

A AUDITORIA AMBIENTAL COMPULSÓRIA COMO FERRAMENTA DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL

Paloma de Paula Souza Barbosa¹

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar a relação direta da auditoria ambiental compulsória como ferramenta do princípio do não retrocesso socioambiental. Para isso se faz necessária a explicação da origem das auditorias ambientais no Brasil com seus modelos existentes e a evolução da legislação brasileira até os dias atuais, focando nas que estão vigentes no país, especificamente as que tratam sobre a auditoria ambiental compulsória. O princípio do não retrocesso socioambiental é exaurido ao se explicar a sua importância a partir do seu histórico e envolvimento direto com a RIO+20.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Auditoria Ambiental Compulsória. Não Retrocesso Socioambiental.

INTRODUÇÃO

O ser humano, desde o seu entendimento como *homo sapiens*, utiliza os recursos naturais para sobrevivência e desenvolvimento econômico e cultural. Assim, com o aumento descontrolado da população, também se fez necessária uma utilização cada vez maior desses recursos sem qualquer preocupação com a possibilidade de seu exaurimento ou com a sua necessidade de manutenção e recuperação. Neste sentido, Thomas Robert Malthus (1766-1834), em seu trabalho denominado “Ensaio sobre a população: como afeta o futuro progresso da

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora (2019) e Pós-graduanda em Legislação, Perícia e Auditoria Ambiental pelo Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora (2019). E-mail: advpaloma.barbosa@gmail.com.

humanidade”, escrito em 1798, já demonstrava os possíveis problemas de esgotamento dos recursos naturais e seus reflexos no crescimento econômico decorrentes do aumento desenfreado da população, afirmando que “o poder da população é infinitamente maior que o da Terra para produzir a subsistência do homem” (1978).

Dentro desse contexto, as empresas são as principais responsáveis pelo esgotamento e alteração do meio ambiente em que estão inseridas, pois utilizam esses recursos como fonte primária para a fabricação de seus bens e serviços, que serão consumidos pelo consumidor final.

Essa situação vem se agravando ao longo das décadas e manteve-se sem demasiada preocupação até meados dos anos 70, quando os processos de deterioração ambiental e a possibilidade do esgotamento de determinados recursos naturais tornaram-se mais evidentes e, após grandes acidentes ocorridos ao longo do século XX e a contaminação por eles causada, o assunto tornou-se global, chamando a atenção da população, constituindo, assim, uma conscientização dos possíveis problemas. Surgiu-se, então, a necessidade de saber a dimensão dos impactos ambientais causados pela exploração desordenada e as mitigações possíveis para precaver, impedir, diminuir e até mesmo anular, quando possível, a utilização desses recursos.

Diante do fato de que cada vez mais acidentes ambientais ocorriam e que estes ultrapassam os limites territoriais de seus respectivos países, as nações desenvolvidas entenderam que mudanças na forma como tratavam os descartes e o meio ambiente tinham que ocorrer para que o desenvolvimento econômico continuasse a crescer. Abordagens sobre o tema foram realizadas como a criação da União Internacional para a Conservação da Natureza – UICN, em 1947, na Suíça. A poluição surgiu para todo o planeta como um problema mundial.

Na tentativa de encontrar soluções conjuntas para a questão, foi realizado, a partir de 1968, vários encontros mundiais para pensar em estratégias ambientais para os próximos anos, sendo três de grande importância: a Conferência sobre a conservação e o uso racional dos recursos da biosfera; a Conferência Mundial das

Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano; e o encontro realizado em Roma, Itália, em abril de 1968, na Academia dei Lincei – a Academia de Leonardo da Vinci.

Assim, em setembro de 1968, a Unesco promoveu, em Paris, uma Conferência sobre a conservação e o uso racional dos recursos da biosfera, a qual estabeleceu as bases para o lançamento, no ano de 1971, entre os dias 9 e 18 de setembro, do Programa Homem e Biosfera (MAB), que reuniu representantes e observadores do mundo todo em uma tentativa de estabelecer cooperações científicas internacionais para se conceber e aperfeiçoar um plano de utilização racional e conservação dos recursos naturais da biosfera. Segundo a Unesco, o referido programa teve como objetivo:

Proporcionar os conhecimentos fundamentais das ciências naturais e sociais necessários para utilização racional e a conservação dos recursos da Biosfera e para o melhoramento da relação global entre o homem e o meio, assim, como para prever as consequências das ações de hoje sobre o mundo de amanhã, aumentando assim a capacidade do homem para ordenar eficazmente os recursos naturais da Biosfera. (UNESCO, 1971).

A Conferência culminou na criação, a partir de 1976, de uma rede mundial de áreas protegidas denominadas Reservas da Biosfera, tendo o Brasil seis reservas em seu território: Mata Atlântica; cinturão verde de São Paulo; Cerrado; Pantanal; Caatinga; e Amazônia Central.

Em 5 de junho de 1972, na cidade de Estocolmo, na Suécia, ocorreu, por determinação da Assembleia das Nações Unidas (evento realizado em 1968), a Conferência Mundial das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que resultou em uma declaração e um Plano de Ação para o Meio Ambiente Humano contendo 109 recomendações e, também, um Manifesto Ambiental com 19 princípios.

Chegamos a um ponto na História em que devemos moldar nossas ações em todo o mundo, com maior atenção para as consequências ambientais. Através da ignorância ou da indiferença podemos causar danos maciços e irreversíveis ao meio ambiente, do qual nossa vida e bem-estar dependem. Por outro lado, através do maior conhecimento e de ações mais sábias, podemos conquistar uma vida melhor para nós e para a posteridade, com um meio ambiente em sintonia com as necessidades e esperanças humanas [...]. Defender e melhorar o meio ambiente para as atuais e futuras gerações se tornou uma meta fundamental para a humanidade. (Estocolmo, 1972, § 6).

Desde então, no dia 5 de junho é comemorado o Dia Mundial do Meio Ambiente. Dos encontros acima mencionados, o mais importante para o objetivo deste artigo, e o terceiro de maior influência, foi realizado em Roma, na Itália, em abril de 1968, na Academia dei Lincei – a Academia de Leonardo da Vinci. Neste evento, trinta pessoas de dez países, entre eles cientistas, educadores, industriais e funcionários públicos de diversas instâncias governamentais reuniram-se e criaram o Clube de Roma. A partir desse marco histórico, a preocupação com a utilização indiscriminada dos recursos naturais se agravou e, no mesmo ano, o Clube de Roma solicitou ao Instituto de Tecnologia de Massachusetts – MIT uma análise simulada da interação do homem com a natureza, levando em consideração o aumento populacional no mundo e os recursos naturais disponíveis, que culminou no relatório “Os Limites do Crescimento”. O referido texto, baseado em um complexo modelo matemático mundial, que utilizava a nova metodologia de dinâmica de sistemas (system dynamics), concluiu que

[...] se continuassem, a longo prazo, as mesmas taxas de crescimento demográfico, industrialização e utilização de recursos naturais, inevitáveis efeitos catastróficos ocorreriam em meados do próximo século – fome, escassez de recursos naturais, altos níveis de poluição –, com a redução da produção industrial e de alimentos, e culminariam com uma incontável mortandade da população. (LEMOS, s.d.).

Apesar de a sentença trazida pelo relatório, também havia uma solução de que seria possível alterar as taxas de crescimento e alcançar uma condição de estabilidade econômica e ecológica sustentável no futuro. O estado de equilíbrio global deveria ser projetado de modo que as necessidades de cada pessoa na Terra estejam satisfeitas e todos tenham a mesma oportunidade de realizar o seu potencial. Diante da real importância e preocupação com a possibilidade de escassez dos recursos naturais, surge nos EUA o conceito de Avaliação de Impacto Ambiental, em 1º/01/1970, por meio da assinatura de um decreto pelo Presidente Nixon, que autorizou a criação da *National Environmental Policy Act* – NEPA, Lei de Política Ambiental Nacional dos Estados Unidos, também conhecida como “Carta Magna” das Leis Ambientais Federais.

O NEPA estabeleceu uma nova visão ousada para os Estados Unidos. Reconhecendo as décadas de negligência ambiental que degradaram significativamente a paisagem do país e danificaram o meio ambiente humano. A lei foi criada para promover o bem-estar geral, criar e manter condições sob as quais o homem e a natureza possam existir em produtiva harmonia e cumprir a lei, necessidades sociais, econômicas e outras das gerações presentes e futuras dos americanos. (NEPA.GOV, s.d.).

A criação do NEPA foi um catalisador para que nações do mundo inteiro criassem as suas próprias legislações de proteção ambiental, sendo que o objetivo final de todas as normas é promover ações excelentes que protejam, restaurem e aprimorem o meio ambiente por meio da utilização de Avaliações Ambientais (AIA) e dos Relatórios de Impacto Ambiental (RIMA). Segundo Queiroz (1990), a força exercida da NEPA, juntamente com as legislações pertinentes de cada Estado, em afinidade com a aplicação da AIA, impulsionou pelos Estados Unidos e demais países desenvolvidos, posteriormente alcançando os países em desenvolvimento, devido à constatação que os problemas ambientais não se restringiam apenas ao território americano. O entendimento de que as Avaliações de Impacto Ambiental poderiam ser utilizadas como ferramenta de gerenciamento para identificar antecipadamente os possíveis problemas ambientais causados pelas operações das empresas e organizações trouxe luz ao que até então parecia um problema sem solução. Ainda assim, existem hoje diversas questões sobre o uso desenfreado dos recursos naturais que não foram sanados, mesmo havendo diversos tratados e conferências. A NEPA foi tão importante que no ano de 1989 uma conferência foi realizada em Paris pelo escritório de Meio Ambiente e Indústria do Programa do Meio Ambiente da Organização das Nações Unidas (UN Environmental Programme / Industry and Environment Office – UNEP/IEO), no intuito de discutir o conceito e a prática da auditoria ambiental, culminando na publicação de um relatório. Adiante, nesse artigo, a questão das auditorias compulsórias e a sua vital importância serão discutidas. Ressalta-se que as AIA estão relacionadas intrinsecamente com as Auditorias Ambientais, uma vez que aquela é uma das etapas cruciais desta, sendo fundamental para as Licenças Ambientais.

1. AVALIAÇÕES DE IMPACTO AMBIENTAL

No Brasil, assim como nos países em desenvolvimento, as Avaliações de Impacto Ambiental foram ganhando força por meio de pressão realizada por agentes internacionais de cooperação econômica, como o Banco Mundial – BIRD e o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, que a partir de 1970 começou a exigir paulatinamente as AIAs para aprovação de financiamentos como meio de fazer com que os projetos levassem em consideração as variáveis ambientais e, como o Brasil ainda não dispunha de normas ambientais próprias os estudos ambientais exigidos foram realizados segundo normas das agências internacionais.

O EIA foi introduzido na legislação do Brasil em 1980, na Lei sobre o zoneamento industrial em área crítica de poluição – Lei 7.803 – que tornou obrigatória a apresentação de “estudos especiais de alternativas e de avaliações de impacto” para a localização de polos petroquímicos, cloroquímicos, carboquímicos e instalações nucleares. Posteriormente, em 31/08/1981, sete anos antes da publicação da constituição vigente, veio a Lei 6.938 – Política Nacional do Meio Ambiente –, regulamentada dois anos depois pelo Decreto 88.351, de 1º/06/1983, vinculando sua utilização aos sistemas de licenciamento de atividades poluidoras ou modificadoras do meio ambiente, a cargo dos órgãos ambientais dos governos estaduais e, em certos casos, do órgão federal competente (SILVA, 1994).

A Resolução CONAMA 237/97, artigo 1º, define o conceito de Estudos Ambientais como

[...] todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco. (CONAMA, 1997, art. 1º).

E a Avaliação de Impacto Ambiental, por sua vez, é definida pela Lei 6.938/81, art. 9º, inciso III, como:

A implantação de qualquer atividade que de alguma forma cause impacto (modificação) ao meio ambiente é condicionada a uma avaliação prévia para que se possa, primeiramente, autorizar ou não o empreendimento e, em um segundo momento, exigir do empreendedor as medidas necessárias

para corrigir, mitigar e/ou compensar os efeitos negativos que elas poderão acarretar ao ecossistema. Os referidos estudos subsidiarão os órgãos ambientais competentes para a análise dos requerimentos de licença ambiental. (BRASIL, 1981).

Ressalta-se que o Decreto 88.351/83 é um diferencial nas legislações brasileiras e no Mercosul, pois é o único que instituiu três tipos de licenciamento ambiental, ou seja, um para cada fase do empreendimento: Licenciamento Prévio (LP), concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação; Licenciamento de Instalação (LI), autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante; e o Licenciamento de Operação (LO), autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação. (RESOLUÇÃO 237/97 – CONAMA).

A licença ambiental, para ser obtida, dependerá do Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EIA e do Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, uma vez que a abrangência do impacto pode atingir os vários níveis de competência pública (o município, o estado e o país), dependendo do porte do empreendimento ou atividade em que será emitido o licenciamento. Dessa forma, todos os entes da federação compartilham da responsabilidade de cuidar do Meio Ambiente.

As definições, responsabilidades, empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental e os critérios básicos e diretrizes gerais para uso e implementação da AIA foram estabelecidos pelo CONAMA em sua Resolução 01, de 23 de janeiro de 1986, assim como a exigência dos EIA e RIMA (Relatórios de Impacto Ambiental), complementada pela Resolução 237, de 19 de dezembro de 1997.

Conforme a Resolução CONAMA 01/86, o impacto ambiental pode ser definido como

qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota e a qualidade dos recursos ambientais. (CONAMA, 1986).

Quando pensamos em Impacto Ambiental, ocasionalmente nos vem à mente uma conotação negativa, contudo o significado refere-se a mudanças no meio ambiente, sejam elas benéficas ou prejudiciais, ocasionadas por ações humana, que se observam ao comparar os efeitos das ações de um projeto (ORMAZABAL, 1988). Além das referidas legislações pertinentes, encontramos, também, resguardo dessa matéria em nível constitucional na Carta Magna (1988), em seu artigo 225, inciso IV. Destaca-se que a nossa constituição foi a primeira do mundo a inscrever a obrigatoriedade do estudo de impacto no âmbito constitucional. O referido estudo prévio, também conhecido como EIA/RIMA (Relatório Impacto Ambiental), consiste em apenas um documento e visa avaliar os impactos ambientais decorrentes da instalação de um empreendimento, e estabelecer programas para monitoramento e mitigação desses impactos. Assim, a Avaliação de Impacto Ambiental (Lei 6.938/81, art. 9º, inciso III) é considerada gênero, ao passo que as espécies são todos os estudos relativos aos aspectos ambientais apresentados como subsídio para a análise de Licença Ambiental. Dessa forma, não se deve confundir a AIA (gênero) com o EIA (espécie).

A AIA consiste em uma das melhores formas para prevenção dos danos ambientais, tanto nos casos em que se há certeza científica sobre os efeitos de determinado empreendimento ou atividade, quanto naqueles onde ainda não se tem exata dimensão do impacto que pode ocorrer, mesmo que haja um fundado receio sobre consequências severas ao meio ambiente natural.

2. O BRASIL E AS AUDITORIAS AMBIENTAIS

No estudo da complexidade com que estão inseridos os bens jurídicos ambientais, não se pode considerar a proteção do meio ambiente enquanto categoria local e sim uma abrangência transacional de tutela, para além das fronteiras de um Estado. Na globalidade da natureza, subjugada e explorada em toda a modernidade, sistemas jurídicos carecem de

aperfeiçoamentos para desempenharem, de forma eficiente, suas funções na proteção aos bens jurídicos ambientais. (TAVARES, 2019).

Apesar de a NEPA ter sido a primeira agência governamental a suscitar a importância das AIA e das AA, essas eram voluntárias e apenas em 1992, no Reino Unido, foi que se estabeleceu a primeira norma de sistema de gestão ambiental com parâmetros para a execução de auditorias ambientais, denominado BS 7750.

A BS 7750 foi formulada de forma a permitir que qualquer organização, independente do seu porte, atividade ou localização, estabeleça um sistema de gerenciamento efetivo, como alicerce para um desempenho ambiental seguro e para os procedimentos de auditoria ambiental. (AMBIENTE BRASIL, s.d.).

Iniciativa semelhante aconteceu na França e, posteriormente, a Comunidade Econômica Europeia adotou um regulamento que entrou em vigor em 1995, criando o *Environmental Management and Auditing Scheme* – EMAS, caracterizado como um programa compulsório concebido originalmente para 58 tipos de indústrias que acabou sendo implementado como norma de adesão voluntária. Na prática, o não cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo EMAS poderia significar uma barreira não tarifária para a comercialização de produtos na Comunidade Europeia (SALES, 2001). Tendo como objetivo principal fomentar a evolução do desempenho ambiental das companhias industriais e fornecer informações ambientais ao público. As definições oferecidas pela BS 7750 para cada um dos componentes do Sistema de Gestão Ambiental foram essenciais na busca de uma norma padrão internacional sobre auditorias ambientais e certificações de sistemas ambientais, como podemos perceber com a criação do EMAS e, em 1991, criou-se a Strategic Advisory Group on Environment – SAGE, sigla em inglês para “Organização Internacional de Normalização”, no domínio da ISO. A NBR foi criada no Brasil pela ABNT em 1996, e é a responsável por recepcionar as normas internacionais como as de sistemas de gestão da família ISO. A norma ISO 19011 define a auditoria ambiental como:

Um processo sistemático, documentado e independente para obter evidências de auditoria (registros, apresentação de fatos ou outras informações, pertinentes aos critérios de auditorias e verificáveis, podendo ser qualitativas ou quantitativas), avaliá-las objetivamente para determinar a extensão na qual os critérios da auditoria (conjunto de políticas,

procedimentos ou requisitos) são atendidos. Os resultados ou constatações de auditoria podem indicar tanto conformidade quanto não conformidade com o critério de auditoria ou oportunidades para melhoria. (NBR ISO 19011:2002).

Segundo Sales (2001), os anos entre 1980 e 1990 foram marcados por mudanças legais importantes, que aumentaram significativamente o nível de proteção ambiental no Brasil, por meio do desenvolvimento de uma política ambiental nacional, sistematizada ao se repetir nas Constituições Estaduais (1989) e Leis Orgânicas Municipais (1990), o que estava disposto no artigo 225 da CRFB/88, em um capítulo específico sobre o meio ambiente, e a instituição de novos instrumentos e ferramentas, em termo administrativo e judicial.

A primeira citação de uma auditoria, em algum tipo de requisito ambiental, que se tem registro na legislação brasileira foi em uma resolução do Conselho Estadual de Proteção Ambiental – CEPRAM, de n.º 270, emitida em 24/04/1990, por ocasião da emissão da Licença de Operação da Klabin Fabricadora de Papel e Celulose S.A., no Município de Camaçari, BA, onde no seu artigo 1º, item I, estabelece-se a realização de auditoria para verificação do cumprimento das condicionantes da licença. Em 1990, publica-se a Lei 118, que dispõe sobre a realização de Auditoria Ambiental no Distrito Federal, onde ficou estabelecida a possibilidade de auditoria ambiental, mas o foco não foi nas atividades potencialmente poluidoras de uma empresa, e sim na identificação de espaços e ecossistemas desgastados na Área geográfica do Distrito Federal. Em 1991, publica-se a Lei 790, do município de Santos, São Paulo, que dispunha sobre a realização de auditorias ambientais no município, onde em seu artigo primeiro ela já dispunha da obrigatoriedade dos EIAS e RIMAS para empresas poluidoras, potencialmente poluidoras ou que envolvam risco.

Somente em 1991, no estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei 1898/91, é estabelecida uma sistemática de auditorias ambientais periódicas, de modo a avaliar as fontes de poluição das empresas, seus níveis de prevenção e a sua conformidade legal com a legislação ambiental. Surgiram, ainda, nos anos seguintes, as leis: 10.627/92 – MG; 4.802/93 – ES; Maceió, AL, em 1996; Bauru, SP, em 1999; e, mais recentemente, a Lei Estadual do Paraná 13.448/2002, ainda

em vigor, que dispõe sobre auditoria ambiental compulsória. O estado do Mato Grosso do Sul adotou a auditoria ambiental em 1995, e a regulamentou com legislações complementares. Porém, em 2009, ele eliminou a sua exigência, contrariando os demais estados. Abaixo, apresenta-se a cronologia das legislações estaduais que possuíam em seu arcabouço as Auditorias Ambientais:

2.1. Tipos de Auditoria

A auditoria ambiental pode ser classificada quanto a sua aplicação, entretanto, os diversos tipos de auditoria podem se inter-relacionar dependendo do objeto a ser adotado, visto que uma determinada auditoria pode exigir que aspectos comuns a outras sejam auditados. (VILELA, 2006; LA ROVERE, 2008; ACADEMIA PEARSON, 2011). A auditoria também pode ser classificada como de ordem interna ou externa e se complementam nas suas finalidades, uma vez que uma auditoria externa, de certificação, torna-se mais palpável se precedida de uma auditoria interna da empresa. As auditorias Internas, ou de primeira parte, são auditorias privadas, conduzidas pela própria empresa ou organização, com o objetivo de se auto auditar. Dentro da categoria de auditorias externas, existe a auditoria externa de segunda parte e a auditoria externa de terceira parte. A de segunda parte é realizada como instrumento de uso externo por terceiros interessados no desempenho ou nas condições ambientais das empresas e propriedades, tais como: As auditorias de terceira parte ocorrem quando um terceiro independente, que não possui nenhum interesse no resultado da auditoria ou econômico na empresa ou em suas atividades, realiza uma auditoria. Ela tem como objetivo a certificação, recertificação ou manutenção do certificado. A auditoria externa é realizada, necessariamente, por auditores independentes externos à organização, sendo seus resultados avaliados por terceiros, como organização de certificação.

Existem, ainda, as auditorias públicas, também conhecidas como de conformidade legal ou compulsórias, utilizadas como instrumento de ações de controle pelo poder público e tem como objetivo avaliar a adequação da empresa às normas legais aplicáveis ao processo, podendo ser utilizada pelas empresas como

preparação para o requerimento de licenças ambientais como meio de prevenir eventuais multas e penalidades pelo não atendimento a legislação, contudo, são impostas, não podendo a sua execução ser recusada ou impedida pela empresa. Nesse sentido, esclarece Sales (2001, p. 101):

Uma das principais aplicações da auditoria ambiental é o seu uso como instrumento de controle ambiental, ou seja, como uma medida utilizada pelas autoridades ambientais no cumprimento de suas políticas e obrigações legais de fomento, fiscalização e implementação de normas e políticas ambientais [...]. (SALES, 2001, p. 101).

Segundo Philippi & Aguiar (2006), esse tipo de auditoria pode ser aplicado tanto no caso de auditorias compulsórias determinadas pela legislação ambiental governamental, como no caso de auditoria voluntária, quando uma empresa ou uma organização, para efeito de cláusulas contratuais, obtenção de financiamento, negociação de prêmios de seguro, venda ou aquisição de empresas, utilizam de uma auditoria para verificar se suas atividades estão de acordo com a legislação ambiental vigente. No Brasil, alguns estados, como o Paraná (Lei 13.448/2002) e o Rio de Janeiro, adotam esse tipo de auditoria. Apesar da importância das três formas de aplicação da auditoria ambiental, o presente artigo apenas abordará a terceira, apontando os aspectos positivos e negativos da sua obrigatoriedade.

2.2. A Auditoria Ambiental Compulsória

Seguindo o oposto da tendência mundial, no Brasil cresce o número de iniciativas legislativas que objetivam tornar a auditoria ambiental obrigatória para alguns setores industriais e empresariais, os quais desenvolvem atividades potencialmente poluidoras e que acarretam riscos ao meio ambiente; a chamada auditoria ambiental compulsória (MALUCELLI, 2004).

No âmbito federal, houve três iniciativas no sentido de se estabelecer a auditoria compulsória, sendo a primeira tentativa realizada por meio do Projeto de Lei 3160/1992, do então deputado Fábio Feldmann, à época no PSDB-SP. Feldmann possuía um histórico militante em relação às causas ambientais, sendo, em 1986, o primeiro parlamentar brasileiro a ser eleito com uma plataforma

ambientalista, e por sua causa a nossa constituição foi a primeira a ter um capítulo sobre meio ambiente. Por meio de seu projeto, o deputado tentou inserir na Lei 6938/1981, a auditoria ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, tornando-a obrigatória para os empreendimentos potencialmente poluidores. Ressalta-se que essa iniciativa chegou a ser aprovada na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias (CDCMAM), contudo o projeto de lei teve parecer contrário do relator na Comissão de Economia, Indústria e Comércio (CEIC), o deputado Sandro Mabel, hoje no PMDB-GO. Mesmo não chegando à votação, o parecer do relator do projeto de lei foi arquivado em 02/02/1999 pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, pois em 1998 o deputado Feldmann não conseguiu sua reeleição.

A segunda iniciativa foi o Projeto de Lei 3539/1997, de autoria do deputado João Coser Neto, que definia as funções de um auditor ambiental; e a terceira iniciativa foi o Projeto de Lei 1254/2003, de autoria dos deputados César Medeiros e Luciano Zica, que dispunha sobre a obrigatoriedade das auditorias ambientais e a contabilidade de passivos e ativos ambientais, tendo como um de seus objetivos colocar a auditoria compulsória como um dos instrumentos da política nacional do meio ambiente, porém foi arquivado em 27/01/2012, sendo substituído pelo Projeto de Lei 1834/2003. Em relação ao Projeto de Lei 1834/2003, apresentamos trecho do voto do Deputado Sarney Filho, então filiado ao PV/MA, onde elucida os benefícios da compulsoriedade da auditoria:

Sob a nossa ótica a inserção dessas auditorias e a contabilização dos passivos e ativos ambientais, resultarão em dois aspectos extremamente positivos não só a da Política Nacional do Meio Ambiente, como também na gestão ambiental das próprias empresas ou entidades auditadas que, conseqüentemente, capitalizaram para si os seguintes resultados: aumento de credibilidade; diminuição dos custos de manutenção e, por conseguinte aumento da produtividade; minimização dos riscos inerentes a acidentes e emergências ambientais; possibilidade de detectar e corrigir falhas nos diversos estágios do processo produtivo; possibilidade de adequação e capacitação dos recursos humanos; acionamento adequado dos mecanismos de atendimento a acidentes ambientais de forma a evitar conseqüências mais graves, entre outros resultados. (PROJETO DE LEI 1834/2003).

A partir do ano 2000, o CONAMA é regulamentado e passa a estabelecer resoluções que determinam a aplicação de AAC por meio da Resolução 265, de 27/01/2000, motivada pelo acidente da Petrobrás que ocorreu em janeiro de 2000, na Baía de Guanabara, Rio de Janeiro. Em 2002, o CONAMA estabeleceu a Resolução 306, de 05/07/2002, (alterada pela Resolução CONAMA 381/2006), definindo as exigências para a realização das auditorias ambientais independentes, incluindo detalhes referentes ao plano de auditoria, a preparação e realização da auditoria, o conteúdo do relatório, a exigência do respectivo plano de ação, com foco no atendimento ao disposto na Resolução 265/2000 e no artigo 9º da Lei 9966/2000. Apesar dos impasses relacionados à compulsoriedade da auditoria ambiental, em virtude da Resolução CONAMA 265/2000, as empresas com atividades na área de petróleo e derivados são obrigadas a realizar a auditoria ambiental, isto devido aos graves acidentes que já ocorreram no exercício dessas atividades. No atual cenário brasileiro, ao mesmo tempo em que existe uma legislação exigente no âmbito ambiental, há uma falta generalizada de recursos públicos para gerenciar o cumprimento das legislações pertinentes sobre a questão e, também, registra-se a necessidade do desenvolvimento sustentável para englobar as questões econômicas e a conservação do meio ambiente. Saber quais são as atividades que tem o maior potencial poluidor permite que ações mitigadoras de segurança e controle ocorram antes, protegendo o meio ambiente, a saúde humana e oportunizando a criação de políticas públicas e sistemas de gestão mais simplificados para as demais atividades econômicas, conciliando o desenvolvimento sustentável e a economia. A Auditoria Ambiental Compulsória permite a identificação do nível de degradação do meio ambiente, os riscos de segurança ambiental e ocupacional das áreas onde estão instaladas as operações empresariais, assim como todo o meio ambiente envolto que possa ser atingido, caso um desastre ocorra, de modo que um plano de ação com prioridades baseadas nos dados obtidos pela auditoria compulsória seja realizado de forma confiável. A gestão ambiental adequada deve estar orientada para o uso racional dos recursos ambientais, considerando a maximização dos recursos econômicos

disponíveis para esta gestão, sem esquecer que o homem também faz parte de todo este contexto.

Levando-se em conta a escassez dos recursos financeiros e de pessoal do setor público, e no caso do Estado do Paraná a Lei Estadual 13.448/2002, que dispõe sobre Auditoria Ambiental Compulsória e de seu regulamento, realizado pelo Decreto 2076/2003, com o tema “atividade de elevado potencial poluidor ou degradador do meio ambiente”, é fundamental que estes escassos recursos sejam direcionados prioritariamente para a realização de auditorias nas atividades que mais oferecem riscos aos recursos ambientais que se pretendem proteger. No âmbito estadual, podemos observar, ao analisar comparativamente as diversas legislações estatais, que a auditoria ambiental tende a ser adotada como um dos requisitos para obtenção do licenciamento ambiental nas diversas atividades consideradas poluidoras, potencialmente poluidoras ou com alto risco, o que não ocorre no âmbito federal. Porém, na maioria dos estados que adotaram a Auditoria Compulsória (PR, SC, RS, ES, RJ, SP, PE e SE), ainda se faz necessária a normatização de legislações complementares no sentido de regulamentar e aprimorar as leis inicialmente aprovadas. A seguir, apresenta-se um quadro com as legislações brasileiras sobre auditoria compulsória vigentes:

TABELA 1 – Análise Comparativa das Legislações Brasileiras sobre Auditoria Compulsória

ESTADO	FREQÜÊNCIA	CRITÉRIOS	PUBLICIDADE DO RELATÓRIO	PENALIDADES
RJ	1 ano ou ocasionalmente	Interna e Externa	Disponível à consulta pública	Notificação e multa
MG	3 anos ou ocasionalmente	Externa	Disponível à consulta pública (preservado o sigilo industrial)	Critério do órgão ambiental
CE	1 ano ou ocasionalmente	Interna e Externa	Disponível à consulta pública	Critério do órgão ambiental (medidas cabíveis)
ES	3 anos ou ocasionalmente	Não prevê	Artigo vetado	Não prevê
MT	2 anos ou ocasionalmente	Interna e Externa	Disponível à consulta pública	Critério do órgão ambiental
SC	2 anos ou ocasionalmente	Interna e/ou Externa	Disponível à consulta pública	Multa diária, embargo da atividade ou cassação da Licença de Operação
PR	4 anos ou ocasionalmente	Externa	Disponível à consulta pública (preservado o sigilo industrial)	Critério do órgão ambiental

Para Arueira Jr. & Costa (2008), os resultados destas auditorias poderão mostrar os ganhos no controle dos riscos ambientais das indústrias, decorrentes da aplicação das auditorias ambientais compulsórias, conforme previsto na Resolução CONAMA 306/02, demonstrando que a linha adotada no Brasil, referente ao caráter compulsório destas auditorias, está auxiliando o governo no cumprimento de uma de suas obrigações constitucionais, referente à preservação do meio ambiente, além de possibilitar aos empreendedores a identificação de violações legais e passivos ambientais, possibilitando, assim, tomar ações antes da ocorrência de multas e outras penalidades.

3. O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL

Canotilho (1998), um dos principais autores em língua portuguesa, dedicou-se ao tema e conceituou o princípio da proibição do retrocesso social da seguinte maneira:

[...] o núcleo essencial dos direitos já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador é inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO, 1998, p. 320-321).

Dessa forma, entende-se que o princípio estabelece a impossibilidade da edição de uma norma que preveja um retrocesso, uma diminuição, no grau de implementação e concretização de determinados direitos fundamentais já alcançado pela lei revogada, sem que sejam aprovadas normas ou políticas públicas, substitutivas ou compensatórias, que continuem assegurando proteção pelo menos ao núcleo essencial do direito fundamental envolvido.

Os poderes públicos devem atuar sempre no sentido de avançar progressivamente na proteção dos recursos naturais. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, "essa argumentação busca estabelecer um piso mínimo de proteção

ambiental, para além do qual devem rumar as futuras medidas normativas de tutela, impondo limites a impulsos revisionistas da legislação." (JUSBRASIL, 2010).

Infelizmente, o poder constituinte não positivou em nossa Carta Magna o princípio da proibição do retrocesso social, contudo ele é reconhecido como um princípio implícito, como defende Ingo Wolfgang Sarlet (2003), ou então como modalidade de eficácia de princípios fundamentais, a exemplo do que ditam Luís Roberto Barroso (2008, p. 379-380) e Ana Paula de Barcellos (2011, p. 87). Esse princípio é de suma importância em nosso ordenamento e podemos observar sua aplicação em todos os direitos fundamentais, defendendo-se que o não retrocesso estaria implícito nas convenções internacionais sobre os direitos humanos, assim como em legislações internas. Nesse contexto, entende parte da doutrina que, ao elevar-se à categoria de direito fundamental, a garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, prevista no art. 225 da Constituição Federal de 1988, igualmente poderia ser beneficiária desta teoria do "progresso" constante. Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) começa a consolidar, paulatinamente, o princípio da vedação do retrocesso ambiental no ordenamento jurídico, tomando-o como princípio geral do Direito Ambiental.

