Todavia, tal procedimento nem sempre significa garantia da efetividade das decisões, justamente porque, muitas vezes, tal procedimento não é o adequado ao tipo de conflito em que as partes estão envolvidas, o que, na prática, se revela como obstáculo ao acesso à justiça. Diante disso, a função jurisdicional vem sofrendo grandes transformações, em razão das novas concepções de direito, afastando a supremacia da lei e colocando-a sob o foco de que a legislação deve ser compreendida e interpretada a partir dos princípios constitucionais de justiça e do tempo necessário para o tratamento dos conflitos.

A mediação apresenta como vantagem, em relação ao modelo tradicional de solução dos litígios, a celeridade e o baixo custo envolvido, além de estimular que as próprias pessoas envolvidas no conflito busquem solucionar, consensualmente, suas diferenças, alcançando efetivamente a justiça.

Assim, em apertada síntese, conclui-se que a mediação é um mecanismo adequado de tratamento de conflitos para que se alcancem as promessas mencionadas por Ost relacionadas à promessa de um futuro diferente para os litigantes.

6 Referências

AZEVEDO, André Gomma de. (Org). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Ministério da Justiça – PNUD, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. 4ª edição.

_____. **Teoria Geral do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Editora, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

FIORELLI, José Osmir. MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. MORAES, Daniel Lopes de. **Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais**. São Paulo: LTr, 2004.

_____. FIORELLI, Maria Rosa. MALHADAS JÚNIOR, Marcos Júlio Olivé. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MORAIS, José Luis Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. **O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”**. Revista Sequência, n 55, dez. 2007. p. 303-326

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2015.

RESTA, Eligio. **Tempo e processos**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. 3 ed. São Paulo: editora ática. 1997.

_____. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O tempo do processo e o tempo da mediação**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Volume VIII. P. 307-325

_____. **Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

_____. **Justiça restaurativa e mediação:** políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

A tutela da cidadania e a efetivação das políticas públicas por meio do poder judiciário e suas intrínsecas objeções

Helfran dos Santos Araldi¹

Maria Carolina Rosa de Souza²

1 Introdução

A cidadania é uma característica dos povos que compõem o Estado politicamente organizado, tendo em vista que pode ser entendida como instrumento político, representando uma posição ideológica para construção do Estado e do próprio ordenamento jurídico; bem como ser compreendida sob o aspecto jurídico, na medida em que constitui um dos principais direitos fundamentais da vida humana. É, pois, um direito fundamental que está sempre em construção.

A efetivação da cidadania enquanto direito fundamental é um dos principais dilemas do sistema constitucional mundial, mormente em razão de que o Estado não consegue realizar o encargo que lhe foi concedido pelo poder constituinte originário. A falta de políticas públicas com o fim de atingir o bem comum, acaba

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF.

² Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, 2013. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Meridional - IMED, 2010. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF, 2007. Docente na Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada integrante da banca Carles de Souza Advogados Associados. E-mail: mariacarolsouza@yahoo.com.br

abarrotoando o Poder Judiciário de demandas que visam a garantir os direitos mínimos aos cidadãos.

A partir disso, quando o Poder Judiciário reconhece os direitos constitucionalmente previstos, muitas objeções são evidenciadas acerca da prática do ativismo judicial, da separação dos poderes e da afronta à legitimidade democrática.

Assim, o presente artigo pretende analisar a postura do Poder Judiciário na implementação de obrigações de fazer à administração pública e a tutela da cidadania, observando-se as premissas de objeção acima expostas.

2 A cidadania enquanto instrumento político e jurídico

A abordagem teórica acerca da cidadania no âmbito político-social configura-se uma tarefa complexa, sobretudo pelo fato de que não é um conceito estanque, isto é, varia de acordo com a posição ideológica que rege o Estado, sendo reinterpretada, pois, constantemente. Com efeito, Moisés Oliveira (2011, p. 16) aduz que a cidadania é um termo polissêmico, em razão das diversas formas interpretativas e de contextos fáticos que pode ser enquadrado.

A despeito disso, o autor aponta que a cidadania pode estar inserida na dimensão jurídica, sendo compreendida como o arcabouço de direitos fundamentais do ordenamento jurídico; na dimensão política, constituindo o liame do sujeito enquanto cidadão político que pertence a um Estado de Direito; e na dimensão da identidade, que constitui a cisão das duas primeiras, ou seja, não só atrelada ao aspecto do direito positivo, mas condição da própria existência humana que dará azo à formulação do Estado (OLIVEIRA, 2011, p. 16).

Nesse sentido, pode-se dizer que a concepção da cidadania contemporânea é fruto de uma construção histórica, a qual iniciou-se, sobretudo, a partir do século XVIII, com a passagem pelo liberalismo, posteriormente com o advento do sistema republicano, até a construção de um estado social. Isso evidencia o fato de que a

cidadania, enquanto questão política, é o que dá suporte à criação do Estado e ao ordenamento jurídico (OLIVEIRA, 2011, p. 17).

A cidadania não representa apenas o aspecto de identidade do sujeito no âmbito social, mas representa um movimento cultural que dá origem ao Estado e cria o Direito para regulamentar os anseios sociais de maneira a concretizar a dignidade humana. Dessa forma, a cidadania, enquanto aspecto político, liga-se, também, com a ideia do Poder Constituinte originário.

Nesse passo, pode-se dizer que o poder constituinte originário “é aquele que faz a constituição, organizando, juridicamente, o Estado”, a qual se baseia nas forças ativas que atuam em uma sociedade. Isto é, a construção de um Estado, regido por uma Constituição, é um ato que instrumentaliza o exercício da cidadania. Veja-se, com isso, o caráter polissêmico da cidadania, pois, enquanto manifestação política, precede à própria existência do Estado (BULOS, 2009, p. 50).

Nesse viés, o Estado é uma definição de uma sociedade política, que engloba, inclusive, as características pessoais dos indivíduos e foi criado a partir da necessidade de preservação do bem comum, com a promoção da paz social, pois a sociedade, além de não deter condições necessárias para garantir o bem-estar social, verificou a necessidade de contenção do poder que centralizava-se nas mãos de poucos (LOCK, 2001, p. 129).

Destarte, observa-se que a cidadania foi de fundamental importância para a construção do Estado, representando uma vontade política de organização social com a garantia dos principais direitos individuais. A partir disso, pode-se falar na cidadania com a dimensão jurídica, tendo em vista que a Constituição Federal passa a regulamentar a estrutura do Estado.

Com efeito, a Constituição possui duas grandes finalidades, sendo que a primeira é veicular consensos mínimos e essenciais para a dignidade humana; e a segunda é garantir o espaço próprio do pluralismo jurídico, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. Assim, esses consensos elementares,

embora possam variar em função das circunstâncias sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia dos direitos fundamentais, a separação e a organização dos poderes constituídos (BARROSO, 2009, p. 90).

Esse paradigma da separação dos poderes foi criado por Montesquieu em 1748, por meio da obra ‘O espírito das Leis’, onde a tripartição dos poderes organizou a estrutura do Estado, caracterizando as funções dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa teoria objetiva, sobretudo, que um determinado grupo político não se imponha sobre o outro, sendo que sem a divisão dos poderes não há democracia (SILVA, 2011, p. 205). Nesse viés, o autor aduz que tudo seria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as revoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (SILVA, 2011, p. 206).

Dessa forma, o sistema constitucional contemporâneo está atrelado ao sistema de separação dos poderes. A Constituição Federal de 1988 encampou tal sistemática de organização do Estado no artigo 2^o³, de forma que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário atuam de maneira harmônica e independentes entre si.

Ao Poder Executivo cumpre a tarefa da administração da coisa pública, a qual se dará por meio de atos e decisões, produzidos com o intuito de dar cumprimento ao que está estabelecido nas leis. Dessa forma, a função administrativa se materializa pelos chamados atos administrativos (ARAUJO, 2009, p. 79). Além da administração da coisa pública, a função do Poder Executivo é a de realizar políticas públicas com a finalidade de garantir o bem-estar social, que, de acordo com os ensinamentos de Eduardo Appio (2008, p. 39), sustenta-se na execução de programas políticos com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, assegurando as condições materiais de uma existência digna a todos eles.

³ São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Incumbe ao Poder Judiciário a conservação e a tutela do ordenamento jurídico, mediante o proferimento de decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais, declarando a cada caso, a conformidade ou não dos fatos com estas e impondo eventuais consequências jurídicas (PIÇARRA, 1989, p. 54).

O Poder Legislativo, por sua vez, deve formular “regras genéricas e abstratas, que devem ser compulsoriamente observadas não só pelos indivíduos como também pelos órgãos estatais”. Além disso, deve se atentar ao fato de que a atuação deve se voltar à dignidade humana, visando atingir a finalidade a qual se destina ao Estado: de primar pelo bem comum (ARAÚJO, 2009, p. 54).

Ocorre que, hodiernamente, o Estado não consegue realizar as suas tarefas essenciais. A falta de políticas públicas para efetivar os direitos fundamentais, ou até mesmo a sua ineficiência, tem gerado uma problemática social e jurídica, denominada de ‘judicialização dos direitos fundamentais’.

De fato, as políticas públicas podem ser entendidas como o conjunto de normas, atos e decisões, envolvendo os três poderes instituídos. O seu desenvolvimento, serve, sobretudo, para que o Estado possa realizar a sua finalidade precípua. Nesse sentido, a atuação do Poder Executivo ou do Legislativo deve se adequar à Constituição Federal, cabendo ao Poder Judiciário analisar qualquer situação, desde que seja devidamente provocado (GRINOVER, 2008, p. 11).

3 O Poder Judiciário e a imposição de obrigações de fazer à administração pública: a efetivação dos direitos e as objeções acerca do ativismo judicial, da legitimidade democrática e da separação dos poderes

A concretização dos direitos fundamentais virou um dilema no Constitucionalismo contemporâneo. Com efeito, questiona-se: poderia o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas, com o fim de garantir a

dignidade da humana, sem que haja afronta ao postulado da separação dos poderes e ao sistema democrático? A situação afronta a cidadania ou age em seu favor?

O impasse requer uma análise complexa. Muitas objeções são apontadas acerca da afronta ao sistema democrático, tendo em vista que os juízos não possuem legitimidade representativa, ou seja, não são eleitos pelo povo e por isso não poderiam entrar no campo destinado a outro poder, como o Executivo. Além disso, fala-se que o protagonismo do Judiciário é na verdade um ativismo judicial em que membros do Poder Judiciário se valem para encampar ideologias políticas (ALVES, 2012, p. 99).

No entanto, o protagonismo do Poder Judiciário pode ser analisado no âmbito histórico, já que a sua atuação precisa ser analisada de acordo com o contexto em que está inserido. Nesse sentido, um dos grandes acontecimentos históricos que envolve o ativismo judicial reside no caso ‘Brown v. Board of education’, decidido pela Corte de Warren nos Estados Unidos da América, em que se declarou inconstitucional a inadmissibilidade de determinados estudantes nas escolas americanas (ROSILHO, 2007, p. 3). A decisão foi um marco para o sistema Constitucional Americano, que serviu de parâmetro para outras decisões e iniciou-se um novo paradigma de interpretação e aplicação da norma constitucional. Na referida decisão, ficou estabelecido que a divisão dos estudantes de acordo com a sua condição racial, fere o direito fundamental da igualdade (ROSILHO, 2007, p. 3).

O ativismo judicial pode ser entendido como uma atitude proativa, específica, de interpretar a Constituição Federal de maneira que haja uma expansão do seu sentido e do seu alcance. Normalmente, ele ocorre quando há uma retração de um poder, de maneira que as demandas sociais sejam realizadas de maneira efetiva (BARROSO, 2008, p. 6).

Nesse sentido, a postura ativista se dá por diferentes formas, dentre as quais, incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008, p. 6).

Assim, diz-se que a Constituição não é um mero documento dotado de normas programáticas; ao contrário, as normas que nela estão encampadas possuem imperatividade, uma vez que possuem comandos a serem seguidos pelo Estado e pelos indivíduos da sociedade. Destaca-se, por oportuno, que essa imperatividade viola um direito constitucional ou infraconstitucional, tanto por uma ação quanto por uma omissão (BARROSO, 2009, p. 4).

Dessa forma, o Poder Judiciário não pode abster-se de conceder um direito ao cidadão que está previsto constitucionalmente. Desse modo, quando os poderes Legislativo e Executivo se omitem quanto à realização de políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário tem o dever de atuar, exercendo o controle de constitucionalidade (BARROSO, 2009, p. 5).

Aliás, o ativismo judicial pode estar atrelado ao fortalecimento do Poder Judiciário. A Constituição Federal de 1988 conferiu um novo status ao sistema jurídico e à jurisdição constitucional, principalmente pelos meios existentes de controle de constitucionalidade, somado, ainda, por ocasião da inércia dos poderes políticos em efetivar as normas constitucionais. Com efeito, novas técnicas interpretativas ampliam a atuação jurisdicional, especialmente em relação a assuntos de alçada do executivo e do legislativo (MORAES, 2012, p. 405).

Dessa forma, não há que falar em afronta ao Estado de Direito, por suposta falta de legitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário na imposição de obrigações de fazer à administração pública, que se referem a elaboração de políticas

públicas, por não serem eleitos pelo povo. Tal objeção, aliás, não retira a proeminência do Poder Judiciário (BARROSO, 2008, p. 10).

A despeito de tal afirmação, cabe ressaltar que a própria Constituição Federal autoriza e obriga a atuação do Poder Judiciário no sentido de agir de forma a promover a dignidade humana. Assim, quando os juízes e demais julgadores aplicam a lei “estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo” (BARROSO, 2008, p. 11).

Aliando a situação teórica às ocorrências fáticas, cumpre, a título elucidativo, trazer à baila o julgamento do Recurso Extraordinário n. 592581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que determinou à administração pública a realização de reformas emergenciais em sistemas prisionais, a fim de que fosse garantida a dignidade humana. Não obstante o acórdão a que deu azo a interposição do referido recurso extraordinário tenha definido que não cabe ao Judiciário determinar esse tipo de diligências ao Executivo, a decisão foi reformada para admitir a possibilidade de determinar políticas públicas de cunho emergencial, quando verificada a mora executiva.

A fundamentação do recurso interposto estava ancorada no postulado da dignidade humana que, “não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional” (RE 592581, 2015, p. 33).

Com isso, deve-se reconhecer que os princípios constitucionais se consubstanciam em regras jurídicas ‘positivamente vinculantes’, sendo certo que, diferentemente do que muitos pregam, não se configuram como regras de cunho programático, pois, em razão da sua proeminência no ordenamento jurídico, os valores constitucionais são dotados de eficácia, cuja efetivação e materialização pode ser exigida judicialmente (RE 592581, 2015, p. 35).

Com efeito, as normas definidoras de direitos individuais possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, não havendo que se falar em afronta aos poderes, à medida que “a reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário” (RE 592581, 2015, p. 35). Ademais, afirma o relator do acórdão que a situação posta em causa não cuida de implementação direta pelo Poder Judiciário, o que ajuda a compreender uma suposta ação intervencionista. Para ele, a existência de uma decisão desse cunho impõe o encargo à administração pública, pois é ela quem irá executar a ação. Além disso, as decisões desse jaez consistem em uma obrigação elementar do Poder Judiciário, considerando a necessária concretização dos direitos fundamentais (RE 592581, 2015, p. 35).

No que tange a temática da separação dos poderes, percebe-se uma vertente flexibilizadora tanto no âmbito jurisprudencial quanto doutrinário. Diz-se que a flexibilização da separação dos poderes é necessária para que ele se adeque à evolução do Estado e para que haja a fiscalização entre os entes, fatos que ocasionariam uma melhor governabilidade e reciprocidade entre os poderes (SOUZA, 2008, p. 27).

Nessa linha, José Afonso da Silva (2008, p. 109) aduz que o princípio da separação dos poderes, apesar de ser condição essencial do Estado, não mais representa aquela rigidez de outrora. Segundo o doutrinador, com a ampliação do Estado contemporâneo, concebeu-se uma nova visão sobre o aludido princípio, traduzindo-se numa nova forma de relacionamento entre os poderes do Estado. Nesse viés, o relacionamento dos poderes não pode ser fruto de “atribuições expressas, predefinidas e impermeáveis”, pois, “a única maneira de o princípio da separação dos poderes conviver com a democracia e exercer a sua principal função de combater o arbítrio é a de um permanente ambiente de diálogo constitucional” (ABRAMOVAY, 2012, p. 32).

Percebe-se, então, que as premissas apresentadas são de fundamental importância para entender a problemática apresentada no presente artigo. Entretanto, o Poder Judiciário é fonte de implementação de políticas públicas, de modo a reconhecer a cidadania social e a concreção do bem-estar social. Nesse paradigma, com o dever de aplicar o direito ao caso concreto, o Judiciário exerce uma ação política idealizada, desde que voltada aos fins do Estado. Com efeito, deduz-se que a ação do Poder Judiciário no que tange às políticas públicas deve se dar subsidiariamente - somente nas situações em que for provocado, e nas situações emergenciais, quando ficar reconhecida a mora executiva -, sob pena de violar o sistema democrático, tendo em vista que não pode substituir a ação dos demais poderes, mas suprime quando verificada uma omissão (ROCHA, 2010, p. 10).

Destarte, verifica-se que a cidadania além do aspecto que identifica o sujeito perante a sociedade, constitui-se um instrumento político e jurídico, desde a instrumentalização de uma ideologia na formação de um Estado, com a criação de uma Constituição Federal, como o leque de direitos fundamentais que a integra, com vista a dar concreção à dignidade humana e atingir a finalidade precípua do Estado, qual seja, o bem comum.

Assim, quando existente uma omissão por parte do Poder Executivo, na implementação de políticas públicas, o Poder Judiciário, devidamente provocado, pode ordenar que a administração pública execute ou implemente planos de governos, sem que isso implique afronta à separação dos poderes ou à democracia.

4 Conclusão

A cidadania não é entendida somente como aspecto de identidade do sujeito perante o Estado. É, pois, uma característica política que reflete uma ideologia de um povo. Percebe-se isso quando da elaboração da assembleia constituinte, em que o povo

absteve-se da sua liberdade pra que o Estado passasse a administrar os anseios sociais. Nesse sentido, pode-se dizer que a cidadania, além do aspecto que individualiza o sujeito perante à sociedade, apresenta-se, também, com cunho social. Com efeito, John Locke assina que a construção do Estado é fruto de um contrato social, que deve, sobretudo, para que se torne legítimo, exercer o seu encargo com a finalidade de promover o bem comum.

A cidadania é entendida, também, como a dimensão jurídica do Estado, tendo em vista que se refere aos mais variados direitos fundamentais da vida humana. Assim, as duas dimensões se unem e constituem um vetor para atuação do Estado. O Estado, por sua vez, no desempenho de suas funções, define competências e promove a tripartição dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Quando a administração pública não consegue desempenhar as suas funções constitucionalmente previstas, como a elaboração de políticas públicas, por exemplo, aos cidadãos não resta outra alternativa senão buscar o Poder Judiciário para a concretização dos seus direitos fundamentais.

Com efeito, o protagonismo do Poder Judiciário é evidente e necessário, não obstante as objeções fundadas na intervenção nos demais poderes, na conduta ativista e antidemocrática. Não há como cogitar que, diante da omissão dos demais poderes, e quando for provocado, o Judiciário não ordene à administração pública a implementação de políticas públicas, visando ao bem-estar social.

De fato, o Estado só existe para que haja o bem comum. A assembleia constituinte originária foi um ato de cidadania social, constituindo um contrato social, para que o Estado atue em nome de todos, com o fim de promover a dignidade humana, qual é fundamento constitucional e, por conseguinte, o que dá legitimidade ao Estado.

5 Referências

ABRAMOVAY, Pedro. **Separação dos poderes e medidas provisórias**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. **Judicialização, ativismo e efetivação de Direitos Fundamentais**. [artigo científico]. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/74>>. Acesso em out.2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: out. 2017>.

BRASIL. Supremo tribunal federal. **Recurso Extraordinário n 592581**. Relator: min. Lewandowski, Ricardo. Publicado. Publicado no DJ de 01/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308563123&tipoApp=.pdf>>. Acesso em out.2017.

BULOS, Lammêgo Uadi. **Direito constitucional ao alcance de todos**. São Paulo. Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Revista de processo, ano 33, n. 164. São Paulo, RT, out. 2008, p.9-28.

LOCKE, John. **Segundo Tradado sobre o Governo Civil e Outros Escritos**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

OLIVEIRA, Moisés Mileib de. **O ativismo judicial e a tutela da cidadania: a postura ativista do judiciário e os riscos ao Estado Democrático de**

Direito. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1989.

ROSILHO, André. **Estudo Dirigido. Plessy vs. Ferguson e Brown vs. Board of Education.** [artigo científico]. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/235_Estudo%20dirigido%20Andre%20Rosilho.pdf>. Acesso em out .2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes – descumprimento de ordens judiciais.** 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Judiciário e políticas públicas: A concretização dos Direitos Fundamentais-sociais.** [artigo científico]. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/118-408-1-pb.pdf>>.

A (i) legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas a partir da promulgação da constituição federal de 1988

Diego Marques Gonçalves¹

Fábio Franzotti de Souza²

1 Introdução

Com grande destaque no contexto multidisciplinar contemporâneo, as políticas públicas, oriunda das ciências políticas, têm sido objeto de discussões acadêmicas desde a conceituação teórica, requisitos formais e práticos, até seus fundamentos legais.

Quanto a este último conteúdo, surge a necessidade de estudos no âmbito das normas do ordenamento jurídico pátrio, pois devido ao sistema político brasileiro, vê-se as políticas públicas como forma legítima do Poder Executivo alcançar seus objetivos, sejam essas políticas de Estado ou de Governo.

Porém, notadamente, o Poder Judiciário tem interferido nas políticas públicas com o a premissa de estar garantindo a efetividade dos direitos fundamentais, quando estes não são observados e/ou respeitados.

¹ Doutorando em Desenvolvimento Regional pela UNISC. Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela UNIFRA. Advogado. Professor de Direito da URCAMP/São Gabriel.

² Pós-graduando em Direito Administrativo pela Rede de Ensino LFG. Pós-Graduando em Licitações e Contratos pelo Instituto Superior de Educação Continuada. Bacharel em Direito pela URCAMP/São Gabriel. Assessor Jurídico para Licitações da Secretaria da Fazenda da Prefeitura Municipal de Rosário do Sul, RS. Empresário. Advogado. 1º Tenente de Cavalaria do Exército Brasileiro, da reserva.

Assim, o presente trabalho objetiva compreender o momento e o motivo que “legitima” a intervenção judicial nas políticas públicas. Assim, embora muitas questões possam ser trazidas a lume, este capítulo, ao realizar uma breve descrição e conceituação das políticas públicas, se propõe a verificar a legitimidade da intervenção judicial, bem como sua repercussão, nas políticas públicas.

2 Políticas Públicas: o *locus* do debate político

O estudo sobre as Políticas Públicas tornou-se de interesse para o direito há, aproximadamente, trinta anos, pois, originariamente, era um assunto exclusivamente de interesse da ciência política, economia e administração pública. Assim, em decorrência da evolução social, da complexidade do mundo que vivemos e da rapidez com que tudo se transforma e se correlaciona, é inevitável colocar um tema tão recorrente à luz da multidisciplinaridade, e, neste caso, especificamente ao direito (BUCCI, 1997, p. 89).

A existência dos direitos sociais, expressamente positivados na Constituição Federal de 1988, dentre os direitos fundamentais, possuem obrigatoriedade de efetivação por parte do Estado (BRASIL, 1988, s/p). Diante disso, é possível a verificação do fundamento basilar para a existência das políticas públicas, pois, independente da dimensão dos direitos, vê-se, tais políticas, como mecanismos de ação dos governos (BUCCI, 1997, p. 90).

Uma vez entendido que as políticas públicas são meios de se concretizar os diversos direitos, estabelecidos na Carta Magna, por meio de ações governamentais e privadas em harmonia, com o fito de solucionar problemas relevantes da sociedade, torna-se, de forma geral, uma questão a ser discutida no âmbito do direito administrativo (BUCCI, 1997, p. 91).

Dentre os atos finalísticos da Administração Pública, surgem as Políticas Públicas como forma excepcional de notórios resultados.

Em decorrência disso, inicialmente, é preciso compreender o significado, separadamente, dos vocábulos “política” e “pública”.

A expressão “Política”:

[...] significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social, [...] Na época moderna, o termo perdeu seu significado original, substituído pouco a pouco por outras expressões como "ciência do Estado", "doutrina do Estado", "ciência política", "filosofia política", etc, passando a ser comumente usado para indicar a atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, têm como termo de referência a pólis, ou seja, o Estado (BOBBIO et al., 1998, p. 964).

Já no idioma inglês, existem duas palavras que, embora também derivem do mesmo significado geral, expressam significados distintos. Os termos são: *politics* e *policies*. O primeiro diz respeito ao sincrônico das relações que norteiam estratégias entre protagonistas que visam objetivos em comum como, por exemplo, a política de uma instituição ou a carreira política (DIAS; MATOS, 2012, p. 2).

Assim, o termo *policy* (onde *policies* é o plural) é o mais adequado ao que se entende sobre orientações para as escolhas de atuação do Estado. Assim, “Política Pública” traz o sentido dessa expressão (SECCHI, 2014, p. 1). Logo, *policies*, deve ser entendido como a ‘ação’ do governo.

Quanto ao vocábulo “público”, entende-se como algo “relativo, destinado ou pertencente ao povo, à coletividade ou ao governo de um país, (...) Que é de uso de todos, ou que está aberto ou acessível a quaisquer pessoas” (FERREIRA, 2008, p. 664), pois “as esferas que são rotuladas como públicas são aquelas que estão em oposição a outras que envolvem a ideia de “privado”. O público compreende aquele domínio da atividade humana que é considerado necessário para a intervenção governamental ou para a ação comum.” (DIAS; MATOS, 2012, p. 11).

Assim, as políticas públicas (*public policies*), são diretrizes criadas com o propósito de defrontar um problema público. É o norteamento à ação governamental quanto aos seus dois elementos basilares, a intencionalidade pública e, diante de um problema coletivamente relevante, uma resposta (SECCHI, 2014, p. 2).

As tipologias das políticas públicas podem ser: sociais, onde as ações serão voltadas para a área da habitação, saúde, previdência social e educação; administrativas, que é marcada pela participação social, democracia e descentralização; pela política macroeconômica, no que tange à área fiscal, industrial, monetária e cambial; e a política específica ou setorial, que diz respeito ao meio ambiente, direitos humanos e etc. (DIAS; MATOS, 2012, p. 17).

Quanto às fases das políticas públicas, para fins pedagógicos, podemos dividi-las da seguinte forma: 1) identificando do problema, 2) composição da agenda, 3) formulação de alternativas, 4) tomada de decisão, 5) implementação, 6) avaliação, 7) extinção. A seguir, serão expostas, de forma sumária, peculiaridades necessárias acerca das fases.

1) Identificando do Problema

A identificação do problema marca o início da formação de uma política pública. Assim, um público é

[...] a discrepância entre o *status quo* e uma situação ideal possível. Um problema público é a diferença entre o que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública. Um problema público pode aparecer subitamente, por exemplo, uma catástrofe natural que afete a vida de pessoas de determinada região. Um problema público também pode ganhar importância aos poucos, com o congestionamento nas cidades ou progressiva burocratização de procedimentos e serviços públicos. (SECCHI, 2014, p. 44).

Contudo, pode ocorrer que, mesmo existindo um problema relevante, o governo não o coloque na agenda política, porém, isso

não significa que não há interesse por parte dos governantes, mas sim a existência de outras prioridades (SCHMIDT, 2008, p. 231).

No tocante às prioridades, alguns problemas, em detrimento de outros, podem ser incluídos na agenda devido à articulação dos partidos políticos, dos grupos de pressão, dos grupos de interesse e do *lobby* (NOGUEIRA FILHO, 2010, p. 81). Do mesmo modo, a mídia possui fundamental papel na formação da agenda política, pois, compreende demasiada influência na opinião pública e, com isso, seguidamente interfere no que tange à escolha das prioridades na composição das agendas (SECCHI, 2014, p. 46).

2) Composição da Agenda

A formação da agenda é composta pelos temas considerados relevantes à atenção política (SECCHI, 2014, p. 46). Não se trata de um documento formal escrito, e sim do rol das questões relevantes debatidas pelos agentes públicos e sociais, com forte repercussão na opinião pública. A agenda nunca está dada. Não há uma agenda ‘natural’. Trata-se de uma construção permanente, que envolve forte disputa política (SCHMIDT, 2008, p.2316).

3) Formulação de Alternativas

Uma vez inscrito na agenda política, durante o diagnóstico para a solução de problema específico, surgem diversas alternativas, devendo, assim, serem ponderadas para que possa ser escolhida a forma mais apropriada para alterar o *status quo* (DIAS; MATOS, 2012, p. 76). Assim, “quanto mais concretos forem os objetivos, mais fácil será verificar a eficácia da política pública [...] A etapa de construção de alternativas é o momento em que são elaborados métodos, programas, estratégias ou ações que poderão alcançar os objetivos estabelecidos.” (SECCHI, 2014, p. 48).

4) Tomada de Decisão

Este momento se assemelha à análise estratégica enraizada na teoria dos jogos econômicos, pois, estes

[...] podem ser cooperativos ou não-cooperativos. Um jogo será cooperativo quando seus participantes puderem negociar contratos entre si, permitindo que planejem estratégias em conjunto. Por outro lado, um jogo será não-cooperativo quando não for possível o estabelecimento de contratos entre os participantes. Por exemplo, um jogo cooperativo poderia envolver duas empresas de um determinado setor que estejam negociando um investimento conjunto para o desenvolvimento de uma nova tecnologia (na qual nenhuma das duas teria suficiente Know-how para obter sozinho o sucesso). [...] Por sua vez, caso não haja a possibilidade de estabelecer um contrato, ter-se-á jogo não-cooperativo. (CARRARO, 2005, p. 44).

Nessa perspectiva nota-se o processo de formulação de alternativas como jogos cooperativos, pois, este é “o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitados.” (SECCHI, 2014, p. 51).

5) Implementação

Nesta fase, a política pública passará do campo da teoria e adentrará em sua concretização (DIAS; MATOS, 2012, p. 79). Contudo, tal fase é de suma importância, pois, possibilita a visualização “por meio de esquemas analíticos mais estruturados, os obstáculos e as falhas que costumam acometer essa fase do processo nas diversas áreas das políticas públicas (saúde, educação, habitação, saneamento, políticas de gestão e etc.).” (SECCHI, 2014, p. 56).

6) Avaliação

Nesta fase serão verificados os impactos positivos e negativos da implementação da política pública, ou ainda, se foi eficiente ou não. É o momento que será constatado a produção dos efeitos que se esperavam (SECCHI, 2014, p. 63), podendo inferir na continuidade ou reestruturação da política pública.

7) Extinção

A política pública terá sua extinção caso seja o problema tido como resolvido, ou caso seja entendido que a ação não tenham efeito algum, ou, ainda, mesmo não resolvido o problema, este venha a perder sua necessidade de solução. (DIAS; MATOS, 2012, p. 90)

Em face aos elementos acima referidos, percebe-se que as políticas públicas são instrumentos por meio dos quais o Estado busca implementar determinadas medidas, almejando concretizar direitos dos mais diversos matizes. A confecção dessas políticas demanda um pujante esforço de comunicação com os diversos segmentos sociais potencialmente envolvidos. Quanto maior a habilidade do ente público em ouvir e dialogar com os diversos setores envolvidos, maior será a adesão e a possibilidade de êxito.

3 Direitos fundamentais

É imprescindível dissertar a respeito da eficácia dos direitos fundamentais no Brasil, pois, se de um lado, as políticas públicas compõe o referencial obrigatório para a materialização desses direitos, o poder judiciário é invocado para intervir em situações que podem atentar, inclusive, contra a separação dos poderes.

Os direitos fundamentais compreendem um sincrônico de institutos que, em determinado momento da história, legitima as reivindicações de igualdade humana, dignidade e liberdade, as quais necessitam de positivação no ordenamento jurídico, seja ele nacional e internacional (LUÑO, 2010, p. 50).

É, também, uma aspiração moral justificada, que visa à facilitação da independência do indivíduo, fundamentado nos princípios da liberdade e igualdade, os quais possibilitam uma reflexão racional no percurso histórico mundial contemporâneo, composto pelas heranças sucessivas da política liberal, filosofia moral e democracia (MARTÍNEZ, 1999, p. 109).

A doutrina pátria elucida que os direitos fundamentais são:

[...] o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status social*. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive. Os *direitos fundamentais* são conhecidos sob os mais diferentes rótulos, tais como *direitos humanos fundamentais*, *direitos humanos*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *direitos públicos subjetivos*, *direitos naturais*, *liberdades fundamentais*, *liberdades públicas* etc (BULOS, 2009, p. 428).

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais encontram-se insculpidos no Título II da Constituição Federal de 1988, e foi dividido pelo legislador em cinco capítulos, são eles: *direitos individuais e coletivos*; *direitos sociais*; *nacionalidade*; *direitos políticos e partidos políticos* (BRASIL, 1988, s/p).

Assim, este “extenso rol de direitos, ao contrário das Constituições pretéritas, encontra-se topologicamente inserido no início do texto constitucional, deixando explícita sua relevância e precedência diante de todas as outras normas, e adotando a máxima kantiana do homem como um fim em si próprio” (PASSOS, 2014, p. 27).

É necessária a observância acerca de dois prismas distintos, em primeiro lugar, conforme expresso no art. 5º, § 1º, onde os direitos e garantias individuais possuem aplicação de caráter imediato, e, em segundo lugar, tais normas, encontram-se no âmago do sistema jurídico, norteando as atividades precípua do Estado (PASSOS, 2014, p. 38).

Porém, de nada vale a existência de garantias e direitos individuais se os mesmos não forem, eficazmente, aplicados. Nesse sentido, para o jurista clássico alemão, Rudolph:

A lei concreta não apenas ganha vida e força da lei abstrata, mas dá também, em retorno, a vida que ela recebeu. É na natureza da lei se realizar na prática. Um princípio da lei nunca aplicado na

prática, ou que perdeu a sua força, não merece mais esse nome; é uma mola velha no maquinário da lei, que não desempenha o seu papel e que pode ser removida sem modificar em nada a ação. (...) sua realização prática depende do desempenho do dever das autoridades e oficiais públicos (...). A existência de todos os princípios de direito público depende da fidelidade das autoridades no desempenho de seus deveres e dos princípios de direito privado, no poder das motivações que induzem a pessoa cujos direitos foram violados a defendê-los: o seu interesse e o seu sentimento de direito legal. (VON IHERING, 2012, p. 107-109)

Logo, é possível identificar a necessidade de implementação de mecanismos, além dos já estabelecidos na Carta Magna, para a efetivação dos direitos fundamentais. É necessário, também, além de confirmar tais direitos, criar formas de efetivá-los. É com esse escopo que, conforme já foi elucidado no capítulo anterior, são colocadas em prática as políticas públicas.

Assim, as políticas públicas denotam excepcional função para a materialização das imposições constitucionais, conforme as normas não são mais interpretadas na própria letra da lei, mas, sim, através de princípios que norteiam as prioridades e finalidades perseguidas por ela (PASSOS, 2014, p. 59).

Contudo, uma vez que as políticas públicas são de ação governamental, destinadas a efetivação de objetivos sociais, não é possível valer-se, apenas, de conveniência, mas sim, guiar-se pelas normas constitucionais. Embora seja quase imperceptível a distinção entre a discricionariedade política e as garantias impostas na Constituição Federal, ela existe. Levando-se em consideração que, apesar de a política manter-se autônoma, suas decisões são submetidas aos critérios das normas jurídicas, onde surge a dúvida se “o direito sobrepõe-se à política” (PASSOS, 2014, p. 39).

4 Intervenção judicial nas políticas públicas

Embora existam esforços governamentais no sentido de possibilitar o respeito aos direitos fundamentais, até o momento

foram insuficientes no sentido de afastar a imprescindível conduta ativa do Poder Judiciário, no que tange à concretização do que está positivado na Constituição Federal (PASSOS, 2014, p. 71).

O Supremo Tribunal Federal tem adotado, de forma visível, um posicionamento ativo no tocante às suas decisões, quando da ação dos outros Poderes, impondo condutas ativas, a estes últimos, nas matérias de Políticas Públicas. Conforme os direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna, o Estado democrático constitucional, possui seu poder limitado e vinculado a esses direitos (MARCONATTO; FORTES, 2012, p. 230).

A organização e o planejamento da administração pública que envolve a implementação das Políticas Públicas compreendem a execução, o acompanhamento e avaliação do processo para que, assim, seja possível verificar o impacto, positivo ou não, na sociedade. E, ainda, como mais uma variável, existe a possibilidade da apreciação do Poder Judiciário, conforme o disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. (PASSOS, 2014, p. 60).

A atividade jurisdicional não pode ser entendida como sinônimo do ativismo judicial, pois, a primeira, é decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil, advindo da norma positivada na Carta Magna e não um meio de efetivar o desejo político. De outro lado, o ativismo judicial, é a forma proativa de interpretação constitucional, a fim de amplificar seu sentido e abrangência. (BARROSO, 2009, p. 3)

Neste cenário, entende-se que o ativismo judicial é a ampliação da interferência do Poder Judiciário nos demais poderes, no afã de garantir os direitos positivados na Constituição. No caso concreto, é visível tal ingerência quando da alegação de inconstitucionalidade das normas advindas do Poder Legislativo, pelas determinações de condutas ao poder público, e, também, pela utilização do texto legal, sem a devida concordância do legislador, em situações não expressas na Carta Maior (ARAGÃO, 2013, p. 60).

Ativismo judicial “consiste no exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio

ordenamento, o que levaria à desnaturação das funções típicas de tal poder, em detrimento do Administrativo e do Legislativo. A interpretação criativa por parte do judiciário, portanto, não pode, por si só, receber a alcunha pejorativa de ‘ativista’” (PASSOS, 2014, p. 60 143).

O ativista é, portanto, o magistrado que toma decisões políticas aos quais, por sua vez, transforma-se em políticas públicas, rejeita as deliberações dos demais Poderes, e não delimita suas deliberações aos preceitos da segurança jurídica. Significa, portanto, que existiu, por parte do Judiciário, uma deliberação política (SOARES, 2010, p. 7-9).

Não se tratando, dessa forma, a intervenção judicial, de ativismo judicial, é necessário o entendimento que o Poder Judiciário, enquanto órgão fiscalizador dos outros poderes, acaba decidindo acerca das demandas que, primariamente, não seria de sua competência, e o resultado dessas decisões gera impactos nas demais esferas. Portanto, o Poder Judiciário, frente às inadimplências dos órgãos públicos, não faz nada além de garantir a concretização dos direitos insculpidos na Constituição Federal. (SCHWINN; ODORISSI, 2013, p. 372 - 373).

Assim, no âmbito do Estado Democrático de Direito, é imposto à jurisdição constitucional, novos desafios, pois, esta, possui em sua guarda os direitos fundamentais, dando, assim, a possibilidade de uma judicialização da política (RIBEIRO, 2013, p. 36).

O fenômeno, complexo, da judicialização ganhou força no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, no momento em que direito e política passam a ser divididos por uma linha tênue frente ao extenso rol de conteúdo contido na Magna Carta, abrangendo, entretanto, a interpretação necessária para a jurisdição constitucional (LEAL; RIBEIRO, 2014, p. 44).

Neste sentido, a

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política social estão sendo decididas por Órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da república, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro [...] (BARROSO apud LEAL; RIBEIRO, 2014, p. 45).

Este posicionamento dinâmico na ponderação de assuntos de grande interesse da população, no seguimento do Judiciário, aparece como primordialidade na defesa dos direitos fundamentais. Hodiernamente, no tocante aos casos em que o Legislativo se omite, existe uma Corte com extensa liberdade para agir diante tais lacunas. Em verdade, esta intervenção não caracteriza invasão, pois, tal modelo da tripartição dos Poderes, o qual era protegido pela doutrina liberal, não possui mais aplicação na contemporaneidade diante dos atuais valores sociais (LEAL; RIBEIRO, 2014, p. 47-49).

Neste sentido, o padrão dominante de valores dos direitos fundamentais sobrepõe um caráter dinâmico ao magistrado, que, hoje, se compromete à emancipação do homem, deixando sua condição de comum aplicador do direito, e, responsabiliza-se como concretizador do direito. (PASSOS, 2014, p. 60 144). Diante de tal interpretação, “pode-se verificar uma conduta mais ativa do Poder Judiciário, a qual traça uma maior expansão e sentido à decisão e, com isso, o Poder Judiciário participa de forma ampla e ativa na concreção dos valores constitucionais.” (MARCONATTO; FORTES, 2012, p. 237).

O fato de uma nova interpretação constitucional, acerca das decisões judiciais, dá a sustentabilidade para a compreensão que o Estado Constitucional incumbiu ao Poder Judiciário, por força normativa, a ser o guardião dos princípios constitucionais. Porém,

produz-se a indispensabilidade de um entendimento extensivo do Diploma Legal, no que tange a legitimação, através da participação democrática, mormente no que tange aos direitos fundamentais (MARCONATTO; FORTES, 2012, p. 237).

5 Considerações finais

No Estado contemporâneo, os direitos fundamentais ocupam relevante posicionamento no ordenamento jurídico, direitos estes contidos nas cláusulas pétreas da Lei Maior. O Poder Executivo, dentre o rol de suas atribuições, apresenta, como uma das formas de concretização de tais direitos, as Políticas Públicas.

Contudo, embora as ditas Políticas sejam fundamentalmente oriundas da ciência política, estas, passam pela axiologia do Poder Judiciário, o qual analisa a viabilidade da concretização dos direitos fundamentais por meio delas.

Este intervencionismo judicial, conforme já foi ventilado, não pode ser confundido com ativismo judicial, pois, este último denota, em sentido pejorativo, a ingerência do Poder Judiciário sobre os demais, ao passo que, em verdade, a intervenção judicial, em tais Políticas, possui o escopo precípua da garantia da efetivação dos direitos fundamentais positivados.

Dessa maneira, compreendido que as Políticas Públicas são instrumento que viabilizam a concretização dos direitos fundamentais do homem, e que cabe ao Poder Judiciário, através de uma intervenção constitucionalmente positivada, valorar tais mecanismos com a possibilidade de ratificá-los ou vetá-los, não há o que se questionar sobre a sua legitimidade.

Assim, a intervenção judicial possui sua legitimidade enquanto estiver cumprindo seu dever constitucional na garantia do cumprimento legal dos outros Poderes, podendo, para tanto, fiscalizá-los e submetê-los à efetivação dos direitos fundamentais.

6 Referências

- ARGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil**: influência sobre atos *interna corporis* do Congresso Nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685>>. Acesso em: 15/11/2013.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PAQUINO, G. **Dicionário de política I. 1 ed.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BRASIL. Constituição (1988). *Vade Mecum* Saraiva. 15 ed. Atualizada e Ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 34, n. 133, p. 89 – 98, jan/mar. 1997.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. reformulada e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008 – São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARRARO, André. **Propriedade intelectual e a teoria dos jogos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.
- DIAS, R.; MATOS, F. **Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 7 ed. Curitiba: Positivo, 2008.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.
- MARCONATTO, Cristiano Couzzo; FORTES, Francielli Silveira. Democracia, Constitucionalismo e Participação Cidadã: a atividade jurisdicional na

concretização dos direitos fundamentais. In: **Constitucionalismo Contemporâneo: Desafios e Perspectivas**. Curitiba: Multideia, 2012.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado, 1999.

NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. **Introdução à Ciência Política**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2010.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Civana Silveira. **O controle jurisdicional de políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal em tempos de judicialização e de ativismo judicial: uma crítica a partir da análise dos argumentos utilizados na fundamentação de decisões sobre políticas públicas**. 2013. 149 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2013.

SOARES, José de Ribamar Ribeiro. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Tese apresentada como requisito para obtenção do título de Doutor ao Programa de pós-graduação em Ciência Política do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da UERJ. Brasília, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In. **Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos**. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SCHWINN, Simone Andrea; ODORISSI, Luiza Ferreira. **O controle jurisdicional de políticas públicas como meio de efetivação dos direitos fundamentais e sua relação com o estado democrático de direito**. Constitucionalismo Contemporâneo: concretizando direitos, Curitiba: Multideia, 2013.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

VON IHERING, Rudolph. **A luta pelo direito**. Tradução de Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2012.

O consumidor idoso e o acesso à justiça

Dargéli Guerra¹

Lívia Copelli Copatti²

1 Introdução

Os direitos dos idosos estão amparados pela Constituição Federal, por leis esparsas, documentos internacionais e, principalmente, pelo Estatuto do Idoso, onde estão previstos direitos e a proteção dos idosos considerando a sua vulnerabilidade.

No entanto, nem sempre essa gama jurídica, que deveria trazer a segurança necessária para garantir os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, consegue efetivar os direitos ou evitar a sua violação.

No entanto, não basta apenas saber que idosa é uma pessoa com mais idade e que conseqüentemente possui mais direitos, faz-se imprescindível ter conhecimento do conceito de pessoa idosa na esfera social e jurídica, da origem dos direitos hoje protegidos constitucionalmente e, também, do papel da família na convivência com a pessoa idosa, pois é a base familiar que constroi uma velhice saudável e com dignidade.

Assim, inicialmente faz-se importante a análise da (hiper) vulnerabilidade do consumidor idoso, tendo em vista de que a

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, Campus Passo Fundo. E-mail: dargy2016@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus Erechim. Docente do Curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED, Campus Passo Fundo. Advogada. E-mail: livia_dto@yahoo.com.br.

pessoa idosa possui o discernimento reduzido para enfrentar atividades e fatos cotidianos, com enfoque nas relações de consumo em virtude de sua condição, tanto é que ele é considerado hipervulnerável, ou seja, o seu grau de vulnerabilidade ultrapassa os ditames comuns, enfrentando então, dificuldades na sociedade em que vive e frente ao mercado de consumo.

Então, falando em direitos garantidos ou que, ao menos deveriam ser, aborda-se o direito do acesso à justiça que também é garantido pela lei especial que trata das pessoas idosas e constitucionalmente, onde um ponto importante frente ao Poder Judiciário é a tramitação preferencial em demandas judiciais ajuizadas, pois no momento que uma pessoa idosa toma a decisão de ajuizar uma ação judicial, ela precisa do retorno o mais breve possível, justamente pela condição da idade por isso o processo dela deve possuir preferência como a categoria dos processos urgentes para análise judicial.