[...] O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes [...]. (REsp 302.906/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, publicado no DJe em 01/12/2010).

Ressalta-se, nesta oportunidade, que o Parlamento Europeu publicou uma resolução, em 29 de setembro de 2011, onde dispõe sobre a elaboração de posição comum da União Europeia, tendo em vista a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, "Rio+20", a qual requer, em seu parágrafo noventa e sete, "(...) o reconhecimento do princípio da não regressão no contexto da proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais" (ONU, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Auditoria Ambiental Compulsória e o Princípio da Vedação ao Retrocesso Socioambiental são simbióticos e não podem ser vistos de forma separada, como normas e valores jurídicos de esferas independentes, pois quando analisamos cada um deles, podemos observar que compartilham primícias. Tal fato fica exposto quando vemos que tanto na Auditoria Ambiental Compulsória quanto no princípio da vedação ao retrocesso socioambiental, a informação é o principal pilar. Devemos entender que quando o constituinte alçou o Direito Ambiental à categoria de direito fundamental, a garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado no art. 225 da Constituição Federal de 1988, não apenas nos deu Direitos, mas também deveres foram impostos a todos, em reflexo do implícito pacto intergeracional insculpido na preservação do bem coletivo. Com isso, todas as ferramentas existentes juridicamente que possam ser utilizadas para auxiliar no entendimento, combate e preservação do meio ambiente e de desastres naturais provocados pelo homem ou por ação deste, têm de ser usadas. Por isso, entendemos que a Auditoria Ambiental Compulsória é uma ferramenta essencial, pois resulta em relatórios de impacto ambiental que são extremamente úteis tanto na informação da população quanto ao que está ocorrendo, quando na prevenção e impedimento de forma antecipada a situações de catástrofes, como ocorrido recentemente em Mariana e Brumadinho.

Nestes dois casos, se as empresas responsáveis tivessem sido submetidas a auditorias compulsórias, a real situação das barragens seria revelada muito antes das catástrofes ocorridas, a população teria sido informada, o meio ambiente, maior prejudicado nessa situação, teria sido poupado, e o planeta não seria prejudicado por uma quantidade de anos indefinida para a recuperação da degradação ocorrida, pois consequências deste e de tantos outros desastres ambientais são sentidos não apenas no momento em que ocorrem, mas, principalmente, durante muitos anos. A auditoria ambiental compulsória não visa, em momento algum, descobrir segredos empresariais ou servir como braço do governo para intromissão na esfera particular,

e sim como ferramenta útil na análise de melhorias e possíveis mitigações a prováveis acidentes ambientais provocados por ações humanas ou consequências destas. Nesse sentido, o jovem Marco Polo (apud CURY, 2005, p. 87) comenta que o princípio da corresponsabilidade inevitável demonstra que as relações humanas são uma grande teia multifocal. Para ele, ninguém é uma ilha física, psíquica e social dentro da humanidade. Todos somos influenciados pelos outros. Todos os nossos atos, quer sejam conscientes ou inconscientes, quer sejam atitudes construtivas ou destrutivas, alteram os acontecimentos e o desenvolvimento da própria humanidade. Ainda segundo Marco Polo,

qualquer ser humano – intelectual ou iletrado, rico ou pobre, médico ou paciente, ativista ou alienado – é afetado pela sociedade e, por sua vez, interfere nas conquistas e perdas da própria sociedade por meio de seus comportamentos. Marco Polo queria dizer que todos são responsáveis pelo futuro da humanidade e, por consequência, pelo futuro da humanidade e do planeta como um todo. (CURY, 2005, p. 87).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Henrique Rosmaninho. Vida, Meio Ambiente e Dignidade Humana: O Dever de Preservar o Meio Ambiente para as Futuras Gerações Ante a Inexistência do Dever de Promovê-las. *Bioética Ambiental e Direito: Diálogos Sobre o Meio Ambiental*. **Arraes**. [S.l.]. v. 2, n. 1 p. 126-14, 2015.

ARUEIRA JÚNIOR, Lidinei; COSTA, Stella Regina Reis da. Auditorias Ambientais Compulsórias e sua aplicação no Brasil: o caso da Resolução Conama 306/02. **IV CNEG**, Niterói, RJ, Brasil, 31 jul. a 02 ago. 2008. Disponível em: <http://www.inovarse.org/filebrowser/download/8830>. Acesso em: 05 set. 2019.

_____. Auditorias ambientais compulsórias em unidades marítimas de produção de petróleo. **XXVIII Encontro Nacional de Engenharia de Produção**, ENEGEP, Rio de Janeiro, out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Brasília, DF, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CRAIK, Neil. **The international law of environmental impact assessment: process, substance and integration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 56.

DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental: Responsabilidade Social e Sustentabilidade**. Atlas. 2. ed., 2011.

GRIZZI, Ana Luci Esteves. **Direito Ambiental, Auditorias Ambientais e Atividades Econômicas**. Direito Ambiental: Enfoques Variados. Franca, SP: Lemos & Cruz, 2008.

LEMOS, Haroldo Mattos de. **A Conferência de Estocolmo em 1972, O Clube de Roma e outros modelos mundiais**. [S.l.:s.n.].

MALUCELLI, Flávia Prado. **Auditoria ambiental compulsória e sua inserção no sistema jurídico brasileiro**. Trabalho de Conclusão de (Curso de Direito) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2004.

MOORE, A.; ORMAZÁBAL, C. **Manual de planificación de sistemas nacionales de áreas silvestres protegidas en América Latina: metodología y recomendaciones**. Santiago, Chile: Oficina regional de la FAO para América Latina y el Caribe, 1988.

PHILIPPI JR., A.; AGUIAR, A. O. Auditoria Ambiental. In: PHILIPPI JR., A.; ROMÉRO, M. A.; BRUNA, G. C. [editores]. **Curso de Gestão Ambiental**. 1ª edição (reimpressão). São Paulo: Editora Manole, 2006. p. 805-856.

SALES, Rodrigo. **Auditoria Ambiental e seus Aspectos Jurídicos**. São Paulo: LTR, 2001.

SÉGUIN, Elida. A Lei de Defesa Civil: Algumas Considerações. **Revista Interdisciplinar de Direito**. [S.l.]. v. 9, n. 1, p. 207-230, dez. 2012.

SILVA, Paulo Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9º ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Bruno Campo. **Direito ambiental enfoques variados**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

TAVARES, Elisa Goulart. Avaliação de impacto ambiental (AIA) e o caráter cumulativo das externalidades negativas: análise da universalidade dos efeitos ambientais transfronteiriços no direito internacional do meio ambiente. **IASC**.

Florianópolis, s.d. Disponível em: <https://iasc.org.br/category/comissao-de-direito-ambiental>. Acesso em: 05 set. 2019.

THOMÉ. Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. Salvadador, BA: Editora JusPodivm, 2015.

Documentos eletrônicos:

<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>

http://abes-dn.org.br/publicacoes/rbciamb/PDFs/24-09_Materia_7_artigos318.pdf

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2005000200008

https://ambientes.ambientebrasil.com.br/gestao/sistema_de_gestao_ambiental/norma_bs_7750.html

<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2213289/principios-de-interpretacao-ajudam-o-stj-a-fundamentar-decisoes-na-area-ambiental>

<http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/brasil20/vi-062.pdf>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm

<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=141249>

<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=141249>

<https://qualidadeonline.files.wordpress.com/2009/12/iso19011.pdf>

**ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL COMPLEXO –
PROCESSO E CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Lucas Goulart Consulmagnó Prata¹

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo o estudo e a pesquisa do acesso à justiça como um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal de 1988, observando as demais garantias constitucionais e os aspectos que orbitam o direito que aqui se analisa, a luz do sistema processual civil vigente no ordenamento jurídico pátrio. Pretende-se estudar, especialmente, as garantias que contornam o direito à inafastabilidade da jurisdição, de modo que a complexidade deste fenômeno, parte da premissa de que a mera quebra da inércia jurisdicional garantindo ao jurisdicionado estar em juízo, inicialmente, se mostra insuficiente ao conceito de acesso à justiça constitucionalizado. O debate doutrinário adveio das lições dos pesquisadores, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, além da análise dos processualistas brasileiros, dentre eles, Alexandre de Freitas Câmara e Humberto Teodoro Junior, sendo certo que o presente artigo buscou analisar o advento da tutela jurisdicional, até o modelo de Processo e Constituição atual. A metodologia utilizada foi à intensa e aprofundada pesquisa bibliográfica, doutrinária, envolvendo pesquisadores e processualistas que dissertam sobre o tema objeto deste artigo. Ao final do estudo, constatou-se que o direito fundamental de acesso à justiça, abrange outras garantias fundamentais, como por exemplo a duração razoável do processo, o contraditório material, sem falar no aspecto quantitativo e qualitativo da prestação jurisdicional, respeitando, todavia as dilações devidas do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Jurisdicional. Efetividade. Acesso a Justiça. Direito Fundamental. Processo e Constituição

¹ Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior; Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP; Foi advogado no escritório Bittencourt e Bissoli advogados associados, em Juiz de Fora - MG; Foi Procurador Geral do Município de Belmiro Braga - MG; Atualmente é professor de Direito Processual Civil e Prática Cível, no Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora - MG; É Professor orientador do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora – MG. É advogado.

INTRODUÇÃO

O presente artigo irá abordar o direito fundamental ao acesso à justiça, sob os contornos das garantias constitucionais, a luz de um estudo entre o Processo e a Constituição Federal.

Este trabalho busca, ademais, discorrer sobre a função da tutela jurisdicional na solução das lides, e, conseqüentemente, do Estado detentor no atual momento epistemológico da tutela, que tem por objeto promover a pacificação social.

Partindo da premissa de um direito processual constitucional, não se pode olvidar as garantias previstas no artigo 5º, dentre elas a do inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, que assegura ao cidadão um direito subjetivo a que se tenha uma duração razoável do processo respeitado, dentre outros fatores, o tratamento isonômico *inter partes*, no convencimento do magistrado.

Nestes termos, o debate acerca do acesso à justiça como direito fundamental complexo a luz do estudo do Processo e Constituição, é de suma importância na seara jurídica, vez que instaurado o Estado Democrático de Direito, com o advento da Carta Magna, o Estado – Juiz, vedou como regra o exercício da autotutela, passando então a ter o dever de compor litígio, ou seja, de prestar a tutela jurisdicional.

Para tanto, num primeiro momento, o presente trabalho busca realizar uma abordagem sobre a tutela jurisdicional, tendo por conseguinte o objetivo de analisar o aspecto conceitual do acesso à justiça, além de observar as garantias constitucionais que orbitam este fenômeno, culminando na análise da relação Processo e Constituição.

Acerca da metodologia utilizada, observa-se que fora utilizado como método de abordagem a pesquisa bibliográfica, vez que o estudo busca analisar o fenômeno da jurisdição, preliminarmente, delimitando conceitos e alcance do acesso à justiça como um direito fundamental complexo.

Por fim, como técnica de pesquisa fora utilizada a pesquisa bibliográfica, havendo sido utilizadas doutrinas sobre o tema, bem como analisado os diplomas legais pertinentes.

1 - TUTELA JURISDICIONAL E SUA FUNÇÃO NA PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS

Ao falar de Jurisdição, do exercício da tutela jurisdicional, a doutrina nos mostra, que neste momento a figura do Estado apresentava-se suficientemente fortalecido e com notável imposição sobre os particulares, afastando então a existência como regra da autotutela.

O Estado atribui única e exclusivamente para si a função de composição dos litígios, advindos de uma pretensão resistida entre particulares, vedando veementemente o exercício arbitrário das próprias razões, ou seja, como regra nenhum tipo de autotutela será admissível na solução da lide, precisando para tanto buscar o provimento do Estado para que este diga a vontade do ordenamento jurídico. A esta atividade estatal dá-se o nome de jurisdição.

Por conceito de jurisdição, segundo a doutrina processual, pode-se entender a função pela qual o Estado-Juiz se coloca entre as partes e equidistante delas para imparcialmente dizer o direito aplicável ao caso concreto que as partes, através do seu direito de ação, levam ao conhecimento do juiz.

Cumprido dizer que a jurisdição é inerte, devendo a parte que pretende buscar o provimento jurisdicional exercer ativamente seu direito de ação, quebrando a inércia estatal, e levar ao conhecimento do Estado-Juiz sua pretensão a ser satisfeita.

Pode-se dizer que a jurisdição é a expressão da soberania do poder estatal, pois enquanto Estado soberano, em sentido amplo, a jurisdição é una e indivisível, podendo se falar, sem ir defronte à soberania estatal, em espécies de jurisdição, o que se admite pela mera divisão funcional, como se observa na passagem abaixo.

A jurisdição, considerada em si mesma, é emanção da soberania do Estado e, sendo única a soberania, uma também é a jurisdição.

Entender-se ao contrário seria admitir a existência de uma pluralidade de soberanias, atuando no âmbito de um mesmo território, o que contraria a própria ideia de estado. Quer decida um conflito de interesses de natureza civil, quer penal ou trabalhista, o Estado exerce a jurisdição. A diversidade de lide não determina a diversidade de função jurisdicional. Neste sentido, afirma-se que a jurisdição é uma, quer dizer, não comporta divisões.

Embora tal assertiva possa ser tomada quase como dogma, costuma-se classificar a jurisdição, segundo várias critérios. Fala-se, então, em espécies

de jurisdição, admitida por motivo de mera divisão de trabalho. (CARREIRA ALVIM, 2007, p. 71-72).

Neste sentido, disserta o doutrinador Humberto Theodoro Junior (2012, p. 21):

É universalmente aceito o princípio da territorialidade das leis processuais, ou seja, o juiz apenas aplica ao processo a lei processual do local onde exerce jurisdição. Esse princípio decorre da natureza da função jurisdicional que está ligada a soberania do Estado, de modo que dentro de cada território só podem vigorar as próprias leis processuais, não sendo admissível, outrossim, a pretensão de fazer incidir suas normas jurisdicionais perante tribunais estrangeiros.

Observado o poder soberano do Estado em seu sentido mais amplo, importante se faz entender o fenômeno da jurisdição enquanto Poder, Função e Atividade na busca da atuação do poder judiciário como vetor de pacificação social.

Como Poder exerce o Estado sua maior forma de expressão soberana desde que acutelou para si o *jus puniendi*, ou o dever de dizer o direito, senão em demonstração de sua capacidade imperativa de impor decisões na busca da apreciação do direito material.

Automaticamente, o exercício da jurisdição enquanto Poder remete de modo instantâneo ao princípio jurisdicional da inevitabilidade, o qual determina que o particular, ao buscar a tutela satisfativa, está condicionado à vontade do Estado, senão vejamos:

O *princípio da inevitabilidade* significa que a autoridade dos órgãos jurisdicionais, sendo uma emanção do próprio poder estatal soberano, impõe-se por si mesma, independentemente da vontade das partes ou de eventual pacto para aceitarem os resultados do processo; a situação de ambas as partes perante o Estado-Juiz (e particularmente a do réu) é de sujeição, que independe de sua vontade e consiste na impossibilidade de evitar que sobre elas e sobre sua esfera de direitos se exerça a autoridade estatal. (GRINOVER, 2011, 27º Ed, pg.157)

Como Função busca o Poder Judiciário, através do exercício da jurisdição, atuar como vetor de pacificação de conflitos interindividuais, com a devida observância axiológica do caso concreto mediante a realização do direito justo através do processo, que nas palavras de Ada Pellegrini pode-se classificar “Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo.” (Grinover, 2011, p. 149)

Atuando desta forma estará realizando a vontade do ordenamento jurídico, bem como evitando que a parte que sucumbiu seja recalcitrante em suas condutas, evitando nova submissão de sua pretensão ao Poder Judiciário.

E, como Atividade, está intimamente ligada à celeridade processual, duração razoável do processo, devido processo legal, pois se traduz no complexo de atos do juiz no processo exercendo seu poder judicante na condução deste, podendo ser definido “como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete”. (Grinover, 2011, p.149).

Formando assim um tripé jurisdicional, que se transparece com legitimidade através do processo devidamente estruturado, buscando levar as partes a prestação de uma tutela efetiva.

2 – EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E SEUS REFLEXOS

Como dito alhures, o advento da tutela jurisdicional se mostrou como um marco ideal para que se exerça de fato ou se busque, ao menos, atingir as finalidades de um Estado Democrático de Direito, ao passo que o Poder Judiciário busca a pacificação social imbuído de total imparcialidade e tratamento isonômico entre partes.

Contudo, ao falar da apreciação de conflitos de interesses pelo Estado, indubitavelmente não basta que este preste a tutela pura e simplesmente dizendo o direito, pois é dever do Estado e direito do cidadão ter a apreciação de sua demanda no menor lapso temporal possível, dentro de suas complexidades, garantindo assim a efetividade do provimento e a entrega, em tempo hábil, do bem da vida ao indivíduo que lhe possua direito.

Ademais, a inconstância da situação das partes com o alongamento da prestação jurisdicional pode vir a traduzir graves danos a esfera subjetiva de cada uma delas, pois estar um juízo, *per se*, é uma situação desconfortante e desagradável, pois eivado do caráter de insatisfação causado entre ambas as partes.

Observa-se o que a doutrina busca enfatizar, e o que o Poder Judiciário deve incessantemente buscar, é minimizar os sentimentos subjetivos, que adentram a

esfera psíquica das partes, causando enormes prejuízos emocionais, com o prolongamento da prestação jurisdicional.

E a experiência de milênios mostra que a insatisfação é sempre um fator anti-social, independentemente de a pessoa ter ou não ter direito ao bem pretendido. A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. Inclusive quando se trata de indefinição quanto ao próprio *jus punitiois* do Estado em determinada situação concretamente considerada: sendo o valor liberdade uma inerência da própria pessoa humana, a que todos almejam e que não pode ser objeto de disposição da parte de ninguém, a pendência de situações assim é inegável fator de sofrimento e infelicidade, que precisa ser debelado. (GRINOVER. 2011, p. 26):

Neste sentido, nos dias atuais, como aponta a doutrina, há a necessidade real de se estudar todo e qualquer ramo do direito à luz da Constituição Federal, pois como espinha dorsal do ordenamento jurídico assegura direitos e garantias individuais de observância indispensável.

Sublime então observar o que preceitua nossa Carta Magna no rol de garantias individuais do art. 5º inciso LXXVIII, senão vejamos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes nos Pais a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, e igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:
(...)

LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Vejamos, então que a importância da garantia fundamental da duração razoável do processo, no efetivo direito de acesso à justiça está contemplada na reforma processual, consubstanciada no Código de Processo Civil do ano de 2015, senão vejamos:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Percebe-se, com isso, que é dever do Estado garantir às partes a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, com o intuito sempre de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, entregando o bem da vida

litigioso dentro de suas complexidades em tempo razoável e, com isso, minimizando os efeitos negativos causados às partes.

Como visto, um dos direitos fundamentais que orbitam o acesso à justiça, demonstra que é temerária a prolongação da tutela jurisdicional, não somente no aspecto da ingerência subjetiva na relação processual, mas também pela inconsistência, insolidez, incerteza, que claramente traduzem a ideia de ineficácia.

Alicerçado nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (2011), o conflito de uma pretensão resistida que gera por consequência o litígio, que por si só, é uma causa de insatisfação que traduz inúmeros sentimentos, como angústia, dor emocional, constrangimento, inclusive podendo afetar drasticamente a esfera psíquica das partes.

Com isso, é imperioso destacar que o deslize do processo ao longo do tempo não pode agravar todos estes sentimentos, afinal, como nas palavras de Ruy Barbosa, “justiça tardia nada mais é que injustiça”.

Pode-se observar, de modo mais preciso, a necessidade veemente da efetividade da tutela nas palavras de Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 4):

Ocorre que, muitas vezes, o tempo acaba por ser prejudicial ao processo, pois esta demora na entrega da prestação jurisdicional pode ser capaz de provocar o surgimento de um risco para a efetividade do próprio processo. Pense-se, por exemplo, num módulo processual de conhecimento, em que se pretende a condenação do demandado ao pagamento de certa quantia. Esta condenação pode demorar tanto que, quando chegar o momento da execução forçada da sentença condenatoria, já não se encontra, no patrimônio do devedor, nenhum bem capaz de assegurar a satisfação do crédito, pois a demora do processo permitiu a ele desfazer-se de todos os seus bens penhoráveis.

Neste mesmo sentido, observa-se que a doutrina, seja dissertando sobre o direito processual civil, seja sobre direito constitucional, demonstra ser necessária a leitura processual à luz da carta magna, senão vejamos nas palavras de Alexandre de Moraes (2013, p. 178):

Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos as partes sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos na sua busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões.

E continua seu raciocínio apontando a EC nº 45/04:

Na tentativa de alcançar esses objetivos, a EC nº 45/04 trouxe diversos mecanismos de celeridade, transparência e controle de qualidade da atividade jurisdicional.

Como mecanismos de celeridade e desburocratização podem ser citados: a vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, a proporcionalidade do número de juizes a efetiva demanda judicial e a respectiva população, a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição, a possibilidade de delegação aos servidores do Judiciário, para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório, a necessidade de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para fins de conhecimento do recurso extraordinário, a instalação da justiça itinerante, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (MORAES, 2013, p. 179).

A necessidade observada de se alcançar a efetividade da prestação jurisdicional sob a ótica dos elementos que norteiam o acesso à justiça, sendo, a duração razoável do processo, economia e celeridade processual, pode ser constatada, sobretudo e principalmente, na atividade forense, conforme de verifica do julgado abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - PROVA PERICIAL - DEFERIMENTO - AMPLA DEFESA. I- É inconteste o poder instrutório do Magistrado de Primeiro Grau que, tendo elementos aptos a formar seu convencimento sobre a questão que lhe foi submetida, indefere a produção de provas, que se afigurem desnecessárias à sua convicção, nos termos do art. 130, CPC. Contudo, a prudência deve estar sempre presente nas decisões judiciais, para que somente sejam indeferidas as provas indiscutivelmente desnecessárias e inúteis.

II- A realização da prova pericial é medida que se impõe, quando, através dela, será verificado o lucro cessante decorrente da valorização não alcançada pela falta de loteamento em consonância com o contrato firmado entre as partes.

III- No Processo Civil contemporâneo predomina o princípio da verdade real, pelo que o julgador não pode se contentar com a mera verdade formal, cumprindo-lhe deferir e determinar a produção de quaisquer provas que possam contribuir para o esclarecimento dos fatos narrados na exordial, devendo ainda estar atento aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da economia, da celeridade processual e da eficiência da prestação jurisdicional. (TJMG. AI 10687120040500002 MG, Relator Antônio Bispo, Data de Julgamento: 15/05/2014, Câmaras Cíveis/15ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/05/2014).

Neste diapasão, sublima-se destacar a até aqui constatada contribuição positiva, da referida Emenda Constitucional, que dentre outras, inseriu o inciso LXXVIII no rol

2ª EDIÇÃO ESPECIAL DIREITO - JAN/JUN 2020 – ISSN1809-046X
Centro Universitário Estácio Juiz de Fora

de garantias do artigo 5º da Constituição Federal, assegurando a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

3 – CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Refletindo sobre a construção da atividade jurisdicional ao longo do tempo aliado as disposições constitucionais, observa-se que o ordenamento jurídico consagra o direito fundamental de acesso à justiça na proteção ou no exercício dos seus direitos, senão vejamos o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal :

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O acesso à justiça consagrado como direito fundamental positivado na Carta Magna, vem sendo classificada, dada sua importância em um Estado Democrático de Direito, como um direito social básico, que deve ser analisado juntamente com o ideal de efetividade, observando os demais preceitos constitucionais fundamentais.

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças quem sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. (Cappelletti, 1988, p. 15)

Observa-se então que não basta que o Estado detentor do exercício da atividade jurisdicional, coloque a disposição do jurisdicionado apenas estar em juízo, de modo que deve garantir um acesso efetivo, aliado as demais garantias constitucionais, senão vejamos:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. (Cappelletti, 1988, p. 15)

Portanto, observa-se que o acesso à justiça compreende duas finalidades, sendo o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos, e que garanta a produção de resultados que observem os demais preceitos constitucionais, alicerçado no contraditório efetivo, na ampla defesa admitindo dilações devidas em virtude do caso concreto, e expurgando dilações indevidas, na celeridade e na duração razoável do processo, sem atropelo ao devido processo legal e o direito de formar o convencimento do magistrado, sendo que por fim, a conclusão final deva depender apenas dos méritos jurídicos sem interferências estranhas ao direito.

4 –ACESSO À JUSTIÇA SOB O ASPECTO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Como observado pela pesquisa até o presente momento, a prestação jurisdicional é dever do Estado e direito do cidadão. Espera-se, portanto, que a mencionada atividade cognitiva seja eficiente (Artigo 37 da CF), combatendo as insatisfações e a situação de indefinição que o prolongamento processual acarreta.

Ao consagrar a inafastabilidade como princípio jurisdicional, insculpido na Constituição Federal (Artigo 5º, XXXV), o Estado trouxe para si a responsabilidade por sua prestação, e prometeu atender aos anseios da sociedade.

O princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. xxxv), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”, nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão. (Grinover, 2011, 27º Ed, pg. 157):

Ainda neste sentido, é importante analisar que o direito de acessar a justiça, o verdadeiro direito subjetivo de acesso à justiça, advém do texto constitucional conforme observado anteriormente.

Derivado do texto constitucional, a garantia de se exercer o comportamento ativo de ir ao Poder Judiciário se materializa, se instrumentaliza através do processo, senão vejamos o texto do Código de Processo Civil 2015:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Ainda neste sentido, vejamos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Pode-se dizer então, que constitui-se aspecto inegável a relação processo constitucional que envolve o acesso à justiça e demonstra que tal direito fundamental, pode ser considerado complexo, uma vez que sua complexidade decorre de sua análise a luz de outras garantias processo constitucionais.

O processo civil brasileiro é construído a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República. É o chamado modelo constitucional de processo civil, expressão que designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil. Começando pelo princípio que a Constituição da República chama de devido processo legal. O modelo constitucional de processo é composto também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da duração razoável do processo.

Neste mesmo sentido continua suas lições:

A solução da causa deve ser obtida em tempo razoável (art. 4º CPC; art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República), aí incluída a atividade necessária à satisfação prática do direito. A garantia de duração razoável do processo deve ser compreendida, então, de forma panorâmica, pensando-se na duração total do processo, e não só no tempo necessário para se produzir a sentença no processo de conhecimento." Concluindo que "busca-se, então, assegurar a duração razoável do processo, sendo relevante destacar o compromisso do Código de Processo Civil com esse princípio constitucional. Há uma nítida produção do resultado do processo sem dilações indevidas. Em outros termos, o sistema é comprometido com a duração razoável do processo, sem que isso implique uma busca desenfreada pela celeridade a qualquer preço." (CÂMARA, 2015, pg.7)

A constitucionalização do direito em especial o direito processual, é uma característica inevitável do ordenamento contemporâneo desde a instalação do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988.

A constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo. O fenômeno pode ser visto em duas dimensões. Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores À Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Os tratados internacionais de direitos humanos também o fazem (Convenção Europeia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica).

Neste mesmo sentido aduz que não é, então, por acaso que o art. 1º do CPC, com forte caráter simbólico, está assim redigido: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (DIDIER JR, 2015)

Conclui sua explanação acerca da observância constitucional do processo civil dizendo que:

O artigo enuncia a norma elementar de um sistema constitucional: as normas jurídicas derivam da Constituição e devem estar em conformidade com ela. Essa norma decorre do sistema de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição Federal. (DIDIER JR, 2015)

A imprescindibilidade da comunicação processo constitucional é evidenciada por Humberto Theodoro Junior, ao asseverar que não obstante as divisões em ramos autônomos dentro do direito, tais disciplinas formam um conjunto que tem em comum a finalidade de regular a convivência social, daí sua intercomunicação.

Diante da intercomunicação do direito mencionada acima, Humberto Theodoro Junior traz em seus ensinamentos a importante ligação entre Constituição Federal e processo civil ao dizer que:

O direito processual civil mantém estreitas relações com o direito constitucional, não apenas derivadas da hegemonia que cabe a esse ramo sobre todos os demais, mas principalmente porque, cuidando o processo de uma função soberana do Estado, será na Constituição que estarão localizados os atributos e limites dessa mesma função.

Finaliza sua explanação dizendo que a Constituição traça regras que se amoldam ao direito processual como o tratamento igualitário das partes do processo; garantia do devido processo legal; contraditório e ampla defesa e duração razoável do processo e os meios para assegurar a celeridade de sua tramitação. (THEODORO JUNIOR, 2016, p., 350)

Cumpra ressaltar que observar o modelo constitucional de processo, que está inteiramente atrelado ao conceito de acesso à justiça efetiva, em *ultima ratio*, não é uma escolha, não é uma ideia que depende de adesão de certo número de pessoas, trata-se como nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno, de observância impositiva, sob pena de ulterior reconhecimento de eventual inconstitucionalidade, senão vejamos:

Sendo o direito processual civil um ramo do direito público, porque, em última análise, voltando ao estudo da atividade-fim do Poder Judiciário, o exercício da função jurisdicional, evidencia-se a indispensabilidade de seu estudo dar-se a partir da CF. Observar o modelo constitucional do direito processual civil, destarte, não é uma escolha teórica ou filosófica. Não é uma corrente de pensamento que dependa da adesão deste ou daquele autor, desta ou daquela doutrina. Como toda boa norma constitucional sua observância é impositiva, sob pena de inconstitucionalidade. (BUENO, 2016, p. 236)

Observa-se que trata-se de relação indissociável, de modo que para que o Estado preste a tutela efetiva, garantindo um acesso a justiça eficaz, delineado pelas garantias constitucionais previstas, imprescindível se entenda que o acesso à justiça não se traduz em mero acesso ao Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo em comento buscou discorrer sobre a tutela jurisdicional, mecanismo pelo qual se exerce o direito subjetivo de ação consagrado em nível constitucional. Pretendeu ainda abordar a complexidade do direito fundamental de acesso à justiça.

Buscou ainda o referido trabalho, analisar a efetividade e os reflexos do prolongamento da tutela jurisdicional.

De fato, conforme debatido alhures, o tema proposto é de suma importância para pesquisa aprofundada, bem como para colaboração com os operadores do direito, principalmente porque visa aprimorar e contribuir cada vez mais para solução dos litígios debatendo sempre meio para colocar à disposição do jurisdicionado um

acesso à justiça efetivo sobre o aspecto temporal e qualitativo sob o aspecto decisório.

Ademais, pode-se concluir que grande observância merece a análise do estudo processual com os olhares voltados para Constituição Federal de 1988, para que se entenda as garantias fundamentais que orbitam, que compõe o acesso à justiça e com isso, o tornam um direito fundamental complexo.

Por fim, insta salientar que o Estado detentor da jurisdição tem o dever de prestar a tutela, tem o dever minimizar todo e qualquer obstáculo que existe entre cidadão e Poder Judiciário inclusive durante a tramitação do processo, o que em última análise ensejará o cumprimento integral e efetivo do que assegura a Constituição Federal através do alcance máximo do direito fundamental de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Rio Grande do Sul. 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 17.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Cível nº 10687120040500002**. 15ª Câmara Civil. Relator: Des. Antônio Bispo, Belo Horizonte, 15 mai. 2014. Disponível em: <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120557176/agravo-de-instrumento-cv-ai-10687120040500002-mg>>. Acesso em: 28 out. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I.. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA EM JOHN RAWLS

Paula Michelle de Oliveira Assumpção¹

RESUMO

Neste artigo proponho a pensar que tipos de intervenção social podem ser realizadas com base nos conceitos de John Rawls apresentadas nas obras Uma Teoria da Justiça, publicada originalmente, em 1971 e Justiça como equidade – uma reformulação (2001), e responder até que ponto a justiça solidária pode ser justificada no pensamento de Rawls. Para isso examinarei sua concepção de justiça e, princípios norteadores, como o véu da ignorância, a posição original, e a necessidade de viabilizar o acesso mínimo e igual aos bens primários. Esta é uma investigação cujo objetivo é dirigir uma questão filosófica a uma questão prática, subdisciplina que tem como objetivo aplicar a reflexão filosofia a questão práticas. Este campo emergiu nos últimos anos da tomada de consciência de que muitos tópicos do debate público e ação governamental que buscavam ser baseados em evidências dependiam em grande parte de interpretação filosófica e são muitos beneficiados quando submetidos a uma análise crítica, especialmente àqueles que dependem, como neste caso, de questões de valor.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia. Justiça. Valores sociais.

¹ Mestre m Filosofia pela UFJF e Pós graduada em Direito Previdenciário e Direito Público.

E-mail: assumpcao.paula@estacio.br

INTRODUÇÃO

A obra Uma Teoria da Justiça teve significativo impacto no meio acadêmico, oferecendo uma alternativa ao utilitarismo, que justificava o sacrifício dos membros fracos da comunidade pelo benefício da maioria. Surgia uma teoria da justiça preocupada com o bem-estar social, e com o compromisso dos mais favorecidos para com os menos afortunados face a realidade desigual. Investigar a teoria de John Rawls, justifica-se pelo conceito de justiça aplicada às instituições sociais, pela aplicação que sua teoria teve em algumas políticas públicas de diminuição da desigualdade social, se tornando um dos filósofos mais citados fora da academia por líderes políticos e por magistrados em tribunais. Rawls defendia que o papel das instituições públicas fosse escolher meios de distribuir bens sociais primários e expectativas básicas a todos indistintamente.