No que toca o consumidor idoso, e que aguça ainda mais o nível de (hiper) vulnerabilidade, é a publicidade abusiva e enganosa partindo dos fornecedores e das pessoas do mercado consumerista, em que o intuito é enganar as pessoas com mais idade para tirar proveito próprio ou alheio, alheio por exemplo, um vendedor em virtude do local de trabalho, fazendo com que se o paradigma de que o idoso deve ser enganado em virtude de sua condição, nunca seja superado.

Imprescindível mudança quanto à materialização do direito do acesso à justiça para as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos no Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015, em seu artigo 1048, parágrafo 1º, inciso I, sendo através da condição de beneficiário, ou melhor, por meio da comprovação de que faz jus ao benefício da aposentadoria do Instituto Nacional da Seguridade Social ou do benefício da Assistência Social concedidos aos idosos, e também por meio da certidão de nascimento civil e dos documentos dela decorrentes.

Assim, a pessoa idosa por consequência do grau elevado de vulnerabilidade tem mais condições de caracterizar o superendividamento seja em prol de si mesmo ou por comando de seus familiares, isso acaba fazendo com que esse idoso desenvolva doenças, um exemplo é a depressão, e também sobrecarrega o Poder Judiciário de demandas Revisionais, com o objetivo de reduzir os juros para que esse idoso consiga quitar as dívidas e aí sim, ter uma velhice tranquila e com o grau de dignidade que merece conferido constitucionalmente.

2 A (Hiper) vulnerabilidade e o superendividamento do consumidor idoso

O crescimento da população de idosos no Brasil tem sido constante e é cada vez maior a preocupação com a garantia dos seus direitos que, na relação de consumo, ganha um contorno diferenciado, em razão da existência de duas vulnerabilidades: a de idoso e a de consumidor.

Conforme já referido, a vulnerabilidade está expressa no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, considerado este um dos principais princípios da Política Nacional das Relações de Consumo (BRASIL, 1990).

Como abordam Kerber, Jesus e Boff (2015, p. 52):

A vulnerabilidade acaba sendo um princípio norteador das relações consumeristas. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem a finalidade de promover o equilíbrio jurídico entre consumidor e fornecedor, dada a presumível desigualdade que há caracterizada nas relações de consumo no país, pois, de um lado, os fornecedores são altamente organizados e detêm os meios para persuadir e induzir o consumidor ao consumo; de outro, o consumidor é desorganizado, estando a mercê dos monopólios e oligopólios e, também da publicidade, do marketing e de suas próprias necessidade pessoais.

Significa ressaltar, então, que a vulnerabilidade é um dos princípios que norteiam as relações de consumo e que diz respeito a um princípio material. Uma vez não sendo observado o princípio da vulnerabilidade, estará sendo violado o princípio da isonomia, o que trará desequilíbrio na relação consumerista.

Cabe destacar que existem alguns motivos que levam a concretizar a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor: no aspecto econômico, pelo consumidor possuir condições financeiras inferiores a esse; no aspecto jurídico, pelo consumidor possuir a sua vontade exposta através do contrato de adesão e; no aspecto técnico, pelo fornecedor ter conhecimento técnico e específico do produto e/ou serviço, garantindo ótimas vantagens, quando do oferecimento deste no mercado de consumo, o que não ocorre com o consumidor. (KERBER; JESUS; BOFF, 2015, p. 52).

A partir do exposto, observa-se que o tratamento e reconhecimento da vulnerabilidade nas relações de consumo significa garantir o equilíbrio contratual entre consumidor e fornecedor. No entanto, a situação de consumidor vulnerável pode ser agravada se o consumidor também for idoso, também reconhecido como vulnerável pelo Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003).

Com enfoque nos idosos, a vulnerabilidade está muito presente nas relações diárias daqueles, já que tem maior tendência a se deixarem influenciar ou serem enganados na aquisição de produtos ou serviços pelo seu desconhecimento técnico e jurídico. Alguns aspectos sobre o idoso e sua vulnerabilidade já foram analisados no capítulo inicial do trabalho, mas pode-se referir exemplos de vulnerabilidade dos idosos, a exemplo dos casos de agiotagem, compras em valores muito superiores ao que podem pagar, realização de contratos com financeiras e o golpe do bilhete

premiado³, em que são oferecidas vantagens financeiras aos idosos em troca de uma retribuição em dinheiro aos estelionatários⁴.

Há diversos casos em que a vulnerabilidade do idoso também é aproveitada em benefício da família, especialmente em decorrência de empréstimos realizados em nome do idoso, mas cujo valor é destinado a algum familiar. Quando o valor do desconto acaba por atingir grande parte do benefício da aposentadoria do idoso, esse não vê outra alternativa que não seja ingressar com uma ação revisional de contrato por não conseguir mais efetuar o pagamento e para tentar minimizar a dívida discutindo o contrato ou os juros.

Desse modo, como elenca o artigo 39, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, é proibido ao fornecedor prevalecer-se de fraqueza ou até mesmo ignorância do consumidor, em vista de sua

³ **EMENTA:** APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. GOLPE DO BILHETE PREMIADO. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PROVA SUFICIENTE. 1. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. As provas existentes no caderno processual são suficientes para o julgamento de procedência do pedido condenatório descrito na denúncia. Palavra da vítima robusta e uníssona, aliada aos extratos bancários juntados pelas instituições financeiras. Reconhecimento do acusado por fotografia, em sede policial e em juízo. Identificação pessoal obstada pelo não comparecimento do réu, que modificou endereço e não comunicou ao juízo. Versão defensiva fraca e isolada. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. Conforme tranqüilo entendimento jurisprudencial, a prova testemunhal consistente na palavra da vítima tem suficiente valor probante para o amparo de um decreto condenatório. Os relatos da ofendida, ao se mostrarem seguros e coerentes, merecem ser considerados elementos de convicção de alta importância. 2. ELEMENTO SUBJETIVO. A prova demonstra com segurança o elemento subjetivo específico do tipo. Evidenciado o artifício empregado pelo réu, que, juntamente com outro indivíduo não identificado, ludibriou a lesada, senhora idosa, com o conhecido "golpe do bilhete premiado", induzindo a mesma a entregá-lhes a quantia total de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Dolo da conduta fraudulenta em prejuízo alheio devidamente delineado nos autos. 3. APENAMENTO. Mantida a basilar fixada em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, pela consideração negativa do vetor culpabilidade. Na segunda fase, presente as agravantes da reincidência e crime cometido contra pessoa idosa, a reprimenda foi incrementada em 06 (seis) meses. Ausentes outras causas modificativas, mantida a pena definitiva em 02 (dois) anos de reclusão. Regime semi-aberto. Confirmada a pena de multa em 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínima. Apelo improvido (Apelação Crime Nº 70060477452, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 26/08/2015, grifo nosso)

⁴ Na região do Município de Passo Fundo, entre os anos de 2015 e 2016, foram vários casos de golpe do bilhete premiado, podem-se encontrar alguns casos nos links a seguir: <http://www.rduirapuru.com.br/policia/36921/idosa+cai+pela+segunda+vez+no+golpe+do+conto+do+bilhete+premiado+em+passo+fundo>; <http://www.infocors.com/2016/07/idoso-de-fw-perder-20-mil-em-golpe-do.html>; <http://www.onacional.com.br/geral/65559/conto+do+bilhete+passo+fundo+faz+escola>

idade, saúde, conhecimento ou condição social, para fins de obrigar este a adquirir algo de que não necessite (BRASIL, 1990), reconhecendo que a idade, seja no caso de criança ou adolescente, seja no caso de idoso, não pode ser utilizada para tirar proveito da situação de consumo.

Nesse sentido, Miragem (2014, p. 129) refere que a vulnerabilidade do consumidor idoso pode ser demonstrada de duas maneiras:

- a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação a atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores.

É visível que, quanto à atuação do fornecedor, especialmente pela publicidade, há um proveito da condição de deficiência de compreensão pelo idoso e que, pela necessidade de alguns serviços e produtos, destacando-se os serviços de saúde, há uma maior captação do consumidor idoso e uma maior gravidade pelo descumprimento do serviço pelo fornecedor (MIRAGEM, 2014, p. 129).

Chalfun (2013, p.77) explica que essa fragilidade do idoso para a contratação de produtos ou serviços não representa uma patologia, mas uma espécie de redução da capacidade de compreender determinadas informações, o que dá ensejo à maior proteção.

A fragilidade física, psíquica e mental que muitas vezes pode estar presente na vida do idoso é que cria a necessidade da vulnerabilidade jurídica e, se acrescido a isso, for consumidor, a vulnerabilidade deve ser especial, ou seja, mais proteção ainda deve ser dada. Esta dupla vulnerabilidade também é chamada de hipervulnerabilidade.

Contextualizando a hipervulnerabilidade, Cintra (2011, p. 129) explica que

[...] Além da vulnerabilidade presumida a todo consumidor, há certas pessoas dotadas de vulnerabilidade agravada, chamados de “consumidores hipervulneráveis”.

Em consonância a essa proteção, surgem diplomas paralelos como o do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, que em seu artigo 15, parágrafo 3º, prevê a impossibilidade de cobrança de valores diferenciados em razão da idade, o que implica dizer que não poderá haver aumento de mensalidade ao completar 60 anos.

Marques (2002, p. 194), no mesmo sentido da hipervulnerabilidade, mas usando outro termo, explica que o consumidor idoso tem uma vulnerabilidade potencializada, que ocorre pela vulnerabilidade “fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços”.

A hipervulnerabilidade surge para a proteção do mais fraco na relação de consumo, demandando a proteção ampliada, já que “a fragilidade negocial dos grupos de consumidores vê-se intensificada também em razão dos contratos de massa, decorrência do fortalecimento econômico dos empresários, da expansão industrial e comercial do século XX” (SCHMITT, 2011, p. 468).

Salienta-se, também, que a proteção da pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos contra a manipulação em virtude de sua hipervulnerabilidade possui amparo em legislação especial, qual seja, o Estatuto do Idoso, valendo citar o artigo 39 e o artigo 15, § 3º (2003).

Schmitt (2011, p. 489) reforça a necessidade de reconhecer idosos na categoria de hipervulneráveis e exemplifica situações de aplicação desse conceito como “contratos de planos e de seguros privados de saúde e a linha de financiamento designada de “crédito consignado para aposentados”.

Também sobre a hipervulnerabilidade, colaciona-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CARTÃO DE CRÉDITO. COMPRA FRAUDULENTA. INSCRIÇÃO DO NOME DA PARTE AUTORA NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. IDOSO. HIPERVULNERABILIDADE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. DENUNCIÇÃO DA LIIDE. 1 - Denúnciação da Lide. Não há interesse recursal no ponto em que a parte autora postula a procedência da denúnciação da lide, provimento que apenas beneficiaria as rés denunciantes. Recurso não conhecido nessa parte. 2 - Mérito. 2.1. A condição humana da pessoa idosa reclama maior proteção no tocante ao processo de formação de vontade a fim de evitar sua exposição às práticas massificadas e, eventualmente, abusivas do mercado de crédito ao consumo: "a psicologia da pessoa idosa vulnerável se caracteriza frequentemente por uma certa sugestionabilidade que a faz vítima de escolhas para os escroques." 2.2. Na espécie, a autora, na sua condição de hipervulnerável - por cumular as condições de idosa e de consumidor - travou relação comercial à revelia de sua vontade, induzida e mantida em erro por terceiro. Neste ponto, conquanto se possa invocar que a fornecedora dos produtos não foi responsável pela conduta ilícita praticada pelo terceiro, a verdade é que a situação, no mínimo, encontra-se no âmbito do fortuito interno da atividade, sendo sempre dever do fornecedor a adoção de medidas ao máximo protetivas do vulnerável, ao efeito de evitá-las. Daí porque, inserindo-se a sua responsabilidade no âmbito interno de sua atividade, será sua a obrigação de reparar o prejuízo, diante da natureza objetiva daquela, isto é, independentemente da expressa configuração de culpa. 2.3. O fato de estar a autora acompanhada de sua neta no ato da compra, não afastava a obrigatoriedade de ser ela devidamente informada pela vendedora, das obrigações que resultariam da transação que estava firmando, até porque era ela e não a sua acompanhante quem, ao fim e ao cabo, estava se comprometendo com o pagamento do débito. O fornecedor tem, sempre, a obrigação de prestar a todo e qualquer consumidor a mais ampla e elucidativa informação, caracterizando a sua omissão violação a direito básico previsto no art. 6º, inc. III do CDC. Com maior razão, ante a circunstância de se estar travando uma onerosa obrigação com

pessoa nitidamente idosa, impunha-se a adoção de medidas ainda mais cautelosas no sentido da informação e do esclarecimento. Até porque, as rés estavam negociando com consumidor diferenciado, hipervulnerável, o que lhes exigia não só a observância daquela regra, mas a redobrada cautela de ir além da ação meramente pro forma, com a efetiva prestação de informações e esclarecimentos sobre o teor da negociação e das suas resultantes obrigacionais.

2.4. O dano moral não é apenas cabível mas impositivo, em face das circunstâncias especiais do fato em exame: a recorrente, além da provectora idade de 90 anos e da pouca instrução escolar, está retratada nos autos como uma pessoa al sociedade implacavelmente egoísta, contra a qual se apresenta armada apenas com sua candura e uma ingenuidade comoventes. Se no plano moral essas qualidades a embelezam como figura humana, fragilizam-na para o enfrentamento da mesquinha realidade cotidiana.

2.5. Dano moral, que está in re ipsa, e que é gerador da correlata responsabilidade das rés em indenizar a apelante.

APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70068695816, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, Julgado em 27/09/2016, grifo nosso)

Na decisão acima foi reconhecida a hipervulnerabilidade da consumidora, idosa com 90 anos de idade, que não foi informada acerca das obrigações resultantes de uma compra em que acompanhou a neta, mas se responsabilizou pelo pagamento (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2016)

Na fundamentação da decisão em apreço, a Desembargadora Relatora Ana Paula Dalbosco manifestou-se no sentido de chamar a atenção da sociedade e do mercado de consumo sobre a importância da aplicação do Código de Defesa do Consumidor:

Em mais de 25 anos de vigência do Código do Consumidor, ainda que se possa reconhecer mudança no comportamento de produtores e fornecedores com o aperfeiçoamento de serviços prestados, ainda há resistência na aplicação efetiva de suas normas e de leis protetivas de hipervulneráveis. A mudança de

comportamento com o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e, em especial, de determinados grupos de consumidores ainda é um grande desafio a ser vencido. Já está mais do que na hora de se criar nova cultura, com o cumprimento em concreto, por parte do vendedor, das regras protetivas fixadas em lei em favor do consumidor, a fim de que as conquistas sociais da modernidade não se tornem mera retórica emoldurada em códigos bem intencionados mas nunca cumpridos. E para isso se convoca o Judiciário que, na condição de primeiro e último guardião da lei, deverá fazer com que ela seja efetivamente cumprida sempre que se deparar com a sua violação: *“quod medicamenta non sanat, ferrum sanat.”*

Corroborando com a decisão judicial analisada, Pinheiro e Detroz (2012, p. 139) explicam que a hipervulnerabilidade deve estar vinculada com a tutela da dignidade humana, sendo necessária “a criação de uma nova consciência que permeie a dogmática e informe a atividade jurisdicional, refletindo-se na legislação positiva e viabilizando a instauração de um regime jurídico diferenciado”.

Assim, considerando a hipervulnerabilidade do consumidor idoso, é possível relacionar tal fato com uma situação de violação dos direitos dos idosos, que é o superendividamento.

O superendividamento do consumidor, seja este idoso ou não, dá-se por meio do próprio desenvolvimento do sistema econômico capitalista, o qual surge através de um comportamento voluntário, imprudente e impulsivo do consumidor diante da oferta do mercado (OLIVEIRA, 2011, p. 02).

Marques (2010, p. 17) refere que o endividamento faz parte da vida das pessoas e que ter uma dívida frente a algum fornecedor é fato corriqueiro, devendo haver a previsão do orçamento para custear as despesas. Porém, ele refere que o endividamento é um ato pessoal que tem efeitos sociais pelos reflexos em todos os setores, principalmente pelo não pagamento.

Já sobre o superendividamento, Marques (2010, p. 21) afirma que tal pode ser definido como uma impossibilidade “global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar

todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também reconhece a hipervulnerabilidade do consumidor idoso em casos de superendividamento:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. INSCRIÇÃO DO NOME DA PARTE AUTORA NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. SUPERENDIVIDAMENTO. HIPERVULNERABILIDADE. DEVER DE INFORMAÇÃO. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. A presença de qualquer uma das facetas da vulnerabilidade na situação de fato (vulnerabilidade informacional, vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica ou científica e vulnerabilidade fática ou socioeconômica) caracteriza o consumidor como hipossuficiente e merecedor da proteção jurídica especial da legislação consumerista. Caso dos autos em que a autora preenche os requisitos de todas as espécies, pois trata-se de pessoa idosa que não recebeu as informações necessárias para realização do contrato com a instituição financeira, de sabidamente grande poderio econômico, configurando-a como hipervulnerável e merecedora de atenção jurídica específica. 2. Resta caracterizado o superendividamento quando a parte autora possui inúmeros empréstimos bancários que somados minam seus vencimentos ao ponto de não conseguir mais honrar com todas as dívidas e manter o necessário para a manutenção do seu mínimo existencial. 3. O dever de informação, consubstanciado no esclarecimento do leigo sobre os riscos do crédito e o comprometimento futuro de sua renda, além de um direito do consumidor, é também um dever de cautela do fornecedor de crédito. Em razão do dever de mitigar a própria perda (duty to mitigate the loss), desdobramento do princípio fundamental da boa-fé objetiva, que rege todo e qualquer negócio jurídico, é obrigação da parte mutuante evitar a causação ou agravação do próprio prejuízo. 4. Uma vez que a formação do contrato não respeitou as diretrizes fundamentais de todo e qualquer negócio jurídico, e que, em verdade, o grande causador do estado de inadimplência em que vive a autora é o próprio banco réu, não se

poderia admitir que viesse a incluí-la nos cadastros de maus pagadores, justamente, em razão de atrasos no pagamento do acordo. Configura-se, assim, ilícita a inscrição do nome da autora em razão do negócio jurídico entabulado entre as partes. 5. Verificada, entretanto, a existência de outras inscrições em nome da parte autora, realizadas em momento anterior ao registro que deu causa ao ajuizamento da presente demanda, configura-se hipótese fática prevista na súmula 385 do STJ. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70068248798, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, Julgado em 08/03/2016, grifo nosso)

No caso acima trazido, a idosa possuía vencimentos de aproximadamente R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), mas considerando um empréstimo consignado, empréstimos em geral e cheque especial, o que lhe restava não era suficiente para honrar todas as dívidas e manter a sua subsistência (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2016)

Significa dizer que o consumidor habitual, quando da realização de uma compra ou de um negócio, não contabiliza a renda que possui com o montante das dívidas a serem pagas, agindo, então, por impulso. E, quanto aos consumidores hipervulneráveis em virtude de condição ou idade, como é o caso dos idosos, estes se superendividam por verdadeira falta de conhecimento e discernimento, frente à efetivação de um negócio ou de uma compra, em razão de possuírem tamanha fragilidade, não se dando conta dos valores, de resultados e muito menos de que estão endividados.

No entanto, trazendo à tona a vulnerabilidade jurídica frente à esfera do direito do consumidor idoso, quando ocorrem casos em que não há o respeito a esses seus direitos, especialmente nos casos de superendividamento com a violação do mínimo necessário à subsistência, não resta ao consumidor outra possibilidade que não seja o acesso ao Poder Judiciário, para garantir seus direitos e exercer o acesso à justiça, sendo esse o próximo assunto.

3 O acesso à justiça do consumidor idoso

A dinâmica do conflito sempre existiu na sociedade e, para resolvê-lo, foram sendo criados métodos e técnicas. Um deles é a previsão do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que versa sobre a apreciação de qualquer ameaça ou lesão de direitos pelo Poder Judiciário (BRASIL, 1988), estando associado ao acesso à justiça.

Cappelletti e Garth (1988, p. 10-11) referem a importância do acesso à justiça assim:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Verifica-se que a busca do acesso à justiça pode ser realizada por diferentes formas, como por meio de juizados especiais cíveis, câmaras privadas de arbitragem, mediação de conflitos e conciliação. A busca do acesso à justiça pelo Poder Judiciário, quanto aos direitos dos idosos, é uma forma comum e que precisa ser revista, diante das dificuldades por que passa o Poder Judiciário.

O acesso à justiça, frente ao princípio da isonomia, exprime uma concepção fundamental de igualdade substancial, ou seja, de igualdade material (NALINI, 2000).

Diversas são as previsões sobre o acesso à justiça do consumidor idoso. Conforme o aludido nos artigos 69 a 71 do Estatuto do Idoso, ao idoso é concedido o direito de acesso à justiça, sendo que seu processo utilizará as normas previstas pelo Código de Processo Civil. Com o Estatuto do Idoso, foi dado o aval para a

criação de varas especializadas em seus direitos, mas, principalmente, a tramitação preferencial em demandas judiciais, seja em atos de execução, seja em ato corriqueiro de cartório, ou até mesmo em diligências em qualquer grau de jurisdição, restando provado a idade de 60 (sessenta) anos ou mais, possuindo o direito de requerimento, ainda, à assistência judiciária gratuita (BRASIL, 2003).

A tramitação preferencial nas demandas judiciais concretiza o direito material, pois está positivado em norma jurídica especial com o intuito de almejar a garantia de uma decisão judicial favorável, uma vez que, se uma das partes for pessoa idosa, a mesma encontrar-se-á em situação de hipervulnerabilidade em relação a outra parte do processo.

Portanto, diante dos conflitos que rondam as relações familiares, sociais e jurídicas, em se tratando de idosos, estes possuem o direito de acionar o Poder Judiciário, para que tal tome providências, exigindo seus direitos.

O acesso à justiça para os idosos é garantido pelo Estatuto do Idoso, através do Poder Judiciário, na criação de varas especializadas⁵ e exclusivas para idosos, mas, na prática, isso não ocorre⁶.

Especificamente o Decreto nº 1948/96, que em seu dispositivo 17 regulamentou a Política Nacional do Idoso, concretizou o acesso à justiça com a criação de varas especializadas para, justamente, atender às demandas de pessoas idosas, fazendo com que sejam criados outros órgãos para suprir os litígios envolvendo idosos (ROCHA, LIMA, p. 09, 2012).

⁵ No ano de 2005 foi implantada, em Maringá, no Estado do Paraná, uma Vara Federal Especializada em Direitos do Idoso.

⁶ Em recente reportagem no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família foi solicitada pelo IBDFAM a criação de Vara Especializada em Direitos do Idoso no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5987/IBDFAM+pede+cria%C3%A7%C3%A3o+de+Vara+Especializada+do+Idoso+e+de+Pessoas+com++Defici%C3%Aancia+no+Rio+de+Janeiro>. Acesso em 20 jun. 2016.

Significa dizer que há uma regulamentação jurídica para a criação de varas especializadas que tratem dos direitos especificamente dos idosos, mas que não impede a prática e/ou criação de outros mecanismos que solucionem o litígio e resolvam o conflito.

Dessa maneira, salienta Braga (2011, p. 75/76):

Assim, não basta que exista a previsão normativa da obrigação ao respeito aos direitos do idoso. Este dispositivo só será realmente válido quando colocado em aplicação. É inaceitável acreditar-se em norma jurídica sem eficácia. Se, eficácia, a norma jurídica não existe como norma jurídica. Portanto, prever o acesso à justiça, prever a prioridade de tramitação processual e prever a ampliação da atuação do Ministério Público só tem importância se tais regras forem realmente aplicadas. Assim é que, na medida em que o Judiciário é lento e a prioridade de tramitação processual para o idoso não ocorre na prática, o idoso experimenta o acesso à justiça previsto em seu Estatuto.

Conforme o estabelecido no artigo 74 do Estatuto do Idoso, o Ministério Público pode e deve intervir para garantir o direito de acesso à justiça do idoso, instaurar inquérito civil e propor ação coletiva para a instauração e acompanhamento de ações de alimentos, atuar como substituto processual sob pena de nulidade absoluta, promover revogação de procuração e instaurar procedimento administrativo. (BRASIL, 2003).

Assim, destacam-se, também, os crimes cometidos contra as pessoas mais velhas, os quais possuem punição de acordo com a espécie, onde as penas variam, de acordo com a gravidade do delito, sendo juridicamente correto punir alguém que cometeu algum tipo de atrocidade, a exemplo de uma violência contra uma pessoa vulnerável como a pessoa idosa.

No que toca à perspectiva judicial do idoso na efetivação do acesso à justiça, tal concretiza-se, também, pelas Universidades e Faculdades de Direito pelo viés dos Núcleos de Práticas Jurídicas, que de fato trazem à sociedade em geral, mas com especificidade aos

idosos, o acesso ao Poder Judiciário para buscar direitos positivados no ordenamento jurídico, sendo um acréscimo à função dos advogados e da Ordem dos Advogados do Brasil em favor dos idosos (ROCHA; LIMA, 2012, p. 08).

O acesso à justiça, em se tratando de pessoas idosas, é extremamente importante, pois é através dos Núcleos de Práticas Jurídicas das Universidades, da Ordem dos Advogados do Brasil e da alçada da Defensoria Pública, que ocorrerá a atuação em defesa dos direitos dessas pessoas sem vínculo oneroso algum, apenas para buscar e defender o direito violado.

O Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105/2015, em seu artigo 1.048, inciso I e parágrafo 1º, materializa o acesso à justiça pelos cidadãos idosos, por meio da comprovação da condição de beneficiário. Neste caso, pela comprovação da idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (BRASIL, 2015).

O Novo Código de Processo Civil, bem como o anterior, continua a concretizar o direito do acesso ao judiciário às pessoas anciãs por meio da comprovação de sua idade, juntando aos autos do processo documentos pessoais que comprovam esta informação, que após terá a anotação nos autos de tramitação preferencial em virtude da idade, garantindo a celeridade processual.

A tramitação preferencial nas demandas judiciais concretiza o direito material, pois está positivado em norma jurídica especial com o intuito de almejar a garantia de uma decisão judicial, uma vez que sendo uma das partes pessoa idosa, ela encontra-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra parte do processo.

Ora, por ser de tramitação preferencial abstraindo algumas etapas processuais e de burocracia, da mesma forma afeta o princípio constitucional da celeridade processual, onde as demandas judiciais envolvendo como parte pessoas idosas que deveriam ser mais céleres acabam por, na questão do tempo, se igualar às demandas habituais.

Sendo, então, um direito fundamental à pessoa humana o acesso à justiça positivado na Constituição Federal de 1988, este

jamais pode ser violado, tanto é que o acesso à justiça de forma integralmente gratuita recai sobre os hipossuficientes, que não têm condições financeiras de pagar um advogado privado, mas que não se confunde com a vulnerabilidade.

Por esse viés, no direito do consumidor idoso, o binômio hipossuficiente diz respeito às suas condições financeiras, bem como de arcar com as custas de um processo judicial, e a vulnerabilidade é analisada pela idade desse idoso, sendo que o cidadão sendo idoso, com idade igual ou superior a 60 (sessenta) aos, já é considerado hipervulnerável, pois além de sua idade, este possui conhecimentos extremamente leigos (MIRAGEM, 2014)

A grande vantagem no acesso à justiça do consumidor idoso é a aplicação da inversão do ônus da prova nas demandas consumeristas, conforme previsão do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Essa questão pode ser resolvida em partes, principalmente no aspecto jurídico, onde tem-se por base legal o direito da inversão do ônus da prova, cabendo ao fornecedor provar o que alegar em seu favor e, no aspecto técnico, quando o consumidor buscar o devido conhecimento do produto e/ou serviço, para verificar a veracidade da publicidade dos mesmos.

Ainda, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, disponibiliza virtualmente a cartilha sobre o superendividamento, que traz informações e testes para o consumidor realizar e saber se seu *status* é de superdevedor ou não, e quais são as possíveis soluções para resolver amigavelmente o problema financeiro, como também os 10 (dez) mandamentos para as pessoas não gastarem mais do que podem (BERTONCELO, DE LIMA, 2016, p. 01-02).

Este mecanismo oferecido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é muito importante para a sociedade como um todo, como também para os idosos, de maneira que os alerte para compras desnecessárias, realização de contratos de qualquer natureza, em geral, na vida econômica e consumerista.

Além disso, está à disposição do consumidor, no endereço virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, um documento chamado Projeto-piloto “Tratamento das situações de superendividamento do consumidor”, onde o próprio consumidor preenche com seus dados pessoais, socioeconômicos e o mapa dos credores, que após é levado ao Fórum da Comarca de residência ou a um advogado de confiança. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2016)

Portanto, tanto a cartilha do superendividamento, quanto o Projeto-piloto “Tratamento das situações de superendividamento do consumidor”, são duas formas que podem ajudar a se prevenir do superendividamento, parafraseando que o consumidor que optar pelo Projeto-piloto e preencher o documento disponível no endereço eletrônico, deverá procurar este projeto junto ao Fórum, caso não tenha, Defensoria Pública ou um advogado de confiança, para acordar sobre pendências.

Diante das previsões sobre o acesso à justiça ao consumidor idoso e a sua hipervulnerabilidade, é necessário analisar, para complementar o estudo, algumas medidas que podem ser tomadas para que o consumidor idoso tenha melhor gestão do seu orçamento e não tenha que buscar, necessariamente, o Poder Judiciário para ter seus direitos garantidos, notoriamente nas questões sobre o superendividamento.

4 Medidas de prevenção ao superendividamento do idoso diante do acesso à justiça

As medidas de proteção quanto ao superendividamento dos idosos são imprescindíveis para a resolução de pendências financeiras que afetam tanto o psíquico, como o emocional das pessoas idosas, dois exemplos da aplicação de medidas foram a cartilha do superendividamento e o Projeto-piloto, tratados no item anterior, ressaltando que ambos estão disponíveis no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O Senado Federal, no dia 30 de setembro de 2015, aprovou o Projeto de Lei do Senado nº 283 de 2012 - Agenda Brasil 2015, que trata justamente das normas e medidas de prevenção quanto ao superendividamento, além de tratar de métodos extrajudiciais e judiciais para a resolução de questões consumeristas, introduzindo de forma responsável nas famílias a cultura da renegociação e da organização dos planos financeiros (CASTRO, VILAR, 2015).

Confirma-se, então, que as medidas de proteção com o fim de evitar o superendividamento das pessoas, principalmente idosas, está em análise pelo Senado Federal com o PLS nº 283/2012, trazendo em sua redação a materialidade de existirem formas de solucionar problemas econômicos derivados de uma relação de consumo, ainda mais quando se tratar de idoso, chamando a atenção para sua condição, bem como de informar e esclarecer a família para ter cautela ao realizar atividades cotidianas comerciais.

Alterando o Código de Defesa do Consumidor na questão da prevenção quanto a débitos e despesas provenientes de uma relação entre consumidor, no caso, idoso e uma pessoa jurídica, haverá conscientização por parte da sociedade para evitar gastar a renda que não se tem, diminuindo conseqüentemente o impacto moral, social e psíquico na vida da pessoa idosa e, por sua vez, de sua família também.

No tocante, à Ementa explicativa do Projeto de Lei do Senado exposto até o presente momento, é de suma importância salientar os direitos básicos que este projeto traz, sendo garantia das práticas de crédito de maneira responsável, educação financeira para o consumo, prevenção e tratamento do superendividamento, preservando o mínimo existencial para a sobrevivência sua e de sua família.

Além do Projeto de Lei do Senado Federal nº 283/2012, já aprovado, surgiu o Projeto de Lei nº 3515/2015 da Câmara dos Deputados, que está aguardando o parecer do Relator da Comissão de Defesa do Consumidor, sendo este derivado do primeiro, onde altera o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e o

artigo 96 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), para complementar a disciplina quanto ao crédito para o consumidor e também dispor referente à prevenção e o tratamento do superendividamento em relação aos idosos. (SARNEY. Ano 2015).

Contudo, com a constante inovação do ordenamento jurídico brasileiro, originou-se o Projeto de Lei nº 3515/2015 da Câmara dos Deputados, que visa às medidas de proteção, educação para o consumo, limitações quanto à aprovação de créditos e de direitos dos idosos, frente ao Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, a prevenção quanto ao superendividamento é muito importante para a saúde econômica das pessoas, com enfoque nas idosas, tanto é que a decisão acima traz a materialidade de que os descontos provenientes de relações de consumo não devem exceder o percentual de 30%, que está estabelecido no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados para julgamento e da prevalência do direito da dignidade da pessoa humana, este que também consta do referido Projeto de Lei.

A seguir serão analisadas algumas medidas para prevenir o superendividamento.

A educação para o consumo é um dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, em seu artigo 4º, inciso IV, onde traz expressamente que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento às necessidades dos consumidores, dignidade, obedecendo aos princípios ali elencados, com ênfase à educação e informação de consumidores como de fornecedores de seus direitos e deveres. (BRASIL, 1990).

No entanto, sendo um princípio norteador do Código de Defesa do Consumidor juntamente com a análise da hipervulnerabilidade, como é o caso dos idosos, torna-se o binômio essencial para a constatação de que, no caso, o idoso sendo hipervulnerável tem de ser educado para a sociedade de consumo, evitando o superendividamento e consequentes problemas derivados das dívidas.

Ademais, a educação para o consumo está regulada pelo Ministério da Justiça e Cidadania, onde possui o objetivo de esclarecer a sociedade em relação ao assunto, fornecendo no endereço eletrônico ferramentas para os órgãos estatais como também para os consumidores. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016).

Mutz (2014) traz a abordagem do consumidor consciente, como afirma *in fine*:

O pressuposto do uso de nossa razão no momento em que estamos envolvidos em atos de consumo articula-se, em uma relação de oposição decorrente do pensamento binário típico da modernidade, à desrazão, à emoção, ao impulso. A convocação para um tipo de consumo que se ocupa não apenas com a satisfação do desejo, mas também com o registro dos hábitos de compra, com o planejamento dos gastos, com o descarte responsável dos objetos, enfim, que prescreve práticas indispensáveis a serem incorporadas pelos consumidores que aspiram a se tornar do tipo 'consciente', acaba por legitimar a normalidade do consumo consciente [...].

A afirmação demonstra que no momento em que o consumidor final está realizando o ato da compra, envereda-se do impulso e não assimila de forma correta as propostas a ele oferecidas, cuja possível solução seria o consumo consciente, onde os hábitos da compra tem de se fazer necessários, planejar o orçamento financeiro; enfim, para os idosos o que conta é o auxílio dos órgãos estatais para dispor a ele ferramentas acessíveis para ter acesso às informações pertinentes sobre o consumo num todo.

Ademais, como afirmam Dupont e Diehl (DUPONT; DIEHL, 2015, p. 14):

A partir deste cenário, a educação para o consumo no Brasil é de extrema importância, uma vez que segundo os dados do IBGE, no ano de 2011, o consumo de produtos e serviços pelas famílias brasileiras representou cerca de 60% do Produto Interno Bruto do Brasil. Perante estes dados, pode-se asseverar que mais da metade da economia do país depende de forma direta ou indiretamente

das relações jurídicas de consumo. E devido a isto, torna-se importante a disseminação de uma cultura baseada no consumo consciente.

Significa dizer que, gradativamente, o consumo impulsivo aumenta no país em virtude da falta de orientação e informação às pessoas leigas, que cursaram no máximo até a 8ª série, necessitando urgentemente de um projeto para fornecer as orientações corretas, sendo importante também a realização de palestras para a sociedade consumerista, com o intuito de garantir uma população conscientemente econômica.

Portanto, o princípio salutar da educação para o consumo consciente analisando-se em conjunto com o grau de vulnerabilidade da pessoa, no caso, o idoso que é considerado hipervulnerável em condição da idade e conhecimento traz benefícios à vida econômica e social do consumidor final e de toda a cadeia econômica do local de domicílio, atrelados ao direito à informação e boa-fé previstas em lei, garantindo uma sociedade economicamente conscientizada em relação à renda para posterior realização de um ato jurídico de consumo.

No que toca à estrutura familiar, sua estrutura basilar é o afeto construído a partir de relações familiares saudáveis, sem qualquer tipo de agressão, mas o sistema jurídico nem sempre anda lado a lado com a realidade social, em virtude de mudanças próprias da sociedade em si e dos conceitos de família, que fogem da alçada exclusivamente familiar, onde a figura do homem, do pai, era a referência principal para os demais integrantes da família (MARIANO, 2016, p. 03).

Entretanto, a estruturação de uma família, além do afeto mútuo existente, tem de haver o respeito e compreensão, principalmente para com as pessoas idosas, que possuem um grau significativo de dificuldades em entender situações e palavras cotidianas, em virtude de sua condição de idade e discernimento. Como exemplo, pode ser citada uma situação em que um idoso se

dirige até uma agência bancária para realizar financiamentos e, nesse caso, teria dificuldades em entender exatamente o motivo dessa operação bancária e, principalmente, os juros, taxas e correções que deverão ser pagas.

Ademais, como reza o artigo 230 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

O dispositivo constitucional aborda que o zelo pelos idosos componentes da sociedade é do Estado, com o dever de intervir quando se tratar da busca por direitos positivados, tanto indisponíveis como disponíveis, a sociedade com o papel de promover a participação em eventos e programas organizacionais com ênfase à saúde e à vida saudável dessas pessoas, e a família por ter o dever crucial e fundamental para a garantia do envelhecimento saudável, da colaboração desse idoso na sociedade e meio em que vive, sem este sentir-se inferior e também, no que concerne o consumo, a família deve ter muito cuidado para não deixar este idoso vulnerável demais ao ponto de ser enganado estando acompanhado, por isso, o dever de garantir-lhe dignidade e o bem-estar.

Ainda, há a existência da teoria do ciclo de vida, que nada mais é do que o planejamento de seu comportamento financeiro e economias no decorrer de um longo prazo, fazendo com que este idoso se torne um consumidor consciente, baseando-se na Teoria da Renda Permanente, onde o consumo da pessoa anciã seria demonstrado e calculado durante o tempo de economia financeira e

não por meio da renda existente que este recebe no dia pertinente de cada mês referente a benefícios ou proventos (RICHARTZ, 2005, p. 14-16).

Portanto, com a aplicação da teoria do ciclo de vida, bem como com a teoria da renda permanente, é possível estabelecer e concretizar uma estrutura familiar saudável e consciente sobre a estrita relação entre idosos e consumo e o quanto afeta as relações sociais e familiares a não observância dessas teorias, principalmente no que toca à hipervulnerabilidade que essas pessoas idosas possuem por inexistência de conhecimentos suficientes para superar a condição da idade, então, sendo de extrema importância que este idoso tenha uma família sólida e que o ampare durante a vida.

As políticas públicas em relação aos idosos são de suma importância para o desenvolvimento de uma sociedade onde o consumo é abordado de maneira consciente, tanto é que o Estado de São Paulo consolidou a Lei nº 12.548/2007, chamada Lei da Política Estadual do Idoso, em que são assegurados os direitos fundamentais, a exemplo da vida e da dignidade da pessoa humana, previstos também na Constituição Federal de 1988 (GOMES, 2009, p. 22).

No entanto, no que toca às políticas públicas em defesa dos idosos, estas regulam as formas de prevenção contra discriminação, violência tanto física como verbal, e principalmente no que concerne ao consumismo, algumas vezes realizados pelos próprios idosos e, em outras, ou, na maioria delas, por seus acompanhantes ou familiares.

Além disso, abordando a Lei nº 12.548/2007, que regula as Políticas Públicas em relação às pessoas idosas, esta possui 64 (sessenta e quatro) artigos que tratam exclusivamente de métodos para envelhecer com dignidade e o mínimo de informação, abordando os princípios onde possui como ponto crucial os direitos à cidadania, os objetivos e metas inerentes ao seu exercício, protegendo de forma legal e por lei especial a garantia do direito à

informação em todas as relações, principalmente nas relações de consumo. (BRASIL, 2007).

A legislação mencionada acima é muito importante para os idosos do Estado de São Paulo, pelo fato de que estes possuem amparo do próprio Estado, tratando dos objetivos, metas, prevenções e proteções contra qualquer tipo de violência e abuso, seja este verbal ou físico, sem esquecer da proteção nas relações consumeristas, onde o consumidor idoso e a pessoa jurídica estão em desequilíbrio.

Além do exposto, cumpre expor uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde se aplicou a proteção do consumidor através de Políticas Públicas, frente à análise do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso:

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DA MENSALIDADE. FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DO IDOSO E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REPETIÇÃO SIMPLES DOS VALORES PAGOS A MAIOR. PRESCRIÇÃO ANUAL. PRELIMINAR AFASTADA. Da preliminar de litisconsórcio passivo necessário - ausência de interesse da Agência Nacional de Saúde 1. A competência da Agência Nacional de Saúde é de instituir políticas públicas dentro do mercado de saúde suplementar, e não atuar diretamente na relação entre particulares. 2. Não se vislumbra interesse jurídico ou prejuízo juridicamente relevante da agência reguladora a justificar a sua intervenção no processo, porquanto se trata de relação privada relativa a direitos disponíveis. Consequentemente, inexistente hipótese legal para a remessa dos autos à Justiça Federal. Da prescrição do direito de ação 3. Com relação ao pedido de restituição dos valores pagos a maior, o prazo prescricional aplicável é o trienal. Vencido o Relator, que entendia incidente o lapso prescricional de um ano, de acordo com o art. 206, § 1º, inciso II da novel legislação civil. 4. No entanto, cumpre destacar que o pacto objeto do presente litígio está em plena vigência. Assim, pode a parte contratante discutir as suas cláusulas em Juízo, cuja repercussão financeira daí decorrente não pode ultrapassar os limites do prazo prescricional precitado. 5. Desse modo, reconheço a implementação do prazo prescricional com

relação aos valores pagos a maior há mais de um ano do ingresso desta ação. Mérito do recurso em exame 6. Os planos ou seguros de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços médicos. Isto é o que se extrai da interpretação literal do art. 35 da Lei 9.656/98. Aliás, sobre o tema em lume o STJ editou a súmula n. 469, dispondo esta que: aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. 7. O objeto do litígio é o reconhecimento da onerosidade da cláusula que determina à cobrança a maior da mensalidade exigida após o segurado completar 60 anos. 8. A cláusula contratual que determina o acréscimo na mensalidade não indica os critérios utilizados para determinar o reajuste em valor tão expressivo, rompendo com o equilíbrio contratual, princípio elementar das relações de consumo, a teor do que estabelece o artigo 4º, inciso III, do CDC, inviabilizando a continuidade dos contratos a segurados nessa faixa etária. 9. Nessa seara, com base no artigo 51, incisos IV, X e XV, § 1º, do CDC, reconhece-se a impropriedade da fixação da mensalidade em valor superior ao que ordinariamente seria ajustado, em razão da idade da contratante. 10. Havendo saldo em favor da parte devedora no contrato, admite-se a repetição simples dos valores indevidamente satisfeitos, observado o prazo prescricional. Afastada a preliminar suscitada, de ofício, reconhecido apelo, por maioria, vencido o Relator no que tange ao lapso prescricional. (Apelação Cível Nº 70042922856, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 29/06/2011).

A presente decisão, julgada pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, aborda uma situação que, de fato, é verídica e que ocorre a todo o momento, onde pessoas idosas que em virtude do aumento de sua idade sofrem o ilegal reajuste nos planos de saúde, onde concretamente afirmado pelo Tribunal que é de competência da Agência Nacional da Saúde é a promoção de políticas públicas facilitando o acesso à saúde suplementar, não podendo, de forma alguma, conforme o Código de Defesa do Consumidor, reajustar abusivamente cláusula de valores referentes à parcela do plano de saúde utilizado, estabelecendo dessa maneira um desequilíbrio na

relação de consumo, sem levar em consideração a hipervulnerabilidade da pessoa idosa.

Entretanto, a maioria dos juristas, por falta de lei específica sobre o superendividamento, aplica o artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor, onde é assegurado ao consumidor o direito à informação clara sobre juros e multa sobre valores referentes a financiamentos, como também a redução de juros no que toca ao pagamento antecipado. (FERREIRA; KNOERR, STELZER, 2015, p. 20)).

Além do exposto, a Escola Nacional de Defesa do Consumidor (2010), em sua cartilha, traz a seguinte afirmação:

O maior instrumento de prevenção do superendividamento dos consumidores é a informação. Informação detalhada ao consumidor é um dever de boa-fé, dever de informar os elementos principais e mesmo dever de esclarecer o leigo sobre os riscos do crédito e o comprometimento futuro de sua renda. Segundo o art. 52 do CDC, o fornecedor deverá informar prévia e adequadamente o consumidor sobre todos os elementos do contrato de crédito antes de concluí-lo, em especial o preço, as condições (montante dos juros, acréscimos legais, número e periodicidade das prestações) bem como a soma total a pagar com ou sem financiamento. Esta nova lei apenas desenvolveria este dever.

Portanto, a forma mais simples e que seria aplicada pela sociedade consumerista é a informação, pois quando do repasse desta para o consumidor, neste caso o idoso, ela precisa ser a mais clara possível, levando em consideração a sua condição de idade e principalmente o grau de vulnerabilidade, sem comprometer a estabilidade financeira da pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade, fazendo com que este aprenda e se conscientize de que o consumo consciente faz bem para a saúde e para o bem-estar social e familiar.

Assim, o capítulo presente analisou diferentes percepções sobre a hipervulnerabilidade do consumidor idoso e o superendividamento, bem como a garantia de acesso à justiça

sempre que se fizer necessário, garantindo-se também a inversão do ônus da prova. Por fim, foram analisadas sugestões de medidas para evitar o superendividamento e, conseqüentemente, o acesso à justiça por meio do Poder Judiciário, considerando as mazelas pelas quais tem passado.

5 Conclusão

Diante do exposto no presente trabalho, os direitos dos idosos estão vigorosamente protegidos pela Constituição Federal através dos princípios da proteção integral e do acesso à justiça, concretizando à uma eficácia plena e completa da proteção de seus direitos, inclusive não só por princípios constitucionais estão garantidos, mas também pelo Código de defesa do consumidor e pelo Estatuto do Idoso que também aborda e traz com mais força o princípio da proteção integral e da (hiper) vulnerabilidade, sendo que a lei especial é a que regulamenta especificamente os direitos diretamente ligados às pessoas idosas.