Em seguida, no artigo Justiça como equidade- uma concepção política não metafísica (1985), Rawls desenvolve a ideia de que uma análise da justiça de cunho liberal aplicada ao campo da filosofia política seria mais facilmente entendida do que se apresentada como parte integrante de uma teoria filosófica abrangente. Na obra Justiça como equidade – uma reformulação, Rawls expressa a possibilidade de convergência entre as exigências da liberdade e da igualdade, com a contribuição da filosofia para a construção de um conjunto de normas e instituições justas.

1 Justiça e o contrato social

Tema muito caro ao direito é o conceito intrínseco de justiça que permeia toda a relação entre a legislação e o caso concreto. A construção de uma teoria voltada a estruturação da sociedade, seus princípios, bens fundamentais, e como as partes participam dessa conformação social foi tema pesquisado e debatido por várias áreas da ciência e em especial pelo filósofo John Rawls agora debatido.

O filósofo americano John Rawls (1921-2002) foi responsável por trazer ao debate da filosofia uma teoria contratualista da justiça e propor uma estrutura básica de uma sociedade cooperativa, alternativa à teoria utilitarista até então dominante.

O utilitarismo, representado por Jeremy Bentham, é uma teoria que propõe a maximização do bem-estar para o maior número de pessoas, sem se preocupar com a distribuição dos meios de satisfação. Para ele, uma ação nunca pode ser considerada boa ou má a não ser em virtude de suas boas ou más consequências com respeito à felicidade dos indivíduos envolvidos (CANTO, 2008). Durante muitos anos a ótica utilitarista trazida por autores como Jeremy Bentham de uma estrutura mais geral e focada no resultado pairava sobre as discussões de filosofia política e de agir moral.

A ética privada tem por objetivo a felicidade, sendo este também o da legislação. A ética privada diz respeito a cada membro, isto é, à felicidade e as ações de cada membro, de qualquer comunidade que seja; a legislação, por sua vez, tem a mesma meta. (BENTHAM, 1979, p.65)

Uma teoria teleológica, o utilitarismo, como movimento político e filosófico, surgiu com o intuito de reformar a estrutura da sociedade inglesa, preocupado com a eficiência e disposto a sacrificar as liberdades de pensamento e de crença da minoria. A noção de justiça sucumbe a noção de bem, destaca-se, o bem da maioria, o resultado prático. O próprio Rawls justificou que não achava a teoria até então dominante suficiente para proteção das liberdades básicas das pessoas e de seu estado civil.

A razão principal de buscar essa alternativa é, no meu modo de pensar, a fragilidade, da doutrina utilitarista como fundamento das instituições da democracia constitucional. Em particular não acredito que o utilitarismo possa explicar as liberdades e direitos básicos dos cidadãos como pessoas livres e iguais, uma exigência de importância absolutamente primordial para uma consideração das instituições democráticas. Utilizei uma versão mais geral e abstrata do contrato social usando para isso a ideia de posição original. (RAWLS, 1997, p. XIV)¹

A partir do fim da segunda guerra mundial, a sociedade encontrava-se sob o império de dois modelos econômicos: o capitalismo e o socialismo. Rawls não é um pensador alheio a seu tempo, e pretende superar a tensão entre capitalismo e

¹ Trecho pertencente ao prefácio exclusivo à edição brasileira, sem versão original em inglês publicada.

socialismo sem prescindir da liberdade e ao mesmo tempo promovendo a igualdade entre os cidadãos. O filósofo valoriza a democracia como sistema político, no entanto, aponta para a necessidade de maior intervenção estatal no sentido de garantir direitos fundamentais, especialmente os de primeira e segunda geração.

Em 1971, Rawls trouxe uma abordagem nova a estes problemas, uma de suas principais obras *Uma Teoria da Justiça* onde ele defende a importância de uma concepção de justiça a nortear a estrutura básica da sociedade e as instituições sociais:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira, da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se injustas. (RAWLS, 1997, p. 3-4).

Para isso, é definido o papel da justiça. A teoria da justiça de John Rawls é influenciada pela teoria contratualista do século XVII e XVIII. Já no prefácio ele apresenta sua intenção; *“Minha tentativa foi de generalizar e elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social representada por Locke, Rousseau e Kant”*. (RAWLS, 2000, XIV)

Enquanto Kant estabelece a ideia de dever como fruto de uma razão pura *a priori*, ou seja, independente da experiência, Rawls propõe que essa razão também é capaz, através de um pacto de todos com todos, de estabelecer princípios racionais universais equitativos para a estrutura básica de uma sociedade bem organizada. Escolhas que racionalmente possam ser realizadas, através de um exercício deontológico. Essa influência de Kant é apontada pelo próprio autor: *“A noção do véu da ignorância está implícita, creio eu, na ética kantiana”*. (RAWLS, 1997, p. 151).

Pode-se perceber ainda outras demonstrações da influência kantiana quando enumera as condições formais do conceito de justo, em especial a publicidade, quando discorre sobre a autonomia, a escolha de princípios morais racionais e a equivalência dos princípios ao imperativo categórico. Catherine Audard defende a adequação da interpretação kantiana de Rawls, que justifica parte da argumentação do filósofo de *“construir uma teoria da justiça que seja plenamente autônoma e adaptada às condições da democracia, a fim de que os princípios de justiça sejam*

aqueles que escolheriam, eles mesmos, os cidadãos livres e iguais, racionais e razoáveis e postos em condições equitativas”(AUDARD, 2011, p.21). Sobre a escolha dos princípios que nortearão a sociedade, com base em uma escolha desinteressada e imparcial, a pesquisadora francesa escreveu:

Rawls lerá Kant de modo diferente, em particular a segunda formulação do imperativo categórico toma para ele uma significação central: “Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza”. Ele vê na democracia moderna, em particular nos regimes constitucionais nos quais o Estado de direito contrabalança os excessos da soberania popular, o lugar da “fenomenalização” da liberdade, da realização do poder prático da razão, do “reino dos fins”. (AUDARD, 2011, p.20)

É preciso, entretanto, observar o seguinte: o contratualismo parte da ideia de organização social dos indivíduos como membros de uma sociedade que se origina de um acordo de vontades, no consentimento de que é necessário sair do estado de natureza e garantir aos homens uma natureza civil. A perspectiva do contrato social corresponde a uma estrutura social básica, na qual as partes da sociedade convivem em colaboração, para tentar ordenar os conflitos de interesses, a distribuição dos benefícios, e a escassez de recursos. A teoria de Rawls ultrapassa o contrato social, pois apresenta uma teoria política da justiça, como afirma seu artigo lançado anos depois *Justiça como equidade, uma teoria política, não metafísica*.

Na obra *Uma Teoria da Justiça*, Rawls rejeita o utilitarismo, o intuicionismo² e o perfeccionismo³. O argumento de rejeição é de que o utilitarismo se preocupa apenas com a satisfação pelo resultado. Ainda que o procedimento para tal não seja

² Com este termo são indicadas atitudes filosóficas ou científicas diversas, que têm em comum o recurso à intuição no sentido mais geral do termo. Em particular, relacionam-se sob o nome de Intuicionismo as seguintes correntes: 1. a filosofia escocesa do senso comum, por admitir que a filosofia se fundamenta em certas verdades primitivas e indubitáveis, conhecidas por intuição (v.SENSO-COMUM); 2. a doutrina de Bergson, segundo a qual a intuição é o órgão próprio da filosofia; 3. a doutrina de N. Hartmann e de Scheler, segundo a qual os valores são objeto de uma intuição que se identifica com o sentimento (v.VALOR).

³ Esta palavra é (raramente) empregada em dois significados: Para indicar o ideal moral que consiste em perseguir a própria perfeição moral ou de outrem, ou seja, a capacidade de agir em conformidade com o dever, que implica também a cultura das faculdades físicas e mentais do homem. Neste sentido, é P. o ideal moral expresso por Kant na introdução ao segundo volume da *Metafísica dos costumes* -, para indicar a crença no progresso, acompanhada pelo compromisso de contribuir para ele. Neste sentido, a palavra às vezes é usada na filosofia anglo-saxônica contemporânea.

justo ou adequado. Rejeita o intuicionismo, por causa da subjetividade de julgamento. E refuta o perfeccionismo por causa da ameaça que representa ao pluralismo existente na sociedade.

Em 1993, o professor harvardiano publica *O Liberalismo Político*, quando tratou da ideia de razão pública mostrando argumentos que guardam relação com a obra de Rousseau afirmando:

Em contraste, a razão pública, com o seu dever de civilidade, oferece uma interpretação sobre o voto, quando questões fundamentais estão em jogo, que de certa forma é remanescente do Contrato Social de Rousseau, que via o voto como um ato que, em termos ideais, exprime nossa opinião em relação a qual das alternativas promove o bem comum da melhor maneira. (RAWLS, 2000, p. 269).

Podemos nos deparar com a questão: porque a realização de um contrato social? Há na teoria de Rawls a intenção de solucionar um problema real, qual seja, maximizar as expectativas dos menos favorecidos, lidando com a concentração desigual de bens (renda, riqueza) e com o fato de que uns nascem ricos, outros pobres, outros com muitos talentos, outros sem nenhum. Ainda que esse problema fosse resolvido pela satisfação da maioria, como versa o utilitarismo, a incerteza de que haverá sucesso é maior, e ainda gerará inúmeras dificuldades, daí a relevância do contrato, e ele explica: “*É nesse ponto que o conceito, de um contrato tem um papel definido: sugere a condição da publicidade e delinea os limites do que pode ser acordado.*” (1997, p. 191)

A justiça assegura a cada indivíduo uma natureza civil dentro da sociedade, indica seus direitos e suas liberdades, entretanto, por mais simples que seja a comunidade sempre existirão conflitos quanto a escassez de recursos, e os desejos dos envolvidos, surge então a necessidade do estabelecimento de princípios, que depois servirão como caminho para a definição da organização social, distribuição de tarefas, vantagens, etc.

A justiça como equidade adota algumas premissas, como a que a teoria será aplicada a uma sociedade bem ordenada e regulada por uma concepção pública de justiça, a qual Rawls nomeia de consenso sobreposto, entendida como aquela em que todos os indivíduos aceitam e sabem que outros aceitam os mesmos princípios de justiça. Consequência desse processo de organização social é a criação das

instituições que realizarão as práticas de proteção dos direitos fundamentais, ações de cooperação, segurança e em macro escala até a relação com outros Estados-nação. Rawls articula toda essa organização de justiça na obra basilar *Uma teoria da justiça*, a qual chamou de estrutura básica da sociedade.

1.1 ESTRUTURA BÁSICA DA SOCIEDADE

Rawls apresenta um contrato social hipotético, no qual as pessoas seriam reunidas numa situação inicial, denominada por ele como posição original, e assim poderiam deliberar uma série de princípios que seriam responsáveis por organizar as prioridades através das instituições. A teoria do contrato pressupõe indivíduos racionais dispostos a organizar uma sociedade justa como ele cita expressamente em sua obra *“numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais”* (RAWLS, 1997, p.4).

A construção da concepção de justiça do filósofo não se baseava nos termos legais, ou na justiça praticada nos tribunais, nem tão pouco esta pesquisa se aterá sobre essa conotação do conceito. Rawls deixa claro que tratará da estrutura básica da sociedade, da maneira pela qual as instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais, e determinam a divisão de vantagens.

A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade. [...] Não considerarei a justiça de instituições, e práticas sociais em geral, nem a não ser de passagem, a justiça das leis nacionais e das relações internacionais (§58). Portanto, se supusermos que o conceito de justiça se aplica sempre que há uma distribuição de algo considerado racionalmente vantajoso ou desvantajoso, estaremos interessados em apenas uma instancia de sua aplicação. (RAWLS, 1997, p.8).

Mas o conceito de justiça é altamente subjetivo e pode ser modificado de acordo com os interesses e o envolvimento das partes envolvidas, natural da vida humana. O filósofo já previa como os propósitos da cooperação deveriam ser entendidos, fez então, uma distinção entre o conceito de justiça significando um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes, ponderando que as partes

envolvidas na hipotética posição original se deterão ao estabelecimento de princípios a partir da defesa de bens primários, que deveriam ser acessíveis a todos, indistintamente.

Essa concepção de justiça reflete uma diferenciação entre a teoria contratualista clássica e a proposta de Rawls, na qual, os princípios da justiça relacionados a uma estrutura básica seriam objeto do consenso original de pessoas livres e racionais que se comprometessem com um acordo de cooperação social.

Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações mutuas e qual deve ser a carta constitucional de fundação de sua sociedade. Assim como cada pessoa deve decidir com o uso da razão o que constitui seu bem, isto é, o sistema de finalidades que, de acordo com sua razão, lhe parece razoável perseguir uma vez por todas tudo aquilo que entre elas se deve considerar justo e injusto. A escolha que homens racionais fariam nessa situação hipotética de liberdade equitativa, pressupondo por ora que esse problema de escolha tem uma solução, determina os princípios da justiça. Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. (RAWLS, 1997, p. 13).

O efeito do contrato é produzir uma sociedade razoavelmente bem-ordenada, nas palavras de Rawls: *“Trata-se de uma sociedade na qual: (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem e geralmente se sabe que satisfazem esses princípios.”* (1997, p. 5). Embora, se reconheça que o conceito de sociedade bem-ordenada é raro e complexo.

O mérito da terminologia do contrato é que ela transmite a ideia de que princípios da justiça podem ser concebidos como princípios que seriam escolhidos por pessoas racionais e que assim as concepções da justiça podem ser explicadas e justificadas. A teoria da justiça é uma parte, talvez a mais significativa, da teoria da escolha racional. Mais ainda, os princípios da justiça tratam de reivindicações conflitantes sobre os benefícios conquistados através da colaboração social; aplicam-se às relações entre várias pessoas ou grupos. A palavra “contrato” sugere essa pluralidade, bem como a condição de que a divisão apropriada de benefícios aconteça de acordo com princípios aceitáveis para todas as partes. [...] É típico das teorias contratualistas ressaltar a publicidade dos princípios políticos. Uma observação final. A justiça como equidade não é uma teoria completa contratualista. Pois está claro que a ideia contratualista pode ser estendida à escolha de um sistema ético mais ou menos completo, isto é, um sistema que inclua princípios para todas as virtudes e não apenas para a justiça. (RAWLS, 1997, p. 18).

Para Rawls, a justiça é a principal virtude das instituições sociais e os princípios de justiça extraídos no contexto hipotético da posição original servem de diretrizes à estrutura básica da sociedade. A estrutura básica é um dos principais elementos da teoria de Rawls.

a estrutura básica da sociedade é a maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo. (RAWLS, 2003, p. 13).

Isto equivale dizer que os membros representativos na posição original escolhem os princípios da justiça que deverão ser aplicados nas instituições da estrutura básica da sociedade. As instituições da estrutura básica, para Rawls, são a constituição política, as formas de propriedade legalmente reconhecidas, a organização da economia, a concepção da família, etc.

Exatamente por essa complexidade envolvendo pessoas que sabidamente poderiam agir em defesa de seus próprios interesses ou para favorecimento de amigos próximos e parentes, é que Rawls descreveu a necessidade de uma posição original, em que todos estivessem em condição de igualdade.

A posição original é, poderíamos dizer, o status quo inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais por ela alcançados são equitativos. Isso explica a propriedade da frase “justiça como equidade”: ela transmite a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa. A frase não significa que os conceitos de justiça e equidade sejam a mesma coisa, assim como a frase “poesia como metáfora” não significa que os conceitos de poesia e metáfora sejam a mesma coisa. (RAWLS, 1997, p. 13-14)

A posição original é o equivalente ao estado de natureza, uma situação hipotética em que as partes se põem na posição de decidirem quais seriam os melhores princípios para regular a sociedade, e em seguida fazer suas regras. A noção do contratualismo se torna apropriada para submeter as pessoas aos procedimentos e instituições somente se, dadas às oportunidades, elas concordarem com os princípios escolhidos.

A teoria de John Rawls se depara com uma questão de foro íntimo, de ética e moral. Quem seriam as pessoas que podem participar plenamente de um sistema equitativo de cooperação social? Rawls responde à pergunta afirmando que as pessoas podem participar plenamente de um sistema equitativo de cooperação social, se for atribuído a elas duas capacidades, a de ter senso de justiça e a de ter uma concepção pautada no bem, quais sejam, a capacidade de aplicar e agir conforme a norma instituída, e capacidade de revisar sua conduta de acordo com a noção de bem.

Rawls sugere então que a posição original seja coberta com o véu da ignorância. Não bastariam tão somente as condições de igualdade para que a escolha e a interpretação dos princípios fossem uma busca de uma sociedade cooperativa. Pensando nisso é necessário que as partes não saibam como as alternativas vão afetar o seu caso em particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais.

Supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe, ou seu status social; além disso ninguém conhece sua sorte na distribuição dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante [...] a fim de levarem adiante a ideia da posição original, as partes não devem conhecer as contingências que as colocam em oposição. (RAWLS, 1997, p. 147)

O Estado Democrático e Social de Direito passa a fundar-se sobre o valor da pessoa humana, sua liberdade e sua dignidade, mas precisa lidar com o pluralismo de diversos grupos às vezes conflitantes, razão pela qual a noção de consenso sobreposto é introduzida.

A noção de consenso sobreposto é introduzida para tornar a noção de sociedade bem-ordenada mais realista e ajustá-la às condições históricas e sociais de sociedades democráticas, que incluem o fato do pluralismo razoável. (RAWLS, 2003, p.44).

O conceito de uma sociedade como sistema equitativo de cooperação se trata de uma ideia fundamental na revisão da teoria do filósofo americano, carrega um sentido que se identifica no comprometimento de cada indivíduo com o coletivo

ao qual pertence desde as escolhas e defesas dos bens primários até as ações estatais sob o formato de políticas públicas de repercussão geral:

Podemos precisar a ideia de cooperação social indicando três de seus elementos:

1. A cooperação é distinta de uma atividade que fosse coordenada apenas socialmente, como, por exemplo, as ordens emitidas por uma autoridade central. A cooperação é guiada por regras publicamente reconhecidas e por procedimentos que aqueles que cooperam aceitam e consideram como regendo sua conduta com toda a sua razão.
2. A cooperação implica a ideia de que os seus termos são equitativos, de que cada participante pode razoavelmente aceitá-los, como a condição de que todos os outros aceitem igualmente. Os termos equitativos de cooperação implicam uma ideia de reciprocidade ou de mutualidade. É a concepção da justiça política que define os termos equitativos da cooperação. Dado que o objeto primeiro da justiça é a estrutura básica da sociedade.
3. A ideia de cooperação social exige que se tenha uma ideia de vantagem racional de cada participante, isto é, do bem. (RAWLS, 1985, p.35).

Desse modo, percebe-se que com a cooperação todos ganham, pois todos aceitam os termos estabelecidos, sem tirar vantagens dos demais, ou seja, as regras e os procedimentos são aceitos por todos, sendo termos equitativos de cooperação. Em um dado momento, Rawls entende que a ideia de cooperação vai requerer uma ideia baseada na vantagem racional ou no bem de cada um que participa dessa cooperação.

Para Rawls, a ideia de reciprocidade seria uma qualidade que as pessoas possuem, ou seja, as pessoas livres e iguais cooperam conjuntamente em termos que todos possam vir a aceitar. Essa ideia encontra-se entre a imparcialidade, que pode até ser explicada pelo altruísmo, no interesse do bem comum, e a ideia de benefício mútuo. Logo, a cooperação vai gerar um benefício mútuo a todos integrantes que dela participarem.

As liberdades e direitos básicos e sua prioridade garantem igualmente para todos os cidadãos as condições sociais para o desenvolvimento adequado e para o exercício pleno e consciente de seus dois poderes morais – sua capacidade para um senso de justiça e sua capacidade para uma concepção do bem – naquilo que chamo de os casos fundamentais. O primeiro caso fundamental é a aplicação dos princípios da justiça à estrutura básica da sociedade pelo exercício do senso de justiça dos cidadãos. O outro caso fundamental é a aplicação dos poderes de raciocínio e pensamento crítico dos cidadãos na formação, na revisão e na busca racional de sua concepção de bem. (RAWLS, 1997, p. XV)

Contudo, para Rawls, os membros na posição original não necessariamente devem produzir um acordo no tocante à forma de governo a ser instituída na sociedade, mas, sim, extrair princípios normativos de justiça capazes de regular e preservar ao longo do tempo uma sociedade bem-ordenada.

Uma característica essencial da posição original é que os membros que formariam o acordo sobre os princípios estariam sob um véu de ignorância. Além disso, cumpre destacar que as circunstâncias metodológicas da posição original garantem a impossibilidade de as partes assumirem riscos e tomarem decisões sobre os princípios de justiça baseados em cálculos de probabilidade. O que importaria a eles ter conhecimentos específicos sobre as condições e consequências dos assuntos debatidos.

Na condição hipotética ideal de que os indivíduos representativos se encontram em uma posição original há necessidade de deliberação. Desse modo, as instituições se organizariam e buscariam a melhor maneira em um sistema estruturado formado por pessoas livres, para tomarem decisões sob o véu da ignorância.

O grosso véu da ignorância priva o conhecimento de todos sobre suas próprias circunstâncias particulares, garantindo imparcialidade. As informações sobre o lugar na sociedade que cada um recebeu da loteria natural são retiradas. Classe, status, cor, gênero, preferências, o acesso aos recursos naturais, capacidades, projetos de vida e dotes pessoais também não são conhecidos, eis que levariam o mais comprometido dos indivíduos a optarem por princípios que favoreçam suas condições. Até mesmo as informações sobre a sociedade, política, economia, cultura são excluídas. São possíveis apenas noções genéricas. O fato de que as pessoas estão em condições iguais, norteia a importância da posição original, e a ignorância das condições pessoais é justificável, pois é impossível negar que: *“Se um homem soubesse que era rico, ele poderia achar racional defender o princípio de que vários impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; se ele soubesse que era pobre, com grande probabilidade proporia o contrário.”* (RAWLS, 1997, p.21).

O véu existe para garantir que em posição semelhante, um exercício de igualdade forçada, ninguém escolherá um arranjo que beneficie certo grupo ou

classe, pois desconhece ao qual grupo ou classe pertence e convive com a dúvida de se auto prejudicar. O exemplo da distribuição do bolo representa bem o intuito. O encarregado de cortar e repartir as fatias, não cortará o bolo de maneira desproporcional se tiver consciência de que será seu o último pedaço. Interessado em satisfazer sua vontade, para garantir o maior pedaço possível, o bolo será cortado em fatias iguais.

Geralmente, as pessoas mais pobres na sociedade são as mais vulneráveis, pois, em sua grande maioria carecem de alimentação, de dinheiro, de saúde, enfim, de condições dignas em defesa de seus direitos, o que leva a um enfraquecimento na capacidade de argumentação e defesa dos seus interesses. Sendo necessária a atuação da estrutura básica da sociedade, representada pelas instituições para a escolha da correta distribuição de riquezas.

A circunstância da posição original, coberta por um véu de ignorância, é uma situação hipotética de um exercício mental, que impõe outros elementos como restrições formais que os princípios devam conter para serem considerados justos e inseridos no conceito de equidade, as partes entendem as relações políticas, base da organização social, e outros fatos genéricos.

A autonomia e a objetividade devem estar presentes: as pessoas são autônomas quando agem conforme seu próprio entendimento; e os princípios de justiça são escolhidos de forma que sejam aplicados para todos. No que se refere a autonomia, a professora Catherine Audard acrescenta:

A autonomia está inscrita na concepção de razão pura prática como a capacidade de construir um objeto conforme a concepção que nós fazemos dele: uma teoria da justiça conforme às ideias da pessoa e da sociedade que constituem o conteúdo normativo de uma democracia constitucional. O construtivismo é, por conseguinte, a única aproximação da justiça que é compatível com a autonomia, porque ele a expressa não como um valor, mas como o resultado de um procedimento de autenticação e de justificação. (AUDARD, 2011, p.25)

O que torna a teoria rawlsiana um expoente do construtivismo político é a noção de uma concepção principiológica de ética onde os indivíduos estabelecem normas sociais compartilhadas e anúdas por todos em condições de igualdade. A posição original legitima as partes envolvidas na deliberação do consenso sobreposto como agentes de construção que escolhem os princípios, os quais todos

os cidadãos podem seguir, sem atentar contra a pluralidade cultural, razão pela qual a teoria é conhecida por ser de construtivismo político, e não moral.⁴

Há certas condições que os princípios devem ter para ordenar as circunstâncias da justiça, pois é natural que a sociedade seja formada por várias concepções de vida, tenham ideais filosóficos e religiosos diferentes, o que abre possibilidade para condutas egoísticas e negligentes. Todavia a posição original tem o objetivo de incorporar o máximo de concepções aplicadas de maneira indiferente:

Assim, a justiça é a virtude de práticas nas quais há interesses concorrentes, e as pessoas se sentem habilitadas a impor seus direitos umas às outras. Em uma associação de santos que concordassem com um ideal comum, se tal comunidade pudesse existir, disputas sobre a justiça não ocorreriam. Cada um trabalharia abnegadamente para um objetivo (supondo que ele fosse claramente definido) resolveria todas as questões da justiça. Mas uma sociedade humana é caracterizada pelas circunstâncias da justiça. (RAWLS, 1997, p. 140)

Quando Rawls se refere a circunstâncias da justiça ele se refere a situações diárias da vida em sociedade, a qual não se trata de uma busca incessante de seus objetivos, para cada desejo de um indivíduo, há um confronto, ou uma invasão na seara de direitos de outro, desejos conflitantes, ou dependentes entre si. Neste momento os princípios são necessários para que a justiça seja realizada sob a forma de um acordo.

Nas palavras de Flávia Renata Quintanilha:

Desta maneira, o homem se insere primordialmente na sociedade pela posição original. Com esse argumento Rawls visa assegurar que os consensos básicos sejam estabelecidos de maneira equitativa, isto é, que os acordos sobre os princípios básicos no interior da estrutura básica social sejam justos e garantam uma cooperação social para seus cidadãos tidos como livres e iguais, bem como informados e racionais. Este acordo deve, portanto, ser visto como hipotético e ahistórico. (QUINTANILHA, 2010, p.37)

⁴ “Vê-se que o construtivismo de Kant pretende a construção de princípios morais, ou seja, princípios que os agentes devem utilizar para regular as máximas relativas à sua conduta. Rawls, por sua vez, pretende que a PO seja um mecanismo de construção, através do qual apenas princípios de justiça sejam acordados (construídos) a partir de uma concepção de liberdade e igualdade.” (FEIJÓ, 2011, p.19)

É hipotético, eis que há uma ponderação do que se seria a escolha, é ahistórico, pois não reflete uma situação anterior, nem se consumirá em um futuro. Neste contexto os princípios devem refletir o que Rawls chamou de “*restrições do conceito de justo*” (1997, p. 140) condições formais que decorrem da função dos princípios na composição de conflitos de interesses, tais como; ser gerais e genéricas, sem a identificação de pessoa, gênero, sexo, credo. De modo a se constituir em um estatuto público.

Além de gerais os princípios devem ser universais: “*devem se aplicar a todos, em virtudes de todos serem pessoas éticas. Além disso, se a aplicação de um princípio por todos atingir resultados autocontraditórios, ou inconsistentes, ele deverá ser excluído*” (RAWLS, 1997, p.143). O que corrobora com a afirmação de que a sociedade bem ordenada de Rawls pressupõe que todos aceitem a mesma concepção política de justiça. Uma terceira condição é a publicidade. Ou seja, as pessoas têm consciência de que escolheram esses princípios como publicamente reconhecidos. A condição da ordenação exige que se estabeleça uma ordenação transitiva capaz de ordenar todas as reivindicações.

E a última é a finalidade, ou o caráter definitivo dos princípios: “*As partes devem avaliar o sistema de princípios como a última instância de apelação do raciocínio prático*” (RAWLS, 1997, p. 145). Essa condição afirma que os princípios devem servir de orientação para que a aplicação da justiça social seja sempre conforme os fins estabelecidos na posição original, impõe a fiscalização, impede ponderações egoístas. Esta condição leva a conjugação dessas condições a um termo conclusivo que é superior ao interesse próprio. E não é possível refazer todo o procedimento de análise das reivindicações sociais, independente do resultado. Esse primado garante que as escolhas que virão nos estágios deliberativos guardam equilíbrio e imparcialidade. Na posição original, não há interferências das próprias convicções.

A partir desta conjugação Rawls apresenta sua concepção de justo:

É um conjunto de princípios, gerais em sua forma e universais em sua aplicação, que deve ser publicamente reconhecido como uma última instância de apelação para a ordenação de reivindicações conflitantes de pessoas éticas. [...] de fato excluem as variantes do egoísmo listadas anteriormente. A condição de generalidade elimina tanto a ditadura da

primeira pessoa quanto as formas de interesse exclusivista. (RAWLS, 1997, p. 145-146)

1.2 OS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA

A partir da elaboração da posição original, Rawls apresenta os princípios de sua teoria de justiça, que nortearão as instituições. Assim, a escolha dos princípios de justiça segue a condição do reconhecimento de que devem ser os mais apropriados para a obtenção desse consenso sobreposto. Além disso, eles devem ser lidos e aplicados numa ordem lexical, isto é, cumpre-se o primeiro princípio onde o autor prega a liberdade igual para todos, efetivando os direitos de 1ª geração, e depois se passa ao segundo, onde o autor reconhece a existência das desigualdades, porém delimita uma solução: o princípio da igualdade de oportunidades (que seriam os direitos de 2ª geração) e o princípio da diferença (favorecer o máximo possível os desfavorecidos).

Quanto aos princípios da justiça, Rawls afirma que eles deveriam observar as seguintes concepções:

Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença). (RAWLS, 2003, p. 60)

Importante salientar a ordem lexical desses princípios; o da liberdade igual vem primeiro que o da igualdade e o da igualdade equitativa de oportunidades vem primeiro que o da diferença, de modo a impedir violações da ordem dos direitos fundamentais, e ainda barganhas que possam desvirtuar a aplicação dos princípios.

Os princípios que Rawls optou por defender não foram escolhidos a ermo, eles representam uma dimensão da efetivação de direitos fundamentais.

O primeiro princípio, relativo à igualdade e à liberdade entre os indivíduos, tem como função incluir todos os cidadãos na estrutura básica em situação de igualdade e, desta forma, garantir a eles suas liberdades básicas, ou seja, liberdade política, de expressão, de consciência, de não agressão física ou coerção psicológica e de propriedade. O segundo princípio (princípio das desigualdades sociais e econômicas), a ordem lexical também será seguida: as desigualdades devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo consideradas vantajosas para todos dentro dos limites razoáveis, e vinculadas a posições de cargos públicos acessíveis a todos. (QUINTANILHA, 2010, p.37)

No primeiro princípio, tem-se o princípio da liberdade igual por intermédio do qual as pessoas devem ter o direito a um projeto pleno de direitos e liberdades básicas iguais para todos.

Assim distinguimos entre os aspectos do sistema social que definem e asseguram liberdades básicas iguais e os aspectos que especificam e estabelecem as desigualdades econômicas sociais. É essencial observar que é possível determinar uma lista dessas liberdades. As mais importantes entre elas são a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integrante da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito. (RAWLS, 1997, p.65).

A prioridade da liberdade, estabelecida em primeiro lugar em uma ordem léxica não é um acaso, os princípios devem ser lidos, interpretados e aplicados nesta ordem, significa que: “*não permitem permutas entre liberdades básicas e ganhos sociais econômicos, a não ser em circunstâncias atenuantes.*” (1997, p. 67), o que demonstra mais uma menção de Rawls especificamente voltada para contradizer o utilitarismo.

No segundo princípio, existe uma divisão em duas categorias, sendo que a primeira seria ‘o princípio da igualdade equitativa de oportunidades’ referenciando à vinculação de cargos e posições abertos a todas as pessoas na sociedade de forma igual.

E, no segundo caso, há o ‘princípio da diferença’, baseado na concepção de poder haver desigualdades sociais desde que os ‘menos favorecidos’ possam, a partir dessas desigualdades, beneficiarem-se na sociedade.

Nessa primeira abordagem, o segundo princípio se aplica a distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade. Apesar de a distribuição de riqueza e renda não precisar ser igual, ela deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, as posições de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos. Aplicamos o segundo princípio mantendo as posições abertas, e depois, dentro desse limite, organizando as desigualdades econômicas e sociais de modo que todos se beneficiem. (RAWLS, 1997, p.65)

O segundo princípio diz respeito a distribuição da renda e da riqueza. Este princípio traz ainda em seu escopo a definição de que a renda não precisa ser igual, mas deve apresentar vantagens para todos, e principalmente de que Rawls tinha a preocupação com uma maneira de equilibrar o desenvolvimento do capital com a preocupação social. Destaco ainda que a obra do autor determinava que a violação das liberdades individuais fixadas no primeiro benefício não será permitida ainda que para a obtenção de vantagens econômicas.

Tal ajuste seria feito pelos princípios, em especial o princípio da diferença, pois pode se aplicar a política fiscal, econômica, pode se aplicar a sistemas sociais, podendo ser utilizado para promover participação em posições sociais relevantes, motivo pelo qual o princípio da diferença tem relevância política.