Torna-se perceptível que os direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, está passando por uma crise onde a responsabilidade, em tese é tríplice, da família, da sociedade e do estado, mas o que ocorre de fato, é que a pessoa idosa busca diretamente o Estado/Juiz para a possível garantia de seus direitos violados, mas mesmo assim, os direitos do idoso não são garantidos por inteiro. E justamente por não possuir segurança na família e na sociedade, a pessoa anciã dirige-se horizontalmente ao Poder Judiciário.

No tocante às medidas de proteção, está possui amparo na lei especial nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso, onde a pessoa idosa possui proteção absoluta no tocante às relações familiares, sociais e estatais, e também nas relações consumeristas, onde o idoso é a parte hipervulnerável, considerado muito mais do que um consumidor vulnerável, pois além da inexistência de conhecimento técnico, há de se considerar a condição da idade.

Além disso, pelo Estatuto do Idoso é assegurado o acesso à justiça com a máxima brevidade possível, pelo motivo da longevidade, tanto é que se justifica pela tramitação preferencial de demandas ajuizadas por pessoas que se encontram na condição de idosas, para a garantia de direitos violados.

Dessa forma, o idoso sendo vulnerável em condição da idade, este frente à uma relação de consumo, é hipervulnerável, pelo fato da condição da idade e também pela inexistência de conhecimentos técnicos do produto ou serviço oferecido à ele, sendo alvo de publicidade abusiva e enganosa, em contrapartida, pelo Código de Defesa do Consumidor, é nula de pleno direito as cláusulas que venham a prejudicar o consumidor, neste caso, idoso, sendo estas nulas de pleno direito asseguradas pelo Código de Defesa do Consumidor, onde as cláusulas que viciem e de que venham a prejudicar o adquirente do serviço ou produto, viciando o negócio jurídico.

Entretanto, quando o idoso faz jus ao seu direito do acesso ao Poder Judiciário, procuram os Núcleos de Práticas Jurídicas, as Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública, muito embora o Ministério Público também possua a mesma autonomia desses órgãos para demandar uma ação judicial em prol dos direitos das pessoas anciãs, tendo em vista, de não possuir recursos necessários para suportar um processo judicial.

Ademais, o que impulsiona o idoso para o ordenamento jurídico é o superendividamento, concretizando na realização de negócios jurídicos com mais de um fornecedor sem a devida análise da renda financeira, que como constatado, no presente trabalho, essas relações no mercado de consumo é em prol de si mesmo, mas com maior incidência em prol de familiares, que conseqüentemente se aproveitam da condição de idoso beneficiário, fazendo com que este acione a máquina judiciária para sanar as dívidas advindas de negócios mal analisados.

Tendo em vista esse contexto, a pessoa anciã após passar por todo um procedimento judiciário, audiências, acordos e o

cumprimento da decisão judicial, com o auxílio da família e da sociedade onde está inserido, tornar-se-á um consumidor consciente, onde a demanda judicial serviu para educá-lo financeiramente.

No entanto, para tornar o consumo consciente um paradigma social além da colaboração do próprio idoso interessado e da família, é de suma importância a prática das políticas públicas existentes garantindo assim, o envelhecimento digno e o mínimo de informação, pertinentes neste caso, nas relações de consumo.

Conclui-se que as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, consideradas idosas e hipervulneráveis em virtude de sua condição nas relações sociais, familiares, mas com ênfase no consumo, devem ter seus direitos garantidos e analisados pelo Estado com mais cautela para que se possa oferecer o direito de expressão, de informação e do acesso à justiça com plenitude, concretizando o paradigma do idoso consciente frente ao mercado de consumo.

6 Referências

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em:

_____. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em 08 out. 2016.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 08 abr. 2016.

_____. Lei nº 10.471 de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em 12 dez. 2015.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Dez anos do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso: repertórios e implicações de um processo democrático / Ministério da Justiça, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; Neusa Pivatto Muller, Adriana Parada (Orgs.).** – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2013. 538 p. : il., color. Bibliografia. ISBN 1. Direitos dos Idosos. 2. Idosos – Estatuto. 3. Idosos – Legislação. I. Muller, Neusa Pivatto. II. Parada, Adriana. III. Título. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/publicacoes/livro-cndi-dez-anos-do-conselho-nacional>. Acesso em 03 fev. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A vulnerabilidade do consumidor à luz do princípio da dignidade humana**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c6344boae32e496b>. Acesso em 02 ago. 2016.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**. Ed. 2ª. São Paulo. Atlas, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, Decreto nº 2.181/97. 6 ed. ver., ampl. e atual. pelas Leis nºs 11.989/2009 e 12.039/2009**. Niterói: Impetus, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **IBDFAM pede criação de Vara Especializada do Idoso e de Pessoas com Deficiência no Rio de Janeiro**. 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5987/IBDFAM+pede+cria%C3%A7%C3%A3o+de+Vara+Especializada+do+Idoso+e+de+Pessoas+com++Defici%C3%A7%C3%A3o+Anci%C3%A3o+no+Rio+de+Janeiro>. Acesso em 07 out. 2016.

KERBER, Gilberto (Org). JESUS, José Lauri de (Org). BOFF, Salete Oro (Org). **Educação para o consumo sustentável e prevenção do superendividamento.** Campinas, São Paulo. Millennium, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor. In.: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

MIRAGEM, Bruno. Comentários ao artigo 106 do Código de Defesa do Consumidor. In.: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de Direito do Consumidor.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça.** Edição 2ª. Editora Revista do Tribunais. Ano 2000.

OLIVEIRA, Márcia Botelho. SILVA, Neuza Maria da. TEIXEIRA, Karla Maria Damiano. **Transferências financeiras: os idosos como suporte econômico familiar.** Ano 2013. Disponível em: <http://www.ded.ufv.br/workshop/docs/anais/2013/M%C3%A1rcia%20Botelho%20de%20Oliveira%20-%20Tem%C3%A1tica%20Envelhecimento.p%20df.pdf>. Acesso em 28 jan. 2016.

PODESTÁ, Fabio. Comentários ao artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor. In.: PODESTÁ, Fabio; MORAIS, Ezequiel; CARAZAI, Marcos Marins. **Código de defesa do consumidor comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, E. G. Estatuto do idoso: um avanço legal. **Revista da UFG**, Vol. 5, No. 2, dez 2003. Acesso em 09 set. 2015.

ROCHA, Sheila Oliveira Marta Carregosa. **O idoso e os contextos familiares da contemporaneidade brasileira**: aspectos sociojurídicos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c4851e8e264415c4>. Acesso em 28 jan. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 28 jan. 2016.

A Lei de Migração e a nova política pública do Brasil para as migrações

*Michele Monte Andrade*¹

*Valkiria Briancini*²

1 Introdução

A migração, como se sabe, é um fenômeno que acompanha a história da humanidade. Também é sabido que os Estados-Nação, dotados de soberania e territorialidade, passaram normatizar sobre a entrada de estrangeiros dentro de seus territórios, seguindo uma lógica de atração e repulsão, verificada ao longo dos séculos.

Nas últimas décadas, contudo, as migrações se globalizaram. Esse foi um processo resultante das grandes transformações econômicas, tecnológicas, políticas e sociais que impulsionaram o aumento da mobilidade de pessoas, bens e capitais. Nesse cenário internacional, as migrações são hoje preponderantes para a vida do mundo atual.

Por outro ângulo, a última década, também tem presenciado um fenômeno migratório massivo e mundial, resultante das desigualdades sócio-econômicas, desestabilidades políticas, conflitos e desastres ambientais. Por vezes, essas situações também desencadeiam guerras

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional - IMED/RS. E-mail: michele.monteandrade@gmail.com.

² Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Caxias do Sul/RS. Bacharel em Direito. Advogada. E-mail: vbriancini@gmail.com.

civis e, conseqüentemente, elevam o número de pessoas que fogem e migram para outros países.

Desse modo, o expressivo aumento dos conflitos na Síria e as desestabilidades em vários países africanos e asiáticos, somados a desastres ambientais, fez com que muitos migrantes, entre eles refugiados, se deslocassem de forma involuntária e desumana para outros países. Inicialmente, esses deslocamentos tinham como destino os países europeus, realizados através de perigosas travessias pelo Mar Mediterrâneo, mas logo se alastraram pelo mundo, incluindo o Brasil.

Nesse panorama, as migrações em massa passaram a ser cerceadas por uma ótica de ameaça à segurança nacional, combate ao terrorismo e desestabilidade econômica. Por isso, essa questão que deveria estar amparada por legislações democráticas e regadas por instrumentos internacionais de direitos humanos e humanitários, deu lugar à novos discursos xenofóbicos e políticas de fechamento de fronteiras.

O cenário internacional, de migração massiva, conflitos³ e guerras civis, principalmente na Síria, que possuem grande repercussão na mídia, chamou a atenção da sociedade civil e de órgãos governamentais do Brasil pelo grande número de solicitações⁴ de refúgio que o país tem recebido nos últimos anos, por meio do Comitê Nacional para os Refugiados- CONARE⁵.

³ Segundo publicação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – Acnur, no primeiro semestre de 2016, 3,2 milhões de pessoas foram forçadas a sair de seus locais de residência devido a conflitos ou a perseguições – das quais 1,5 milhão são refugiadas ou solicitantes de refúgio. Desse modo, o número de refugiados sob mandato do Acnur aumentou para 16,5 milhões, dos quais 5,3 milhões são sírios. Conflitos na Nigéria, no Iêmen e no Sudão do Sul também têm gerado deslocamento de milhões de pessoas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 20 jun. 2017)

⁴ No Brasil, 9.552 pessoas, de 82 nacionalidades distintas, já tiveram sua condição de refugiadas reconhecida. Dessas, 713 chegaram ao Brasil por meio de reassentamento e a 317 foram estendidos os efeitos da condição de refugiado de algum familiar. Desde o início do conflito na Síria, 3.772 nacionais desse país solicitaram refúgio no Brasil. E aumento da solicitação de refúgio por cidadãos venezuelanos: Apenas em 2016, 3.375 venezuelanos solicitaram refúgio no Brasil, cerca de 33% das solicitações registradas no país naquele ano. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 20 jun. 2017)

⁵ Em âmbito nacional, o CONARE é órgão responsável por receber e aprovar as solicitações de refúgio no país, trabalha em parceria com o ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados)

Do mesmo modo, devido às desestabilidades econômicas e desastres ambientais, houve a chegada de muitos migrantes no Brasil, especialmente haitianos⁶, o que chamou ainda mais a atenção da sociedade civil que já clamava pela revogação do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) - norma fora implementada durante o Regime Militar brasileiro e, se tornou inapropriada ao processo democrático dos dias atuais.

Assim, por mais de 30 anos, a migração internacional no país foi regulada pelo Estatuto do Estrangeiro, onde o imigrante era visto como uma ameaça tanto para a segurança nacional quanto a estabilidade econômica, além de criar empecilhos para o acolhimento e a integração do imigrante dentro do país.

Contudo, diante da globalização e da crise migratória que se alastrou pelo mundo, nos últimos anos, era imperiosa a criação de nova legislação, que fosse mais condizente com os fluxos migratórios dos dias atuais e que estivesse pautada sob a ótica dos Direitos Humanos.

Desse modo, após aprovação do Congresso Nacional, a nova Lei foi sancionada pelo Presidente da República em maio de 2017. A tão aguardada Nova Lei Migratória - Lei nº 13.445/2017 - revogou o Estatuto do Estrangeiro e passou a vigorar no Brasil, no dia 21 de novembro do ano corrente.

A criação de um novo arcabouço legal, foi sem dúvidas um avanço jurídico na garantia de direitos tanto para os imigrantes que se instalam no Brasil quanto para os brasileiros que vivem no exterior. Além disso, acaba com um aparato jurídico inspirado no Regime Militar e moldado na doutrina de segurança nacional, em

que, no âmbito internacional, é o principal órgão de regulamentação da situação do refúgio, possuindo a função de coordenar as ações de proteção e garantia de deslocamento e acolhimento de refugiados.

⁶Dados do Departamento de Polícia Federal revelam que, entre 2010 e 2016, 43.871 Haitianos tiveram sua situação migratória regularizada por meio de Despacho Conjunto do CONARE, do CNIg e do Departamento de Migrações, sendo que suas solicitações de refúgio foram arquivadas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 20 jun. 2017).

tempos de vigência de uma Constituição Federal de ordem democrática.

Além disso, é importante destacar que o migrante econômico e ambiental se difere dos migrantes denominados refugiados, já que, para ambos os casos, existem legislações diferentes, embora qualquer dessas situações encontrem-se hoje reguladas dentro das perspectivas dos Direitos Humanos. Como afirma Milesi: “a pessoa que migra é tão humana como qualquer outro cidadão do país que ela escolheu para procurar melhores condições de vida, segurança, trabalho, paz”. (2007, p. 01)

Por isso, não há sombra de dúvidas, que o Brasil exerce papel fundamental na criação de marcos regulatórios e políticas públicas pautadas nos Direitos Humanos e no repúdio à discriminação e xenofobia das migrações, para tratar as pessoas de forma igualitária independentemente da nacionalidade.

2 Sobre as atuais migrações

Nos últimos trinta anos, as migrações se tornaram globais e, logo no início do século XXI, as migrações internacionais passaram a alcançar uma dimensão inimaginável no mundo inteiro.

De acordo com Wenden (2016), desde os anos de 1970, as migrações passaram de 77 milhões em 1975 para 120 milhões em 1999 e, de 150 milhões no início dos anos 2000, chegando, atualmente, a 244 milhões de migrantes. Isso significa que processo migratório só tende a continuar e a crescer.

Entre os fatores que desencadearam tamanha mobilidade estão as defasagens no nível de educação e bem-estar dos países mais pobres, redução do custo dos meios de transportes, crises econômicas, políticas, ambientais e climáticas, entre outros fatores, que estimulam a migração e a produção de refugiados. (WENDEN, 2016)

Com a globalização, os padrões da migração internacional ocorrem, principalmente, pelas desigualdades sócio-econômicas existentes entre os diferentes países. E, “no atual momento histórico, exceto no caso dos conflitos armados e dos desastres

naturais, a globalização é o principal fator que ativa os movimentos migratórios entre países e determina seus contornos” (MARTINE, 2005, s/p.).

Nota-se, que devido à globalização, os países mais ricos e desenvolvidos, são o destino preferencial dos migrantes voluntários, ou seja, aqueles que saem espontaneamente de seus países em busca de melhores condições de vida. Por isso, “Em termos de fluxo, a União Europeia continua sendo o destino mais procurado do mundo, à frente de outros grandes polos migratórios: Estados Unidos (em segundo lugar), os países do Golfo (terceiro) e a Rússia (quarto)” (WENDEN, 2016, p. 18).

No entanto, muitos desses países consideram que a entrada massiva de migrantes é prejudicial à sua economia e cultura e, por isso, segundo Martine (2005), não é realista imaginar um mundo sem fronteiras e com uma abertura demasiada às migrações internacionais. Nesse sentido, o autor complementa:

O "Mundo Sem Fronteiras" é parte da definição da globalização, mas não se aplica ao movimento de pessoas. O capital humano é um fator de produção que, formalmente, não tem livre trânsito entre fronteiras nos dias de hoje; não existe um "mercado global de trabalho". As fronteiras abrem-se para o fluxo de capitais e mercadorias, mas estão cada vez mais fechadas aos migrantes: essa é a grande inconsistência que define o atual momento histórico no que se refere às migrações internacionais (MARTINE, 2005, s/p).

Ultrapassando os limites sócio-econômicos da globalização, também há que se falar nas migrações daqueles que fogem de seus países de origem e ultrapassam as fronteiras nacionais para salvar a própria vida. Trata-se das migrações forçadas ou involuntárias que dão origem a outra categoria de migrantes: os refugiados.

Os refugiados se obrigam a deixar o país de origem por situações de conflitos e perseguições praticadas por parte do próprio Estado, especialmente por questões étnicas, religiosas ou políticas. Desse modo, muitos indivíduos ou grupos, de diferentes etnias,

religiões minoritárias ou opiniões políticas divergentes, sofrem ameaças ou efetivas perseguições por parte do próprio governo (MOREIRA, 2008).

Essa é a situação vivenciada atualmente na Síria, onde contextos dessa natureza, colocam em risco a vida, a liberdade e a segurança da população civil, além de outras violações de direitos humanos. Por consequência, os civis atingidos, entre eles famílias inteiras enfrentam perigosas travessias, inclusive pelo Mar Mediterrâneo⁷, em direção às fronteiras⁸ mais próximas, para fugir da violência e da perseguição estatal. E “essa é a suposição dramática que dá origem ao refúgio, fazendo com que a posição do solicitante de refúgio seja absolutamente distinta da do estrangeiro normal” (PIOVESAN, 2012, p. 200).

Outro ponto que merece reflexão, é a relação entre as migrações e o terrorismo. Após os ataques terroristas do 11 de setembro nos Estados Unidos, entre outros ataques ocorridos nos últimos anos, em vários locais públicos de países europeus, difundiu-se ainda mais a ideia de que a migração traz consigo o risco de possíveis ataques terroristas.

Por isso, muitos países têm usado argumentos de segurança nacional para justificar o fechamento de suas fronteiras à migração, mesmo que contrariando os instrumentos relativos ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na realidade, muitos países utilizam o argumento de segurança nacional “[...] como justificativa para a adoção de respostas muitas vezes desenvolvidas à margem das Nações Unidas, do Direito Internacional e do Direito

⁷De acordo com um estudo divulgado pela Organização Internacional das Migrações (OIM), no dia 24 de novembro do ano corrente, o Mar Mediterrâneo é “a fronteira mais mortal do mundo”. “Segundo a pesquisa, pelo menos 33.761 pessoas morreram afogadas no Mediterrâneo entre 2000 e 2017 numa tentativa desesperada de chegar à Europa”. (DW, 25 nov. 2017)

⁸O continente europeu, em virtude de suas fronteiras geográficas com o norte da África e com o Oriente Médio, continua sendo o principal destino de migrantes e refugiados, embora países de outros continentes, entre eles o Brasil, estejam também recebendo um elevado número de migrantes e refugiados.

Internacional dos Direitos Humanos como medidas “contraterroristas” (SOUKI, 2007, p. 145).

Isso também ocorre, porque a opinião pública e o ambiente político buscam destacar as características negativas das migrações, sejam estas alegações, fictas ou reais, “independentemente da sua veracidade objetiva, os sentimentos antimigratórios frequentemente estimulam reações populares xenófobas e políticas nacionalistas, até contrárias aos interesses do país receptor”(MARTINE, 2005, s/p).

Diante dessa breve análise sobre as migrações, é pertinente refletir sobre a recomendação dada por Cepal (2002 *apud* Martine, 2005), diante da possibilidade dos Estados desenvolverem políticas públicas voltadas para uma “gestão migratória” ao invés de “controle migratório”, como forma mais apropriada de atender às demandas migratórias globais:

*Em matéria de políticas de migração, a globalização fará cada vez mais necessária a transição do "controle migratório" para a "gestão migratória" em um sentido amplo. Isto não significa que os Estados abandonem sua atribuição de regular a entrada de estrangeiros e supervisionar suas condições de assentamento, senão aceitar formular políticas razoáveis de admissão que contemplem a permanência, o retorno, a reunificação, a re-vinculação, o trânsito nas fronteiras e a mudança de pessoas a outros países (CEPAL, 2002, p. 267-8 *apud* MARTINE, 2005, s/p, grifo do autor).*

Acompanhando a lógica de reformular as políticas migratórias, o Brasil deu um grande avanço com a aprovação da nova Lei de Migração, que estabelece direitos e deveres para migrantes e turistas no Brasil, bem como para brasileiros residentes no exterior. Por isso, a nova lei reconhece o migrante como um sujeito de direitos, independentemente de sua nacionalidade.

Como dito antes, a Lei avançou ao revogar o Estatuto do Estrangeiro, uma triste herança da Ditadura Militar, em partes

inconstitucional e, incapaz de atender as demandas políticas da nova realidade migratória no Brasil.

Assim, a nova Lei de Migração tem sido elogiada pelos órgãos internacionais, já que as obrigações assumidas pelo Brasil, por meio dos Tratados de Direitos Humanos, estão sendo cumpridas pelo país. Por isso, a Lei de Migração em conjunto com a Lei do Refúgio – Lei nº 9.474/1997 – e com a Lei sobre tráfico de pessoas – Lei nº 13.344/2016 – atestam o compromisso nacional de proteção aos direitos dos migrantes e refugiados e, também, de prevenção ao tráfico interno e internacional de pessoas, incluindo os migrantes.

A presença de um novo arcabouço legal em matéria de migração, portanto, promove a defesa dos Direitos Humanos sem distinção de nacionalidade, seguindo o que preconiza a Constituição Federal vigente no país.

3 Considerações sobre a nova Lei de Migração

Primeiramente, a criação de um novo arcabouço legal, em termos de migração, atende a um pleito antigo reivindicado pela sociedade civil e a uma necessidade urgente de revogar o Estatuto do Estrangeiro, que foi adotado durante o Regime Militar e moldado na doutrina de segurança nacional.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Estrangeiro de 1980 (assentado pela Constituição de 1967), tornou-se em partes inconstitucional, já que os direitos dos imigrantes não estavam pautados sob a ótica e prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.

Além disso, é relevante lembrar que a Constituição brasileira, em seu artigo 5º (*caput*) assegura, em caráter hegemônico, dentro das condições jurídicas, a igualdade e não discriminação entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, bem como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (MILESE, 2007).

Feitas essas considerações, resta claro, que apenas as afirmações constitucionais já eram suficientes para derrogar o Estatuto do Estrangeiro. E foi dentro desta visão, que o trâmite por uma nova Lei de Migração, contou com a participação da academia, da sociedade civil e, confirmado por um amplo consenso pluripartidário, dos mais diversos partidos políticos, em torno da necessidade de implementar uma lei pautada nos preceitos constitucionais e condizente com a atual realidade migratória vivida no país.

Assim, de acordo com Ramos (2017), o eixo central da nova lei é a proteção de direitos humanos, dentro da temática das migrações. Segundo o autor, trata-se de uma lei aplicável tanto ao migrante que vive no Brasil, quanto ao brasileiro que vive no exterior, considerando a proteção da dignidade humana, como valor axiológico da Constituição Federal e dos tratados de Direitos Humanos celebrados pela nação brasileira.

Entre os avanços obtidos com a nova lei, estão as definições das diferentes categorias migratórias (Art. 1º). *Oimigrante*, sendo caracterizado como a pessoa de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil; o *emigrante*, como o brasileiro estabelecido no exterior; o *residente fronteiriço*, como a pessoa ou apátrida que possui residência habitual em município fronteiriço de país vizinho; o *visitante*, como a pessoa de outro país ou apátrida que vem ao país para estadas de curta duração e, o *apátrida*, pessoa que não tem a nacionalidade reconhecida por nenhum Estado – neste último caso, a lei facilitou a acolhida de um grande número de pessoas que, atualmente, vêm perdendo a sua nacionalidade.