O princípio da diferença é pautado no fato de que as desigualdades sociais e econômicas só serão justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos, e ainda de modo a amparar os membros menos favorecidos da sociedade. A distribuição deve ser feita de tal modo que a expectativa dos menos favorecidos seja elevada ao máximo, sem que a alocação dos recursos chegue ao ponto de eliminar a expectativa dos mais favorecidos, nem que as liberdades básicas sejam sacrificadas. Ou seja, o princípio da diferença garante que todos ganhem, mas prioriza a situação dos menos favorecidos. Com isso em mente, qualquer pessoa na posição original não tem meios de obter vantagens egoisticamente para si mesma, mas também não tem motivos para concordar com desvantagens, reforçando o consenso na posição original.

O objetivo seria integrar a igualdade a um entendimento de igualdade democrática através de aplicações de princípios da justiça consistentes em igualdade de oportunidades e o princípio da diferença. Os dois princípios de justiça determinados por Rawls, na posição original, e organizados de forma serial, a fim de

que possam ser aplicados à estrutura básica da sociedade e assim realizar sua teoria de justiça como equidade são o princípio da liberdade igual e da diferença.

Este último tem base na argumentação de que se uma vantagem é obtida sem prejuízo dos demais, isto deve criar uma obrigação para com terceiros. Rawls defende que a sociedade deve se comprometer com a garantia de bens primários para todos, em um claro entendimento que posteriormente valida a implementação de ações positivas do Estado na implementação de políticas públicas que visem garantir vantagens aos menos favorecidos.

Para ilustrar o princípio da diferença, consideremos a distribuição de renda entre as classes sociais. Suponhamos que os vários grupos pertencentes a diferentes faixas de renda estejam correlacionados a indivíduos representativos, e que em referência às expectativas destes últimos possamos julgar a distribuição. Ora, digamos que aqueles que de início estão na classe dos trabalhadores não especializados. Parece provável que isso será verdadeiro mesmo quando as injustiças sociais agora fossem eliminadas. O que, então pode justificar esse tipo de desigualdade inicial nas perspectivas de vida? De acordo com o princípio da diferença, a desigualdade é justificável apenas se a diferença de expectativas for vantajosa para o homem representativo não especializado. [...] Supostamente, dada a cláusula do segundo princípio referente às posições abertas e o princípio da liberdade de uma maneira geral, as maiores expectativas permitidas aos empresários os encorajam a fazer coisas que elevam as perspectivas da classe trabalhadora. (RAWLS, 2000, p. 82)

Assim sendo, é visível na teoria de Rawls, que os indivíduos devem necessariamente concordar com os dois princípios, onde direitos e liberdades devem ser tão extensos quanto possível, para cada indivíduo, desde que não a ponto de infringir direitos e liberdades dos outros indivíduos e as desigualdades sociais e econômicas devem estar igualmente disponíveis para qualquer posição prover o melhor benefício pela menor desvantagem.

Exemplos do primeiro princípio tem relação com a ampla gama de liberdades básicas do indivíduo, entendido como um cidadão participante de um estado de direito. São, portanto, a liberdade política – de votar e ser votado - de expressão, de reunião, de propriedade privada, etc. Essas liberdades devem ser iguais a todos os indivíduos.

Já o segundo princípio, da diferença, se aplica à distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade. Na primeira parte, existem dois pontos fundamentais sobre a

igualdade econômica: a perspectiva liberal tradicional, capitalista, que permite a desigualdade generalizada de riqueza, uma vez que essa é decorrente da capacidade de cada um, das condições de sorte e de famílias afortunadas; a perspectiva socialista, que defende uma divisão igualitária dos bens.

O princípio da diferença tem outro mérito delineado por Rawls em sua obra, ele apresenta uma interpretação do princípio da fraternidade que demonstra mais uma vez a tentativa de moldar o ideal de estima social a questões políticas. Nos próximos capítulos trataremos de como esses princípios são escolhidos para reger a estrutura básica da sociedade, formando um conceito de justiça procedimental pura e equânime.

Assim Rawls apresenta princípios que devem ser seguidos pelos indivíduos, com um exercício de juízo ponderado que consiste em um desejo de agir conforme as leis de forma imparcial de modo que os direitos e liberdades dos indivíduos envolvidos sejam avaliados de forma justa. Uma pessoa é injusta na medida em que por caráter e inclinação não aplica tais ações. A partir dessa aplicação imparcial referendada pela lei e pelas instituições é uma forma de realização da justiça formal.

Estes dois pilares compreendem a ideia de justiça formulada por Rawls. A concepção do autor considera a necessidade de estabelecer certa ordem e principalmente universalizar o acesso à certos direitos, aos quais ele chama de bens primários. Uma vez que se esteja em uma situação de bem-estar acima da luta pela sobrevivência, a liberdade adquire prioridade sobre o bem-estar econômico ou sobre a igualdade de oportunidades. Assim vemos como essa teoria de justiça apresenta uma ótica igualitária do ponto de vista do liberalismo político.

1.3 CONCEITO DE BENS PRIMÁRIOS

Rawls chama de ‘bens primários’ o conjunto de bens que garante o mínimo de condições necessárias a todos os indivíduos. Em sua definição, “*os bens primários, para apresentá-los em categorias amplas, são direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza*” (RAWLS, 1997, p.98). Aqueles necessários como condições sociais e como meios que permitam às pessoas buscar suas realizações de acordo com seus projetos e convicções pessoais.

Rawls introduz conceitos de valorização do indivíduo e de sua autonomia, tais como; auto respeito e autoestima, sem preterir jamais as liberdades de consciência, liberdades políticas, liberdade de expressão, e começa a discorrer sobre a preocupação que esse mínimo de condições exista aos menos favorecidos. Condições de saúde, educação, divisão de renda e riqueza, participação política, tudo que um cidadão precisa independente de suas concepções de bem. Rawls defende que assegurem a escolha racional e razoável dos princípios instituídos em sua teoria, e são esses bens que ensejam uma política positiva das instituições para garantia da igualdade de oportunidades e de direitos fundamentais.

A expressão 'direitos fundamentais' apareceu na França no ano de 1770 no movimento político que conduziu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Porém, foi na Alemanha que o termo se desenvolveu adquirindo uma conotação mais específica, no sentido de os direitos fundamentais designarem direitos básicos do ser humano, quer como indivíduo, quer como pertencente a uma comunidade, que devem ser respeitados e garantidos pelo Estado. O autor italiano Norberto Bobbio entende os direitos fundamentais como aqueles que:

Não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. (BOBBIO, 2004, p.20)

É evidente que os direitos não surgem de maneira a proteger todas as esferas da vida do homem e da vida em sociedade ao mesmo tempo, e sim de acordo com as necessidades que surgem novas exigências. *“Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos conforme a demanda de cada época, tendo esta consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais dando origem à classificação em gerações.”* (NOVELINO, 2009, p. 362)

Segundo Norberto Bobbio:

Num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o

indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado. (BOBBIO, 2004, p. 32)

Esses são os chamados direitos de primeira geração. Demonstram uma preocupação de limitar o poder do estado, tutelando as liberdades individuais e de natureza civil, correspondem a um não agir do Estado, também chamados de liberdades negativas. Eles surgiram juntamente com a Revolução Francesa, entre os séculos XVIII e XIX, como forma de afastar o poder monárquico absolutista.

Vale recorrer aos dizeres de Samuel Antônio Merbach de Oliveira em artigo publicado na Revista Eletrônica de Filosofia *Theoria*, eles contemplam os direitos *“que se fundamentam no contratualismo de inspiração individualista, demonstrando claramente a demarcação entre Estado e não-Estado, o qual é composto pela sociedade religiosa e pela sociedade civil”* (2000, p.18)

Em seguida surge a necessidade de um agir positivo do Estado, a liberdade ampliada gerou o desenvolvimento econômico e a revolução industrial, causou um desequilíbrio social e fez surgir a demanda de proteção social. Cabe ao Estado agir, assegurar e garantir a igualdade entre as pessoas, e por isso esses direitos também são denominados de direitos de igualdade.

Num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais - concebendo a liberdade não apenas negativamente, como impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado). (BOBBIO, 2004, p. 32)

Neste momento há a ascensão do estado do bem-estar social, e surgem as legislações para segmentos e categorias específicas da sociedade, especialmente tratadas nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica a alguns grupos.

Como já mencionado, Rawls tem a característica de ser um filósofo que se debruçava sobre as questões do seu tempo, e sua teoria, apesar de criticada por vários estudiosos, tem o mérito de trazer à discussão filosófica a questão do que é uma sociedade justa, universal, com pilares conceituais sobre como as instituições deveriam se guiar para aplicação dos direitos fundamentais, por ele tratados de bens primários. Isso tudo numa sociedade ideal democrática e liberal, onde o

Estado não concentre os meios de produção, e onde a riqueza não esteja concentrada na mão de poucos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim este artigo abordou como uma sociedade ideal seria estabelecida entre pessoas racionais a partir de um contrato social entre as partes e como a justiça guia a construção desta sociedade. Também foram tratadas questões de moral e ética quanto a classificação de um indivíduo como eletivo a participar de uma sociedade deste tipo. Foram apresentados os princípios da justiça da teoria rawlsiana, a importância da sobreposição de certos princípios sobre os outros, as características e implicações de cada um nesse modelo de sociedade. Por fim, discutimos quais são os bens primários vistos como indispensáveis e fundamentais para a sobrevivência e realização dos indivíduos na sociedade idealizada por Rawls. Concluindo pela necessidade da promoção de uma sociedade mais justa para aplicação da legislação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUDARD, Catherine. Introdução: John Rawls e o conceito do político. In: RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Justiça e Direito). p. XIII-XXXVII.

_____. A coerência da teoria da justiça. Tradução de Sônia Schio e Luís Rubira London School of Economics
<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/viewFile/8694/5737> . Acesso em 02 de janeiro de 2019.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009.

QUINTANILHA, F.R. **A concepção de justiça de John Rawls**. Revista eletrônica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Vol. 3 – nº. 1. Junho de 2010. Disponível em:
<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/viewFile/6107/5176>>.
Acesso em 17 mar 2018.

QUINTANILHA, F. R. **Posição original, consenso sobreposto e autonomia: notas sobre o debate entre Rawls e Habermas.** *Kínesis - Revista de Estudos dos Pós-Graduandos em Filosofia da UNESP*, v. II/3 (2010). Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/kinesis/article/view/4346/3163>>. Acesso em 17 mar 2018.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 1997.

A FUNÇÃO SOCIAL DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DIANTE AS GARANTIAS E EVENTUAIS PREJUÍZOS NA MULTIPLICIDADE DE CONTRATOS

Danielle Silva Oliveira¹

RESUMO

O presente trabalho visa apresentar e demonstrar através da análise reflexiva sobre o instituto jurídico das Incorporações Imobiliárias, sua funcionalidade frente os contratos firmados na pessoa do incorporador, bem como as garantias contratuais da relação jurídica deste com os adquirentes, que, traz consigo uma multiplicidade de contratos que objetivam a execução do empreendimento quanto aos riscos provenientes da não prestação do serviço por culpa do incorporador e demais atuantes na relação, por detrás do contrato no viés da responsabilidade de entrega do bem convencionado e das partes adquirentes, quanto ao risco e o amparo legal da Legislação Jurídica Brasileira no resguardo dos hipossuficientes nesta relação.

Palavras- chaves: Incorporação Imobiliária. Multiplicidade de contratos. Riscos da não prestação do serviço. Responsabilidade Civil. Hipossuficiência.

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Estácio Juiz de Fora – MG – BRASIL, (2019). E-mail: danielledrt27@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O intuito desde estudo é a análise da aplicabilidade do Direito, bem como sua interpretação contemporânea diante das especificidades de um contrato de execução futura de um bem, concomitantemente com a confiança que o adquirente deposita na pessoa do Incorporador/gestor do empreendimento que ainda não existe e a respectiva proteção patrimonial do comprador, ora, parte hipossuficiente da relação.

A questão norteadora da análise provém da função social do contrato dentro próprio instituto de incorporação imobiliária, onde versa sobre a garantia que o adquirente possui dentro do viés de responsabilização de terceiros em questão da expectativa de menor risco à relação negocial no âmbito do Direito Brasileiro.

Assiste razão tal problemática diante da atualidade do tema, bem como busca pelo cumprimento da função social do contrato em casos extremos de falência e demais situações que poderiam prejudicar os adquirentes das unidades, tratando tal funcionalidade sob ótica do interesse da coletividade sobreposto ao individual da relação, aonde se busca uma melhor resolução ao caso que incentive aqueles integrantes a cumprirem o contrato “ipsis litteris”.

É oportuno dizer, neste momento, que se limita a discorrer no estudo sobre a função social do contrato, pois tal negócio jurídico apresenta um leque de discussão sobre o que é probo ou não diante da expectativa daqueles que realizam a operação de compra das unidades com objetivo de aumentarem seus respectivos patrimônios, e se veem diante de possibilidades como: Não cumprimento parcial ou integral do contrato, falência, questões de investidores que não se enquadram como consumidores a serem resguardados pela legislação do Código de Defesa do Consumidor, multas em casos de aplicabilidade Penal, onde não se cabe realizar uma análise mais detalhista dentro do presente trabalho, e sim uma breve estudo tamanha sua extensividade.

Diante disso, a metodologia empregada é sob o prisma da funcionalidade em si, e contratual das relações, de modo perspectivo, observando os sujeitos

envolvidos na relação de compra e venda das unidades autônomas, que à priori se apresenta como uma relação individual a quem vê, mas que vai muito além de um contrato unicamente bilateral, mas que pode vir a produzir efeitos e consequências à todos os envolvidos nesta relação contratual.

O texto tem por sua apresentação inicial os conceitos da função social e o instituto da incorporação, onde diante dele, vai atingir à sociedade em razão da ampla publicidade que lhe é conferida a oferta do empreendimento, bem como a relevância para o Direito nas relações contratuais, bem como o anseio de se demonstrar que a legislação trazida pelo Novo Código Civil de 2002, ainda não supriu em todos os detalhes a situação, fazendo-se necessária a recorribilidade à Lei nº 4.591/64 (Lei de Incorporação Imobiliária) no que lhe é deixado como lacuna, abrindo a possibilidade desta Lei de ser analisada mesmo está sendo especial, pois trata-se de uma Lei que necessita de revisões de acordo com a interpretação do Novo Código.

2.1 CONCEITUAÇÃO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIARIA

A incorporação imobiliária é a atividade no qual um empreendedor, na busca da realização de seu empreendimento, coloca à venda unidades que ainda não existem, unidades autônomas estas, como salas, lojas, apartamentos, vagas de garagem, que ainda não possuem existência física, mas sim uma projeção, que, serão destinadas à sociedade de forma para àqueles, interessados, possam adquirir por meio mais habitual de contrato que é na compra e venda propriamente dita, bem como, permuta, à promessa de compra e venda e demais modalidades desta oferta, assim como na garantia real destes imóveis, como nos casos de alienação fiduciária que foi instituída pela Lei 9.514, onde o incorporador vai buscar o capital necessário à construção do seu empreendimento, seja diante da relação mais comum e habitual de consumo, ou mediante a oneração por parte do futuro comprador de dispor de algum bem em prol de tal negócio que venha ser ofertado pelo incorporador.

Trata-se, da aplicação na prática de gestão de empreendimentos alicerçados nas credibilidades pautadas na confiança dos seus destinatários, de modo que,

diante a apresentação instigante de um empreendimento que sequer existe, transmite à tais interessados o anseio de adquirir àquela unidade como forma proveitosa e de imperdível oportunidade. Sendo assim, em observância a característica empreendedora da questão, é definido pela Ilustre Jurista em sua obra, bem como afirma Maria Helena Diniz: “[...] Sob o prisma econômico, a incorporação é o empreendimento que visa conseguir capital necessário para a construção do prédio, pela venda antecipada de unidades. (*Maria Helena Diniz*, em CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO, pág. 686).”

Na sua atuação no mercado imobiliário, tal instituto se consolidou como uma forma de instituição do Condomínio Edifício, que, está devidamente regulamentado no “Código Civil de 2002 a partir do art. 1331 e SS.”², por inspiração dos Códigos de Direito Italiano do ano de 1.042 e do Código Português de 1.966 em que era tratado como “Condomínio por planos” (muito usado na Argentina), ou “propriedade de planos horizontais” antes do Código Civil de 2002.”³

2.1.1 Pertinência do Instituto para o Direito

A busca pelo amparo jurídico diante o negócio jurídico se dá primordialmente no intuito de buscar resguardar, sempre, e esgotadas as tentativas de autocomposição, assim como determina a Lei, a efetiva proteção daquele que busca à Justiça, que pela relação já se iniciar com uma disparidade entre as grandes instituições corporativas que por si só já possuem uma base sólida jurídica, científica e técnica previsível frente aqui, ao mero consumidor que visa no máximo crescer seu patrimônio.

O Código Civil dispõe à priori sobre o tema de contratos que:

Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em execução os princípios da probidade e boa-fé.”, apesar de o artigo tratar claramente apenas da fase contratual e pós-contratual, utiliza-se uma interpretação extensiva e sistemática, logo fica implícito que o enunciado do dispositivo engloba também o cumprimento honesto e leal da obrigação durante as negociações preliminares. “Portanto, busca-se conciliar a

² Código Civil de 2002, p. 251.

³ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?time_continue=235&v=eTK2uOE8O48> Acesso em: 22 de março de 2019. Por Everaldo Augusto Cambler – Acesso em 22 de março, 2019

autonomia privada com a noção da indispensável responsabilidade das partes sobre as legítimas expectativas de confiança.⁴

Mas, como a questão não se restringe somente a relação contratual, vê-se sobre prisma de análise e busca no amparo da relação negocial ao Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o Advogado Especialista em Direito Privado, *Dr. Melhim Namen Chalub*

[...] em artigo sobre incorporações na perspectiva do CDC, afirma que o contrato de incorporação celebrado entre o incorporador e o adquirente exprime, efetivamente, uma relação jurídica individual, mas o escopo do contrato extravasa o limite da individualidade de cada contratante; é que a função do negócio de incorporação é comum a todos os adquirentes e tem como objeto a totalidade da edificação, e não apenas as unidades imobiliárias que constituem o objeto de cada contrato, considerando isoladamente, daí resultando que o contrato de incorporação imobiliária é indivisível; em consequência, a comunidade que os adquirentes e o incorporador formam para implementar a função do contrato atribui a esse conjunto de pessoas uma feição unitária, ligando-as por um vínculo semelhante à *affectio societatis*. (IRIB, São Paulo, n. 50, p.104).⁵

Isto posto, é perceptível que o Direito busca em meio às lacunas da Lei de Incorporação Imobiliária por meio do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, a responsabilização civil e ademais, resguardar a relação em si, protegendo e visualizando claramente que diante a estas grandes empresas que perseguem o lucro, as pessoas que lhe conferem credibilidade e investem suas economias se tratam de pessoas que tem de ser devidamente amparadas pelo ordenamento jurídico e enxergadas como parte mais fraca no contrato, que por sua vez, não se equiparam no critério de serem tão bem informadas, alicerçadas e instruídas juridicamente como as empresas que realizam o empreendimento, já havendo aí um certo desequilíbrio contratual.

2.1.2 A responsabilidade do Incorporador e suas obrigações a serem cumpridas no contrato

⁴ MARGALHO, George Almeida. *Negociações preliminares e responsabilidade civil pré-contratual*. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, no 1437. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4200/negociacoes-preliminares-responsabilidade-civil-pre-contratual>> Acesso em: 24 mar. 2019. Disponível em:).

⁵ (O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, Revista do Direito Imobiliário do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB, São Paulo, n. 50, pág. 104).

Tem como objetivo quando se fala a princípio da questão de responsabilização, a diferenciação, quando se trata de atos praticados pela pessoa do incorporador, em que ele não participa do contrato diretamente, onde é cabível a aplicação do direito de regresso quando a Lei assim determinar.

Mas, via de regra, o Incorporador é aquele que, se responsabiliza, ou ao menos deveria se responsabilizar pelo devido andamento nos trilhos de seu empreendimento mediante a multiplicidade de pessoas envolvidas à sua execução.

Conforme dispões o Art. 31 da Lei 4.591/64, o ato de iniciativa do incorporador de dar andamento ao seu projeto cabe à ele, e quanto ao proprietário do terreno, seja ele um promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário com o título de forma irrevogável do imóvel, no construtor ou corretor de tal empreendimento, mediante a formalidade de mandato, por instrumento público, outorgado pelo incorporador, de acordo com a referida Lei, conferindo assim maior segurança ao negócio.

Antes da comercialização das unidades autônomas deve haver o registro dessas no cartório de registro imobiliário competente, apresentando o rol de documentos listados no art. 32 da Lei de Incorporação e a minuta de convenção de condomínio, sob pena de nulidade ou anulabilidade do contrato de incorporação, bem como a devolução de todos os valores pagos. Como bem lembrado por Melhin Namem Chalhub [2]: O ato jurídico básico do negócio jurídico da incorporação imobiliária é o memorial de incorporação que será arquivado no Registro de Imóveis e registrado na matrícula do terreno para o qual estiver projetada a edificação objeto da incorporação.⁶

2.1.3 Sanções Cíveis

No dia 16 de Dezembro de 1964 foi promulgada a Lei 4.591, que buscou instituir meios que assegurassem e inibissem a desordem que a relação das Incorporações Imobiliárias poderiam trazer junto aos seus adquirentes das unidades que viriam a ser ofertadas, na medida que fossem amparadas e regulamentadas como qualquer outra relação contratual, reconhecendo tal Lei a princípio, que ademais, o comprador tratava-se da parte mais frágil da relação, o que também não

⁶ Disponível em: < <https://carinacac8.jusbrasil.com.br/artigos/253425693/a-responsabilidade-civil-das-incorporadoras-imobiliarias> > , [2] CHALUB, Melhin Namem. Da Incorporação Imobiliária - . Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.39, Acesso em 25 de Março de 2019.

o isentava de cumprir suas obrigações perante o Incorporador pelo acordo que viria a ser firmado pelo contrato, diante a sua característica de bilateralidade.

No que se diz por sanção, há a possibilidade de duas formas, tanto em esfera cível, quando em esfera penal. A sua funcionalidade tem como objetivo a penalidade pelo descumprimento da relação propriamente estabelecida que por algum motivo tivesse uma fuga do acordado, que segundo *Caio Mario da Silva Pereira* (1991, p. 323-324) ensina: “[...] a sanção é necessária, seja como técnica de intimidação, seja como arma de que se utiliza o prejudicado, para chamar o contraventor à ordem. Tem, pois, dupla função, preventiva e punitiva...”

Exaustivamente sabendo que se trata de uma relação bilateral, ambas as partes podem incorrer em tais penalidades, porém, diante da temática e dando uma atenção a parte mais fraca da relação que se trata do adquirente, busca-se observar primordialmente as atitudes dos gestores do empreendimento ainda inexistente que poderão incorrer em infrações de natureza civil, como disse o conceito de sanção acima, na busca de se evitar ao máximo que venham a praticar tais atos novamente.

Os denominados comumente como contratos de gaveta celebrados pelos construtores, incorporadores e os consumidores finais sem o registro da incorporação imobiliária, decisões do STJ e de diversos Tribunais Estaduais, versam sobre a nulidade desses contratos, o mercado imobiliário diante ao alto número destes contratos nulos que são realizados acabam ficando à mercê em muitas situações por essa tal irregularidade ainda maior por aquele que, geriu tal empreendimento, e que deveria observar a legislação antes mesmo de sequer passar a diante seu negócio.

As sanções cíveis que se vê com maior recorrência são na questão da publicidade e anúncios sem estarem estes de acordo com os requisitos legais, não estando assim em consonância com a Lei 4591/1964.

O número do registro da Incorporação:

Art. 32 – O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos (...)

§ 3. O número de registro referido no §1º, bem como a indicação do cartório competente, constará, obrigatoriamente, dos anúncios, impressos, publicações, propostas, contratos, preliminares ou definitivos, referentes à incorporação, salvo dos anúncios “classificados”.

A discriminação do preço da fração ideal do terreno e da construção:

Art. 56 – em toda a publicidade ou propaganda escrita, destinada a promover a venda de incorporação com construção pelo regime de empreitada reajustável, em que conste preço, serão discriminados explicitamente o preço da fração ideal do terreno e o preço da construção, com indicação expressa da reajustabilidade.

Referência às atualizações do custo que foi originalmente orçado:

Art. 62 – em toda a publicidade ou propaganda escrita destinada a promover a venda de incorporação com construção pelo regime de administração em que conste preço serão discriminadas explicitamente o preço da fração ideal de terreno e o montante do orçamento atualizado do custo da construção, na forma dos arts. 59 e 60, com a indicação do mês a que se refere o dito orçamento e do tipo padronizado a que se vincule o mesmo.

Dessa forma, o anúncio que, busca alcançar e captar futuros adquirente para o empreendimento deve ser o mais transparente possível, devendo ele cumprir tais requisitos essenciais como dispôs a própria Lei de Incorporação para que não haja assim desentendimentos futuros entre ambas as partes. Cabendo ressaltar que, o órgão de publicidade que desobedecer à Legislação pertinente, o valor de multa e ademais se reverterá em benefício da municipalidade, conforme art. 64 da Lei de Incorporação:

Art. 64 – os órgãos de informação e publicidade que divulguem publicamente sem os requisitos exigidos pelo §3 do artigo 32 e pelo artigos 56 e 62 desta Lei, sujeitar-se-ão à multa em importância correspondente ao dobro do preço pago pelo anunciante, a qual reverterá em favor da respectiva Municipalidade.

Mas fato é que, deve-se de pronto analisar que, tais órgãos de publicidade estariam apenas prestando seus serviços como a qualquer outro que o contratante com a finalidade de divulgação, não cabendo a eles única e exclusiva forma de fiscalização, que, apesar de não poderem se isentar da responsabilidade, devem ao menos observar os três requisitos essenciais acima listados, como, o número do registro, a discriminação do preço das frações e a referência a atualização orçamentaria, a exigência dos requisitos formais, até mesmo para se resguardarem, cabendo assim aos Incorporadores e/ou demais responsáveis pelo empreendimento, a prática da boa-fé processual, a obrigação mediante o negócio jurídico que será ofertado, o devido registro e averbação em Cartório de Registro, já antecipando as agências de publicidade que tal empreendimento anda em conformidade com a Lei, e que este não lhe acarretará prejuízos oriundos da sua observância às regras.

Onde desta maneira, um anúncio bem formulado e de conformidade com a Lei, permitirá ao consumidor, uma segurança jurídica muito maior do negócio que ele pretende celebrar.

2.1.4 Contravenções penais passíveis de multa e penas de prisão (reclusão) como última ratio

As sanções em sede penal criminalizam determinadas atitudes irresponsáveis do Incorporador bem como do construtor e até mesmo do corretor que, estimula de certa forma à estes, à cumprirem com seus deveres e puni-los quando necessário, quando não atenderem as conformidades legais. A questão maior é que, tipifica-se como crime não somente por ser uma relação entre particulares que envolvem patrimônio e ademais, mas sim porque, toma-se uma proporção tão grande que passa a inferir diretamente na sociedade, onde aqui, em esfera penal não surtiram efeitos as advertências impostas na esfera cível, fazendo-se necessário aplicar o direito penal, pois de fato não se alcançou determinada pretensão em regime mais brando de responsabilidade e reparação aos prejuízos causados aos consumidores finais.

Assim, o Incorporador deve manter o que foi planejado e repassado aos pretendidos adquirentes de modo que eles possam contratar com aquilo que eles desde o início o chamaram a atenção e o fizeram celebrar o contrato com o empreendimento, ou avisá-lo diante qualquer mudança. Além disso, deve o Incorporador manter lealdade em questão de investimentos e disposição financeira com o que os adquirentes já firmaram desde o início do contrato, pois estes ajustaram e concordaram em arcar com os encargos que poderiam pagar.

Quanto à questão de função social na atividade do Incorporador, este, desde a publicação de seu empreendimento, através da oferta que atinge a coletividade no geral, espera-se sempre que este gestor do projeto esteja caminhando em conformidade com a Lei, sendo que a sociedade confia na sua posição, que, acreditando que por se tratar de um negócio que será ofertado em larga escala não estaria eivado de algum vício ou negligência, e isto pressupõem a boa-fé processual da futura relação de compra e venda.

No que se refere à sanção penal, o art. 65 da Lei 4.591/64 considera crime quando a Incorporação promove a publicidade, faz propostas ou realiza contratos de algo que não é verossímil, que não condiz com a realidade pelo fato de insurgir e refletir diretamente na economia popular, gerando a estas expectativas e notícias falsas que prejudicarão os futuros compradores, com resultado de tal ação a penalidade: “art. 65 [...] PENA – reclusão de um a quatro anos e multa de cinquenta vezes o maior salário-mínimo legal vigente no País”.

A conduta criminosa no fato em questão é transmitir informação enganosa, de maneira errada, independente do dolo do Incorporador de prejudicar ou não os adquirentes, pois o legislador de pronto já quis resguardar aqueles que dispõem de parte de seu capital para adquirirem um negócio condizente e não fraudulento, onde ele mesmo já previu a questão de hipossuficiência de informações completas como as que o Incorporador por ser o gestor do empreendimento já possui desde o seu planejamento.

O parágrafo 1º do artigo 65 dispõe nos incisos I e II as pessoas que poderão incorrer nesta penalidade, onde tanto o Incorporador, como o corretor e o construtor, bem como os diretores ou gerentes responsáveis que fizeram afirmação falsa sobre a constituição do condomínio, no que ver-se sobre as frações ideais, ou sobre a construção das edificações, serão estes, punidos com a imposição da mesma pena. Onde também será aplicada a mesma penalidade à todos estes quando usarem de bens ou houver destinado a incorporação contratada por administração seja em proveito próprio ou em favor de terceiros sem que haja prévia autorização dos interessados.

Adiante, em que se pese a Contravenção Penal ser uma penalidade mais branda, onde não se aplica a pena mais severa que é a restrição de liberdade como no art. 65, a Lei de Incorporações prevê ainda em seu art. 66 em casos de ação ou omissão, como em casos de negociação sobre as frações ideais que serão oferecidas sem o devido registro em Cartório do das especificidades destas, a omissão de ônus fiscais e eventual ocupação do imóvel, deixar o Incorporador de a celebração do contrato que já preencheu os requisitos específicos para que já tivesse sido realizado diante o que dispõe as frações ideais do terreno, omitir o

orçamento da obra nos casos de realização por empreitada bem como paralisar a obra por mais de (30) trinta dias, ou atrasa-la excessivamente sem um devido e justo motivo, terão se infringirem tais situações a seguinte penalidade: “Art. 66 [...] PENA – Multa de 5 a 20 vezes o maior salário-mínimo legal vigente no País”.

Nas relações em que a pessoa do Incorporador não participa dos negócios relativos ao empreendimento na execução em si, conforme dispõe o “§ P.U do art. 66” poderá responder também qualquer um dos envolvidos que figurem no contrato de forma que, participaram do mesmo para seu objetivo final que foi o oferecimento aos adquirentes finais, cabendo a estes, o denominado direito de regresso, a cobrar do Incorporador quando a sua responsabilidade que diante de sua conduta causou-lhe faltas que os levaram à serem condenados.⁷

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A relação jurídica que será estabelecida com o Incorporador diante da aquisição da unidade autônoma provém primariamente de uma relação da manifestação de vontade, como na lei da oferta e da procura, “a manifestação da vontade é o primeiro e mais importante requisito da existência do negócio jurídico” (*Sílvio Rodrigues*, p. 63)⁸.

Exteriorizado o caráter subjetivo de vontade pela declaração em realizar o negócio jurídico em si, a relação contratual será estabelecida. A negociação preliminar é o resultado do interesse de ambas as partes a vir celebrar uma relação

⁷ Disponível em: < <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7388/1/Ivens%20Henrique%20Hubert.pdf> > Ivens Henrique Hubert – Condomínios em geral e Incorporações Imobiliárias, p.175

⁸ RODRIGUES, Sílvio.v.3, p.63. apud Gonçalves , op.cit. p. 72.

jurídica num futuro próximo em razão desta mútua vontade que se tornou objetiva, sob possibilidade posterior pactuação. O termo “*contrato*” tem modificado seu conceito pelo Direito Moderno, e sua principal característica é o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas de forma consensual, que está sempre se atualizando ao longo dos anos, desde o século XVIII no Código de Napoleão até os dias atuais, onde é muito mais presente a interferência da legislação no anseio da busca pela relação legalmente correta, que observa sempre o princípio norteador de qualquer relação contratual e sua função social, bem como a boa-fé, como reafirma (*Ruy Rosado de Aguiar Júnior*, p. 250):

[...] a censura feita a quem abandona inesperadamente as negociações já em adiantado estágio, depois de criar na outra parte a expectativa da celebração de um contrato para o qual se efetuou despesas, ou em função do qual perdeu as oportunidades. A violação a esse dever secundário pode ensejar indenização.⁹

Dispõe o Código Civil em seu art. 427: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.¹⁰

O Instituto Incorporação adveio em meados do século XX, onde, diante a migração populacional de áreas rurais para os grandes centros, o mercado imobiliário viu-se diante a necessidade e oportunidade de realocar as pessoas nos centros urbanos. O ato de Incorporar foi o meio mais eficiente de resolver tal problemática social, onde, pela regra de oferta e procura, os empreendedores viram a oportunidade de ofertar suas unidades no mercado que viriam a ser concretizadas em um futuro próximo, vendendo assim uma expectativa de propriedade.