Ressalta-se, contudo, que a Lei de Migração não prejudica a conceituação e a aplicação de normas internas e internacionais específicas sobre refugiados⁹, asilados, agentes e pessoal

⁹A legislação que regula a situação dos refugiados no Brasil é dada pela Lei nº 9.474/1997, redigida a partir do Estatuto dos Refugiados, estabelecido pela Convenção de Genebra de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967. Essa lei define o refugiado como o indivíduo que devido a *fundados temores de*

diplomático ou consular, funcionários de organização internacional e seus familiares (Art. 2º).

Nesse sentido, a conceituação se torna importante, uma vez que o termo imigrante é muitas vezes confundido com o termo refugiado. Apesar de ambos serem migrantes, ressalta-se que a diferença de conceituação ocorre devido à existência de legislações distintas para ambas as categorias. Mesmo assim, a nova lei está em consonância com a questão dos refugiados, uma vez que preceitua que “ninguém será impedido de ingressar no País por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política (Art. 45, parágrafo único).

Entre os princípios que fundamentam a recente legislação migratória estão, o reconhecimento da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; a não criminalização da migração; a acolhida humanitária; a garantia do direito à reunião familiar; a proteção ao brasileiro no exterior, entre outros princípios de regência da política migratória brasileira (Art. 3º).

Entre as inovações trazidas no âmbito dos direitos dos migrantes foi a eliminação das proibições constantes do Estatuto do Estrangeiro e contrárias à Constituição Federal, como a restrição ao direito de associação para fins lícitos e expressão política. Assim, a nova lei assegurou como um dos seus princípios e diretrizes, o acesso igualitário e livre dos migrantes a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica

perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; ou que não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, ou ainda, por grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de origem para buscar refúgio em outro país (*grifo nosso*). Também cabe lembrar que “A legislação brasileira reconhece aos refugiados o direito ao trabalho, à educação, à saúde e à mobilidade no território nacional, entre outros direitos, permitindo, assim, que reconstruam suas vidas no país”. (ITAMARATY -MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES)

integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social (Art. 3º, XI).

De acordo com Ramos (2017), a retirada compulsória também foi regulamentada pela nova Lei, que passou a dar importância aos institutos da repatriação, deportação e expulsão, e previsão legal para atuação da Defensoria Pública da União para inibir possíveis atos arbitrários ou discriminatórios.

Também destacamos, a possibilidade de concessão de visto temporário para acolhida humanitária ao apátrida ou ao nacional de outro país que se encontre em grave instabilidade institucional, conflito armado, calamidade de grande proporção, desastre ambiental e em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos, entre outras possibilidades (Art. 14, § 3º).

O visto temporário também poderás ser concedido para os migrantes que vêm ao Brasil em busca de trabalho (Art.14, e). Isso representa um grande avanço na legislação, pois a entrada migratória regular, no território nacional, para quem busca trabalho e uma vida digna, trariam vantagens ao nosso Estado.

De acordo com Ramos *et. al.* (2017), com a entrada legal em solo brasileiro, os migrantes poderiam dispensar a ajuda ilegal dos chamados coites e de outras redes criminosas para adentrar no país. Dentro dessa ótica, os migrantes ficarão menos suscetíveis à ação de redes de exploração e trabalho escravo e, também poderão investir as suas economias, sem precisar da ajuda de redes assistenciais do país.

Contudo, Ramos *et. al.* (2017), alerta que o texto final da nova Lei trouxe uma proposta negativa, que pode dificultar a obtenção do visto humanitário pelos migrantes, ao exigir, no artigo 14 § 5º, uma “[...] ‘oferta de trabalho formalizada por pessoa jurídica em atividade no país’”. Assim, a lei deixou de proteger um vasto contingente de migrantes, provavelmente os mais vulneráveis, que ainda não possuem oferta de trabalho no Brasil” (RAMOS *et. al.*, 2017, s/p).

Além disso, embora a nova lei seja comprometida com os tratados internacionais de Direitos Humanos assumidos pelo Brasil, o Decreto 9.199, de 20 de novembro de 2017, que regulamenta a Lei de Migração, apresenta deficiências de pertinência técnica e jurídica, que foram ignoradas pelo Poder Executivo, ao dissolver direitos estabelecidos pela nova lei.

O Decreto em comento, apresenta um grave erro, por exemplo, relacionado aos vistos temporários para pesquisa e ensino e sua, conseqüente, autorização de residência que deverá ser deferida pelo Ministério do Trabalho, conforme segue o pertinente comentário feito por Ramos *et. al.*:

Ainda mais grave é admitir que os vistos temporários para pesquisa, ensino ou extensão acadêmica; para trabalho; para realização de investimento ou de atividade com relevância econômica, social, científica, tecnológica ou cultural; e para atividades artísticas ou desportivas com contrato por prazo determinado (artigos 34, § 6º; 38, § 9º; 42, § 3º e § 4º; 43, § 3º e § 4º; e 46, § 5º do Decreto em comento) dependam de deferimento, pelo Ministério de Trabalho, de autorização de residência prévia à emissão desses vistos temporários. Ora, a autorização de residência não pode ser condicionante da emissão de visto. Tampouco existe base legal para que o Ministério do Trabalho seja dotado da competência de “selecionar” migrantes para o ingresso regular no território nacional, o que representaria um retrocesso, não apenas em direção ao regime militar (1964-1985) mas ao próprio Estado Novo (RAMOS *et. al.*, 2017, s/p).

Esse é apenas um exemplo, entre outras, incoerências do Decreto perante o texto da nova Lei de Migração. “Ocorre que, em virtude do artigo 84 IV da Constituição Federal, o Poder Executivo dispõe de competência privativa para expedir regulamentos para a “fiel execução” da lei, jamais para seu desvirtuamento” (RAMOS, *et. al.*, 2017, s/p).

Nesse sentido, Ramos *et. al.* (2017), afirma que, quando o Estado exerce o seu poder regulamentador, atuando “contra a lei”

(*contra legem*) ou “fora da lei” (*praeter legem* – atode produzir novas normas em desacordo com a lei regulamentada), a Constituição permite o desígnio, tanto de um controle jurisdicional diante dos atos do Poder Executivo, quanto a sustação dos atos regulamentares considerados exorbitantes, pelo Congresso Nacional.

Feitas essas considerações, embora o Decreto que regulamenta a Lei de Migração careça de uma nova revisão, para não causar insegurança jurídica e possíveis batalhas judiciais para os migrantes, o Brasil deu um importante passo na elaboração de novo marco jurídico na temática das migrações. Nada mais justo aos interesses nacionais e respeito aos tratados internacionais, tratar o migrante com dignidade e igualdade aos nacionais, pois seguindo o raciocínio de Milese (2007), a pessoa que migra é tão humana quanto qualquer cidadão do país que ela escolheu para ter melhores condições de vida.

4 Conclusão

Especialmente nas últimas décadas, as migrações se globalizaram e no atual cenário internacional, as migrações se tornaram preponderantes para a vida contemporânea, diante do aumento da mobilidade de pessoas, bens e capitais.

Por outro lado, nos últimos anos, também temos presenciado um fenômeno migratório massivo e mundial, resultante das desigualdades sócio-econômicas, desestabilidades políticas, conflitos e desastres ambientais. Com isso, o expressivo aumento dos conflitos na Síria e as desestabilidades em vários países africanos e asiáticos, fez com que muitos migrantes, entre eles refugiados, se deslocassem de forma voluntária ou involuntária para outros países, incluindo o Brasil.

O cenário internacional, de migração massiva e de grande repercussão na mídia, chamou a atenção da sociedade civil e de órgãos governamentais do Brasil pelo grande número de migrantes e solicitações de refúgio que o país tem recebido nos últimos anos.

Por isso, tornou-se imperioso para o país reformular as suas políticas públicas migratórias, pois há anos, a sociedade civil já clamava por uma nova Lei de Migração e a consequente revogação do inconstitucional Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980).

Desse modo, a tão aguardada Lei de Migração - Lei nº 13.445/2017, após sanção presidencial em maio de 2017, passou a vigorar no Brasil, no dia 21 de novembro do ano corrente, revogando enfim, a triste herança do Regime Militar representada pelo Estatuto do Estrangeiro, que era pautado na doutrina de segurança nacional, em tempos de vigência de uma Constituição Federal de ordem democrática.

Assim, com a nova Lei de Migração, o Brasil tem cumprido com as obrigações assumidas, por meio dos Tratados de Direitos Humanos. Por isso, a Lei de Migração em conjunto com a Lei do Refúgio e com a Lei sobre tráfico de pessoas, atestam o compromisso nacional de proteção aos direitos dos migrantes e refugiados e, também, de prevenção ao tráfico interno e internacional de pessoas, especialmente, no combate a organizações criminosas que se aproveitam dos migrantes para a realização de atos ilícitos.

A criação de um novo arcabouço legal, foi sem dúvidas um avanço jurídico na garantia de direitos igualitários tanto para os imigrantes que se instalam no Brasil quanto para os brasileiros que vivem no exterior, além demonstrar que a lei repudia a discriminação e xenofobia, por vezes, praticada no país.

Apesar, do Decreto 9.199, de 20 de novembro de 2017, que regulamenta a Lei de Migração, apresentar deficiências no que se refere aos direitos dos migrantes, a presença de um novo arcabouço legal em matéria de migração, já deu o primeiro passo no avanço a políticas públicas que atuem na defesa dos Direitos Humanos, sem fazer distinção de nacionalidade, seguindo o que preconiza a Constituição Federal vigente no país.

Por fim, será pertinente que o país siga as orientações dada por Cepal (2002 apud MARTINE, 2005), em praticar uma “gestão migratória” como forma mais apropriada de atender às demandas

migratórias globais para formular políticas razoáveis que contemplem direitos e deveres com vistas e necessidade de integração social entre as nações.

5 Referências

BIJOS, Leila. Reavaliação do conceito de Refugiados. *In: Revista dos Tribunais online*, São Paulo, v. 103, n. 943, Maio/2014. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true>> Acesso em: 17 maio 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 nov 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.474/1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm> Acesso em: 30 nov 2017.

DANTAS, Virgínia da Hora. A necessidade de ampliação do conceito de refugiados. *In: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana - REMHU*, v. 16, n. 31, p.422-429, 2008. Disponível em: <<http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/124>>. Acesso em: 22 maio 2016.

DW (25 nov. 2017), **Mediterrâneo é a ‘fronteira mais mortal do mundo’, diz OIM**. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/mediterr%C3%A2neo-%C3%A9-a-fronteira-mais-mortal-do-mundo-diz-oim/a-41528935>> Acesso em: 25 nov. 2017.

ITAMARATY -MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES - Refugiados e CONARE - Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/153-refugiados-e-o-conare>> Acesso em 02 dez 2017.

MARTINE, George. A globalização inacabada migrações internacionais e pobreza no século 21. **Revista São Paulo Perspec**, São Paulo, v. 19, n. 3, Julho-Setembro / 2005. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300001>. Acesso em: 27 nov. 2017.

MILESI, Rosita. Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos Direitos Humanos. *In*: Texto apresentado na **Mesa Redonda “Leis e políticas migratórias: o desafio dos direitos humanos”**. Organizada por: CEAM/Unb – CSEM e UniEURO – Brasília, 16 de maio de 2007. Disponível em:

<http://www.csem.org.br/pdfs/por_uma_nova_lei_de_migracao_no_brasil_rosita_milesi.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, Secretaria Nacional de Justiça - 20 jun. 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf> Acesso em: 02 dez 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. - 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

RAMOS, André de Carvalho; RIOS, *Aurelio*; CLÈVE, *Clèmerson*; VENTURA, *Deisy*; GRANJA, *João Guilherme*; MORAIS, *José Luis Bolzan de*; PIRES JR., *Paulo Abrão*; DALLARI, *Pedro B. de Abreu*; REIS, *Rossana Rocha*; JARDIM, *Tarciso Dal Maso*; BERNER, *Vanessa*. Regulamento da nova Lei de Migração é contra *legem e praeterlegem*. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opinioao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

SOUKI, Hassan Magid de Castro. **Terrorismo e Direito Internacional: Reflexões acerca do papel do Conselho de Segurança das Nações Unidas, da Corte Internacional de Justiça e do Tribunal Penal**

Internacional na repressão do fenômeno terrorista no século XXI.
2007. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. Disponível em:
<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SoukiHM_1.pdf>
Acesso em: 21 set. 2016.

WENDEN, Catherine Wihtol de. As Novas Migrações. *In: Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, semestral, jul. 2016. Traduzido por Deisy Ventura. Disponível em:
<<http://sur.conectas.org/as-novas-migracoes/>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

A escravidão moderna na sociedade de risco

Deise Andretti¹
Daniele Regina Terribile²

1 Introdução

O trabalho escravo no Brasil vem sendo desenvolvido desde o descobrimento do país e, após longos anos de lutas e movimentos e, até mesmo após a abolição da escravidão, ainda pode ser visto nos dias de hoje.

Assim, o trabalho escravo contemporâneo apresenta-se de forma “disfarçada” e acaba por submeter o indivíduo à prestação de um serviço ameaçado por alguma forma de sanção ou punição, induzindo-o a cumprir uma jornada exaustiva, bem como, impondo-lhe metas que, na maioria das vezes, tornam-se impossíveis de serem atingidas. De fato, a importância da identificação do trabalho escravo contemporâneo vem ao encontro dos interesses sociais e das garantias fundamentais que norteiam a sociedade e são pressupostos de justiça.

¹ Advogada com formação pela IMED.

² Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá do RJ. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela IMED/RS. Advogada sócia do escritório Terribile Advocacia Trabalhista. Professora de Direito e Processo do Trabalho, IMED/RS. Professora de Direito do Trabalho do curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho das instituições: FEMARGS, UNISC, UNOCHAPECÓ, IDEAU, IESA e IMED. Técnica em Segurança do Trabalho com formação pela Universidade de Passo Fundo - UPF.

Não obstante, é por meio do trabalho que o homem dignifica a sua existência, porém quando esse se torna um fardo imposto por padrões de alto rendimento e exigência de lucro exacerbado, as relações trabalhistas perdem as suas características essenciais e passam a satisfazer apenas os interesses econômicos.

Ainda, é relevante destacar que no mundo capitalista, a exigência do alto rendimento encontra-se em eminência, e o ordenamento jurídico, no âmbito da relação trabalhista, precisa dar conta desta demanda, a fim de garantir a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana e os ideais de justiça.

Portanto, o presente estudo visa responder a seguinte problemática: Em que medida, sob a ótica do ordenamento jurídico vigente, o trabalho escravo se apresenta atualmente no Brasil? Tendo como objetivo principal analisar, sob a ótica do ordenamento jurídico interno e externo, em que medida o trabalho escravo se apresenta na atualidade.

2 Escravidão: da história ao mundo atual

Anuncia-se este capítulo contendo uma abordagem inicial sobre a escravidão no Brasil, apontando alguns aspectos históricos significativos desse período. A seguir serão estudados os aspectos contemporâneos da servidão e suas nuances mais citadas na literatura, que são: o trabalho forçado, o trabalho degradante e a jornada exaustiva.

A escravidão no Brasil surgiu juntamente com a chegada dos portugueses, nos anos de mil e quinhentos. A visão da terra virgem e de frondosa floresta encantou os enviados da coroa que, como disse Caminha no primeiro documento literário do Brasil: “Nela não pudemos saber que haja ouro, nem prata, nem coisa alguma de metal ou ferro; nem lho vimos. Porém a terra em si é de muito bons ares, [...]. Águas são muitas; infindas. [...] querendo-a aproveitar, dar-se-á nela tudo, por bem das águas que tem” (CARTA, 1877, p. 23). Estas e as outras tantas descrições de Caminha despertou a

atenção da corte portuguesa e de outros países, que mais tarde aqui aportaram, com sonhos de exploração de metais e pedras valiosos, o que demandaria na necessidade de grande número de mão de obra, não encontrada entre os exploradores, nem nos índios que habitavam a nova terra.

No início da colonização os portugueses tiveram dificuldade ao encontrar mão de obra, pois a Igreja tinha outro projeto para os indígenas. Assim, os portugueses passaram a fazer o mesmo que os demais europeus daquela época. Eles foram à busca de negros na África para submetê-los ao trabalho escravo em sua colônia. Deu-se, assim, a entrada dos escravos no Brasil. (MARQUESE, 2008, p.1)

Assim, estabelecida a coroa portuguesa, criava-se uma organização do trabalho vincada na busca de trabalhadores para os engenhos, plantações, mineração e até mesmo nos serviços domésticos, que não exigissem mais do que a alimentação, para se manterem hígidos e fortes e dar conta do trabalho braçal nas empreitadas de transformação, inclusive, da cultura existente. De acordo com Alexandre (2000, p. 84) a opção mais próxima e mais vantajosa era a vinda de escravos africanos, pois se tratava de mão de obra barata, com retorno financeiro e produtivo imediato. Assim, o mercado escravagista no Brasil ganhou impulso e perdurou durante anos.

Portanto, no Brasil, a escravidão teve seu início a partir da colonização. Os portugueses, sob o escopo de explorar as terras brasileiras, trocavam a força do trabalho indígena por objetos trazidos de Portugal. Por fim, após a ocupação do território brasileiro os indígenas passaram a ser escravizados como mão de obra na lavoura. Posteriormente, se deu o início do chamado Tráfico Negreiro, onde os negros eram trazidos da África e comercializados em negociatas vultosas, organizadas e permanentes. Pode-se dizer, que a escravização dos negros transformavam o ser humano em um produto de comercialização.

Na atualidade, a escravidão surge com nova face, mas com os mesmos objetivos de outrora. Novas formas de exploração da mão

de obra são evidenciadas. Essa realidade é conceituada pela doutrina como trabalho forçado e degradante.

Nesse entendimento, Schwarz (2008, p. 117) destaca com propriedade a definição da escravidão na atualidade como sendo

[...] o estado ou a condição de um indivíduo que é constringido à prestação de trabalho, em condições destinadas à frustração de direitos assegurados pela legislação do trabalho, permanecendo vinculado, de forma compulsória, ao contrato de trabalho mediante fraude, violência ou grave ameaça, inclusive mediante a retenção de documentos pessoais ou contratuais ou em virtude de dívida contraída junto ao empregador ou pessoa com ele relacionada (SCHWARZ, 2008, p.117).

Atualmente, várias são as formas pelo qual o trabalho escravo apresenta-se. Algumas são identificadas facilmente, contudo, existem práticas que disfarçam tal labor e as tornam difíceis de ser identificadas. Importante ressaltar, que o trabalho escravo contemporâneo, apresenta-se, nos dias atuais, ainda mais cruéis que nos tempos da colonização.

Antigamente, o escravo era uma mercadoria e por pressuposto possuía valor econômico. Contudo, hoje o escravo não é comercializado, nem tampouco faz parte do patrimônio do seu senhor. Por esse motivo, a escravidão contemporânea torna-se uma prática ainda mais rentável que a antiga. Por força do sistema capitalista o patrão não compra o indivíduo para obter a sua mão de obra, porém cria outros artifícios para explorar o trabalho alheio com o objetivo de obter maior lucratividade. Assim, pode-se perceber que a escravidão não foi extinta, apenas deixou de ser uma prática legalizada.

Torna-se imprescindível compreender a dinâmica social frente a questões complexas como a escravidão contemporânea. A vulneração dos direitos sociais, especialmente os relacionados às questões trabalhistas, preconizam a exploração do trabalho alheio na busca do aumento da produção e do lucro. No Brasil, o trabalho

escravo ainda persiste e encontra-se presente tanto no campo como nas cidades, não levando em conta a cor da pele, e sim as condições de vulnerabilidade social, abarcando, nesse contexto, homens, mulheres e crianças.

Nesse sentido, Schwarz (2008, p. 73) é categórico ao afirmar que “a escravidão está relacionada às crônicas desigualdades sociais e regionais e as extremas condições de pobreza impostas a um contingente expressivo de pessoas, que redundam em uma constante fuga migratória”.

Denota-se, pois, que a escravidão contemporânea encontra-se intimamente ligada às condições de miserabilidade e vulnerabilidade social. Os altos índices de desemprego e a busca pela sobrevivência impulsionam os trabalhadores a aceitar a primeira oportunidade a eles ofertada. Na maioria das vezes, sujeitam-se a trabalhos forçados e degradantes, no qual a remuneração se restringe a um mínimo existencial. Assim, Schwarz (2008, p. 74) corrobora que a escravidão contemporânea apresenta-se como

Segundo Cortez (2015 p. 21), o trabalho forçado, no Brasil, se dá mais comumente, pelo regime de “servidão por dívidas”, situação em que o trabalhador se vê subjugado ao patrão, mediante coação física e/ou moral, justificada pela existência de um suposto débito contraído por aquele. Via de regra, os débitos contraídos pelo trabalhador são criados artificialmente, de forma perspicaz, o tomador de serviços acaba por transferir parte do risco de sua atividade cobrando até mesmo pelos instrumentos de trabalho, que, em tese, seria de responsabilidade do empregador.

Por óbvio, diante de tal situação, a vítima encontra-se obrigada a trabalhar sem permissão para deixar o local do labor até que sua dívida seja quitada, geralmente não ocorre pagamento em dinheiro e sim por meio de compensação de débito. Cumpre ressaltar que existe um entendimento praticamente unânime da doutrina e da jurisprudência quanto a essa forma de trabalho, no qual afirma-se categoricamente a redução do homem a condição análoga a de escravo.

Para a OIT “o controle abusivo de um ser humano sobre o outro é a antítese do trabalho decente. Embora possam variar em suas manifestações, as diversas modalidades de trabalho forçado tem sempre em comum as duas seguintes características: o recurso à coação e a negação da liberdade”.

Ademais, destaca-se que

[...] ninguém se oferece espontaneamente para o trabalho forçado. Desse modo, a afronta ao direito de liberdade do obreiro não repousa, necessariamente, no momento da celebração do contrato de trabalho. Esses trabalhadores são enganados com promessas de condições de vida e labor muito diferentes da realidade (MIRAGLIA, 2015, p. 138).

É de se verificar que quando o empregado se descobre devedor e ocorre uma ruptura no vínculo empregatício, se estabelece o cerceamento de liberdade na tentativa de saldar a dívida existente, assim, esse cerceamento dá-se, após consolidada a relação trabalhista.

A prática da escravidão por dívida inicia-se em regiões extremamente carentes, quando então “aparecem aliciadores de mão de obra”, comumente conhecidos como “gatos” ou “empreiteiros” anunciando a oferta de emprego em outras regiões com a promessa de salários dignos e moradia. Iludidos, os trabalhadores aceitam as propostas mesmo que haja o deslocamento de sua cidade natal e o afastamento de sua família pois se encontram em situações precárias desprovidos de qualquer expectativa de trabalho (FÁVERO FILHO, 2010, p. 58).