A Incorporação é uma das maneiras de Condomínio Edifício, sendo uma atividade complexa no mercado Imobiliário, onde o Incorporador objetiva a criação das unidades que através de múltiplos contratos para a concretização de seu projeto, objetiva uma maior facilidade e agilidade nesse processo de compra e venda, pois o seu intuito é de um retorno financeiro rápido diante a venda em planta. Já o proprietário do terreno diante esse desenrolar projetista de oferta de unidades, que decidirá, na maioria das vezes se deseja ser beneficiado com determinadas unidades pela concessão de seu terreno, ou se deseja vender o mesmo, ou como

⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Apud. Gonçalves, op cit , p. 58.

¹⁰ Código Civil, Seção II, p.191.

definir como o Incorporador diante da liberdade contratual de ambos. E a priori os demais personagens como o projetista e o engenheiro responsável em colocar na prática as idealizações do incorporador, do corretor que demonstrará na prática as peculiaridades do negócio e quando houver a figura de uma entidade financeira que, diante um contrato de mútuo designará os termos deste para a obra pretendida.

2.2.1 O bem jurídico tutelado

Busca-se em consonância com a legalidade, a segurança jurídica da relação, onde o bem jurídico a ser tutelado em questão a priori é o patrimônio material que aquele promitente comprador disporá para adquirir uma unidade do empreendimento que lhe foi ofertado de modo que se espera que seja sobre uma relação de consumo séria, onde quem detém das informações, planejamento e gestão com maior autonomia, que é o Incorporador, não utilize desse privilégio de modo que venha a prejudicar o consumidor final que acreditou estar realizando um negócio livre de vícios.

Quando se fala em patrimônio, abrange principalmente sob ótica do particular que diante a disponibilidade de bens que possui, bem como sua livre iniciativa para realizar atos da vida jurídica esteja assim resguardado e devidamente amparado pela legislação lhe dando a segurança para realizar tais atos da civil, que de pronto pela sua capacidade lhe são conferidos poderes para tal, bem como perante a autonomia pela disposição destes. Diante tal autonomia do particular, deve-se observar se esta não está em conflito com os interesses sociais, e quando estiverem deverá sempre preponderar sob os anseios da coletividade, como estabelece o Código Civil: “art. 421 – a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.¹¹

A função social do contrato vai muito além de ser analisado se este anda em conformidade, seguindo sua efetividade bilateral e legal de contratação e suas nuances decorrentes deste. Este princípio versa principalmente sobre o ponto em que o promitente-comprador não seja prejudicado e que esta relação privada não

¹¹ CIVIL, Código. (2002), Título V, Seção I, p. 191.

venha a prejudicar conseqüentemente os demais adquirentes do empreendimento, que, por negligência de uma conduta proba e esperada do Incorporador/gestor do negócio pode refletir naqueles que não estão no foco em questão. Como bem dispõe a questão da proteção da parte hipossuficiente pelo Código de Defesa do Consumidor:

Art. 51 – são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.¹²

O direito neste caso se encarrega de proteger o consumidor destas unidades que, por muitas das vezes, não é analisada sua hipossuficiência de imediato, onde diante grandes empresas que estão privilegiadas de informações em obtenção de amparo jurídico, essas se privilegiam de certa forma por estarem dotadas de amplas informações técnicas, jurídicas e financeira do empreendimento criando, uma questão que gera onerosidade excessiva da parte mais fraca da relação acaba saindo prejudicada desde o próprio contrato que por ser extenso e técnico demais, acaba o promitente-comprador creditando sua expectativa na proposta, na negociação verbal e confere seu ciente por ausência e falha de amparo jurídico.

Art. 53 – nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.¹³

A necessidade de se proteger a parte mais enfraquecida da relação foi observada até mesmo pela implementação através da Lei 13.786/18 que alterou a Lei 4.591/64 (Lei de Incorporações) e a Lei 6.766 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano), no sentido que, buscou o legislador efetivar de fato uma maior compreensão para o promitente-comprador que não está acostumado com a extensão de detalhes que estes contratos trazem. E que através desde “*QUADRO RESUMO*” advindo da referida Lei, estariam as partes de pleno acordo e

¹² CONSUMIDOR, Código de Defesa. (1990). Seção II, p.892.

¹³ CONSUMIDOR, Código de Defesa. (1990). Seção II, p.892.

conhecimento do que está sendo ajustado, desde a contratação do negócio, prazos, valores e possíveis penalidades pelo descumprimento do mesmo.¹⁴

2.2.2 Os sujeitos da relação negocial diante eventuais prejuízos

Como em qualquer negócio jurídico realizado a título oneroso, as partes, que se comprometem a realizar o contrato em conformidade legal e *sinagmática*, conforme afirma (Tartuce, 2014, p. 21), onde as partes possuem direitos e deveres entre si, diante esta *relação obrigacional complexa*, como no caso de compra e venda, há uma expectativa mútua de cumprimento e satisfação na finalidade almejada que é o efetivo cumprimento da relação contratual inicialmente acordada.

Porém, o que não se confirma de fato é que tal pretensão vá ser cumprida de forma que assegure todo e qualquer eventual risco que possa vir a existir, ainda mais quando este risco seja proveniente da relação contratual pautada na ânsia do recebimento de uma expectativa de propriedade ainda inexistente de fato, que é a propriedade da unidade autônoma. Sendo que, diante do empreendimento ofertado ser do setor de construção civil, os riscos já são inerentes a este e estão ainda mais aparentes pois o processo de planejamento até sua execução está repleto de incertezas.

Como nos casos de falência do incorporador, por exemplo, conforme dispõe a Lei 4.591/64 em seu art. 43, inciso III e VII:

III – em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível a maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste;

VII – em caso de insolvência do incorporador que tiver optado pelo regime da afetação e não sendo possível à maioria prosseguir na construção, a assembleia geral poderá, pelo voto de 2/3 (dois terços) dos adquirentes, deliberar pela venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, mediante leilão ou outra forma que estabelecer, distribuindo entre si, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportado, o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação e deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber, nos termos do art. 40; não

¹⁴ Disponível em: <https://blogmarianagoncalves.jusbrasil.com.br/artigos/673171224/quero-comprar-um-imovel-a-nova-lei-13786-vai-interferir?ref=topic_feed> Quero comprar um imóvel! A nova lei 13.786 vai interferir? Acesso em: 01 abr. 2019 Disponível em: 8 fev. 2019.

se obtendo, na venda, a reposição dos aportes efetivados pelos adquirentes, reajustada na forma da lei e de acordo com os critérios do contrato celebrado com o incorporador, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não reembolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador. (incluído pela Lei nº 10.931 de 2004).¹⁵

Este é um risco iminente da relação contratual que é mais visível e debatido quando versa de uma situação tão incerta e pautada na confiança que os promitentes compradores devem ter em relação ao Incorporador e a saúde financeira de seu empreendimento que carregam demais contratações de planejamento, construção, corretagem, onde, por detrás do negócio jurídico de aquisição das unidades autônomas.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça STJ – em Recurso Especial: **REsp 1573595 RJ 2015/0060349-6**:

EMENTA –RECURSO ESPECIAL. INCORPORAÇÃO. EMPREENDIMENTO NÃO CONCLUÍDO. FALÊNCIA. ENCOL S.A. CONDOMÍNIO FORMADO POR ADQUIRENTES PARA CONCLUSÃO DA OBRA. UNIDADE DE PROMITENTE COMPRADOR NÃO ADERENTE. ART. 535 DO CPC/1973. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO DE COISA JULGADA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. SUB-ROGAÇÃO DO CONDOMÍNIO NOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA ENCOL. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONFIGURAÇÃO. ART. 63 DA LEI Nº 4.591/1964. PROCEDIMENTO PREVISTO. INOBSERVÂNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cuida-se de ação de reparação ajuizada por adquirente de imóvel inacabado devido à falência da incorporadora Encol S.A., que não aderiu à Comissão de Representantes constituída para continuidade das obras, e teve indeferido o pedido de habilitação de crédito no juízo falimentar. 3. Consoante a jurisprudência desta Corte, as comissões constituídas por adquirentes de unidades habitacionais com o objetivo de concluir as obras interrompidas após a falência da construtora Encol S.A. não se sub-rogam nos direitos e obrigações da massa falida [...]¹⁶

¹⁵ LEI 4.591, 16 de Dezembro de 1964.

¹⁶ RECURSO ESPECIAL. INCORPORAÇÃO. EMPREENDIMENTO NÃO CONCLUÍDO. FALÊNCIA. ENCOL S.A. CONDOMÍNIO FORMADO POR ADQUIRENTES PARA CONCLUSÃO DA OBRA. UNIDADE DE PROMITENTE COMPRADOR NÃO ADERENTE. ART. 535 DO CPC/1973. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO DE COISA JULGADA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. SUB-ROGAÇÃO DO CONDOMÍNIO NOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA ENCOL. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONFIGURAÇÃO. ART. 63 DA LEI Nº 4.591/1964. PROCEDIMENTO PREVISTO. INOBSERVÂNCIA. Disponível em : <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526808896/recurso-especial-resp-1573595-rj-2015-0060349-6/inteiro-teor-526808906>> Acesso em: 02 de Abril de 2019.

A questão de observância dos riscos do empreendimento que indiscutível a de responsabilidade do Incorporador que deve observar e repassar as informações antes de firmarem o negócio jurídico, bem como de agir em conformidade com a Lei. O Superior Tribunal de Justiça tem demonstrado que é recorrente os casos de inadimplemento por parte das Incorporadoras, que gera, por conseguinte uma extrema falta de credibilidade daqueles que se propõem a dispor de parte de seu patrimônio em prol da incerteza de um negócio, como no caso.

2.3 A QUESTÃO NEGOCIAÇÃO PRELIMINAR E PROPOSTA

O que versa sobre a questão negocial preliminar diante a proposta, é a fase inicial do interessado em adquirir tal unidade em especular, analisar de fato se seus anseios serão atendidos mediante a meta de investimento que poderá realizar diante da oferta do empreendimento. Que nesta fase, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014), que a oferta vem antecedida de uma fase, às vezes prolongada, de *negociações preliminares* caracterizada por sondagens, conversações, estudos e debates (*tractatus, trattative, pourparlers*), também denominada *fase da punção*. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 3: *contratos e atos unilaterais*, p. 743)¹⁷

No caso em questão ainda não se fala na expectativa de direito do promitente-comprador, tendo em vista que ele ainda versa na fase de analisar onde irá dispor de parte de seu patrimônio na unidade que lhe está sendo exposta. Bem como a responsabilidade civil aqui no caso ainda não se aplica, como bem afirma Carlos R. Gonçalves:

Tal responsabilidade só ocorrerá se ficar demonstrada a deliberada intenção, com a falsa manifestação de interesse, de causar dano ao outro contraente, levando-o, por exemplo, a perder outro negócio ou realizando despesas. O fundamento para o pedido de perdas e danos da parte lesada não é, nesse caso, o inadimplemento contratual, mas a prática de um ilícito civil (CC art. 186).¹⁸

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**, p. 73 – 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**, p. 73 – 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

Mas, de fato, o que deve prevalecer acima de qualquer relação e independentemente da posição de ambas as partes, é o princípio da boa-fé, onde a partir deste, as partes, com anseio de agirem em conformidade com a legislação vigente no País, bem como de acordo com a moral e os bons costumes, saberão que trata-se de uma relação negocial livre de incertezas, e que não está alicerçada desde seu início em atitudes ímprobos.

De acordo com Aguiar Júnior (2003, p. 250, apud GONÇALVES, 2014, p. 74), “o princípio da boa-fé, durante as tratativas preliminares, é fonte de deveres de esclarecimento, situação que surge seguidamente quando uma das partes dispõe de superioridade de informações ou de conhecimentos técnicos, que devem ser repassados amplamente e de forma compreensível à contraparte, para que esta possa decidir com suficiente conhecimento de causa”¹⁹

Já a proposta, tem como expectativa da parte interessada de contratar com a outra parte oferecedora, que é exposta de forma que, esta parte contrária tenha o pleno convencimento de que poderá resultar em uma futura relação se aceitar em celebrar com quem pretendeu desde o início firmar.

Conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

A proposta deve conter todos os elementos essenciais do negócio proposto, como preço, quantidade, tempo de entrega, forma de pagamento, etc. Deve também ser séria e consciente, pois vincula o proponente (CC, art. 427). Deve ser, ainda, clara, completa e inequívoca, ou seja, há de ser formulada em linguagem simples, compreensível ao oblato, mencionando todos os elementos e dados do negócio necessários ao esclarecimento do destinatário e representando a vontade do proponente.²⁰

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho visou atribuir maior compreensão e uma perspectiva ótica mais ampla e cuidadosa, frente ao desequilíbrio da relação que já se instala desde a fase da negociação preliminar. Onde, a parte adquirente é reconhecida pela doutrina e jurisprudência como mais fraca, merecendo assim um amparo maior diante sua

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**, p. 73 – 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**, p. 76 – 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

impossibilidade de conhecimento técnico, e minucioso do bem que está sendo projetado e posteriormente executado pela incorporadora que tem de fato o amplo e detalhado conhecimento de seu empreendimento, estando assim privilegiada diante as informações e sobre o andamento da obra.

A incorporação imobiliária não pode ser comparada como um mero contrato típico bilateral, como se fosse uma espécie de contrato de compra e venda comum, pois, a sua essência provém de empreendimento, e empreendimentos visa o lucro em si, que por sua vez, esbarram com os direitos mínimos das partes de um contrato justo e lícito por essa urgência de vendas diante do atual cenário capitalista imobiliário.

Ressaltando que, o incorporador é uma mera figura administrativa daquela expectativa de um patrimônio futuro ainda inexistente, onde, apesar de poder ser confundido na pessoa do construtor, e ademais, sua função é de gerir, planejar e executar suas pretensões que o levaram desde o início a criação do empreendimento, o resultado.

A multiplicidade dos contratos por detrás da incorporação imobiliária, contratos estes autônomos em sua natureza, como os contratos de promessa de compra e venda, contratos com a construtora, possibilidade de contrato de mútuo bancário, da prestação de serviços arquitetônicos e da publicidade e divulgação para a circulação e notícia do empreendimento que será ofertado a sociedade, onde, mais uma vez está elencada a suma importância do contrato em atender a função social diante a vasta proporção que ele toma, por não envolver apenas a literalidade da relação negocial, mas de ser largamente ofertado a sociedade, este deve estar antes de tudo estar em conformidade com os princípios da boa-fé e equidade que se baseiam a responsabilidade de qualquer relação contratual.

Alicerçados nos princípios da equidade e boa-fé, que por sua vez são intrínsecos à sociedade, há a possibilidade da imposição de penalidades, sejam em esfera cível quando versar sobre os anúncios que circulam sem mesmo terem seu registro e arquivamento em Cartório competente, em Contravenções Penais, quando, por ação ou omissão diante as negociações que não observam a exigência dos três principais aspectos, quer sejam, o número de registro, a discriminação das

frações ideais de terreno, e as referências de atualizações orçamentárias, bem como a averbação destas em Cartório, e da esfera penal como última razão, onde, a conduta criminosa e elemento do tipo é a transmissão de informações enganosas diante a publicidade de contratos não condizentes com a realidade do empreendimento.

Deixando-se assim, a reflexão com este trabalho diante a ótica jurisdicional de proteção, incitando o desenvolvimento científico do tema: estaria a incorporação imobiliária apta a suportar os riscos provenientes pela multiplicidade dos contratos garantindo assim os direitos mínimos e garantias contratuais dos consumidores finais que creditam suas expectativas no seu empreendimento?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos** por incumprimento do devedor, 2.ed. Rio de Janeiro: AIDE,2003; Apud. Gonçalves, op cit , p. 58. Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e Atos Unilaterais.-11 ed.- São Paulo: Saraiva , 2014.

BRASIL. **Código Civil de 2002**, p. 191. Vade Mecum Saraiva Compacto/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias Rocha. -19. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2018.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990 p. 892, Seção II. Vade Mecum Saraiva Compacto/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias Rocha. -19. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2018.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Palestra realizada no CRECI 2ª Rg.: Incorporação Imobiliária. 8. dez. 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?time_continue=235&v=eTK2uOE8O48. Acesso em: 22/03/2019.

CHALUB, Melhin Namen. “**Da Incorporação Imobiliária** – Rio de Janeiro: Renovar”, 2012, p. 39. Disponível em: <https://carinacac8.jusbrasil.com.br/artigos/253425693/a-responsabilidade-civil-das-incorporadoras-imobiliarias>. Acesso em: 25/03/2019.

CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, **Revista do Direito Imobiliário do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil** – IRIB, São Paulo, n. 50, pág. 104).

CUEVA, Ricardo Villas Bôas – Ministro. **STJ. REsp**: 1573595 RJ 2015/0060349-6, Data de Julgamento: 21/11/2017, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/11/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526808896/recurso-especial-resp-1573595-rj-2015-0060349-6/inteiro-teor-526808906>. Acesso em: 03/04/2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais – 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Mariana. “**Quero comprar um imóvel!** A nova lei 13.786 vai interferir?”. Disponível em: https://blogmarianagoncalves.jusbrasil.com.br/artigos/673171224/quero-comprar-um-imovel-a-nova-lei-13786-vai-interferir?ref=topic_feed. Acesso em: 01/04/2019.

MENS, Henrique Hubert. “**Condomínios em geral e Incorporações Imobiliárias**”, p. 175. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7388/1/lvens%20Henrique%20Hubert.pdf>. Acesso em: 25/03/2019.

LEGISLAÇÃO. Brasileira: **Lei nº. 4.591/1964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em: 02/04/2019.

MARGALHO, George Almeida. “**Negociações preliminares e responsabilidade civil pré-contratual**”: Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1437”. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4200/negociacoes-preliminares-responsabilidade-civil-pre-contratual>. Acesso em: 24/03/2019.

RODRIGUES, Silvio. *apud* GONÇALVES, *op. cit.*, p. 72. **Direito Civil Brasileiro**, volume 3: contratos e Atos Unilaterais.-11 ed.- São Paulo: Saraiva , 2014.

ALIENAÇÃO PARENTAL: INSTITUTO DA MEDIAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Jussara Alacoque da Silva Fernandes¹

RESUMO

A presente pesquisa contém um estudo sobre a prática da alienação parental e as suas possíveis soluções. Esse trabalho também contém tópicos sobre a proteção integral da criança e do adolescente, dissolução familiar e o que decorre dessa dissolução entre outros tópicos inerentes a essa pesquisa. Partindo desses pressupostos iremos analisar a lei nº 12.318/2010 e outros complementares que visam a proteção dos alienados, por fim é necessário ressaltar as possíveis soluções dessa prática como a guarda compartilhada e a mediação de conflitos familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Prática. Alienação Parental. Alienado. Guarda compartilhada. Mediação.

INTRODUÇÃO

Atualmente podemos observar o quanto o cenário familiar se modificou, notamos que a dissolução familiar é cada vez mais normal e presente na vida das famílias, que optam pela dissolução ao invés de continuar em um relacionamento sem futuro, gerando assim uma ruptura familiar que possa vir a causar a prática da alienação parental.

A convivência maior com um dos genitores pode vir a ser um problema, porque assim o menor que passa a conviver mais com um genitor tem mais chances de sofrer a alienação, na maioria das vezes quem detém a guarda é quem pratica a alienação parental.

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Estácio Juiz de Fora.

Partindo desse pressuposto, a pesquisa feita tem como objetivo analisar a prática da alienação parental, a identificação dessa prática para podermos entender como se aplicar a lei 12.318 de 2010 que é a lei de alienação parental.

Podendo observar que este trabalho se divide em etapas que são, o marco de quando foi instituída a lei que visa proteção integral da criança é do adolescente, a dissolução familiar que é quando surge o alienador em potencial, em seguida verificar e reconhecer a alienação para que se possa ser aplicada a lei 12. 318/10 e outras leis que completam a mesma como as do ECA (Estatuto da criança e do adolescente) e demais.

E por fim suas possíveis soluções como a guarda compartilhada e a mediação de conflitos no âmbito familiar como uma forma mais branda e pacífica para se solucionar a alienação parental, garantindo assim a sua proteção integral como previsto em lei.

DESENVOLVIMENTO

Da proteção integral da criança e do adolescente.

A criança e o adolescente sempre foram alvos fáceis para a prática de qualquer tipo de abuso, que na maioria das vezes ocorre no seu meio familiar, por muitos anos não se tinha uma lei que garantisse essa proteção, mas em 1988 surgiu a Constituição Federal contendo nela o art. 227 que garante o princípio da proteção integral da criança e do adolescente no presente dispositivo, conforme in verbis:

Art. 227º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.(Constituição federal, 1988, pág. 78)

Com a criação desse artigo presente na Constituição Federal, foi garantido o direito da criança e adolescente em relação à proteção integral delas, esse princípio foi criado como um norte para assegurar direitos fundamentais às crianças e adolescentes vítimas de qualquer tipo de abuso, garantindo que a família, a sociedade e o Estado cumpram o seu dever de proteção. A cerca da proteção Paolo Vercelone, Juiz de Direito da Itália diz:

“o termo proteção pressupõe um ser humano protegido e um ou mais seres humanos que o protegem, isto é, basicamente, um ser humano que tem necessidade de outro ser humano” (CURY, 2008, p. 37).

O marco legal surgiu em 1989, quando a ONU aprovou a convenção dos direitos da criança e do adolescente, a partir daí esses direitos passaram a ter força de lei, fazendo com que cada estado que seguisse essa lei teria que garantir a sua efetivação por meio de ordem interna.

Mais tarde, para fins da consolidação daquilo existente no artigo 227 da Constituição Federal, o legislador criou a Lei n^o 8.069 mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) aprovada em 13 de julho de 1990, onde finalmente foram afirmados vários direitos e garantias ao menor, um deles e o art. 3^o da lei:

Art. 3^o A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei n^o 13.257, de 2016)

Para efeitos dessa lei em comento, considera-se criança a pessoa com até 12 (doze) anos incompletos e adolescentes aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos completos. A criação dessa lei para assegurar a proteção integral da criança e do adolescente foi fundamental sabendo que esses precisam de uma proteção especial e integral principalmente no seio família.

Da dissolução familiar

É fato que a família ao longo dos tempos sofreu várias alterações principalmente no último século, decorrente dessa nova conjuntura familiar onde os papéis masculinos e femininos se misturaram fazendo com que não seja mais estipulados aos pais “rótulos” como, por exemplo, de que a mãe tenha que cuidar do lar e o pai trabalhar fora para sustentar a casa.

Com essa mudança, podemos ver que também foi mudada a legislação, não tanto o quanto deveria, mas mesmo assim o Brasil está entre os mais avançados em termo de Direito de Família.

Nos dias de hoje com a facilidade da dissolução familiar até mesmo no âmbito jurídico e perceptível que nem sempre as partes do divórcio então em comum acordo sobre o fim da relação, algumas das causas é a vida extraconjugal, falta de amor ou até mesmo o desgaste, causando na outra parte que não concorda com a separação o sentimento de ódio e frustração por não querer o mesmo.

Nos casos em que se têm filhos quando ocorre a dissolução familiar sem que uma das partes esteja de acordo principalmente quando é um processo de divórcio litigioso, é o momento mais propício para o surgimento da prática de alienação parental.

Segundo Fábio Vieira Figueiredo sobre a difícil fase pós dissolução do casamento:

Após a dissolução do casamento resta aos genitores a escolha pela guarda dos filhos. Antes da dissolução do casamento, a guarda implicitamente está sendo exercida por ambos os pais com relação aos seus filhos menores, exercício este que se dá por meio do poder familiar, contudo, quando ocorre a dissolução do casamento, que seja pela separação de fato ou pelo

divórcio (no caso de casamento), mostra-se necessário definir a quem incumbirá o exercício da guarda, cabendo ao outro o direito de visitas (direito convencional) ou se a guarda será exercida de forma compartilhada. (FIGUEIREDO 2014, p.37)

A partir do momento em que houve a ruptura familiar é necessário que se questione de quem é a guarda. Na maioria dos casos a guarda é exercida somente por um genitor com a possibilidade de visitas do outro genitor, assim desencadeando a maior convivência apenas com um genitor, assim possibilitando a prática da alienação parental.

O convívio entre os filhos e os genitores após ruptura familiar é extremamente delicado dada as consequências psicológicas causadas pela ruptura, essas consequências podem gerar desarmonia nas decisões dos genitores em relação aos filhos, que pode desencadear a prática da alienação parental.

A prática de alienação parental decorre principalmente na situação em que os pais se encontram em dissolução do vínculo conjugal. Tendo um grande desequilíbrio entre os pais perante os filhos. A prática da alienação pode ser causada por vingança contra o seu ex-companheiro através do filho sob sua guarda.

Podemos reconhecer a prática da alienação parental verificando o comportamento da criança ou adolescente perante o outro genitor que não faz a prática ou até mesmo alguma pessoa que lhe era próxima.

O menor alienado passa a ter mudanças de comportamento, característicos com os sentimentos transmitidos a ele pelo seu genitor como se fosse próprios, isso ocorre porque o menor não tem discernimento para separar seus sentimentos e os do seu genitor pensando que aquele sentimento criado é a verdade e que ele se sente seguramente desta forma em relação a o outro genitor.

O alienado é sempre um alvo fácil e influenciável por ainda não ter personalidade definida, então o alienado cria sentimento mentirosos e irreais em relação a outro genitor tratando de forma diferente e até mesmo as vezes com agressividade.

O Menor por estar em um processo de maturidade emocional e podendo ser afetado psicologicamente pela ruptura familiar se tornando susceptível a alienação

parental por parte do genitor alienador, fazendo assim a prática da alienação um meio muito fácil de agredir e se vingar indiretamente do ex-companheiro.

Segunda lei 13.431/17 estabelece um sistema de garantia de direitos à criança e o adolescente, tipificando a alienação parental como um tipo de violência psicológica, como está descrito no art. 4º, II, B, da lei mencionada.

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

[...]

II - violência psicológica:

[...]

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este. (incluída pela lei 13.431 de 2017)

Sendo reconhecida a prática da alienação parental pelo genitor, será aberto um processo que passara a tramitar de forma prioritária por se tratar do interesse do menor representado pelo Ministério Público.

Então, serão usadas as medidas provisórias para que seja preservada a integridade psicológica do menor, que sofreu alienação e também garantir que o menor possa conviver com o seu outro genitor.

No processo pode ser pedido pelo juiz a perícia psicológica que será realizado por profissional habilitado conforme o art. 5º da lei n 12.318/10:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitado, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. § 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. (incluída pela lei 12.318 de 2010)

Mesmo a perícia identificando a prática da alienação, ela não pode caracterizar como única prova, pois é preciso que haja mais indícios de que houve a alienação, e o juiz deverá adotar as medidas cabíveis para a proteção do alienado.

Também deve ser apreciado pelo juiz laudos de médicos, assistentes sociais, psicólogos e mais profissionais do ramo, tornando assim mais fácil o reconhecimento da alienação parental por se ter mais números de provas.

Mesmo que identificada a alienação, poderá mesmo assim o genitor alienador visitar o menor alienado nas seguintes condições dispostas no art. 4º parágrafo único da Lei 12.318/10:

Art. 4o Declarado indicio de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atesta do por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas. (incluída pela lei 12.318 de 2010)

Possibilitando o menor alienado a convivência com seu genitor alienador com supervisão para que não afete seu desenvolvimento familiar para que ele possa crescer com a presença dos seus genitores.

Há um estudo nos Estados Unidos afirmando que a alienação parental na verdade seria uma síndrome conhecida pela sua sigla em inglês PAS e na sigla em português como SAP, a alienação parental somente é reconhecida como

síndrome nos Estados Unidos, e segundo Richard Gardner a definição da síndrome da alienação parental é:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. (Gardner, 1985 a).

Neste caso, a alienação parental e a síndrome da alienação se tratam do mesmo problema que é a influência emocional negativa do alienador para com o alienado.

A alienação parental, não pode ser tratada como síndrome, porque uma síndrome na visão médica é uma característica genética, que junto a outras características causam a síndrome. No caso, a alienação parental é um estado emocional, derivado de algum processo doloroso que gerou a provocação da alienação, ex: ruptura da vida conjugal, criando assim um marco para que a alienação começasse.

No Brasil, então, fica esclarecido que a alienação parental (AP) não se trata de uma síndrome (SAP), mas sim, um problema emocional decorrente de acontecimentos psicológicos marcantes, que podem ser tratados.

A aplicação da Lei 12.318/2010

Essa lei foi criada com o intuito de proteger a criança e o adolescente alienado, essa lei foi inserida no ordenamento jurídico em 26 de agosto de 2010 a lei de número 12.318 que visa à proteção integral da criança e do adolescente, de forma em que se possa garantir a saúde mental do alienado.

Na maioria dos casos de alienação ocorrem na ruptura da vida conjugal dos pais, momento em que se desencadeia uma série de problemas emocionais fortíssimos. Segundo Caroline de Cassia Francisco Buosi:

[...] o inconformismo do cônjuge com a separação, a depressão, a insatisfação das condições econômicas advindas pelo fim do relacionamento, a necessidade de posse exclusiva sobre os filhos, a solidão a que se vê no presente ou o fato do ex-cônjuge manter a relação com o parceiro da relação extramatrimonial que adveio a separação são causas determinantes para que um dos cônjuges (geralmente o detentor da guarda) utilize-se da única “arma” que lhe resta para atingir e vingar-se de outro: os filhos do ex - casal.(Caroline de Cassia Francisco Buosi 2012, p.57)

De acordo com a citação acima, podemos observar que o genitor que detém a guarda do menor é quem faz na maioria das vezes a prática da alienação, pois é ele quem influencia sentimentalmente o alienado, fazendo uma espécie de lavagem cerebral no menor para que ele passe a sentir aquilo que é imposto.

A única finalidade do genitor alienador é fazer com que o menor alienado se afaste do outro genitor, principalmente criando histórias e sentimentos falsos as quais o alienado passa a acreditar.

Silvio de Salvo Venosa prega que:

O guardião em geral, seja ele divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com ausência de desvelo com relação ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo a sua personalidade sob as mais variadas formas. Nisso o alienador utiliza todo o tipo de estratégias. Trata-se de abuso emocional de consequências graves sobre a pessoa dos filhos. Esse abuso traduz o lado sombrio da separação dos pais. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor (Silvio de Salvo Venosa 2011, p.320.)

A prática da alienação sempre causa danos psicológicos graves como repulsa, ódio, agressividade, que são sentimentos plantados na cabeça do alienado pelo alienador.

A lei 12.318/10 descreve o que é a alienação parental em seu art. 2º conforme citado abaixo:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um

dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - ante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (incluída pela lei 12.318 de 2010)

Observamos que, na maioria dos casos a prática da alienação parental aparece quando em uma relação tem a quebra de seus laços, decorrente disso começa a alienação por parte do alienador.

Inúmeras vezes, o alienador usa o menor para se vingar, utilizando da sua fragilidade emocional como uma “arma” na sua vingança pessoal, semeando os falsos sentimento em relação ou outro genitor.

Essa conduta só tende a prejudicar o menor, pois abala extremamente seu psicológico e dificulta ainda mais sua convivência no meio familiar em que o outro genitor participa.

Fica evidente também que a alienação parental não se dá somente por influência de um dos genitores, mas também sobre qualquer parente até mesmo terceiros que não pertençam a sua família.

A ilegalidade da alienação parental fere um princípio fundamental para a criança e o adolescente, que é a convivência em família de forma saudável, como podemos verificar no art. 3º da lei 12.318/10:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (incluída pela lei 12.318 de 1010)

Observando como um todo, vemos o quanto é importante e necessária a lei 12.318/10, que visa a proteção integral da criança e do adolescente a fim de evitar que o alienador venha a prejudicar de qualquer forma o menor alienado.

Configurada a alienação parental, será possível em ação autônoma ou incidental o juiz, ter a possibilidade de aplicar as medidas previstas no art. 6º da lei 12.318/10 segunda a gravidade do caso:

Art. 6º [..]

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental. (incluída pela lei 12,318 de 2010)

A sanção mais extrema nesse artigo é de suspensão da autoridade familiar que só será utilizado em casos extremos, fazendo com que o genitor alienador tenha seu direito sobre o menor suspenso, mas podemos observar que não há possibilidade da destituição total do poder familiar.

A sanção que vale mais a pena ser comentada é a que se refere a inversão de guarda, que neste caso, possibilita o alienado a conviver com outro genitor, fazendo com que ele passe a conviver menos com o genitor alienador, para que possa começar a ter uma percepção diferente daquela que o alienador o impôs.

É a principal sanção é o acompanhamento psicológico, pois é extremamente importante para que o alienado possa compreender de fato seus próprios

sentimentos e desfazer a confusão emocional que lhe foi imposta de modo que não pudesse criar sentimentos próprios sem que fosse influenciado pelo alienador.

Mesmo depois do acompanhamento psicológico e ainda existindo a guarda compartilhada, ainda pode-se observar que existe a prática da alienação por parte do alienador, o magistrado poderá recorrer a guarda unilateral de acordo com o art. 7º da lei 12.318/10:

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada (incluída pela lei 12.318 de 2010).

Observando que todas essas sanções constituem um rol exemplificativo, podendo o magistrado reconhecer outras medidas, lembrando que nunca será afastada a eventual responsabilidade civil por abuso de direito que possa vir a existir o qual está tipificado no art. 186 do código civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Código civil, 2015, p.177)

Meios de prevenção da prática da alienação parental

Da guarda compartilhada

A guarda compartilhada é uma forma de coibir a alienação parental, pois ela garante que o menor conviva de forma igual com os dois genitores assim dificultando a prática da alienação.

A lei de nº 13.058 que foi introduzida no âmbito jurídico em 23 de dezembro de 2014, garante a aproximação entre pais e filhos quando houver o fim do vida conjugal, garantindo o convívio saudável com ambos os pais, fazendo com que seja evitada a prática da alienação parental, permitindo assim a participação ativa de ambos os pais na formação do menor.

Segundo Maria Berenice:

[...] falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da

convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais. (Maria Berenice 2013, p.433)

A convivência familiar é um direito fundamental na formação da criança e do adolescente, por isso temos que dar prioridade na boa convivência dos genitores mesmo que eles já não estejam juntos, priorizando sempre o menor, uma vez que a boa convivência exista no âmbito familiar dificilmente haverá a alienação parental.

Da mediação de conflitos

Uma saída para a solução desse problema, seria a mediação de conflitos no âmbito familiar, com o intuito de resolver o problema de forma imparcial sem necessidade de processos judiciais e gratuito, garantindo que não haja prejuízos a ninguém. Para VILELA a mediação familiar:

"é um procedimento estruturado de gestão de conflitos pelo qual a intervenção confidencial e imparcial de um profissional qualificado, o mediador, visa restabelecer a comunicação e o diálogo entre as partes. Seu papel é o de levá-las a elaborar, por elas próprias, acordos duráveis que levem em conta as necessidades de cada um e em particular das crianças em um espírito de corresponsabilidade parental". (Vilela 2007, p.23)

A mediação de conflitos é uma das melhores formas para se resolver um problema por ser um meio pacífico, quando há a alienação parental é sempre notado o desgaste emocional tanto dos genitores quanto do menor, então seria uma forma menos agressiva de se tratar o problema que já é gerado pela influência psicológica.

Na visão de Águida Arruda Barbosa, a mediação familiar pode ser definida como:

(...) um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz, com soluções satisfatórias no interesse da criança, mas, antes, no interesse do homem e da mulher que se

responsabilizam pelos variados papéis que lhe são atribuídos, inclusive de pai e mãe (Águida Arruda Barbosa 2003, p.340).

O objetivo da mediação é o diálogo entre os genitores, para que eles entrem em um acordo rápido e possam resolver os problemas entre si, não envolvendo os menores alienados, chegando a um consenso para a boa convivência familiar, prevenindo que o menor viva com genitores constantemente em conflito.

A mediação é sempre feita por um mediador imparcial longe dos menores onde há uma conversa com os genitores a fim de trazer soluções pacíficas para o conflito, induzindo os genitores ao diálogo para que se resolva com mediação evitando que se entre com alguma ação judicial.

Uma das vantagens da mediação é que um procedimento simples que visa a busca da solução por meio de conversas e acordos, não tem a presença dos menores envolvidos, nem testemunhas, peritos e até mesmo um juiz, são apenas os genitores e o mediador que estão ali para se entenderem.

A mediação está sempre buscando o melhor a se fazer, neste caso é visado o bem dos menores alienados, os genitores devem chegar a um consenso, fazendo com que seja feito o melhor para o convívio familiar do menor, sem expor a vida privada durante a mediação sendo isso um ponto positivo.

Segundo Cabral e Barbosa :

“o recurso fundamental de organização deste sistema familiar conflituoso e adoecido. A mediação poderá contribuir para a minimização dos conflitos e para proporcionar a convivência salutar entre os membros da família” (CABRAL e BARBOSA, 2015, p. 84).

A mediação familiar faz com que os genitores percebam que sempre deve prevalecer o bem-estar do menor que se encontra em situação emocional abalada, afim de prevenir danos psicológicos mais graves no menor alienado, deve os genitores por meio da mediação reestabelecer o bom convívio novamente para prevenir mais problemas futuros.

Sobre a mediação no âmbito do Direito de Família, segundo Nelson Rosenvald:

Em determinados conflitos, a mediação familiar se apresenta com resultados amplamente favoráveis às partes e ao Judiciário. [...] Com isso,

é recomendável aos juízes de família, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou de algum dos interessados, se fazer valer do mediador familiar (normalmente, profissionais com formação interdisciplinar) para a obtenção de resultado mais seguro do conflito, garantindo a dignidade das partes e, principalmente, de crianças e adolescentes. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (Nelson Rosenvald 2013, p. 69).

O processo de mediação é mais célere e sempre priva as partes envolvidas de qualquer vexação preservando sempre a dignidade e buscando sempre uma solução viável para as duas partes.

Segundo Warat:

Warat diz que a mediação é a melhor forma de realização da autonomia, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos. [...] é importante considerar que as práticas sociais de mediação se configuram em um instrumento de realização da autonomia, da democracia e da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. (Warat 1998, p. 5).

A mediação familiar entra em um momento muito delicado, que é na fase de instabilidade, quando todos já estão nos seus limites emocionais, sendo o papel do mediador fundamental. Onde o mediador tem que controlar a situação mostrando as alternativas de solução para os conflitos gerados.

Por se tratar de um método que gera acordo entre as partes, a mediação familiar tem um papel essencial para a solução dos conflitos pelo fato de ser uma arbitragem pacífica que busca somente o entendimento das partes sem que haja mais desgaste. Preservando sempre o interesse dos mais prejudicados que neste caso são os menores envolvidos.

CONCLUSÃO

Existem algumas saídas para se solucionar a prática da alienação parental como já citadas: a guarda compartilhada, a mediação familiar e por fim uma prática que não é vista, que é o tratamento psicológico para o alienador.

Já se sabe que a alienação parental é praticada pelo alienador, que na maioria das vezes, é o genitor que detém a guarda do menor e por ter mais vivência com ele acaba praticando a alienação, por diversos motivos como vingança, ciúmes e etc.

E se quando fosse identificada a alienação, ao invés de se tomar medidas extremas, fosse imposto ao alienador um tratamento psicológico, para que o alienador possa se tratar e dessa forma não fazer a alienação.

Podendo também ser feita uma avaliação psicológica no genitor do menor quando discutido a guarda do mesmo e poder comprovar que o genitor tem uma grande chance de praticar a alienação por conta do estado emocional que se encontra.

Assim, podendo ser prevenida a alienação, antes mesmo de acontecer, seria essencial durante um divórcio por exemplo onde existam menores a se decidir a guarda, um psicólogo acompanhando o processo para possível identificação e acompanhamento do genitor que tenha um emocional mais fraco, assim garantindo que seu estado emocional esteja saudável e que o genitor possa conviver tanto com o ex-companheiro e os menores envolvidos de maneira sadia.

Seria um grande avanço para o judiciário se eles pudessem disponibilizar profissionais especializados na área psicológica. Para casos em que é mais propício a alienação parental, podendo assim, evitar que tal prática aconteça.

Com essa possibilidade de tratamento ao alienador em potencial, pode-se prevenir em vários casos de alienação, assim não seria necessário tratar os menores os poupando de qualquer desgaste emocional e garantindo a sua proteção integral, como é de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alienação parental decorrente da separação conjugal a criança como arma do rancor e da vingança. Disponível em:<https://jus-com->

br.cdn.ampproject.org/v/s/jus.com.br/amp/artigos/59804/1?usqp=mq331AQCCAE%3D&_js_v=0.1#aoh=15531103662971&csi=1&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&_tf=Fonte%3A%20%251%24s&_share=https%3A%2F%2Fjus.com.br%2Fartigos%2F59804%2Falienacao-parental-decorrente-da-separacao-conjugal . Acesso em: 20 de março de 2019.

Alienação Parental a as sanções previstas na Lei nº. 12.318/10. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69931/alienacao-parental-a-as-sancoes-previstas-na-lei-n-12-318-10>. Acesso em 20 de março de 2019.

A presença da alienação parental nos casos de dissolução conjugal. Disponível em: <https://tancredojuridico.jusbrasil.com.br/artigos/115858662/a-presenca-da-alienacao-parental-nos-casos-de-dissolucao-conjugal-uma-pesquisa-nas-varas-de-familia-em-maceio>. Acesso em: 19 de março de 2019.

Art. 4º da Lei 13431/17. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/148279841/artigo-4-da-lei-n-13431-de-04-de-abril-de-2017>. Acesso em: 19 de março de 2019.

A possibilidade da mediação familiar em casos de alienação parental.

Disponível em: <https://marianabluz.jusbrasil.com.br/artigos/569399167/a-possibilidade-da-mediacao-familiar-em-casos-de-alienacao-parental>. Acesso em 21 de março de 2019.

A importância da guarda compartilhada para evitar os atos da alienação parental. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59925/a-importancia-da-guarda-compartilhada-para-evitar-os-atos-da-alienacao-parental>. Acesso em 21 de março de 2019.

A mediação no contexto familiar no combate à síndrome da alienação parental.

Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260463,11049A+mediacao+no+contexto+familiar+no+combate+a+sindrome+da+alienacao>. Acesso em 21 de março de 2019.

Constituição federal. Disponível em :

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24 de março de 2019.

Código de direito civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 24 de março de 2019.

DIAS, Maria Berenice, MANUAL DE DIREITO DAS FAMILIAS, São Paulo: Revista dos Tribunais,2011.

Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/90 | Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:

<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91764/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-lei-8069-90>. Acesso em :17 de março de 2019.

Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em 24 de março de 2019.

Guarda compartilhada: o que muda com a Lei n. 13.058/2014. Disponível em: https://koppadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/184595479/guarda-compartilhada-o-que-muda-com-a-lei-n-13058-2014_. Acesso em 21 de março de 2019

Lei 12.218/10. Disponível em: http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/Lei-12318_10-Alienacao-Parental.pdf_. Acesso em: 19 de março de 2019.

Lei 13.058/14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm_. Acesso em 21 de março de 2019.

Mediação Familiar disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/16135/4028>
Acesso em 24 de março de 2019.

O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? Disponível em: http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente_. Acesso em 25 de março de 2019.

Princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Disponível em: https://wgomes92-jusbrasil-com-br.cdn.ampproject.org/v/s/wgomes92.jusbrasil.com.br/artigos/140564425/principio-da-protacao-integral-da-crianca-e-do-adolescente/amp?usqp=mq331AQCCAE%3D&_js_v=0.1#referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&_tf=Fonte%3A%20%251%24s&share=https%3A%2F%2Fwgomes92.jusbrasil.com.br%2Fartigos%2F140564425%2Fprincipio-da-protacao-integral-da-crianca-e-do-adolescente. Acesso em: 17 de março de 2019.

SALES, Lília Maia de Moraes, **JUSTIÇA E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TARTUCE, Flávio, **MANUAL DE DIREITO CIVIL**, 7ªed.Rio de Janeiro: Método,2017.

A PRIVACIDADE PERANTE AS NOVAS TECNOLOGIAS

Regina Lúcia Corrêa Braga¹

RESUMO

A adesão às novas tecnologias pelos indivíduos tem sido muito veloz. As empresas e Estado armazenam as informações pessoais nem sempre com o devido cuidado. Esse trabalho aponta os riscos à privacidade das pessoas, porque essa ameaça ocorre e os aparatos para prevenção de uma forma geral. É mostrada a legislação principal que garante o direito à privacidade e a proteção dos dados, a implementação de segurança da informação como um fator muito importante e, por fim, a relevância de treinamentos adequados e para a formação de uma cultura para o uso adequado das tecnologias pelos seus usuários.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade. Proteção. Dados. Tecnologia. Segurança.

INTRODUÇÃO

A demanda por tecnologia cresce de forma exponencial. Há uma lógica compreensível, desde que os sistemas operacionais começaram a interagir de forma amigável com os usuários e o mundo começou a perceber como a tecnologia facilita o trabalho e as questões práticas da vida, das empresas e governos.

Os aplicativos foram surgindo para simplificar mais a vida, expandindo para o lazer, cultura, o entretenimento, e, principalmente expandindo a forma de comunicação entre as pessoas, entre as empresas, entre as pessoas e as empresas. A inovação passou a ser um diferencial competitivo para as empresas, ao mesmo tempo em que adquire uma aceitação e absorção surpreendentes entre as pessoas.

¹ Tecnóloga em Processamento de Dados (1986), Rede de Computadores (2001), Direito (2019). E-mail: regina.braga14@gmail.com

Parece um mundo maravilhoso, mas da mesma forma, em sentido inverso, não podemos fechar os olhos para os seus efeitos colaterais. Um desses efeitos é objeto desse estudo, qual seja o impacto negativo das novas tecnologias sobre a privacidade dos indivíduos. Esse impacto pode ser devastador e destruidor, considerando que os indivíduos, empresas e governos têm se tornado cada vez mais alvos de inúmeros golpes e crimes virtuais.

Os golpes não param de surgir e com propostas diferentes. Sempre que uma forma de segurança se impõe, surge um novo golpe. Parece aquele velho questionamento filosófico de quem veio primeiro, o ovo ou a galinha? Existe um movimento contínuo e constante de novos golpes e os acertos de segurança. A cada acerto, aparece um novo golpe e, muitas vezes, burlando aquele mesmo acerto. Mas por que estamos sempre atrás na segurança?

A humanidade tem sofrido muitas mudanças e as inovações têm gerado novas formas de interação com o mundo. Acontece que hábitos e costumes não se rompem na mesma velocidade, o que gera uma disparidade entre o que temos de tecnologia ao nosso dispor e o que seria a forma adequada de usá-la. O conceito de uso amigável e autoexplicativo foi dominando as tecnologias para que as pessoas as pudessem usá-las sem ter que ler um manual antes. Todos vão usando imediatamente, sem estudar antes, sem pensar nos riscos, de forma não segura e despreocupada, o que tem gerado uma grande exposição dos indivíduos.

O mundo real tem migrado para a instância virtual a cada dia. Em todos os ambientes esta transformação está em crescimento constante. Ao invés de sairmos para comer, pedimos pelos aplicativos. Ao invés de ir às compras no shopping, compramos pela internet. Os encontros com os amigos na cidade e ao redor do mundo são realizados pelas redes sociais, e até mesmo os encontros amorosos são engendrados virtualmente. Esse uso desordenado e em todos ambientes cada vez mais expõe as informações e, conseqüentemente, a privacidade dos indivíduos.

A privacidade é de suma importância para o indivíduo, ela está associada à sua liberdade e dignidade, consideradas princípios basilares e que compõem a essência dos direitos humanos fundamentais.

Esse trabalho se justifica pela importância da privacidade do indivíduo e o quanto ela se perde nesse mundo cada vez mais virtual, conectado e sem controles de segurança adequados.

O objetivo geral desse trabalho é levantar a problemática atual da privacidade e definir meios para conservá-la.

O desenvolvimento desse tema foi elaborado a partir dos conceitos de privacidade e sua associação com os dados pessoais; da informação e sua importância aos negócios; nas tecnologias atuais, em ascensão e a inovação tecnológica; além do conceito de segurança da informação como medida de proteção aos dados no uso das novas tecnologias, e a apresentação da legislação existente em prol da privacidade e no uso adequado dos dados pessoais.

1 PRIVACIDADE

A privacidade, segundo o Dicionário Aurélio, significa “vida privada; vida íntima; intimidade”.²

Na era da informação, esses conceitos passam por nossas informações pessoais, desde fotos e imagens em geral, até os dados sobre saúde, aqueles que nos identificam como pessoa, nossos contatos, conversas e outros tantos, impossíveis de enumerá-los todos.

A vida real e íntima migra para o mundo virtual, nossas amizades, conversas íntimas, paqueras estão nas redes sociais e aplicativos de comunicação. Namoramos virtualmente, tiramos fotos íntimas e postamos de forma particular.

Os dados de pessoas estão em toda parte, as pessoas armazenam seus dados e de outros, as empresas e governos também armazenam os dados pessoais. Tudo o que está ligado à internet e armazenado eletronicamente pode ser acessado por outros, principalmente quando não há o devido cuidado e quando não é implementada a segurança da informação. Desta forma, os riscos relacionados à

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 1394.

exposição dos dados armazenados pelas pessoas, pelas empresas e órgãos públicos interferem na privacidade de todos.

2 INFORMAÇÃO

Há diversas definições a respeito do que é informação. Ela pode ser um dado isolado ou um conjunto deles, pode identificar pessoas, processos, máquinas, marcas, negócios, empresas, governos e tudo o mais que retrata o conhecimento, a ciência, as notícias e pesquisas.

Conforme definição da norma NBR ISO/IEC 27002:2005:

A informação é um ativo que, como qualquer outro ativo importante, é essencial para os negócios de uma organização e conseqüentemente necessita ser adequadamente protegida. [...] A informação pode existir em diversas formas. Ela pode ser impressa ou escrita em papel, armazenada eletronicamente, transmitida pelo correio ou por meios eletrônicos, apresentada em filmes ou falada em conversas. Seja qual for a forma de apresentação ou o meio através do qual a informação é compartilhada ou armazenada, é recomendado que ela seja sempre protegida adequadamente”.³

3 INOVAÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS

“Inovação é uma palavra que deriva de *innovatio*, termo latino que representa uma criação que não tem equivalente em padrões anteriores”.⁴

A inovação traz uma forma de pensar e atuar diferente, quebra paradigmas, traz resultados palpáveis e, não só cria, mas modifica processos, negócios, produtos e serviços os tornando mais eficientes.

A tecnologia pode ser definida como o domínio de uma técnica e o meio para um determinado fim ou uso. É importante ressaltar que a tecnologia é uma atividade essencialmente humana. Além do que, há que se demarcar que toda tecnologia, todo avanço tecnológico, objetiva a realização das vontades humanas. Por outro lado, é justo afirmar que os avanços

³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO/IEC 27002: Tecnologia da Informação: Técnicas de segurança: Código de prática para gestão da segurança da informação*. Rio de Janeiro, 2005, p. X.

⁴ INOVAÇÃO: o que é, conceito e exemplos. *Portal da Sociedade Brasileira de Coaching*, São Paulo, SP, 11 set. 2018. Disponível em: <<https://www.sbcoaching.com.br/blog/negocios/inovacao/>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

tecnológicos neste século XXI, com mais impacto no dia a dia das pessoas estão relacionados à tecnologia da informação (celulares do tipo smartphones e computadores cada vez mais rápidos e multimídias), à biotecnologia, sobretudo na área médica (instrumentos/máquinas de diagnósticos e tratamentos sofisticados) e às tecnologias industriais, com grandes mudanças nas relações de produção (em especial nos setores de serviços, na indústria e na agricultura).⁵

A internet é a tecnologia de grande poder de inovação e que vem possibilitando grandes mudanças na vida contemporânea. A internet possibilitou a interligação do mundo e deu maior significado à globalização. Antes dela, as empresas, organizações e instituições trabalhavam de forma isolada, dentro de sua própria rede de informações. As informações começaram a ser cada vez mais necessárias para a eficiência e controle e, quanto melhor organizadas, maior é o diferencial competitivo.

A “Era da Informação” chegou e transformou a informação em um bem muito valioso para as empresas. Cada vez mais a vida da sociedade atual é baseada nas informações que cada um tem e as organiza. A oferta de informações se tornou muito grande. Muitas empresas precisam de informações para prosperar e se não as têm, as compram. Por outro lado, cada indivíduo tem sua gama de informações pessoais e muitas delas estão também no meio computacional, em celulares, *tablets* e *notebooks*.

Até então, cada organização tinha a sua própria rede interna de computadores com todas as suas próprias informações. Com o advento da internet, passou-se a incorporar em cada parque tecnológico um bloco de tecnologia para acesso à internet. A partir daí, possibilitou-se a conexão global e também o possível acesso aos dados de qualquer empresa, assim como dos computadores pessoais de qualquer parte do mundo, que estiver conectada à internet, que é a rede mundial de computadores.

Há diversas tecnologias construídas justamente para invadir os sistemas e roubar nossas informações. Algo que é muito preocupante para a nossa privacidade são os programas espíões, que vão desde a captura do que é digitado nos teclados

⁵ HOGEMANN, Edna Raquel. *Tópicos interdisciplinares*. Rio de Janeiro: SESES, 2016, p. 33-34.

reais e virtuais nos computadores e dispositivos móveis, até mesmo na filmagem e gravação do que é falado próximo ao dispositivo.

As novas tecnologias despontam trazendo inovações de toda forma. A seguir, algumas delas. A internet foi evoluindo quanto a sua aplicabilidade e foram expandindo os serviços de Nuvem ou *Cloud Computing*, que possibilitam contratar, e assim terceirizar, os serviços de Tecnologia da Informação das empresas para a Nuvem, quais sejam, o armazenamento dos dados e a infraestrutura de servidores (IaaS - *Infrastructure as a Service*), além dos próprios serviços de sistemas de Informação (SaaS - *Software as a Service* e PaaS - *Platform as a Service*). Além disso, os indivíduos também foram se valendo destes serviços, armazenando seus dados na Nuvem, os chamados *drives* para guardar documentos e dados em geral, fotos e imagens, nossos contatos, redes sociais e tudo o mais.

A IoT, *Internet of Things*, ou “Internet das coisas”, em português, é quando os diversos dispositivos eletrônicos, eletrodomésticos e até mesmo aqueles mecânicos, como portas, cortinas e janelas, são controlados por sistemas via controle remoto e estão todos ligados à internet. Essa tecnologia permite que todos esses dispositivos estejam conectados.

A Inteligência Artificial - IA está em franca expansão. O seu princípio é criar a sua própria base de conhecimento e expandi-la conforme o uso da tecnologia. É propor à própria máquina um equivalente ao cérebro humano, com a finalidade de tomar as decisões mais acertadas. O sistema parte de várias bases de dados e quanto maior essa base, maiores serão seus parâmetros para melhores decisões.

As tecnologias estão evoluindo e compartilhando suas bases de dados para propiciar mais serviços e inteligência de seus dispositivos. É o que retrata o artigo a seguir, sobre a integração da “Inteligência Artificial” e da “Internet das coisas”.

[...] O cenário tecnológico da IA é complexo e continuará assim até 2023, com muitos fornecedores de TI investindo pesadamente em IA, surgindo variantes de coexistência de IA e novos serviços e licenças baseadas em IA. Apesar dessa complexidade, será possível obter bons resultados com IA em uma ampla gama de situações de IoT. Como resultado, os CIOs

deverão construir uma organização com as ferramentas e habilidades para explorar a IA em sua estratégia de IoT.⁶

A integração das tecnologias e a inteligência das bases de dados não ficam restritas aos seus usuários, ela vai além e chega ao controle dos aplicativos e dispositivos que auxiliam na gestão dos municípios.

O conceito de *Smart Cities* tem crescido bastante como uma tendência para gestão das cidades, de seus grandes eventos, com uma proposta muito eficiente para o controle de segurança. A ideia aqui é interligar numa sala de controle os dados das polícias, das câmeras, das companhias que fornecem os serviços de iluminação, rede de águas e esgotos, de gás, do trânsito e seus sinais, e tudo o mais relativo à infraestrutura ou que pode interferir na cidade, como a meteorologia. Nesse conceito, todos os serviços podem ser acionados em caso de acidentes como a defesa civil, hospitais e bombeiros.

O fato é que o uso de tecnologia tem crescido bastante no sentido da interligação de dados. A Receita Federal já realiza uma interligação ou cruzamento de dados com outros cadastros como os dados eleitorais, dentre outros. As polícias também cruzam os seus dados. E a eficiência realmente está ligada a isso.

Um dos principais dispositivos que fazem parte de todo esse arsenal tecnológico são as câmeras de vídeo. Elas são cada vez mais úteis e utilizadas em sistemas de segurança e de outros tantos. Há cidades, como Londres, que são completamente vigiadas por câmeras, possibilitando o rastreamento de todo o trajeto que um determinado cidadão percorre durante o dia. O seu uso em empresas para gravar os trabalhadores ainda é bem questionado.

Em todos os locais que são utilizados, como por exemplo nos ônibus, há aquela famosa plaquinha “sorria, você está sendo filmado”. Isso porque a imagem das câmeras invade a nossa privacidade e por isso é importante nos avisar em primeiro lugar. Neste caso, é muito importante um controle maior, pois esses dispositivos geram informação que invade a privacidade das pessoas.

⁶ A GARTNER identificou as 10 principais tecnologias e tendências de IoT. *Portal da Associação Brasileira de Internet das Coisas (ABINC)*, São Paulo, SP, 21 nov. 2018. Disponível em: <<https://abinc.org.br/a-gartner-identificou-as-10-principais-tecnologias-e-tendencias-de-iot/>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

4 RISCOS

O uso de tecnologias e sua evolução traz consigo uma série de riscos. Há interesses diversos sobre os dados de pessoas, empresas e governos, sendo as motivações bem amplas.

Dados incluem-se fotos, vídeos, dados pessoais para realizar crimes pessoais diversos, tais como pedofilia, crimes contra a honra, invasão de domicílios, ameaças e chantagens. Os dados pessoais também são usados como trampolim para outros tantos crimes, como a clonagem de cartões para realizar compras e empréstimos no nome alheio já intencionando o não pagamento, o furto de contas bancárias e toda sorte de golpes.

As técnicas utilizadas para a invasão dos computadores, redes e sistemas computacionais estão em constante evolução, com programas espíões cada vez mais inteligentes. Os interesses obscuros vão desde fraudes por interesse econômico, venda de informações para empresas no mercado negro, sequestro de dados de empresas, concorrência desleal e golpes diversos, até mesmo a guerra cibernética.

As pessoas expõem seus dados a riscos por desconhecimento ou por agirem sem controle ou suprimindo-os. Não se preocupam com segurança da informação; desconhecem as boas práticas e normas de segurança; emprestam senhas; divulgam informações pessoais e profissionais nas redes sociais; deixam seus computadores desassistidos e celulares; não implementam antivírus e nenhum outro controle; são crédulas, principalmente no que está em meio digital; clicam em links desconhecidos e são vítimas de golpes de Engenharia Social.

A Engenharia social é “um método de ataque onde alguém faz uso da persuasão, muitas vezes abusando da ingenuidade ou confiança do usuário, para obter informações que podem ser utilizadas para ter acesso não autorizado a computadores ou informações”.⁷

⁷ CERT,br, [(2011?)] *apud* WENDT, Emerson; JORGE, Higor V. N. *Crimes cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013, p. 21.

Os programas espões propiciam ao seu controlador acessar pela internet tudo o que é filmado e gravado ao redor de nossos dispositivos, *notebooks* e celulares, por exemplo, sendo, portanto, um risco elevado à privacidade dos indivíduos, bem como aos negócios das empresas e governos.

Por outro lado, as empresas, assim como os governos, não investem em segurança da informação por ser algo que não traz um benefício e nem lucratividade de forma direta. Desta forma, elas permitem que seus sistemas estejam sempre expostos de alguma forma, assim também ficando as informações pessoais, pelo fato de serem custodiantes desses dados.

O Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT.br) é o Grupo de Resposta a Incidentes de Segurança para a Internet no Brasil, mantido pelo NIC.br, do Comitê Gestor da Internet no Brasil. É responsável por tratar incidentes de segurança em computadores que envolvam redes conectadas à Internet no Brasil.⁸

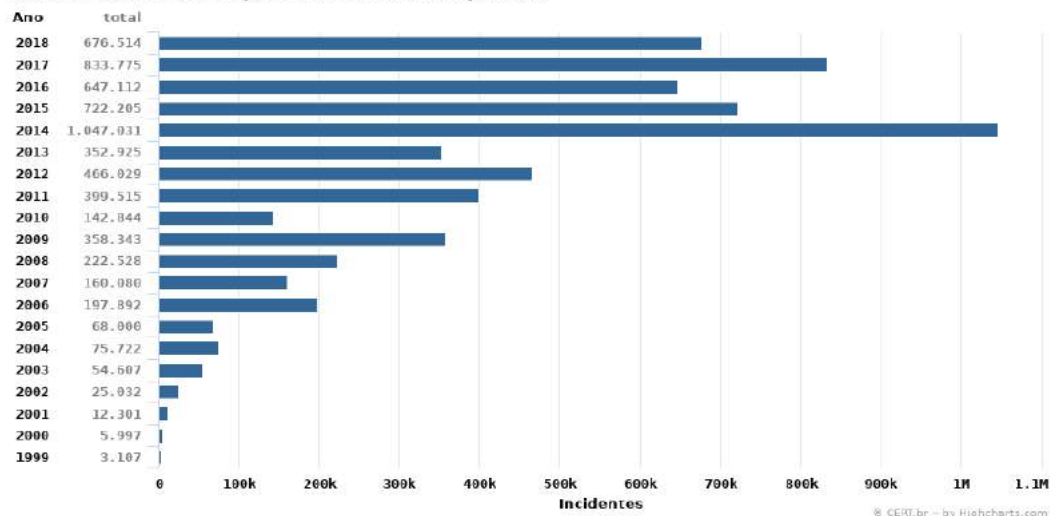
A seguir, os gráficos com os dados coletados pelo CERT.br sobre os incidentes de segurança da informação reportados no Brasil.

Gráfico 1 - Total de incidentes reportados ao CERT.br por ano⁹

⁸ SOBRE o CERT.br. *Portal CERT.br*, São Paulo, SP, 12 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.cert.br/sobre/>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

⁹ TOTAL de incidentes reportados ao CERT.br por ano. *Portal CERT.br*, São Paulo, SP, 25 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.cert.br/stats/incidentes/>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

Total de Incidentes Reportados ao CERT.br por Ano

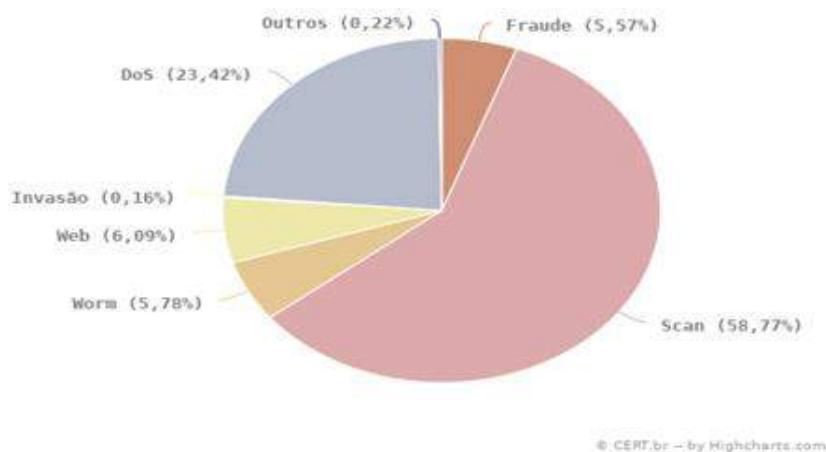


Fonte: TOTAL... (2019).

O gráfico a seguir apresenta os percentuais dos tipos de incidentes de segurança da informação reportados ao CERT.br em 2018.

Gráfico 2 – Incidentes reportados ao CERT.br – Janeiro a Dezembro de 2018¹⁰

Incidentes Reportados ao CERT.br -- Janeiro a Dezembro de 2018
Tipos de ataque



Fonte: INCIDENTES... (2019).

¹⁰ INCIDENTES reportados ao CERT.br – Janeiro a Dezembro de 2018. *Portal CERT.br*, São Paulo, 25 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.cert.br/stats/incidentes/2018-jan-dec/tipos-ataque.html>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

Sobre os riscos em nuvem:

A Netskope divulgou o Relatório Netskope Cloud Report™ sobre uso e tendências de serviços de nuvem corporativa. De acordo com o estudo desenvolvido pela companhia, que analisou o Centro de Referências de Segurança da Internet para a Amazon Web Services (AWS), 71,5% das violações ocorreram com o gerenciamento de acesso e identidade (ou IAM, sigla em inglês para Identity and Access Management) para AWS. Os serviços de infraestrutura de nuvem pública, como o AWS, foram adotados amplamente nas empresas, o que afirma a necessidade de políticas claras de acesso e identidade para garantir a segurança dos dados.¹¹

As novas tecnologias como IoT e IA, trazem riscos crescentes à privacidade, uma vez que se apropriam de uma gama diversa de dados para a realização de suas funções. A IoT traz riscos assustadores, uma vez que pode controlar facilmente toda nossa casa, nossa luz, geladeira, o que estamos assistindo e até mesmo fazendo.

É o que preconizam também as pesquisas da Gartner, uma empresa de consultoria, em relação às novas tecnologias e a necessidade de educação, conforme dispõe a seguir:

À medida que a IoT amadurecer e se tornar mais amplamente implantada, uma ampla gama de questões sociais, legais e éticas crescerá em importância. Estas questões incluem a propriedade dos dados e as deduções feitas a partir deles, tendência algorítmica, privacidade e conformidade com regulamentos, como o Regulamento Geral de Proteção de Dados.

A implantação bem sucedida de uma solução de IoT exige que ela não seja apenas tecnicamente eficaz, mas também socialmente aceitável [...]. Os CIOs deverão, portanto, educar a si mesmos e seus funcionários nessa área e considerar formar grupos, como conselhos de ética, para revisar a estratégia corporativa. Os CIOs também deverão considerar ter algoritmos-chave e sistemas de inteligência artificial revisados por consultorias externas para identificar potenciais vieses.¹²

¹¹ RELATÓRIO revela principais violações ocorridas em serviços na nuvem. *Portal Security Report*, São Paulo, SP, 05 nov. 2018. Disponível em: <<http://www.securityreport.com.br/overview/relatorio-revela-principais-violacoes-ocorridas-em-servicos-na-nuvm/#.XQGF9JKjcc>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

¹² A GARTNER identificou as 10 principais tecnologias e tendências de IoT. *Portal da Associação Brasileira de Internet das Coisas (ABINC)*, São Paulo, SP, 21 nov. 2018. Disponível em: <<https://abinc.org.br/a-gartner-identificou-as-10-principais-tecnologias-e-tendencias-de-iot/>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

A vigilância nas cidades e nos perímetros urbanos, baseados principalmente no uso de sistemas de vídeo e câmeras, têm despontado de acordo com a escalada na violência e ataques em massa, que já ocorrem no país. Com o uso de câmeras em larga escala nos ambientes externos e o crescimento de investimentos em tecnologias de *Smart Cities*, até o que fazemos nas ruas estará cada vez menos privado.