Além disso, os trabalhadores são coagidos com a constante presença de capangas armados, onde sofrem maus-tratos, ameaças e violência física e moral, práticas inconcebíveis em pleno século XXI. Muitas vezes, os trabalhadores são recrutados em cidades distantes e nem ao menos sabem o lugar exato em que prestarão o serviço, o que impossibilita uma possível fuga. Diante de tal situação, encontram-se amedrontados e se sujeitam a situações degradantes

de trabalho, alimentação e moradia, renunciando à sua dignidade e liberdade, bem como acabam reféns de dívidas contraídas junto ao empregador. Essa dinâmica de trabalho análogo ao escravo é assim descrita

Quanto ao tema, é importante discorrer, ainda, sobre a outra modalidade de trabalho escravo. A doutrina sugere uma segunda variante, conhecida como trabalho degradante. Para muitos, essa forma de trabalho relaciona-se diretamente com o ambiente de trabalho ao qual o indivíduo está submetido. Contudo, percebe-se que esse contexto é muito mais abrangente conforme nos ensina Brito Filho (2014, p. 81)

[...] Assim, se o trabalhador presta serviços expostos à falta de segurança e com riscos à sua saúde, temos o trabalho em condições degradantes. Se as condições de trabalho mais básicas são negadas ao trabalhador, como o direito de trabalhar em jornada razoável e que proteja a sua saúde, garanta-lhe o descanso e permita o convívio social, há trabalho em condições degradantes. Se, para prestar o trabalho, o trabalhador tem limitações na sua alimentação, na sua higiene e na sua moradia, caracteriza-se o trabalho em condições degradantes. Se o trabalhador não recebe o devido respeito que merece como ser humano, sendo, por exemplo, assediado moral ou sexualmente, existe trabalho em condições degradantes. (BRITO FILHO, p. 81).

Ademais, é possível identificar alguns pressupostos do trabalho degradante em várias situações do cotidiano laboral, conforme o ensinamento Brito Filho (2014, p. 81) há grande divergência acerca de trabalho degradante. Não resta dúvida de que essa modalidade de trabalho, que transforma o indivíduo em mercadoria descartável, e retira de sua essência a dignidade ainda encontra-se presente nas relações trabalhistas, maculado na coação física, moral e psicológica, reiterando práticas abusivas como jornadas exaustivas, locais em péssimas condições de trabalho, desrespeito e abuso nas relações trabalhistas. Assim, Miraglia preceitua (2015, p. 140-150):

[...]O trabalho degradante é aquele realizado em condições subumanas de labor, ofensivas ao substrato mínimo dos Direitos Humanos: a dignidade da pessoa humana. Desse modo, considera-se como mínimo existencial para a existência digna: a justa remuneração; o respeito às normas de saúde e segurança no trabalho; a limitação da jornada, assegurando o direito ao pagamento das horas extras eventualmente prestadas e ao descanso necessário para a reposição das energias e ao convívio social; e o acesso às garantias previdenciárias.

Entre os exemplos encontrados na literatura, verificou-se o trabalho degradante em algumas situações que ganharam manchetes na imprensa brasileira. Casos recentes de trabalho degradante foram identificados na confecção têxtil. Uma grande rede de lojas do país foi flagrada e autuada por manter trabalhadores bolivianos sob condições análogas a de escravo, submetidos a situações degradantes que confrontam significativamente direitos fundamentais, especialmente o da dignidade humana (Anexo B). (REPÓRTER BRASIL, 2016, p. 02).

Conforme afirmam os jornalistas que fizeram a reportagem, é possível identificar a prática de trabalho degradante em vários locais de labor. As carvoarias, por exemplo, expõe os trabalhadores a atividades realizadas a céu aberto, sem equipamento de proteção individual, jornadas extenuantes, salários ínfimos e supressão dos direitos trabalhistas (REPÓRTER BRASIL, 2016, p. 02).

A mesma situação pode ser percebida em indústrias que produzem etanol e nas plantações de cultivo de cana de açúcar. Cabe destacar, ainda, a situação degradante que alguns imigrantes sofrem nos centros urbanos do nosso país. Por encontrar-se em situação ilegal, não possuem a documentação necessária que lhes assegure os direitos trabalhistas e previdenciários. Não raro, há relatos de negativa de atendimento médico a esses trabalhadores e denúncias de maus tratos, assédio moral e sexual, espancamentos, precárias

condições de segurança e saúde e jornadas exaustivas de labor (REPÓRTER BRASIL, 2016).

O relato acima narrado não é raro. Outros casos compõem o rol de situações de trabalho análogas à escravidão identificadas ao longo dos anos pelos órgãos competentes. Dessa maneira, é possível detectar que tais práticas ainda fazem parte da nossa sociedade, colocando o ser humano como mera peça na cadeia produtiva com o objetivo de obter lucro ferindo direitos e garantias e suprimindo a dignidade dos sujeitos.

Como já referido neste estudo, o uso do trabalho escravo, com suas nuances contemporâneas, continuam existindo no Brasil, por mais que tenha havido troca de nome para “trabalho análogo”, uma vez que mantém semelhantes características. Há quem chame de escravidão branca e alguns de nova escravidão. Os moldes da escravidão da era contemporânea, traz o sofrimento, a dor, a pobreza e a indignidade como herança da fase colonial.

3 A efetivação dos direitos fundamentais nas decisões judiciais e as políticas públicas de prevenção

3.1 A Caracterização do trabalho escravo pelos Tribunais do Trabalho

Este item relaciona alguns achados sobre trabalho escravo contemporâneo, nos registros da jurisprudência brasileira, para tomar conhecimento da postura que os tribunais vêm tomando acerca deste tema.

De acordo com o julgado que segue, havia presença de trabalhadores sob escolta, acorrentados e em situação de violação dos princípios da dignidade humana:

Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO. DIGNIDADE DA PESSOA

HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME CONTRA A COLETIVIDADE DOS TRABALHADORES. ART. 109 , VI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL . COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução à condição análoga a de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça federal (art. 109 , VI da Constituição) para processá-lo e julgá-lo. Recurso extraordinário conhecido e provido. Encontrado em: CF ANO-1967 ART- 00125 INC-00006 CONSTITUIÇÃO FEDERAL CF-1988 CF ANO-1988 ART- 00001 INC-00003 INC...-00005 ART- 00170 "CAPUT" ART- 00231 CONSTITUIÇÃO FEDERAL EMC-000001 ANO-1969 EMENDA CONSTITUCIONAL.... CEZAR PELUSO: COMPETÊNCIA, JUSTIÇA FEDERAL, JULGAMENTO, CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO...STJ - CONFLITO DE COMPETENCIA CC 47455 PA 2004/0169039-5 (STJ)Data de publicação: 22/11/2007.

Os Tribunais Regionais do Trabalho têm decidido positivamente em julgar procedentes as causas de submissão do trabalhador a trabalho degradante, conforme se pode observar da jurisprudência colecionada abaixo do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região do Estado do Rio Grande do Sul:

PROCESSO: 0000617-81.2014.5.04.0664 RO: EMENTA DANO MORAL - DANO EXISTENCIAL - DIREITO AO LAZER E CONVÍVIO SOCIAL - TRABALHO DEGRADANTE - ATO ILÍCITO. Diante da

ausência de qualquer comprovação por parte da reclamante quanto à ocorrência de efetivos danos à sua imagem e/ou patrimônio imaterial, inexistente respaldo ao pedido em questão. Provedimento negado ao recurso da reclamante. ACÓRDÃO preliminarmente, por unanimidade, não conhecer do recurso ordinário e das contrarrazões da reclamada, por inexistentes. No mérito, por maioria, vencida em parte a Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel, negar provimento ao recurso ordinário da reclamante. RELATÓRIO Inconformados com a sentença, recorrem ordinariamente ambas as partes. A reclamante busca a reforma do julgado nos seguintes itens: intervalo intrajornada; tempo à disposição da reclamada - da troca do uniforme - fila cartão-ponto - início e fim da jornada de trabalho; despedida indireta - incorreções nos recolhimentos do FGTS; dano moral - dano existencial - direito ao lazer e convívio social - trabalho degradante - ato ilícito; e prequestionamento. A reclamada insurge-se nos aspectos a seguir: limitação da responsabilidade da segunda reclamada - data base 01.06.2012; horas extras - regime de compensação - cláusulas das convenções coletivas; horas in itinere; intervalo do artigo 253 da CLT; intervalo do artigo 384 da CLT; FGTS contrato; FGTS e demais reflexos sobre as parcelas deferidas; e honorários advocatícios. Após a juntada de contrarrazões, sobem os autos a este Tribunal. Feito sem a intervenção do Ministério Público do Trabalho degradante.

Ademais, percebe-se que os tribunais têm julgado procedentes os pedidos de dano moral quando presentes os pressupostos de afronta à dignidade humana. Assim, é possível identificar a responsabilidade civil do empregador ao submeter o trabalhador a condições de trabalho análogo ao escravo.

Importante observar que no julgado acima, o magistrado enfatizou a situação que estava submetido o obreiro a qual ensejou a responsabilidade civil do empregador. A seguir, podemos observar que estarão presentes todos os pressupostos da responsabilidade civil, bem como o quantum indenizatório a ser fixado de acordo com a extensão do dano causado.

3.2 A busca pela efetivação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho por meio de ações do poder público

Diante do estudo apresentado no decorrer do trabalho, torna-se imprescindível identificar ações efetivas que busquem a erradicação do trabalho escravo contemporâneo em uma sociedade de risco que vive em constante transformação por conta da globalização.

Assim, Schwarz (2008, p. 140), afirma que o estado é agente normativo e regulador da atividade econômica sendo responsável direto pela redução das desigualdades sociais. Porém, não são descartadas programas de intervenção social protagonizados por setores privados, como é o caso de entidades filantrópicas, organizações sociais, entidades sem fins lucrativos que visam apoiar e incentivar ações concretas de combate ao trabalho escravo contemporâneo.

No ano de 2003 foi lançado o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo³, considerado um documento importante com setenta e seis medidas de combate à prática da escravidão, dentre elas

[...] a expropriação de terras em que for encontrado trabalho escravo, a suspensão do crédito de fazendeiros que se utilizam da prática do escravismo e a transferência, para a esfera federal, da competência pertinente ao julgamento dos crimes contra direitos humanos. As medidas previstas no plano compreendem algumas ações gerais, estratégias, a melhoria na estrutura administrativa da ação policial, a melhoria na estrutura administrativa do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Trabalho,

³O presente documento foi elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), constituída pela Resolução 05/2002 do CDDPH e que reúne entidades e autoridades nacionais ligadas ao tema. O Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo atende às determinações do Plano Nacional de Direitos Humanos e expressa uma política pública permanente que deverá ser fiscalizada por um órgão ou fórum nacional dedicado à repressão do trabalho escravo. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/fiscalizacao-combate-trabalho-escravo/plano-nacional-para-erradicacao-do-trabalho-escravo>. Acesso em 14/10/2106.

ações específicas de promoção da cidadania e de combate à impunidade, e ações específicas de conscientização, capacitação e sensibilização, além de alterações legislativas. As metas estabelecidas no Plano tem a sua efetividade e eficácia vinculadas à ação de diversos órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e da própria sociedade civil brasileira (SCHWARZ, 2008, p. 148).

Denota-se, portanto, que o Plano supramencionado foi um marco na busca da erradicação do trabalho escravo no Brasil. Várias outras ações foram iniciadas com o mesmo objetivo, dentre elas merece destaque o Cadastro de Empregadores, mais conhecido como “Lista Suja” ou “Lista Negra do Trabalho Escravo”, que tem como parâmetro manter dados atualizados de empresas que fazem uso da mão de obra escrava em todo território nacional. O cadastro foi criado por meio da Portaria 1.240/2003, revogada posteriormente pela Portaria GM/TEM nº 540/2004. Atualmente, o que regula a chamada “Lista Suja” é a Portaria Interministerial nº 2 de 2015⁴

Art. 1º Enunciar regras referentes ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo.

§ 1º Divulgar-se-á no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e Emprego, -www.mte.gov.br -, a relação de empregadores composta de pessoas físicas ou jurídicas atuadas em ação fiscal deste Ministério, que tenha identificado trabalhadores submetidos à condição análoga à de escravo. âmbito da Secretaria de Inspeção do TrabalhoSIT, do Ministério do Trabalho e Emprego. Art. 2º O nome do empregador será divulgado após decisão final relativa ao auto de infração, ou ao conjunto de autos de infração, lavrados em ação fiscal que tenha identificado trabalhadores submetidos à condição análoga à de escravo, assegurados o contraditório e a ampla defesa em todas as

⁴ PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 2, DE 31 DE MARÇO DE 2015 Publicado no DOU de 01/04/15. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/PORT_INT_02_15.html. Acesso em: out 2016

fases do procedimento administrativo, nos termos dos arts. 629 a 638 do Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Evidencia-se, portanto, que as empresas flagradas utilizando mão de obra análoga à escrava sofrerá sanções e terá seu nome incluído na chamada “lista suja”. Ademais, responderá a processo administrativo e ficarão impedidas de obter certas vantagens como empréstimos, incentivos fiscais e financiamentos.

Ainda assim, outros mecanismos permanecem atuantes como formas de proteção aos trabalhadores vulneráveis a alguma prática de trabalho escravo. Em 2005 foi criado o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil. O documento é um acordo no qual algumas empresas e indústrias brasileiras se comprometem a não utilizar a mão de obra escrava, e ainda tem como objetivo principal a não comercialização de produtos advindos da exploração do trabalho escravo. Contudo, é preciso lembrar que a adesão ao pacto é de livre iniciativa, e cabe aos empregadores aderir a ela ou não. Embora a adesão ao pacto não ser de cunho obrigatório, ressalta-se que ela é utilizada pelo Banco Mundial como pressuposto para concessão de crédito às empresas brasileiras.

Outra ação de extrema relevância foi a criação, em 1995, do Grupo Móvel de Fiscalização do Trabalho, conhecido como GEFM. Suas ações, de acordo com Cortez (2015, p. 189) o Grupo Móvel “tem por objetivo erradicar o trabalho escravo e degradante, garantir e fazer cumprir a legislação trabalhista, regularizar a situação dos trabalhadores encontrados em condição análoga à de escravo e libertá-los de tal condição”.

As ações do GEFM são iniciadas, na grande maioria das vezes por denúncias anônimas de ocorrência de trabalhos forçados ou em condições degradantes e tornou-se um instrumento eficaz do Ministério do Trabalho e Emprego na busca pela localização de obreiros em condições de trabalho análogo ao escravo. O grupo é composto por representantes do Ministério Público Federal e do

Trabalho, Polícia Federal e Auditores Fiscais do Trabalho. Ademias, são habilitados e preparados para atividades de campo e para desenvolver ações em todo território nacional, bem como providenciar interdições e embargos.

Quando são localizados esses trabalhadores, acontece o resgate e uma série de medidas que visam assegurar os direitos que lhes foram suprimidos. A seguir, segue o relato do procedimento adotado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, conforme o Manual das Boas Práticas da Inspeção do Trabalho no Brasil

[...] Os trabalhadores encontrados em condição análoga à de escravo devem ser resgatados imediatamente. Eles então são instruídos sobre o porquê do resgate e o que devem fazer e esperar a partir daí. Caso estejam em situação de risco (devido, por exemplo, a ameaças ou às condições de alojamento), eles são retirados do local imediatamente. Ademais de garantir a segurança dos trabalhadores, a questão mais urgente a ser resolvida é o pagamento dos seus direitos. O(a) coordenador(a) da operação apresenta uma planilha ao(à) empregador(a) com a relação de todos os trabalhadores; o tempo de serviço e os cálculos das verbas rescisórias que devem ser pagas (incluindo todos os direitos trabalhistas acrescidos de danos morais individuais, determinados pelo(a) procurador(a) do trabalho). No próprio local, os trabalhadores resgatados são registrados (assinatura da carteira de trabalho) e em seguida demitidos, para receberem todos os direitos trabalhistas. Para os trabalhadores que não possuem carteira de trabalho, esta é emitida na hora. É comum encontrar trabalhadores que não possuam nenhum documento de identificação. Para eles, a auditoria-fiscal pode emitir uma carteira de trabalho provisória (válida por três meses). Além de receber as verbas rescisórias, o trabalhador tem direito ao recebimento de três meses de Seguro Desemprego. Grande cautela é utilizada para assegurar a segurança dos trabalhadores.⁵

⁵ As Boas Práticas da Inspeção do Trabalho no Brasil: A Erradicação do trabalho Análogo ao de Escravo. Disponível em: file:///C:/Users/usuario/Desktop/trabalho_escravo_inspecao_279.pdf. Acesso em 14/10/2016.

É preciso reconhecer que o Brasil teve alguns avanços no combate a prática do trabalho análogo à escravidão. Porém, deveria haver um esforço conjunto por parte do poder público e iniciativa privada para a total erradicação desse modo de produção. Para tanto, ainda são necessárias políticas mais eficazes, com uma fiscalização intensa e operante e maior participação dos setores privados da economia e da população. É preciso buscar a reinserção social desses sujeitos com a garantia de uma educação profissionalizante de qualidade, programas de capacitação e principalmente reintegração social.

4 Considerações finais

Como se pode verificar no decorrer do desenvolvimento do presente estudo, no Brasil a escravidão teve início com a chegada dos portugueses na época do descobrimento, pois estes necessitaram de grande número de mão de obra para explorar as riquezas da nova terra.

Inicialmente, os portugueses tiveram dificuldade em encontrar mão de obra, uma vez que a maioria dos indígenas foi utilizada pela igreja católica, servindo de objeto para os projetos de catequização.

Desta forma, como os demais países europeus, a coroa portuguesa passou a buscar negros na África para realizar os trabalhos nos engenhos, plantações, mineração e até mesmo nos serviços domésticos, sendo esta a forma mais lucrativa, pois não exigiam mais do que a alimentação para sua sobrevivência e para a realização dos seus serviços, dando-se, assim, a entrada dos escravos no Brasil.

No Brasil a escravidão durou aproximadamente três séculos e as transformações só começaram a acontecer, com a edição da Lei do Ventre Livre, em 1871, que paulatinamente desestimulou a manutenção do sistema escravagista. Em seguida, no ano de 1884, foi aprovada a Lei Saraiva-Cotegipe ou “Lei dos Sexagenários”, a

qual estabelecia que os escravos maiores de 65 anos estariam livres. Todavia, somente no final do século XIX, mais precisamente no ano de 1888, é que o trabalho escravo é formalmente abolido no Brasil, com a promulgação da Lei Áurea.

Desta forma, percebe-se que o trabalho escravo clássico é aquele em que o escravo é tido como uma mercadoria de propriedade de seu senhor. Já na atualidade, como juridicamente uma pessoa não pode exercer o direito de propriedade sobre outra, pois tal atitude configura prática de crime tipificada no Código Penal, o trabalho escravo contemporâneo possui outra conotação, pois nele o trabalhador está sujeito ao poder discricionário do empregador, a supressão de direitos trabalhistas, a trabalhos forçados, assim como o cerceamento de locomoção e a condições degradantes no local de trabalho.

Sendo assim, pode-se afirmar, conforme o entendimento doutrinário que o trabalho escravo contemporâneo é aquele em que a atividade laborativa não é decente, ou seja, aquela que não respeita os direitos do trabalhador, contrariando a legislação vigente, desrespeitando a dignidade da pessoa humana, sua liberdade e segurança.

5 Referências

- ALEXANDRE, Valentim. **Velho Brasil/novas Áfricas** - Portugal e o império (1808-1975). Porto/PT: Edições Afrontamento, 2000.
- ANTUNES, Ricardo. **Os Sentidos do Trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. Coimbra: Edições Almeida, 2013.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BENCKE, Fernando Fantoni. A Formação do Administrador e o Papel da Filosofia. Dissertação (Pós-Graduação em História) Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 2008. Disponível em:

<<https://secure.upf.br/pdf/2008FernandoBencke.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol.2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol.3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABETTE, Eduardo Santos. **Saberes do Direito 6 – Direito Penal – Parte Especial I – Arts. 121 a 212**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALVO, Adriana. **O Direito Fundamental à Saúde Mental no Ambiente de Trabalho: O combate ao assédio moral institucional**. São Paulo: LTR, 2014.

CAMPOS, Ricardo José Fernandes de. Trabalho Escravo: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CARACTERIZAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO. Servidão por Dívida: “truck system”. Aliciamento e Transporte de Trabalhadores: Responsabilidade do Empregador e do Intermediador. Responsabilidade Penal, Administrativa e Penal. o Papel do Brasil no Combate ao Trabalho Escravo. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, n. 59, ano 2, ago. 2007. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gooCn_Sc8BUJ:www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do%3Fsecao%3D31%26pagina%3DRevista_59_n_2_2007+&cd=2&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 13/10/16.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Vol. 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARTA de Pero Vaz de Caminha. (p. 13 – 37). IN: **Revista Trimestral do Instituto Histórico Geographico e Ethnographico do Brasil**. Rio de Janeiro, B. L. Garnier – Livreiro Editor: 1877. Tomo XL parte segunda. 617p.

CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 9. ed. São Paulo: Manole, 2014.

CORTEZ, Julpiano Chaves. Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: LTR, 2015. In: **Convenção sobre a escravatura assinada em Genebra, em 25 de setembro 1926, e emendada pelo protocolo aberto à assinatura ou à aceitação na sede da Organização das Nações Unidas**, Nova York, em 7 de dezembro de 1953.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: LTR, 2015.

COTRIM, Gilberto. **História global**: Brasil e geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTR**, São Paulo, junh. 2006.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Geral, vol. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito Penal**: Parte Geral, vol. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FÁVERO FILHO, Nicanor. Trabalho Escravo: vilipêndio à dignidade humana. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Gustavo Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2016.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na Era da Globalização**. Queluz de Baixo: Editorial Presença, 2012.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito Constitucional do Trabalho: aspectos controversos da automatização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

MARQUES, Christiani. **A Proteção ao Trabalho Penoso**. São Paulo: LTR, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2013.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Trabalho Escravo: a abolição necessária**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**, Vol.1. São Paulo: LTR, 1999.

A caracterização da união estável nas uniões paralelas e poliafetivas

Marina Spadoa¹

1 Introdução

O presente artigo visa analisar a possibilidade de aplicação dos requisitos do instituto da união estável nas uniões paralelas e quais as repercussões no universo jurídico.

É nítido que com a ruptura do paradigma familiar iniciado pela Constituição Federal de 1988, o conceito de família alargou-se notadamente, sendo conceituado primordialmente como o conjunto de pessoas unidas através do vínculo de afeto, independentemente de existir união formal ou prole, possuindo apenas como finalidade e objetivo unir as pessoas com projetos de vida e propósitos em comum.

Assim, com a evolução dos costumes, alargou o conceito de família passando a proteger vínculos extrapatrimoniais, além dos constituídos pelo casamento, levando a constituição a dar nova dimensão a concepção de família e introduzir um termo generalizado de entidade familiar.

Desse modo, no primeiro capítulo busca-se fazer um breve esboço histórico sobre a família e a evolução constante em seu conceito, bem como, resguardando os direitos fundamentais e o Princípio da Dignidade Humana.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. Advogada. Endereço eletrônico: marinaspadoa@gmail.com

Após será feito um breve destaque quando a diferenciação do casamento e da união estável e se há possibilidades das uniões extrapatrimoniais oriundas das uniões paralelas serem tratadas como entidades familiares sendo inseridas no universo jurídico e aceitas pela sociedade em geral.

Ainda, busca-se analisar minuciosamente o conceito e definição da união estável putativa, da especificidade do concubinato e sua diferenciação com a união estável e a consequente o surgimento da união poliafetiva ou poliamor.

2 Da evolução contemporânea da família e o Princípio da Dignidade Humana

Com o decorrer do tempo, tornou-se nítida a evolução do pensamento humano e a quebra de paradigmas, havendo grandes mudanças no conceito Direito Familiar. Com a evolução contemporânea da Família, nota-se a modificação em sua estrutura, o estabelecimento de novas funções e a busca das respostas para as suas necessidades. Desse modo, o presente trabalho busca no olhar crítico, as repercussões processuais dentro da esfera familiar a concepção da união estável nas famílias paralelas.