5 SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

5.1 Conceito

É a proteção da informação sob os aspectos básicos “[...] da confidencialidade, integridade e disponibilidade da informação; adicionalmente, outras propriedades, tais como autenticidade, responsabilidade, não repúdio e confiabilidade [...]”, não se limitando a estas.¹³

“Confidencialidade é propriedade de que a informação não esteja disponível ou revelada a indivíduos, entidades ou processos não autorizados”.¹⁴

A integridade é a “propriedade de salvaguarda da exatidão e completeza de ativos”.¹⁵

A disponibilidade é a “propriedade de estar acessível e utilizável sob demanda por uma entidade autorizada”.¹⁶

A autenticidade é a capacidade de atestar a origem ou a fonte da informação.

A segurança da informação é a medida necessária para resguardar os dados pessoais, das empresas e dos governos. Ela deve andar em conjunto com toda a implantação e uso de todas as tecnologias. É o investimento fundamental para

¹³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO/IEC 27001: Tecnologia da informação: Técnicas de segurança: Sistemas de gestão de segurança da informação: Requisitos*. Rio de Janeiro, 2006, p. 2.

¹⁴ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵ *Ibid.*, p. 3.

¹⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO/IEC 27001: Tecnologia da informação: Técnicas de segurança: Sistemas de gestão de segurança da informação: Requisitos*. Rio de Janeiro, 2006, p. 2.

guardar os dados pessoais e propiciar o mínimo de privacidade aos indivíduos e a prevenção das fraudes contra eles e dos seus dados armazenados pelas empresas e governos.

A sistemática de proteção não se trata de algo simples e nem é realizado de uma só vez. Ela deve atuar nos processos; na infraestrutura física; na tecnologia, com o uso de várias ferramentas como antivírus; e, não menos importante, nas pessoas. As pessoas devem saber o que é um uso adequado e como se prevenir de Engenharia Social e outras técnicas. Para isso, elas precisam ser educadas nas escolas e treinadas nas empresas.

Além disso, a segurança deve ser sempre reavaliada e planos de ação devem ser implementados para a sua melhoria constante.

5.2 NBR ISO/IEC 27001

É uma norma da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) que internalizou a norma internacional com os requisitos para a Gestão de Segurança da Informação. Ela aponta os controles necessários e os requisitos essenciais para a proteção da informação. Um deles é a conformidade com as leis e boas práticas.

A segurança deve ser realizada sempre em camadas, ou seja, em vários ambientes e a todo momento em que ela trafega de um lado para o outro.

Segundo a norma, a segurança deve estar presente em todo o seu sistema de gestão, assim como nos controles relevantes tais como: na política de segurança da informação; na organização interna e com as partes externas; na gestão dos ativos que interagem e armazenam informação, sejam equipamentos e documentos; na gestão dos recursos humanos; na segurança física e do ambiente; no gerenciamento das operações e comunicações; no controle de acessos; na aquisição, desenvolvimento e manutenção de sistemas; na gestão de incidentes de

segurança da informação; na gestão da continuidade do negócio; na conformidade com leis, normas e auditorias.¹⁷

5.3 Classificação da informação

A classificação das informações é um dos controles primordiais NBR ISO/IEC 27001. Faz parte da “gestão de ativos”, que tem a informação como um dos ativos. É o que ela é, um ativo importante e valioso. Por isso é fundamental a catalogação desse arsenal de forma classificada e definindo os níveis de acesso de cada classificação.

Se a informação é pública, significa que ela pode ser acessada sem restrição. Contudo, para algumas empresas, mesmo a informação pública precisa de autorizações para serem divulgadas para fora da empresa.

A partir da classificação das informações são determinadas quais informações podem ser abertas ao público, aquelas que devem ser acessadas com restrições, e até mesmo aquelas que são informações pessoais, ou seja, que cabe ao proprietário daquela informação consentir sobre o seu tratamento.

A classificação da informação é fundamental para direcionar os controles de segurança da informação, de forma que sejam aplicados recursos onde realmente é necessário. Ela baliza e dá condições para a priorização dos gastos com segurança da informação.

A Lei de Acesso à Informação trata essa questão, como será visto mais abaixo.

6 LEGISLAÇÃO

A legislação brasileira trata da necessidade de privacidade conferida ao cidadão.

¹⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO/IEC 27001: Tecnologia da informação: Técnicas de segurança: Sistemas de gestão de segurança da informação: Requisitos*. Rio de Janeiro, 2006.

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é que travamos o direito à privacidade do indivíduo. Logo no seu artigo 5º, inciso X, é preconizada a inviolabilidade da vida privada; no inciso XI e XII trata respectivamente, da inviolabilidade de seu domicílio e do sigilo de sua correspondência. Em alguns pontos, destacados a seguir, a CRFB/88 menciona o direito de acessar a informação de interesse particular e demais consideradas públicas.¹⁸

Como desdobramento das questões levantadas na CRFB/88, foi instituída a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a famosa “Lei da Transparência”, voltada para a Administração Pública. Essa lei justamente determina a classificação das informações mencionada no item anterior. Ou seja, a Administração Pública já fez o seu papel de publicar uma lei para classificar suas informações e determinar o que são as informações pessoais. Cabe aos entes da Administração implementar essa lei realizando o inventário e a classificação efetiva das informações sob sua guarda, à luz da Lei de Acesso à Informação.¹⁹

Uma vez classificadas as informações, é necessário dar o próximo passo, qual seja, definir o tratamento adequado a cada nível de sigilo. O tratamento significa especificar como as informações devem ser resguardadas em cada etapa de seu ciclo de vida, ciclos estes que variam desde a sua criação, passando pela guarda física, onde ela pode ser armazenada, quais proteções devem ser realizadas no tráfego dessas informações pela internet, até o seu descarte final.

A Lei de Proteção dos Dados Pessoais chega justamente para dar o tratamento adequado às informações pessoais, e só a estas. É a lei do momento para os profissionais de segurança da informação, devido à entrada em vigor da lei europeia sobre o assunto e à lei brasileira, esta Lei de Proteção de Dados Pessoais,

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

¹⁹ *Id.* Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/12527.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que entrará em vigor em 2020, conforme seu art. 65, II.²⁰ Essa lei é um desdobramento da CRFB/88, no tocante à privacidade e intimidade, e dá o tratamento adequado às informações pessoais.

6.1 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)

A nossa Constituição Federal já destaca a privacidade dos indivíduos no seu “Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, “Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, em seu artigo 5º, que é o primeiro artigo desse capítulo e título, que diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, nos incisos destacados a seguir:

Art. 5º. [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].²¹

O inciso XII determina que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas [...]”.²²

O inciso XXXIII já preconiza o que a Lei de Acesso à Informação determina. Assim dispõe:

Art. 5º [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas

²⁰ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²¹ *Id.* Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²² *Ibid.*, online.

aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...].²³

Ou seja, a CRFB/88 determina os direitos dos usuários ao acesso aos dados públicos e a seguir determina que a Administração Pública deve provê-los.

A CRFB/88 no seu “Título III - Da Organização do Estado”, Capítulo VII – “Da Administração Pública”, “Seção I - Disposições Gerais”, em seu artigo 37, o primeiro artigo desse Capítulo e Seção, preconiza os princípios da Administração Pública, quais sejam o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência²⁴ e remete também a outros, incluindo no seu parágrafo 3º o seguinte:

Art. 37. [...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

A CRFB/88 no seu “Título VIII – Da Ordem Social”, “Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto”, “Seção II – Da Cultura”, no seu artigo 216, destaca a informação como um bem imaterial e determina o dever da Administração Pública em conceder a sua consulta ao povo no seu § 2º, que diz que “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.²⁵

6.2 Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011

²³ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁴ *Id.* Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁵ *Ibid.*, online.

A informação pessoal se encontra em domínio do próprio indivíduo e, sob o aspecto de custódia, em empresas diversas e também na Administração Pública.

A Lei 12.527/2011 regula o acesso às informações previsto nos incisos acima citados da CRFB/88. Ela determina a importância da segurança das informações no seu artigo 6º, incisos II, quanto às informações de forma geral, e no seu inciso III, a proteção das informações sigilosas e das informações pessoais nos seus quesitos de segurança, sejam eles a disponibilidade, autenticidade, integridade e quando o sigilo for necessário.

A Lei faz referência às informações pessoais, no seu “Capítulo IV – Das Restrições de Acesso à Informação”, “Seção V - Das Informações Pessoais”. No seu artigo 31, o primeiro desta seção, associa as informações pessoais à privacidade, e dispõe que “o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”²⁶, dando outras providências.

6.3 Lei de Proteção de Dados Pessoais – Lei nº 13.709/2018

Esta lei entrará em vigor completamente em agosto de 2020. É a lei que rege o tratamento dos dados pessoais, de forma a garantir a privacidade já almejada e determinada pela Constituição Federal.

O seu artigo 1º já mostra essa relação, conforme a seguir:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de

²⁶ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.²⁷

E mais uma vez, ela enfatiza o respeito à privacidade no seu artigo 2º, e seus incisos, conforme a seguir:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
I - o respeito à privacidade;
II - a autodeterminação informativa;
III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.²⁸

A lei traz vários procedimentos para o tratamento adequado das informações pessoais. As novas tecnologias e no que tange ao uso massivo da internet por estas, deverão se adaptar em vários quesitos, tais como a utilização de técnicas de segurança da informação aos dados que mantiverem; solicitar e guardar somente o necessário; não devem compartilhar, ao menos com o consentimento da pessoa.

Há um capítulo, o VII, sobre “Segurança e boas práticas”, reafirmando a segurança da informação como questão essencial para garantir a proteção dos dados, bem como a necessidade de manter o sigilo dos dados, da “Seção I” deste capítulo, denominada “Da Segurança e do Sigilo de Dados”.²⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁷ *Id.* Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁸ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

²⁹ *Ibid.*, online.

Como mostrado, há muitos riscos relacionados à nossa vida privada, uma vez que as novas tecnologias aparecem e as usamos de forma desordenada e não segura.

A velocidade com que as tecnologias surgem, desde as duas últimas décadas do século passado até os momentos atuais, têm atropelado a própria cultura e divergindo os costumes. A tecnologia surgiu com muita credibilidade e o que vem dela tem sido automaticamente aceito. Isso facilita bastante a ação dos maus intencionados e, com isso, a quantidade de golpes virtuais não para de crescer.

As empresas, ou pessoas jurídicas de direito privado, devem se comprometer com as leis e serem responsáveis pelos dados custodiados por ela. E a melhor forma é implementar a segurança da informação. Como mostrado neste trabalho, já existe norma da ABNT dedicada a isso. Além disso, deve se preocupar em implementar a Lei de Proteção de Dados Pessoais, a LGPD.

O Estado, na forma de sua Administração Pública Direta e Indireta deve implementar as leis citadas e os processos de segurança da informação adequados. Outra questão importante para o Estado é promover educação, treinamento e conscientização necessária para que as pessoas, os cidadãos, saibam lidar com essa gama de tecnologias a fim de preservar sua privacidade e segurança.

A história do Brasil é vasta como fornecedora de matéria-prima e tímida em industrialização, o que nos deixou com escassez de entendimento, cultura e educação no uso de tecnologia. Isso fica bem claro quando nos deparamos com a pequena quantidade de legislação apropriada para esses novos tempos. Em termos de legislação, estamos aproveitando para usar o que já existe tipificado no Código Penal. Por exemplo, quando há exposição de fotos pessoais comprometedoras ou insultos diversos em redes sociais, podemos enquadrar nos crimes contra a honra, de injúria, calúnia e difamação.

Os ataques à privacidade das pessoas nesse mundo cada vez mais tecnológico têm sido um enorme desafio no qual ainda não estamos preparados. Vamos aprendendo conforme os maus acontecimentos surgem e geram muitos

impactos negativos. Há falta de investimentos em educação e capacitação para o uso e o comportamento apropriado mediante as novas tecnologias.

As tecnologias estão aí e apresentam muitos riscos a nossa privacidade, mas por outro lado, já existem algumas leis, regras e técnicas disponíveis para minimizá-los. As leis começam timidamente a impor controles, a fim de proteger as nossas informações pessoais, além da própria CRFB/88 que preconiza a privacidade associada aos princípios basilares como liberdade e dignidade humana.

Os governos e empresas podem trabalhar na prevenção de segurança dos dados adotando os requisitos e controles da citada NBR ISO/IEC 27001. Porém, ainda são poucos que investem em algo que não há um retorno em lucratividade diretamente, principalmente em economias escassas.

A prevenção é o grande remédio e que atua como as vacinas imunizadoras, que não se bastam por si, mas sem elas a exposição é muito maior. Investir em segurança da informação é como aplicar em seguro, não traz um retorno direto, mas garante que os sistemas funcionem sem paralisia, que as informações estejam íntegras e menos expostas a fraudes, protegem o sigilo dos negócios e das pessoas e confere a conformidade com as leis. Cada vez mais as leis surgirão e a necessidade de conformidade com elas é crescente.

A implementação de controles de segurança da informação requer uma governança constante e atuação de forma cíclica em planejamento, execução, auditorias e melhorias.

Com tudo isso, mesmo investindo em controles e conformidade com regras e legislação, o fato é que o ser humano é aquele que pode contrariar essas regras com uma simples ação, um empréstimo de senha, uma autorização indevida, o envio de foto comprometedoras. Assim, o que vale é a consciência de cada um e a sua conduta ética para não expor as informações e privacidade alheia.

Por isso que a ética vem antes de tudo e de nada valem as leis e políticas de segurança da informação sem antes uma boa educação, treinamentos e projetos de conscientização para cultivarmos uma cultura ética, esquecida e relegada nos dias atuais.

Além disso, essa lacuna a ser preenchida no campo da prevenção deve ser realizada para o desenvolvimento de uma cultura de segurança de dados, por intermédio da educação e de programas de conscientização em segurança da informação.

A conscientização deve ser orientada a divulgar as leis, as políticas e boas práticas de segurança da informação; explicar os motivos sobre as restrições e as suas necessidades; divulgar os casos de violação de privacidade e dos crimes virtuais; divulgar as consequências da falta de segurança da informação; treinar para o uso adequado das tecnologias e capacitar os indivíduos para as práticas que conservam a vida particular em detrimento ao uso desenfreado das novas tecnologias.

Por outro lado, o mundo está cada vez mais controlado, invade nossa privacidade a todo instante com uma motivação e justificativa bastante aceitável, qual seja a segurança pública. Esse trabalho deixará uma nova reflexão: a que ponto aceitamos tanto controle e perda de nossa privacidade pela necessidade de segurança num mundo cada vez mais perigoso?

O ser humano deve ser sempre em primeiro lugar. A sua vida privada, a sua liberdade e sua dignidade devem estar sempre asseguradas, assim como preconiza a Constituição da República Federativa Brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A GARTNER identificou as 10 principais tecnologias e tendências de IoT. *Portal da Associação Brasileira de Internet das Coisas (ABINC)*, São Paulo, SP, 21 nov. 2018. Disponível em: <<https://abinc.org.br/a-gartner-identificou-as-10-principais-tecnologias-e-tendencias-de-iot/>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO/IEC 27002*: Tecnologia da informação: Técnicas de segurança: Código de prática para gestão da segurança da informação. Rio de Janeiro, 2005.

_____. *NBR ISO/IEC 27001*: Tecnologia da informação: Técnicas de segurança: Sistemas de gestão de segurança da informação: Requisitos. Rio de Janeiro, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

HOGEMANN, Edna Raquel. **Tópicos interdisciplinares**. Rio de Janeiro: SESES, 2016.

INCIDENTES reportados ao CERT.br – Janeiro a Dezembro de 2018. *Portal CERT.br*, São Paulo, 25 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.cert.br/stats/incidentes/2018-jan-dec/tipos-ataque.html>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

INOVAÇÃO: o que é, conceito e exemplos. **Portal da Sociedade Brasileira de Coaching**, São Paulo, SP, 11 set. 2018. Disponível em: <<https://www.sbcoaching.com.br/blog/negocios/inovacao/>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

RELATÓRIO revela principais violações ocorridas em serviços na nuvem. **Portal Security Report**, São Paulo, SP, 05 nov. 2018. Disponível em: <<http://www.securityreport.com.br/overview/relatorio-revela-principais-violacoes-ocorridas-em-servicos-na-nuvem/#.XQGF9JKjcc>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

SOBRE o CERT.br. *Portal CERT.br*, São Paulo, SP, 12 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.cert.br/sobre/>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

TOTAL de incidentes reportados ao CERT.br por ano. *Portal CERT.br*, São Paulo, SP, 25 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.cert.br/stats/incidentes/>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor V. N. **Crimes cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Sabrina Machado Querino ¹

RESUMO

O tema objeto de estudo é a Responsabilidade Civil decorrente do Abandono Afetivo. Refere-se a viabilidade de indenização por parte do genitor que abandona o filho(a) afetivamente, sem que ocorra o abandono financeiro. O presente trabalho encontra-se respaldado principalmente no Princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, no artigo 229 da Constituição Federal e nos artigos 186, 927 e 1634 do Código Civil. Também será realizada pesquisas sobre o tema nas seguintes obras doutrinárias: Manual de Direito das Famílias de Maria Berenice Dias; Direito de Família de Flávio Tartuce; Direito de Família de Pablo Stolze Gagliano; Curso de Direito Civil Brasileiro de Maria Helena Diniz e Responsabilidade Civil de Carlos Roberto Gonçalves. A obscuridade deste assunto está na possibilidade ou não de indenização pelo abandono afetivo, a jurisprudência ainda não é unânime, mas tem demonstrado um grande avanço positivo sobre o tema. A grande dificuldade é que não existe lei expressa que responsabilize civilmente o genitor pelo abandono afetivo, mesmo sendo dever do Estado tutelar as relações familiares, principalmente em relação a criança e ao adolescente, punindo aqueles que prejudiquem o seu desenvolvimento psicossocial. Os que defendem e militam a favor da responsabilização civil do genitor que abandona afetivamente os filhos tem como fundamento que este dever é implícito do dever de criar e gerir a educação de seus filhos.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Indenização.

¹ Advogada, graduanda no Centro Universitário Estácio de Sá Juiz de Fora-MG e Pós-graduanda em Direito Público e Direito Penal no Centro Universitário Estácio de Sá Juiz de Fora. E-mail: Sabrina.mq.adv@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de entender o instituto familiar e o da responsabilidade civil, para só então pautar a discussão principal que é compreender quando será possível a aplicação da responsabilidade civil do genitor que abandona afetivamente seu filho (a), ou seja, quando surgirá a obrigação de indenizar o filho (a) por danos causados pelo abandono afetivo, devendo ser analisado caso a caso, pois para que ocorra a responsabilidade civil do genitor é necessário que o filho (a) tenha sofrido algum dano em sua vida, como por exemplo danos psicológicos que afetam diretamente o desenvolvimento psicossocial da criança ou adolescente.

É importante deixar claro que o abandono afetivo ocorre quando um dos genitores não se mostra presente, e não dá o apoio necessário para que a criança desenvolva uma saúde mental e um comportamento social correto, é quando o genitor não dá amor, carinho, entre outras demonstrações de afeto, ou seja, não está presente fisicamente na vida da criança, é desse ponto que partimos para compreender quando ocorrerá a responsabilização civil do genitor que causar problemas no desenvolvimento do seu filho (a).

O problema científico tratado na presente pesquisa será a identificação de quando e em que medida será aplicada a responsabilidade civil do genitor que abandonar afetivamente seu filho (a), mesmo quando não ocorrer o abandono financeiro.

É importante analisarmos caso a caso, pois deverá realmente ser comprovado que ocorreu algum dano na vida do filho (a) para que o genitor seja condenado ao pagamento de uma indenização por deixar de dar a assistência devida para que a criança pudesse crescer saudavelmente.

O objetivo geral do trabalho tem como escopo principal demonstrar a responsabilidade civil que o genitor tem de indenizar o filho(a) por tê-lo abandonado afetivamente, dando apenas o apoio financeiro para sua subsistência. Como objetivo específico para análise do problema científico devemos entender o

significado do termo família e o que é o instituto da responsabilidade civil para entendermos como será aplicado tal responsabilidade. Devemos também compreender a importância da presença afetiva dos genitores na vida e desenvolvimento dos filhos (a), e por fim analisaremos a posição dos pais afetivos em relação aos pais biológicos, sendo que a presença dos pais afetivos não exime as obrigações dos pais biológicos de dar afeto a criança.

O presente tema é de grande relevância para a sociedade e comunidade científica, pois ainda é título de grandes discussões, sem que haja concordância no mundo jurídico. Sendo de grande importância pois afeta diretamente as gerações futuras, pois existe hoje no Brasil um grande número de crianças que sofrem abandono paterno-filial, deixando então a mercê de problemas psicológicos as futuras gerações do nosso país.

A metodologia utilizada para conclusão deste tema foi grande parte realizada por pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. Mas também pela análise de um caso que presencio nos dias de hoje dentro da minha própria casa. No primeiro capítulo deste trabalho será analisado o instituto familiar, sua evolução histórica, os princípios concernentes ao abandono afetivo, a importância da relação entre pais e filhos e a posição dos pais afetivos em relação aos pais biológicos.

Já no segundo capítulo será tratado o tema da responsabilidade civil, seu conceito e suas teorias (Teoria objetiva e subjetiva) e ainda os seus pressupostos. No terceiro capítulo será abordado a questão da adequação da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, a responsabilidade civil dos pais para com os filhos(a), ainda será tratado sobre os transtornos causados pelo abandono afetivo e por fim, o dever do genitor de indenizar os filhos(a) pelos danos extrapatrimoniais.

1 DO INSTITUTO FAMILIAR

1.1 A evolução da família

Toda vida que se inicia tem a sua origem na família, é o instituto que rege as relações em um todo. Não há possibilidade da existência de uma pessoa que não descenda de uma geração anterior, que não faça parte de uma determinada família.

A Constituição atual tem um capítulo próprio para tratar do instituto da família, o sétimo, o qual delimita o conceito de família. Insta salientar que as constituições anteriores não tratavam em momento algum da família, já que antigamente o que importava realmente eram os laços consanguíneos. A Constituição de 1988, em seu artigo 226, prevê que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

O artigo citado acima ampliou o conceito de família e o Estado passou a protegê-la, mesmo quando esta for formada por um dos pais e seus descendentes, atendendo as necessidades da época. Contudo este conceito não reflete a sociedade atual, pois deixa claro que o casamento é fundamental para a constituição da família, deixando de considerar os outros tipos de famílias existentes.

Com o passar dos tempos e reconhecendo que a família não é mais voltada a procriação, e sim uma entidade que visa o afeto, a proteção dos direitos humanos e a sua dignidade, estes sendo agora a base da família atual, deixando para trás todo e qualquer entendimento de que a família é constituída a partir do casamento.

É importante entendermos que a lei deve ser moldada de acordo com a modificação e necessidade da sociedade, ou seja, com a evolução da cultura e a atualização dos pensamentos, com o passar dos anos é necessário que ocorra atualizações e entendimentos diferenciados nas legislações para que esta ande juntamente com a sociedade.

1.2 Princípios concernentes ao abandono afetivo

São vários os princípios constitucionais que podemos citar que se relacionam com o abandono afetivo, tais princípios deixam claro a responsabilidade dos genitores perante os filhos, cada um deles tem a sua importância, e juntos consolidam o entendimento que realmente é grave a questão do abandono afetivo.

1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Previsto na Constituição federal em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana é o princípio máximo do estado democrático de direito, ele garante o pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar, este é um sentido criado pelo homem, é um valor moral e espiritual inerente a pessoa, difícil de se definir pois tem um sentido amplo o qual é protegido como norma fundamental no nosso ordenamento, é o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Tem o seu valor supremo, pois não é só um princípio da ordem jurídica, pois é também da ordem política, social, econômica e cultural, pois está na base de toda vida nacional, ou seja, a razão de ser da própria existência do Estado.

É importante considerarmos que como a família é a base da sociedade e do Estado, este princípio é imprescindível a evolução integral do ser humano, não há como evitar o princípio da dignidade da pessoa humana como paradigma referente a todas as condutas que ordena os relacionamentos entre os membros familiares. Juridicamente, é a reunião de direitos subjetivos e obrigações atribuídas a cada pessoa pelo ordenamento jurídico a partir do momento em que ela nasce com vida, ressalvados os direitos do nascituro.

O artigo 227 da Constituição Federal deixa claro que a dignidade da criança não é mais dever apenas do Estado, mas sim de todos os membros de uma família. Confira-se:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É importante analisarmos que a principal função da família é criar condições para o desenvolvimento da personalidade dos filhos para que ocorra a integração destes na sociedade da melhor forma possível, sabendo que possuem direitos, mas também respeitando os direitos dos outros. São valores que devem ser aprendidos dentro de casa. E estes ensinamentos não são realizados de forma bruta nem com omissão de carinho e afeto.

A ausência injustificada das funções paternas interfere na relação afetiva entre pai e filho e, por conseguinte, como pessoa dotada de dignidade. A violação desses deveres atinge diretamente a honra, a moral, a reputação social, a dignidade, enfim, atributos ligados à personalidade deste ofendido.

1.2.2 Princípio da proteção integral à criança e ao adolescente

Este princípio tem como marco de origem a Constituição Federal de 1988 assim como o princípio anterior está no seu artigo 227, que estabelece os deveres da família, da sociedade e do Estado perante a criança e ao adolescente. Esta proteção é aos direitos básicos que são necessários para o desenvolvimento da criança e do adolescente, que é o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É necessário salientar que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi totalmente criado com a influência de tal princípio.

1.2.3 Princípio da convivência familiar

O direito à convivência familiar é reconhecido constitucionalmente no artigo 227 e assegurado no plano infraconstitucional pelo ECA no seu artigo 19 prevendo

que “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”

1.2.4 Princípio do melhor interesse da criança

Este princípio é extraído do artigo 227 da constituição Federal de 1988 CAPUT, e em todo o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, todos estes resguardam os direitos e os interesses da criança e do adolescente.

Tal princípio já era previsto na Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela assembléia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959 e ratificado pelo Brasil. Mas também já podia ser vista desde 1924, com a declaração de Genebra, assim como outras declarações que assegurava o direito da criança e do adolescente.

1.2.5 Princípio da paternidade responsável

Este princípio constitui uma ideia de responsabilidade que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família, ela começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando assim norma constitucional previsto no artigo 227 que é as garantias fundamentais.

O princípio está previsto no artigo 226, § 7º da Constituição Federal que diz Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Está inserido implicitamente também em normas regulamentadoras como na Lei de planejamento familiar número 9263/96 em seu artigo 2º que diz, “Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

1.2.6 Princípio da afetividade

Tal princípio está previsto na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 226 § 4º, 227, caput, §5º c/c §6º os quais mostram o reconhecimento da família composta pelos pais e seus ascendentes, incluindo-se aí os filhos adotivos, como sendo uma entidade familiar constitucionalmente protegida, vedando qualquer tipo de discriminação para os tipos de filiação. O princípio da afetividade, é entendido como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria. Sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, este também fundamento da República Federativa do Brasil. Como diz Maria Berenice Dias (2016, p.84):

“ A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas na comunhão de vida com primazia em face de consideração de caráter patrimonial ou biológico.”

De acordo com o autor Paulo Lôbo (2002, p.14), citado por Maria Berenice Dias (2016, p.84):

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.

O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.

1.3 Conceito de filiação e paternidade

Agora após a explicação dos princípios concernentes ao tema deste trabalho, é importante esclarecer o conceito de filiação e paternidade, para só então entrar na discussão da relação existente nesses dois pólos.

Filiação vem do latim da palavra *filatio*, que significa procedência, dependência, enlace, laço de parentesco dos filhos com os pais. Atualmente a

filiação biológica e a não biológica são reconhecidas igualmente, sem que uma tenha superioridade a outra.

De acordo com Maria Helena Diniz (2019, p.517 e 518):

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

É um direito reconhecido a filhos originados do casamento ou não, incluindo os adotivos sem qualquer distinção entre eles, pois o Código Civil veda qualquer tipo de discriminação. Este tipo de reconhecimento sem discriminação faz parte do ordenamento jurídico atual, ou seja, em tempos passados havia a separação e diferença dos direitos entre os filhos nascidos da união do casamento e dos nascidos fora do casamento chamados de bastardos, e até mesmo dos adotivos. Foi com o tempo e a atualização da lei conforme a cultura e os costumes da sociedade, que os direitos de qualquer dos filhos se tornaram iguais, pois concluiu-se que não existe diferença entre filhos consanguíneos ou afetivos.

Já o termo pai que é derivado do latim da palavra pater, que significa progenitor, alguém que gera. Está totalmente ligado ao de filiação já estudado acima.

A definição de paternidade biológica é aquela que existe desde a concepção, desde a gestação fruto de uma união entre corpos de um homem e uma mulher, mas para que tenha seus poderes jurídicos é necessário que ocorra o conhecimento desta para que então se torne a paternidade jurídica.

Já a paternidade afetiva ocorre quando os dois lados da relação se abrem emocionalmente estabelecendo uma relação com afeto. A paternidade afetiva se apoia no reconhecimento do estado de filho que não foi acolhido expressamente em lei, mas a doutrina costuma destacar três aspectos:

De acordo com Paulo Lôbo (2014, p.95) citado por Maria Berenice Dias (2016, p.678):

(a) Tractatus - quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) Nominatio - quando usa o

nome da família e assim se apresenta; e (c) *Reputatio* - quando conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. Confere-se à aparência os efeitos de verossimilhança que o direito considera satisfatório.

1.4 A importância da relação afetiva entre pais e filhos

Esclarecidos os pontos acima estudados podemos focar na importância do afeto para o desenvolvimento do indivíduo, principalmente para a criança. A necessidade de saber quem é o seu núcleo familiar, principalmente seus pais, é considerado um dos fatores principais para o desenvolvimento do ser.

O afeto é o principal elemento que constitui uma família, ele está implícito no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ele é vital tanto na esfera pessoal quanto na esfera jurídica.

Como diz José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz (2002, p.11) citado por Maria Berenice Dias (2016, p.86):

A família transforma-se na medida em que se acentuam nas relações de sentimento entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental.

A família da modernidade se baseia no afeto, no carinho, no amor, sendo estes os alicerces da família, o que superou qualquer conceito de família passado que se baseava apenas na família advinda do matrimônio, que filhos seriam apenas aqueles concebidos dentro do casamento.

No direito civil brasileiro atual, o pai é aquele que exerce a função social de pai, e não apenas o que tem o fator biológico.

Como diz Maria Berenice Dias (2016, p.164):

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade.

1.5O posicionamento dos pais afetivos em relação aos pais biológicos

É de entendimento jurisprudencial que a paternidade biológica não se sobrepõe a afetiva e vice-versa, não só nos direitos como também nos deveres. Não é porque a criança reconhece um pai afetivo que o biológico se exime de todos os deveres imputados a ele pela Constituição Federal de 1988 e outras leis do nosso ordenamento jurídico.

Assim já vem decidindo o STF, vide a jurisprudência firmada no RE 898060-SC (<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322135949/agreg-no-recurso-extraordinario-agr-re-898060-sc-santa-catarina>) :

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO CONTRA DESPACHO SEM CONTEÚDO DECISÓRIO. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃOCONHECIDO. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE VISTA DOS AUTOS. ADMISSÃO DE INGRESSO DE ENTIDADE NO FEITO, NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE. Decisão: Trata-se de agravo regimental interposto por F G contra despacho de minha relatoria, cuja ementa transcrevo: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 622. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. JUNTADA DE MANIFESTAÇÃO. INTIMAÇÕES. VISTA À PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA.” A agravante alega, em síntese, que “ao determinar que o presente recurso fosse aceito como *leasing case*, o STF, na prática, conheceu do recurso extraordinário, pois acabará julgando-lhe o mérito. Os requisitos intrínsecos, que não foram analisados até agora, não serão mais analisados em momento algum; o „despacho” equivale, em tudo, a uma decisão monocrática que conheceu do recurso.” Em atendimento ao despacho exarado em 15/10/2015, a Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS apresentou manifestação, na qual requereu vista dos autos, que tramitam em segredo de justiça, para que avalie o seu interesse em ingressar no feito na qualidade de *amicus curiae* (eDocs 36 e 51). O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, por meio da Petição no 60.528/2015, pleiteou a sua admissão nos autos, na qualidade de *amicus curiae* (eDoc 47). É o relatório. DECIDO. Em que pesem os argumentos expendidos no agravo, não merece ele ser conhecido. Isso porque a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é incabível recurso contra despacho que não é provido de caráter decisório, como ocorre no caso, nos termos do artigo 504 do CPC. Com efeito, o despacho impugnado não se enquadra nas hipóteses de ato decisório ou sentencial, previstas no artigo 162, parágrafos 1º e 2º, do CPC, verbis: “Art. 162 - Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. § 2º – Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.” Confirmam-se, a título de exemplo, alguns precedentes desta Corte: “Agravo

regimental no recurso extraordinário. Recurso contra despacho sem conteúdo decisório. Cabimento. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não cabe agravo regimental contra despacho de mero expediente, despido de conteúdo decisório, por se tratar de simples ato procedimental. 2. Agravo regimental não provido” (RE 630.492-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 1/8/2013)“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. 17 PROCESSUAL CIVIL. INDEFERIMENTO DE CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. despacho DESPROVIDO DE CARÁTER DECISÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CABIMENTO. ART. 317, CAPUT E ART. 504, DO CPC. AGRAVO IMPROVIDO. I A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é incabível agravo regimental contra despacho que não é provido de caráter decisório, como ocorre no caso (art. 317, caput, do RISTF e art. 504, do CPC). Precedentes. II Agravo regimental improvido” (AI 779.969-AgR-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 26/11/2010) Quanto aos pedidos de ingresso nos autos na qualidade de amicuscuriae, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que as suas participações, no momento em que se julgará a questão constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida, não só é possível como é desejável. Ademais, a pertinência do tema a ser julgado por este Tribunal com as atribuições institucionais do requerente legitima a sua atuação, razão pela qual ADMITO o ingresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM no feito, na qualidade de 22 amicuscuriae. DEFIRO, ainda, o pedido de vista dos autos formulado pela Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS (Petição no 57.177/2015), pelo prazo de 10 (dez) dias. Por fim, NÃO CONHEÇO o agravo regimental interposto, por ser manifestamente incabível (artigo 317, caput, do RISTF e artigo 504 do CPC). À Secretaria para as devidas providências. Publique-se. Brasília, 15 de março de 2016. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente.