Para Diniz (2011, pag. 45), a natureza jurídica do direito de família é extrapatrimonial ou personalíssimo (irrenunciável, intransmissível, não admitindo condição ou termo ou exercício por meio de procurador). Suas normas são cogentes ou de ordem pública. Suas instituições jurídicas são direitos-deveres. É ramo do direito privado, apesar de sofrer intervenção estatal, devido à importância social da família.

Grande parte do Direito Civil encontra-se na Constituição Federal. O direito civil constitucionalizou-se procurando afastar-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado. Dessa forma, o Estado social, procurou intervir na vida privada com o intuito de proteger

o cidadão, postura impensável no Estado liberal, que procurava acima de tudo a liberdade. (DIAS, 2011).

Notório o alargamento do conceito família, onde afastou a ideia que de família é o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher, entretanto, recentemente a ADIN 4277 de maio de 2011, complementou o prescrito no artigo 226, §3 da Constituição Federal em consonância com o artigo 1.723 do Código Civil, afirmando que, é reconhecida a União Estável de pessoas do mesmo sexo.

Desse modo, a família a margem do casamento passou a merecer tutela constitucional pois dispõe de condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade imprescindível ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. (DIAS, 2011, pag. 36-37)

Nesse sentido, devido às grandes transformações no cenário familiar, a Constituição Federal de 1988, preocupou-se em valorizar a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, a origem da família foi reconhecida como natural passando a ser concebida de forma mais ampla, deixando de proteger o casamento para proteger o instituto familiar, sendo este derivado do matrimônio ou não.

Ao mesmo tempo em que o instituto familiar passou por intensas transformações em seu núcleo estrutural, o direito de família brasileiro consolidou-se com os direitos da personalidade. De fato, o direito de família e o direito de personalidade são dois universos distintos, pois o primeiro volta-se aos direitos e deveres das pessoas do grupo familiar, e o segundo refere-se à pessoa em si, sem relação originária com qualquer outra ou com grupo. A origem genética da pessoa perdeu o papel legítimo da filiação, devido às mudanças da Constituição, migrando assim para os direitos da personalidade.

Observa-se que as leis que constituem o direito positivo e as normas constitucionais tiveram grande proeminência com a Carta de 1988. Dadas as grandes transformações históricas, culturais e sociais, a concepção familiar começou a tecer seu próprio rumo,

inspirando-se na secularização dos costumes, perdendo aquele caráter canonista e dogmático. (RIZZARDO, 2006, p. 01).

A partir da metade do século XX, o direito brasileiro começou a vencer barreiras e resistir as normas impostas a família nos séculos anteriores, pois durante longo período histórico a união prolongada entre homem e mulher, sem o casamento, era visto como concubinato. Desse modo, o presente artigo passará a analisar a possibilidade de constituição de família paralela, por isso, faz-se necessário inicialmente o entendimento dos requisitos que caracterizam a união estável e a diferenciação desta com o instituto do casamento, bem como, quando se verifica a existência do concubinato.

3 Do casamento e da união estável frente às novas formas de constituição familiar - famílias paralelas e poliafetivas

3.1 Da diferenciação entre o instituto do casamento e da união estável

Nota-se que, há grande dificuldade na comprovação da existência e do reconhecimento da união estável, na maioria das vezes é necessário o ingresso de ação judicial para que seja sanada a dúvida quanto ao seu termo inicial e das provas comprobatórias da existente dos requisitos ensejadores da constituição da entidade.

Na união estável, não são necessários os requisitos de validade, em quanto o casamento corresponde ao fato com posterior negócio jurídico, precisa dos três requisitos: eficácia, validade e existência.

Uma das características da união estável é a ausência de formalismo para sua constituição. Enquanto que, o casamento é precedido de um processo de habitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, já a união estável, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum.

Para Venosa (2011, pag. 51), o casamento constitui-se fato social e negócio jurídico, diante da formalidade e concretizado solenemente, posteriormente regido por um contrato, na união estável, por mais que gere efeitos jurídicos, é apenas fato jurídico, não há a obrigatoriedade de contrato entre os sujeitos bem como dispensa a celebração para que passe a vigor no mundo jurídico.

Para a união estável, o legislador (artigo 1.724 do Código Civil) não se referiu, de forma expressa, ao dever de fidelidade e à vida em comum, no domicílio convivencial, requisitos exigidos para o casamento (artigo 1.566 do CC). Contudo, a vida em comum consta no artigo 1.723 do mesmo dispositivo legal, ao proclamar que a união estável somente poderá ser reconhecida com a convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família, tendo sido substituído o requisito de fidelidade pelo de lealdade, que é o conceito mais amplo e moderno, aplicável também ao casamento. (LEITE, 2009, pag. 19)

Portanto, por ser um fato da vida ao qual se atribuem efeitos jurídicos, a união entre seres humanos com o intuito de formarem união estável deve se submeter a diversos requisitos, a serem observados no mundo empírico. Presente tais requisitos, as consequências previstas em lei se operarão independentemente da vontade das partes e da intervenção do Judiciário, eis que se está diante de um ato-fato jurídico, que basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais.

Certo é que hoje, qualquer decisão que retire a proteção dos sujeitos que optarem por viver em união estável será inconstitucional por ferir a concepção instrumental da família. Ou seja, a união estável como espécie de família merece total proteção do Estado, como forma de concretização da dignidade dos seus membros.

Entretanto, grande parte da doutrina entende que a união estável abre espaço para a liberdade formal que afronta o Estado Social. Muitos doutrinadores, comparam a própria união estável com o concubinato, sob a tese de que a regulamentação de ambos os

institutos esbarra na contradição que seu cerne é não querer a intervenção do Estado, entendendo assim, que a tanto a união estável como o concubinato buscam fugir das regras e dos limites impostos pelas normas jurídicas.

Ao contrário disso, Fiterman (2016, pag. 88) defende que o limite da autonomia da vontade confronta os direitos fundamentais bem como viola o princípio da dignidade humana, atentando assim contra a ordem constitucional. Nesse sentido alude:

Em verdade, confunde-se a informalidade com a proteção aos interesses dos membros desse tipo de união familiar. O fato de que os sujeitos que integram a união estável não estejam direcionados à formalização, visto que para tanto dispõem do casamento, ainda que como faculdade, não significa dizer que esses sujeitos não merecerão a proteção que todos aqueles que integram uma família merecem no plano do sistema jurídico pátrio.

À vista disso, a união estável trata-se de um casamento de fato que tem como base o elo e a cumplicidade dos sujeitos que optam por viverem uma união livre, dado que traduz-se em fenômeno social natural sucessivo da liberdade de autodeterminação dos conviventes. Logo, não há dúvidas que a união estável possui conduta pública-privada, a qual possui a mesma expectativa do casamento diferenciando-se apenas pelas formalidades imposta na constituição do casamento.

Visto que, tanto a união estável quanto o casamento, têm início por existência de elo afetivo, e se diferenciam pelo modo de constituição, ambos merecem a proteção integral e igualitária do Estado. Antigamente o casamento era o marco identificador da formação do instituto da família, hoje a base para uma estrutura familiar é o vínculo afetivo e sentimental. Ou seja, as novas relações familiares são fundamentadas no amor, solidariedade, confiança, lealdade, respeito e no afeto.

Em face das modificações na estrutura familiar, as uniões extrapatrimoniais acabaram obtendo aceitação da sociedade,

induzindo a constituição aprovar nova dimensão a percepção de família e introduzir um termo generalizado chamando-o de entidade familiar. O conceito de família teve um novo espaço na sociedade e no mundo jurídico, buscando primordialmente proteger relacionamentos extraconjugais e não somente os constituídos pelo casamento. Por isso, o concubinato foi colocado sob regime de absoluta legalidade e as uniões de fato entre homem e mulher foram reconhecidas como entidade familiar. (DIAS, 2011, p.168)

Frente as mudanças ocorridas no direito de família e após breve relato, sobre a diferenciação da união estável e do casamento diante da afronta aos direitos fundamentais por grande parte da doutrina equiparar a união estável com o concubinato, mostra-se importante abordar no presente trabalho os requisitos básicos que caracterizar a união da estável.

3.2 Dos requisitos para a caracterização da união estável

Com o passar dos anos, tornou-se cada vez mais presente no meio, a sociedade conjugal afetiva, onde prevalece a entidade familiar, ou seja, a convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher com o objetivo de constituir família, caracterizando a relação como união estável. Frisa-se que com o advento do Código Civil de 2002, omitiu-se os requisitos de natureza pessoal, bem como o tempo mínimo de convivência e a existência da prole. Nesse sentido, observa-se a imposição dos elementos necessários para caracterização da união estável conforme prescreve o artigo 1.723 do Código Civil.

Assim, observa-se que os elementos do suporte fático, ou seja, quando a norma prevista se encontra com a realidade fática, consequentemente a norma constitucional institui que para configuração da união estável, basta estar presente os requisitos acima elencados.

No que tange ao campo pessoal, equipara-se a união estável ao casamento, regendo os mesmo princípios e normas a alimentos

entre os cônjuges. Prima ainda, pela obrigação recíproca entre os conviventes quanto a equivalência da lealdade, respeito e assistência de guarda, sustento e educação dos filhos, conforme disciplina o artigo 1.724 do Código Civil de 2002.

Como bem asseverado acima, a união estável somente se caracteriza se estiver amplamente demonstrada a existência dos requisitos disciplinados no artigo 1.723 do Código Civil, assim, para que se constitua a união estável, o relacionamento amoroso deve ter continuidade, ou seja, a convivência não pode ser eventual, é necessária a comprovação eficaz de estabilidade, nesse caso que a relação não seja vista como casual.

Outro importantíssimo requisito é que o relacionamento do casal seja público. Nesse sentido, entende Diniz (2008, p. 368):

[...] convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação.

Assim, tem-se que para a caracterização da união estável é necessário a existência dos requisitos exigidos pelo artigo 1.723 do Código Civil. Visto isto, além dos requisitos disciplinados pelo artigo em comento, existem requisitos de ordem subjetiva e requisitos de ordem objetiva.

Da ordem subjetiva, o primeiro requisito é a convivência *more uxório*, caracteriza-se pela comunhão de vida, tanto no sentido material como também imaterial, em situação análoga à de pessoas casadas, ou seja, há aqui a assistência mútua moral, material e espiritual, que se qualifica pelos interesses, atos e objetivos comuns, sempre essenciais e primordiais à entidade familiar.

Em segundo requisito é o *affectio maritalis*, demonstra-se pelo objetivo comum entre o casal de constituir família, ou seja, formar uma entidade familiar. Ressalta-se que, a intenção de constituir família não exige a necessidade de prole comum entre o

casal, pois ainda que sem filhos comuns, a união do casal poderá ser tutelada pelo *intuito familiae*, traduzido de forma essencial na comunhão de interesses. (GONÇALVES, 2008, p. 551-552).

Os requisitos objetivos para a constituição da união estável, são a notoriedade, a estabilidade ou duração prolongada, a continuidade, a inexistência de impedimentos matrimoniais, a relação monogâmica e a diversidade de sexos.

A notoriedade não pode consistir de maneira alguma na publicidade fática do relacionamento, e sim na comprovação de que a relação não tenha caráter furtivo, secreto. Dessa forma, para que haja a formação desse requisito é necessário somente que os companheiros tratem-se socialmente como marido e mulher, revelando sua intenção de constituir família. (DINIZ, 2008, p. 378)

Nota-se que um dos requisitos principais é a Inexistência de impedimentos matrimoniais, pois de acordo com o artigo 1.521 do CC, expõe o impedimento de vínculo, aqueles que já são casados ou convivem em união estável, a única exceção ao preceito legal é o inciso VI, que considera união estável as pessoas casadas, desde que estejam separadas de fato. Nessa seara, frisa-se que o reconhecimento da união estável depende da avaliação de uma situação de fato, no sentido de examinar se os fatos se amoldam aos três requisitos acima expostos.

Em outras palavras, por expressa disposição legal, não há união estável apenas pela convivência, já que esta precisa ser pública. Ainda, não há união estável apenas pela convivência pública: ela precisa ser contínua e duradoura. E mais, não há união estável com o reconhecimento da convivência pública, contínua e duradoura porque, além disso, a convivência precisa ter o escopo de constituir família.

Nesta senda, se as partes mantém uma relação amorosa, e a convivência seja eventual, é necessário a comprovação eficaz de estabilidade, sendo demonstrada a presença da *affectio maritalis*, cujo requisito é imprescindível, conforme preconiza o art. 1.723 do Código Civil.

Em verdade, ao se admitir o fácil transmutar de qualquer namoro ou relação causal em união estável, a consequência seria a não mais existência de casais duradouros de namorados, uma vez que qualquer relacionamento com contornos mais sérios, no qual por exemplo o casal durma por vezes junto; mantenha pertences pessoais um na casa do outro seria tido como união estável.

Nota-se atualmente, que devido as mudanças no conceito família, surge diversas polêmicas em relação a caracterização da união estável, uma delas é a união paralela, ou seja, que alguns entendimentos defendem o direito da amante. Entretanto, deve-se ser visto de outra forma, onde não se trata de direito da amante, e sim, de um relacionamento de anos, que preenche os requisitos elencados no artigo 1.723 do CC, pois uma das partes acreditava que tal relacionamento preenchia todos os requisitos disciplinados pela lei. Daí, nasce o instituto da putatividade.

3.3 Da união estável putativa

Conceitua-se como casamento putativo, aquele que, mesmo nulo ou anulável, foi contraído de boa-fé, por um só ou por ambos os cônjuges, reconhecendo-lhe efeitos a ordem jurídica. Da mesma forma, aplica-se ao casos de reconhecimento da união estável putativa, que resguarda os efeitos conferidos a união estável quando um dos companheiros, agindo de boa-fé, acreditava manter um relacionamento livre de quaisquer impedimentos.

A união estável putativa nada mais é do que uma entidade familiar, que por algum impedimento oculto não possui as condições essenciais e necessárias a sua caracterização como união livre de vícios.

Nestes casos, observa-se ser de grande valia, a aplicação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ou seja, se realmente a pessoa não possui conhecimento dos impedimentos revestidos na relação, está faz jus ao amparo do Estado, sendo dever deste em não recusar a concessão de direitos aos agentes que compõe estas

famílias, uma vez que visando proporcionar uma vida digna, não se pode deixar de propiciar a tutela adequada aos casos de união estável putativa, principalmente por que os agentes envolvidos agem na mais completa boa-fé. Portanto, negar a existência destas famílias, ou simplesmente não dar o amparo necessário viola diretamente tal princípio e desta forma, atinge preceito fundamental da Constituição Federal.

Nesse sentido tem entendido os tribunais regionais, como bem se observa no julgamento da Apelação de nº 70072235328, Relatado pelo eminente Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, em julgamento ocorrido em 22/02/2017² que afirma a existência união estável putativa desde que comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso, não tendo conhecimento do outro relacionamento paralelo.

Por isso que, há grandes dificuldades em elevar uniões estáveis paralelas ao status de entidade familiar, pois encontra obstáculos principalmente no dever de respeito e de lealdade, haja vista que não seria possível um relacionamento fundado nestes dois deveres se um dos companheiros os ignora mantendo outro relacionamento afetivo diverso daquele que construiu anteriormente.

Ao contrário, havendo o conhecimento dos impedimentos para caracterização da união estável, fala-se então de união estável

² UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. 1. Tendo o relacionamento entretido entre a autora e o de cujus se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta indubitosa a affectio maritalis. 2. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o falecido companheiro, mas ficando comprovado que ele mantinha concomitantemente união estável com outra mulher, em outra cidade, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, pois ficou bem demonstrado que ela não sabia do relacionamento paralelo do varão com a outra mulher. 3. Comprovada a união estável, tem a autora direito à meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da vida em comum, devendo a questão sucessória ser apreciada nos autos do inventário do companheiro, pois ela, em tese, deverá participar da sucessão relativamente aos bens para cuja aquisição tiver concorrido. Inteligência do art. 1.725 do CCB. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70072235328, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/02/2017)

concomitante, não possuindo direitos, sendo inviável o reconhecimento da união estável e a aplicação dos direitos norteadores do casamento. Já nos casos, onde todas as partes possuem conhecimento da união de ambos, caracteriza-se assim, o poliamor.

4 Das famílias paralelas

4.1 Do concubinato

Nas palavras de Pereira (2003, pag. 45), entende-se por concubinato a união livre, aquela que não se prende às formalidades exigidas pelo Estado, ou seja, são aquelas uniões não-oficiais e com certa durabilidade. Para Gonçalves (2012, pag. 606), a expressão concubinato, é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade.

Antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o concubinato dividia-se em duas espécies: puro e impuro. O concubinato puro nada mais era do que uma união sem vícios, duradoura, constituída entre um homem e uma mulher, cuja única peculiaridade era a falta do casamento civil; tratava-se, portanto de união de fato.

Enquanto que, o concubinato impuro era aquele constituído sob algum vício, seja por casamento anterior, formando-se assim o concubinato adúlterino, ou pelo que chamamos de concubinato incestuoso.

Somente com o Código Civil de 2002, o que anteriormente era chamado de concubinato puro, passou a ser conhecido como União Estável, sendo inclusive equiparado ao casamento, enquanto o concubinato impuro está disposto no art. 1.727 do Código Civil³

³ Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

refere-se a figura de uma união irregular aos olhos do Estado, e que por isso, não merecedora de proteção plena.

Porém, nem todos que são impedido de casar são concubinos, pois o artigo 1.723, §1^o do Código Civil trata como união estável a convivência pública e duradoura entre pessoas separadas de fato e que mantêm o vínculo de casamento, não sendo separadas de direito.

Conforme visto, para a caracterização da união estável é indispensável que entre homem e mulher haja convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, observando o artigo 1.727. Caso contrário, existindo prova de uma das partes ser casada e com seu cônjuge sempre ter convivido, nunca dele tendo se separado, trata-se de concubinato.

4.2 Do poliamor ou relação poliafetiva

Para DIAS (2011, pag. 50), o conceito de família paralela abrange inúmeras formas de concepção. Por isso, a doutrina ainda diverge vínculos afetivos livres, eventuais, transitórios e adúltero, com a única finalidade de afastar a identificação da união como estável e assim negar-lhe qualquer consequência. Ou seja, são consideradas relações desprovidas de segurança jurídica. Defende ainda que, o concubinato é alvo de repúdio social, mas mesmo assim, essas relações existem e em grande escala.

Essas relações passaram a ser chamadas de poliamor, são relações de afeto e que apesar de serem consideradas relações adúlteras, geram efeitos jurídicos. Assim, é inegável que presente os requisitos legais para conceituação de família, a justiça reconhece que o vínculo afetivo oriundo desta união caracteriza união estável, ao contrário disso, seria extrema afronta a ética.

⁴ Art. 1.723 §1^o. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

O poliamor, nada mais é do que, relações interpessoais amorosas de natureza poligâmica, em que se defende a possibilidade de relações íntimas e duradouras com mais de um parceiro simultaneamente. Ou seja, consistem em relacionamentos abertos, não-monogâmicos e não-hierarquizados, nos quais as pessoas envolvidas estão livres para estabelecer outros relacionamentos afetivo-sexuais, a partir, é claro, do consenso de todas as partes envolvidas.

O Poliamor traz uma nova visão do amor, onde uma maior troca entre parceiros pode gerar um maior equilíbrio, sem frustrações. Não é procurar obsessivamente novas relações de afeto para suprir esses sentimentos, já que existe essa liberação, mas sim de poder viver com a ideia de liberdade em mente, são relações que dão mais ênfase a amizade e ao companheirismo.

Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Sequer seria possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial. (DIAS, 2017, pag. 02)

Nessa premissa, a entidade familiar alinha-se com a manifestação de vontade de constituir família, primordialmente que o alicerce do conceito de família atual é o afeto. Portanto, o poliamor ou relação poliafetiva, é a relação afetiva entre mais de duas pessoas, confundindo-se com bigamia, nem com amantes.

Por fim, com base na jurisprudência vigente e pela doutrina dominante, poucas são as decisões judiciais que asseguram às duas mulheres algum direito, mais no âmbito previdenciário, com a partição do benefício entre ambas. Pois, o entendimento é de que só o fato de relacionamentos afetivos não prospera a conversão em

casamento, porém não devem ficar fora do âmbito do direito da família. Visto que, são relações que geram efeitos, principalmente quando existe prole e/ou aquisição de patrimônio.

5 Conclusão

Analisadas as premissas que envolvem a caracterização da união estável nas uniões paralelas. Nota-se que o entendimento dos Tribunais e da doutrina, atualmente, é na impossibilidade de reconhecimento de união estável putativa, embora mantenha duas famílias simultaneamente, uma delas será a companheira de fato e a outra somente a concubina. Não há condições apropriadas para o reconhecimento, visto os impedimentos.

Desse modo, não há o que se falar em entidades familiares múltiplas e muito menos equipará-las as regras do casamento putativo por analogia, já que este se trata de vínculo formal duplo e na união estável putativa só existe a convivência, e nem sempre com a vontade de constituir família.

Entendem ainda, na maioria dos casos que as uniões paralelas, são meros envolvimento sexuais, não passando de concubinato, não merecendo, portanto, proteção, já que vai a desencontro com legislação atual, podendo somente gerar, no máximo, uma sociedade de fato, afastando-as, por conseguinte, de comparação com a união estável. Assim é o entendimento do douto colegiado do Superior Tribunal de Justiça que nega efeito jurídico à relação paralela à união estável:

“(…) no tocante ao mérito da controvérsia, este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (...)” (STJ. AgRg no Ag 1130816, 3ª T., Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 27/08/2010).

Por outro lado, há posicionamentos quanto ao reconhecimento formal das famílias paralelas como entidades familiares legítimas, desde que presentes todos os requisitos como regras para o reconhecimento dessas uniões. Assim sendo, independe da união que se mantém, seja ela, concomitante, paralela ou poliamor, para dirimir controvérsias, deve ser priorizado o núcleo familiar com base no princípio da dignidade da pessoa humana por meio da boa-fé.

Não resta dúvida de que há quase uma simetria entre a união estável e o casamento, visto que, a estrutura de convívio tem origem em elo afetivo. Porém, infelizmente, os parâmetros de família adotados para conceder efeitos jurídicos a união estável em igualdade ao casamento, não são tratados da mesma forma, mesmo que concedido alimentos e assegurada partilha de bens.

6 Referências

BRASIL. Congresso Nacional. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **AgRg no Ag 1130816**, 3ª T., Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 27/08/2010

DIAS, Maria Berenice. - **Manual de Direito das Famílias**. - 8. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Poliafetividade, alguém duvida que existe?** Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_552\)poliafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_552)poliafetividade.pdf) Acesso em: 17 out. 2017

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil. – 28. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRARINI, Letícia. **Famílias Simultâneas e seus efeitos jurídicos**: pedaços da realidade em busca da dignidade. – porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FITERMAN, Mauro. **Direito de Família contemporâneo**: temas controversos. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. vol. 6 – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**. União estável: aspectos polêmicos e controvertidos. Volume 8. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. 2. Ed. Rev. Atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70072235328**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/02/2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. v. 6.- 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito Civil: direito de família**. v. 5. – 18. ed. reform. – São Paulo: Saraiva, 2013.