Os ministros do STF votaram entendendo que mesmo que a criança seja registrada por pai afetivo, não exime o pai biológico de suas obrigações. E dando espaço para o duplo registro de pais, podendo a documentação da criança conter o nome do pai afetivo e o do pai biológico simultaneamente.

Ou seja, fixou entendimento na jurisprudência que nenhuma das paternidades se sobrepõe, tendo o pai afetivo e o biológico os mesmos direitos e deveres na vida da criança ou adolescente.

2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outrem, assim, a ninguém é lícito agir visando apenas os seus interesses pessoais, em detrimento dos interesses alheios. Esta conduta então passou a ser

disciplinada pelo nosso ordenamento jurídico visando resguardar com justiça e equidade, os direitos de cada indivíduo. Ou seja, violar um dever jurídico consiste em ato ilícito e, se causar dano a outrem incide em responsabilidade civil.

Tal ato está disciplinado no artigo 186 do Código Civil que diz: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

E também o artigo 927 do Código Civil diz:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” “Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

2.1 Teorias da responsabilidade civil

Com o passar dos tempos a responsabilidade civil evoluiu do inicialmente desejo de vingança, para a categoria de punição pecuniária ao dano causado a outras pessoas. Esta pode se apresentar de várias espécies, formas, tipos e aspectos. Expostos brevemente abaixo.

2.1.1 Teoria Subjetiva

Tal teoria se diferencia da objetiva quanto à forma, mas não quanto a espécie, pois ambas as duas existem o dever de indenizar e reparar o dano causado. Diferenciam-se a respeito da existência ou não da culpa por parte da pessoa que cometeu o dano.

Quanto a sua forma, a subjetiva é aquela que o dano contra a vítima foi causado por culpa do agente, sendo esta a regra do código atual como diz o artigo 927: aquele que, por ato ilícito (arts.186), causar dano a outrem está obrigado a repará-lo; sendo a comprovação do dano e da culpa a base da existência da responsabilidade civil subjetiva. Sendo essa a teoria da culpa que prevalece como direito comum ou regra geral básica.

Assim diz Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.47):

Diz-se, pois, ser “subjéitiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

2.1.2 Teoria Objetiva

Neste caso, o dano é gerado por uma atividade lícita, mas que mesmo sendo juridicamente legal, acarreta perigo a outrem, pelo simples implemento do nexó causal, originando então o dever de indenizar. Obrigando então o autor dos fatos a reparar o dano independentemente de culpa. Esta teoria tem também o nome de teoria do risco e ocupa os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservadas.

Esta teoria é a que melhor se encaixa no tema desta pesquisa, pois o casal assume o risco mesmo com a utilização dos modos contraceptivos de gerar uma vida a partir da relação sexual, gerando desde então a obrigação de assumir qualquer resultado. Desta forma está configurado a responsabilidade civil pelo abandono afetivo, sendo que este tema será discutido no próximo capítulo.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.47):

A classificação corrente e tradicional, pois, denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento. Nessa classificação, os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjéitiva, pois se fundam ainda na culpa, mesmo que presumida.

2.2 Pressupostos da responsabilidade civil

A doutrina diverge dos pressupostos da responsabilidade civil, porém vamos seguir a linha de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, iremos analisar os quatro pressupostos que são, Ação ou Omissão, Culpa ou dolo do agente, Relação de Causalidade e o Dano.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.52):

O art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Estabelece o aludido dispositivo legal, informativo da responsabilidade aquiliana: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A análise do artigo supratranscrito evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

2.2.1 Ação ou Omissão

É o ato que o agente ou quem esteja sob responsabilidade deste que produz resultado danoso, seja por dolo, negligência, imprudência ou imperícia. Este ato gera o dever de reparação, podendo este ser pelo agente fazer algo ou deixar de fazer o que seja de sua obrigação realizar.

2.2.2 Culpa ou dolo do agente

Este pressuposto está previsto expressamente no artigo 186 do Código Civil, primeiramente refere-se ao dolo quando diz: “ação ou omissão voluntária” e logo após sobre a culpa quando diz sobre “negligência ou imprudência”.

O dolo ocorre quando o agente assume o risco de cometer o ato que viole direito alheio, já a culpa ocorre quando o agente não quer praticar o fato, mas por negligência ou imprudência acaba cometendo tal ato.

2.2.3 Relação de causalidade

Este é um dos pressupostos fundamentais para configurar a responsabilidade civil e o dever de indenizar. Se a ação ou omissão do agente não for o fato causador do dano da vítima, inexistente a relação de causalidade. Estar expressa a palavra “causar” no artigo 186 do Código Civil por este motivo inexistente responsabilidade civil caso não haja a relação de causalidade.

2.2.4 Dano

Sem que tenha a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente, este pode ser material ou moral, não precisa necessariamente ofender a vida financeira da vítima para que se caracterize a responsabilidade de indenizar, mas é necessário que se comprove o dano causado a vítima para que ocorra a indenização.

3 A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O FILHO(A) DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Por fim, o presente trabalho busca a identificar em que medida será aplicada a responsabilização civil do genitor que abandonar afetivamente seu filho(a). Deixando claro que, para que ocorra a obrigação de indenizar é necessário que se comprove que a criança teve seus direitos da personalidade lesados.

Neste último capítulo farei uma abordagem referente à demonstração do dano sofrido pela criança ou adolescente na sua fase de desenvolvimento e também do Quantum indenizatório que deverá ser pago a cada caso, levando-se em consideração o abandono afetivo total ou parcial dos genitores.

Como diz Maria Berenice Dias (2016, p.164):

Por preceito constitucional (CF 227) crianças e adolescentes transformaram-se em sujeitos de direito e foram contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas. O princípio da proteção integral impõe que sejam colocados a salvo de toda forma de negligência. Mas direitos de uns significa obrigações de outros. São responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado. Ao regulamentar a norma constitucional, o ECA identifica como direito fundamental de crianças e adolescentes o seu desenvolvimento sadio e harmonioso (ECA 7.o). Igualmente lhes garante o direito a serem criados e educados no seio de sua família (ECA 19).

3.1 Dos transtornos causados pelo abandono afetivo de um dos genitores na vida da criança ou adolescente

Não apenas o rompimento como também a ausência da relação pessoal da criança com um de seus genitores pode causar sequelas psicológicas e atrapalhar o desenvolvimento saudável da criança.

Na visão jurídica, como bem ensina a doutra Ministra Nancy Andriighi “o amor é facultativo, porém, o cuidar é dever”. Mas devemos também compreender que a obrigação dos pais não se resume apenas na alimentação, ou seja, apenas a ajuda financeira e sim dar a possibilidade do desenvolvimento pleno da criança.

A criança depende do amor e do afeto dos pais para se desenvolver saudavelmente, pois estes se tornam espelhos para o crescimento da criança, e quando perde a convivência com um dos pais, ou não tem esta imagem, ela se vê perdida. Apenas com a presença dos pais na vida da criança dando apoio e amor, é que ela crescerá e irá se desenvolver e se tornará um adulto capaz de cumprir com suas obrigações de forma natural.

O fato de a criança ser abandonada afetivamente pode ocasionar deficiências no seu comportamento mental e social para o resto da vida, a criança pode se isolar do convívio de outras pessoas, apresentarem problemas escolares, baixa autoestima, tristeza, depressão e até problemas de saúde. Podendo estes refletir pelo resto da vida do indivíduo. Nas palavras do Coordenador Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa (2015, p.401):

O exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível.

Existem divergências na doutrina sobre esta questão, já houve decisões favoráveis, mas a maioria das demandas são julgadas improcedentes, pois existe grande resistência na jurisprudência, as decisões que acolheram o pedido de indenização consideram que, se estiver comprovado o dano ao direito de personalidade da criança, existe sim a obrigação de indenizar do genitor que abandonar afetivamente seu filho(a), causando-lhe danos psicológicos e atrapalhando seu desenvolvimento social.

3.2 Do dever dos pais de cuidar da criança ou adolescente

Aos pais não existe a opção, e sim o dever jurídico de cuidar dos filhos(a) pois da negligência ou omissão destes geram severos danos que comprometem o desenvolvimento psíquico-social da criança ou adolescente. É o que diz o artigo 1634 do Código Civil de 2002:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O cuidado é uma obrigação legal, dito isso, superamos o argumento que diz estar obrigando o outro a amar, que é utilizado nas discussões sobre o abandono afetivo. Não estamos discutindo sobre a questão do amar, e sim do dever de cuidar e proporcionar o desenvolvimento da criança ou adolescente por parte dos pais biológicos, pois estes assumiram. Como diz Maria Berenice Dias (2016, p.163):

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais mercedores de reparação. A ausência da figura do pai desestrutura os filhos, que se tornam pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.

Precisamos analisar caso a caso, observando fatores internos e externos, ou seja, se a culpa é realmente toda do genitor, ou se houve culpa também de

outras pessoas pertencentes ao seio familiar da criança ou adolescente, pois tudo isso será levado em consideração no momento de decisão do processo.

Para determinar o valor da indenização no caso de abandono afetivo, o STJ não explicitou detalhadamente quais critérios utilizados para justificar a fixação da indenização, mas sabemos que o Juiz deve detalhadamente justificar sua decisão, e isto inclui a verba indenizatória, que será calculada de acordo com os danos causados a criança ou adolescente, devendo ser calculada a cada caso, com a percepção da extensão do dano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a pesquisa realizada para conclusão do presente trabalho, podemos observar que a Responsabilidade Civil no Direito de Família ainda é tema novo e polêmico, que ainda está um pouco distante para consenso na doutrina e na jurisprudência, mas não deixa de ser assunto muito importante.

A família teve sua evolução e trouxe alterações em seu conceito, deixando de ser patriarcal e passando a se focar no afeto que se tornou elemento jurídico e na realização social para sua caracterização, dando assim a possibilidade de variações de tipos de famílias, mas sempre prezando pelo direito da personalidade da criança ou adolescente mesmo com estas variações.

Os princípios concernentes a tal tema e principalmente o da afetividade passou a representar o elo que une as pessoas, pois com a relação do afeto pode ser criado parentescos, mas sem eximir os pais biológicos dos deveres imputados e eles pela norma jurídica brasileira.

O direito brasileiro entende que o abandono afetivo é um instituto passível de indenização, pois o afeto é considerado como um dos elementos da dignidade humana, sendo este um bem juridicamente protegido e o desrespeito a este bem deve ser entendido com ato ilícito e por este motivo indenizável em seu aspecto moral, o valor desta indenização ficará a critério do Juiz que analisará os danos causados a criança ou o adolescente e levando em consideração a analogia é que este arbitrará seu valor na medida dos danos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERENICE DIAS, Maria. **Manual de direito das famílias**. 11. Ed. Revistas dos Tribunais, 2016.

Constituição Federal, Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

Código Civil Brasileiro de 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro 5**, Direito de Família.33.ed. Saraiva jur, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**.12. ed. Saraiva jur, 2017.

<https://www.conjur.com.br/2012-mai-02/turma-stj-manda-pai-indenizar-filha-abandonada-200-mil> .

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322135949/agreg-no-recurso-extraordinario-agr-re-898060-sc-santa-catarina>.

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8754/Responsabilidade-civil-no-Direito-brasileiro-pessupostos-e-especies>.

<https://jus.com.br/artigos/23457/a-responsabilidade-civil-no-ambito-do-direito-da-familia-e-abandono-afetivo-parenta> .

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19057&revista_caderno=14

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 5a Edição., 2014.

MADALENO, Rolf e BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. In: Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015.

STOLZE GAGLIANO, Pablo. **Direito de Família 6**.7. ed. Saraiva jur, 2017.

TARTURCE, Flávio. **Direito de Família**.12. Ed. Editora Forense, 2017.

A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO NO MUNDO DA PROTEÇÃO DE DADOS

Tatiane de Deus Lopes¹

RESUMO

O presente trabalho defende a necessidade de conformidade das empresas públicas e privadas, que se utilizam dos dados pessoais de seus usuários, às determinações exaradas pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) que entrará em vigor na sua completude a partir de agosto de 2020. A ética ganha destaque onde os princípios da LGPD devem ser prioritariamente observados no tratamento dos dados pessoais. O artigo foi desenvolvido através de pesquisas às obras disponíveis que tratam sobre o tema da tecnologia da informação, relacionando-as à redação dada pela LGPD, visando, através da interdisciplinariedade de conhecimentos humanos e técnicos, traçar um panorama intelectual e crítico sobre os aspectos legais da tecnologia na atualidade.

PALAVRAS-CHAVE: LGPD. Compliance digital. Tecnologia da Informação. Globalização.

I - INTRODUÇÃO

Século XXI, e o futuro que antes parecia tão distante, cada vez mais, se faz presente em nossas vidas. Há pouco mais de dez anos atrás, quem diria que teríamos na palma de nossas mãos tecnologias tão avançadas em aparelhos tão finos e leves? Lembra-se quando ficávamos surpresos com os recursos de um Sony Ericsson X10, que tinha tela de 4 polegadas e câmera de 8 megapixels? O aparelho

¹ Acadêmica cursando o nono período do curso de Direito no Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. E-mail: tatianelopesmg@gmail.com

móvel já foi considerado um top de linha em meados de 2008. Um ano antes, havia sido lançado o primeiro celular com conexão 3G – o Iphone – a primeira tecnologia desenvolvida para levar internet rápida para os celulares. Mas a história da tecnologia da comunicação móvel não começou aí, tampouco, a da tecnologia da informação.

Da época analógica da primeira geração, na década de 1980, até a implementação do sinal digital nos anos 1990 – a chamada 2G – que passou a permitir a transmissão de dados, a utilização dos serviços de SMS e o acesso à internet em velocidades baixíssimas, caminhamos rapidamente.

Atualmente no Brasil, por exemplo, algumas cidades já contam com a internet 4.5G, capaz de combinar até cinco faixas de transmissão para aumentar a largura de banda, isso significa permitir a entrega de mais dados de uma vez, em teoria suportando velocidades de até 1 Giba bits. E num futuro bem mais próximo do que imaginaríamos teremos contato com a tecnologia 5G, que está sendo implantada no mundo todo e promete revolucionar o mundo tal como o conhecemos – muito mais velocidade e suporte para muito mais transmissões de dados, o que irá propiciar, dentre outras coisas, o desenvolvimento da chamada Internet das Coisas (IoT).

Amy Web, futurista quantitativa, professora de previsão estratégica e fundadora do *Future Today Institute*, que ajuda líderes e suas organizações a se prepararem para futuros complexos, prevê:

O smarthphone, mesmo agregando vários outros aparelhos, como GPS, câmera fotográfica, MP3, etc, será obsoleto na próxima década. Será a vez de outros tipos de tecnologia, como bluetooth, wireless e robôs que conversam e interagem ao toque e à voz. Por isso, os dados virtuais são o petróleo dos novos tempos. Levarão vantagem as companhias que souberam descobrir, extrair e refinar essas informações.

Pode parecer exagero a primeira vista, mas diante das receitas geradas por empresas que trabalham com grande volume de dados, como o Facebook, Google, Cambridge Analytica e outras empresas do ramo de marketing digital e *start-ups*, podemos ver que a afirmação da futuróloga soa bastante realista. Isso porque, os

dados com os quais alimentamos os nossos aplicativos digitais, estão sendo utilizados para segmentar o mercado e direcionar propagandas exclusivas aos possíveis compradores e, até mesmo, para vender ideias. Mas, como veremos, essas são apenas uma parte das infinitas possibilidades de uso dos dados pessoais.

O que ocorre, é que todas essas situações advindas das últimas evoluções tecnológicas, tão pouco compreendidas quanto aos seus reais impactos na vida e na saúde humana, estão aí, são reais e influenciam na dinâmica da vida de todas as pessoas, de uma forma ou de outra.

Seguindo a etimologia da palavra, a tecnologia pode ser entendida como o estudo da técnica. Em Heidegger (1994), a técnica aparece como uma iniciativa de enquadramento, uma forma de distinguir, onde através de uma perspectiva humana se revela a realidade. O termo “tecnologia” foi tomado para referir-se ao “ato de organizar ou de transformar elementos da natureza para atender às necessidades e aos propósitos do homem”, de modo que pode ser enquadrada enquanto um empreendimento humano e, assim sendo, um ato humano.

Para o intelectual brasileiro Santos (2000), as técnicas são a marca de cada período histórico, pois, são elas que oferecem as respostas à vontade de evolução dos homens, podendo ser definidas pelas possibilidades que criam. O autor fez a seguinte observação:

Toda relação do homem com a natureza é portadora e produtora de técnicas que se foram enriquecendo, diversificando e avolumando ao longo do tempo. Nos últimos séculos, conhecemos um avanço dos sistemas técnicos, até que, no século XVIII, surgem as técnicas das máquinas, que mais tarde vão se incorporar ao solo como próteses, proporcionando ao homem um menor esforço na produção, no transporte e nas comunicações, mudando a face da Terra, alterando as relações entre países e entre sociedades e indivíduos.

E completa:

O desenvolvimento da história vai de par com o desenvolvimento das técnicas. Kant dizia que a história é um progresso sem fim; acrescentemos que é também um progresso sem fim das técnicas. A cada evolução técnica, uma nova etapa histórica se torna possível.

Quanto à natureza da informação, sabe-se que as grandes civilizações se ergueram em torno da palavra com os textos sagrados, as narrativas míticas, as representações figuradas etc. Na Grécia Antiga, os gregos davam especial atenção à relação entre a forma e a matéria. Para eles, informação tinha tudo a ver com o conceito de enquadramento proposto por Heidegger. Informar seria enquadrar a matéria (*hyle*) dentro de uma forma (*morphos*). Assim, o mundo seria uma relação viva entre processos e coisas, entre conteúdos e formas.

Dessa maneira, parafraseando Aristóteles, por ser o homem um ser social e político, a necessidade e o propósito humano de se comunicar fizeram surgir formas de escritas registradas em diferentes veículos, tais como a pedra, o mármore, o papiro, o papel e, mais recentemente, os suportes digitais, conforme bem observado por Molina (2010).

Segundo Floridi (2004), a informação possui uma natureza indefinida. Ele propõe abordá-la como objeto de estudo da filosofia da informação, procurando observá-la sob três aspectos:

1. informação como realidade - possui natureza ontológica própria e define-se em leis contrárias às da entropia dos sistemas. Esta é a perspectiva apresentada por Weiner (1999) e Shannon (1948);
2. informação sobre a realidade - a informação aparece como uma relação entre sujeito e objeto para a distinção de elementos da realidade e suas respectivas representações. Neste contexto, a informação é uma construção do homem para guiá-lo em suas relações com a realidade. É um desenho de relações entre conceitos, ora na forma de referências, ora de identificações, de descrições, de generalizações, de classificações etc;
3. informação para a realidade - a informação aparece como instruções para a atuação na realidade e sua conseqüente transformação. Trata-se da modificação da realidade em instrumentos de ação no real. É a criação de utensílios, instrumentos da informação para ação e modificação da realidade.

Nesse sentido, Siqueira (2008, p. 72), observa que:

O mundo apresenta um conjunto de fenômenos aos quais os seres humanos têm acesso. Na medida em que o homem acessa, conhece e descreve sua realidade, por meio da linguagem, se habilita a construir relações de referências, que possibilitam a descrição do mundo e a criação de novos significados. Perceber o mundo pressupõe a dotação de

significado e, com isso, pressupõe uma relação entre um sujeito - alvo do entendimento - e um objeto - que é a origem da determinação que sensibiliza o sujeito.

Logo, a tecnologia da informação está intimamente atrelada ao que podemos conceber como evolução humana, dotada de sentidos que alteram a nossa maneira de perceber o mundo e está sendo realizada através de empreendimentos humanos somados em razão dos conhecimentos adquiridos até então pela humanidade, com o intuito de atender às prementes necessidades comunicativas do ser humano, dentre outras por tabela.

De acordo com Santos (2000, p. 25), a tecnologia da informação é representativa da nossa época atual e desenvolve-se por meio da cibernética, da informática e da eletrônica, permitindo que as diversas técnicas existentes passem a se comunicar entre si, empregando um papel determinante sobre o uso do tempo, uma vez que permite em todos os lugares a convergência dos momentos, o que assegura a simultaneidade das ações e, assim, traz a percepção de aceleração do processo histórico.

Nesta mesma linha, Giddens (1991) remete-se ao dinamismo da modernidade como um derivativo do que chamou de *problema de distanciamento ou separação do tempo e do espaço*, que em sua análise qualifica como um problema de ordem. Segundo Giddens, esse distanciamento influencia as condições nas quais o tempo e o espaço são organizados, de forma a vincular presença e ausência. Segundo o autor:

[...] O advento da modernidade arranca crescentemente o espaço do tempo fomentando relações entre outros "ausentes", localmente distantes de qualquer situação dada ou interação face a face. Em condições de modernidade, o lugar se torna cada vez mais fantasmagórico: isto é, os locais são completamente penetrados e moldados em termos de influências sociais bem distantes deles. O que estrutura o local não é simplesmente o que está presente na cena; a "forma visível" do local oculta as relações distanciadas que determinam sua natureza.

Por sua vez, Bioni (2019, p. 5), fez a seguinte observação:

Os relacionamentos sociais foram energizados por um fluxo informacional que não encontram mais obstáculos físicos distanciais. Há uma nova compreensão (mais abreviada) da relação entre tempo-espaço, o que outrora acarretava maior cadência às interações sociais. [...] A informação é o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial.

Em seu entendimento, Giddens propõe ao leitor uma análise da própria modernidade antes de suscitar teses sobre a pós-modernidade, tecendo críticas ao termo cunhado por Jean-François Lyotard (1924-1998). Para ele, a modernidade é um fenômeno a ser compreendido, pois representa um período de grandes mudanças e aceleração do processo histórico nunca antes observado pelo homem.

Desse ponto, o autor sugere que o distanciamento do tempo do espaço faz com relações entre presentes sejam capazes de afetar a outros ausentes em espaço-tempo diversos. Bioni, complementa na observação de que, os avanços tecnológicos na Era da Informação possibilitaram à informação não encontrar mais obstáculos físicos de distância e sugere uma compressão do tempo-espaço, tendo em vista a latência com que circulam os dados no mundo todo.

Santos (2000), por sua vez, critica essa noção de contração de tempo-espaço sugerida por Bioni (2019), não pelos inequívocos avanços na velocidade proporcionada pela tecnologia, vez que reconhece a convergência dos momentos ocasionada por essa mudança na percepção do tempo, mas porque entende a contração de tempo-espaço como um “mito”, uma vez que tal velocidade apenas está ao alcance de um número limitado de pessoas de forma tal que “segundo as possibilidades de cada um, as distâncias têm significações e efeitos diversos e o uso do mesmo relógio não permite igual economia de tempo”.

Todas essas teses são ópticas que serviram como base para o desenvolvimento do presente estudo, pois entende-se necessário levar em conta a maior quantidade de variáveis possíveis ao analisar empiricamente e de forma

holística a tecnologia da informação através da ciência jurídica. É um exercício complexo exigido por uma estrutura social complexa como a brasileira. De acordo com Bioni (2019), a ciência jurídica como um fato social deve se adequar, ou, pelo menos, repensar as suas categorias para encarar novos desafios regulatórios emergentes neste novo quadro onde a informação ganha protagonismo.

II - DESENVOLVIMENTO

II.1 - A DEMANDA SOCIAL E A NECESSIDADE DE CONFORMIDADE

Partindo da premissa filosófica da informação, na visão de Floridi, pode-se depreender que são as leis formas de informação para a realidade, vez que aparecem como instruções para a atuação do indivíduo na realidade, propiciando a sua consequente transformação e se expressa através de instrumentos codificados que impõem ações reais. Seguindo essa lógica, os dados pessoais também podem ser considerados como informações para a realidade, uma vez que, em certa perspectiva, podem ser usados como instrumentos de informação para ação e modificação da realidade.

Como exposto, na Era da técnica da Informação as dinâmicas sociais mudaram bastante se comparadas aos períodos pré-modernos (GIDDENS, 1990). Isso significa que, em tese, presenciamos a um desenvolvimento histórico (SANTOS, 2000). Dessa forma, compreender o universo digital em um planeta globalizado, cada vez mais interligado, se faz de suma importância, vez que o uso ilegal de informações digitais pelo mundo já se mostrou potencialmente perigoso e os seus efeitos potencialmente escaláveis.

A possibilidade de escândalos mundiais como o que envolveu o Facebook e a empresa de marketing político, Cambridge Analytica, demonstra que o comércio de dados pessoais faz parte de uma teia comercial internacional, e a depender do uso

desses dados, tidos como “ativos econômicos” (BIONI, 2019), são capazes de influenciar até mesmo nos resultados de processos democráticos em prol do interesse de poucos.

Nesse sentido, Santos (2000, p. 39) pondera que o domínio das técnicas mais avançadas da informação estão nas mãos de poucos atores que usam dessas técnicas em prol de seus objetivos particulares, o que corrobora para o aprofundamento de processos de desigualdade.

Diante desse panorama, a ética se evidencia como uma importante ferramenta humana aliada da conformidade, eficaz em promover um ambiente adequado e saudável interno e externamente, bem como um instrumento de superação de antigos paradigmas, o que reflete no tratamento e na proteção dos dados pessoais.

Dessa forma, no mundo moderno contemporâneo, criam-se demandas que merecem atenção especial, dentre as quais, a necessidade de se cuidar da questão da proteção dos dados pessoais no ambiente digital que, até pouco tempo, era considerada uma “terra-sem-lei”, com potenciais, em tese, desconhecidos.

Assim, uma vez que se percebe nos dados pessoais os ativos mais valiosos da sociedade digital, dentro de uma economia da informação, tendo em vista que servem como base de dados relacionados às pessoas (como informações sobre hábitos de consumo), possibilita às empresas traçar estratégias de segmentação de bens de consumo e até mesmo da sua própria produção (BIONI, 2019). O controle institucional dessas estações de tratamento de dados se faz se suma importância, tendo em vista que o que está em jogo são os direitos pessoais de um mercado inteiro, dentro de uma sociedade digital globalizada.

II.2 - HISTÓRIA DA REGULAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS E A REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

A liderança no debate sobre o tema da proteção de dados pessoais surgiu na União Europeia (UE), em especial com o partido *The Greens*, e se consolidou com a promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu nº 679 (popularizado como GDPR), aprovado em 27 de abril de 2016, com o fim de proteger os dados das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (“*free data flow*”) (PINHEIRO, 2018, p. 18).

No contexto regulatório, o prazo de dois anos para a adequação findava-se, e em maio de 2018, iniciava-se a aplicação das penalidades, o que segundo Pinheiro (2018), ocasionou um “efeito dominó”, pois se passou a exigir dos demais países e empresas que buscassem manter relações comerciais com a UE, uma legislação do mesmo nível que o GDPR:

[...] o Estado que não possuísse lei de mesmo nível passaria a poder sofrer algum tipo de barreira econômica ou dificuldade de fazer negócios com os países da UE. Considerando o contexto econômico atual, esse é um luxo que a maioria das nações, especialmente as da América Latina, não poderiam se dar.

Nesse cenário novo e até pouco tempo carente de regulamentação, veio a Lei nº 13.709/2018, criada no Brasil sob pressão das relações de comércio internacional. Pinheiro (2018, p. 15), explica que:

A Lei de Proteção de Dados Pessoais, que ficou também conhecida pela sigla LGPD, foi promulgada pelo presidente Michel Temer no dia 14 de agosto de 2018 e foi originária do PLC n. 53/2018. É uma legislação extremamente técnica, que reúne uma série de itens de controle para assegurar o cumprimento das garantias previstas cujo lastro se funda na proteção dos direitos humanos.

É notável que o ativo mundial verdadeiramente valorizado é intrínseco às pessoas, a fonte dos dados. Como disse Santos (2000, p. 32): “o sentido que têm as coisas, isto é, seu verdadeiro valor, é o fundamento da correta interpretação de tudo o que existe”. Assim, a análise da proteção de dados pessoais se dará com o enfoque na pessoa humana que a rigor da Lei nº 13.709/2018, são os sujeitos aos quais os direitos devem ser tutelados.

Nesse sentido, Pinheiro (2018, p. 17) elucida que:

[...] houve a necessidade de resgatar e repactuar o compromisso das instituições com os indivíduos, cidadãos desta atual sociedade digital, no tocante à proteção e à garantia dos direitos humanos fundamentais, como o da privacidade, já celebrados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948.

A base desse cálculo é a liberdade, mas o fiel da balança é a transparência.

No Brasil, está em andamento a PEC nº 17/2019, que tramita pelo Congresso Nacional, para alterar a Constituição Federal incluindo a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a proteção e tratamento de dados pessoais. O que indicia a necessidade de conformidade por parte das empresas públicas e privadas, diante de uma preocupação legislativa em proteger os cidadãos do uso indiscriminado de seus dados pessoais, estando o tratamento desses dados, portanto, sujeitos a instâncias de controle, tal como o Poder Judiciário. Não somente às empresas privadas estão sendo impostos limites quanto ao tratamento de dados pessoais, mas, também, ao próprio Estado, o que demanda a conformidade à LGPD numa perspectiva macroeconômica.

II.3 - LGPD: PRINCÍPIOS E PENALIDADES

A regulamentação da proteção de dados pessoais é uma legislação essencialmente principiológica, tanto na origem europeia quanto na versão nacional. Assim, o rol de princípios precisa ser atendido devendo-se ter em conta que apesar de se referir a direitos fundamentais, como a proteção de privacidade, a regulamentação necessita de uma aplicação procedimental, dentro dos modelos de negócios (PINHEIRO, 2019).

Dessa forma, Pinheiro (2018, p. 31) ensina que, visa o legislador: (I) fortalecer a proteção da privacidade do titular dos dados, (II) a liberdade de expressão, de informação, de opinião e de comunicação, (III) a inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem e (IV) o desenvolvimento econômico e tecnológico.

E complementa que, para que as atividades de tratamento de dados pessoais sejam consideradas legítimas devem ser específicas e explicitamente informadas ao titular, observados os princípios da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, transparência, segurança, responsabilização e prestação de contas.

Segundo Bioni (2019), historicamente, a proteção de dados pessoais tem sido compreendida como o direito de o indivíduo autodeterminar as suas informações pessoais, o que chamou de: *autodeterminação informacional*. Dessa forma, através da técnica legislativa de eleger o *consentimento* do titular dos dados pessoais como o pilar normativo da LGPD, o cidadão passará a emitir autorizações sobre o fluxo dos seus dados pessoais, controlando-os.

Dessa forma, o consentimento do titular é o cerne do tratamento dos dados pessoais, que está vinculado às finalidades expressamente apresentadas. Nesse sentido, Pinheiro (2018, p 33) explica que podem haver situações excepcionais em que o tratamento dos dados pessoais não precisará do consentimento do titular, mesmo com a finalidade específica declarada. São as seguintes situações, preconizadas na LGPD:

para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
quando necessário à execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral;
para a proteção da vida do titular ou de terceiro;
quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro;
para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

De acordo com Pinheiro (2018, p. 34), com a LGPD criou-se a necessidade de garantir os direitos dos titulares, ensejando novas realidades no ordenamento jurídico e nas atividades de empresas públicas e privadas, que deverão observar os seguintes direitos do titular dos dados: (i) confirmação da existência de tratamento; (ii) acesso aos dados; (iii) correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; (iv)

anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na Lei; (v) portabilidade dos dados a outros fornecedores de serviço ou produto; (vi) eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, (vii) informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e consequências negativas; e (viii) revogação do consentimento.

Para Bioni (2019), o avanço da tecnologia proporcionou um salto *quantitativo* e *qualitativo* no processamento da informação, bem como a introjeção desses dados nas empresas tornou-se um fator crítico na atividade empresarial – o que chamou de *virtualização* da informação.

Nesse ambiente virtual e digital, agora regido por *informações para a realidade* (as leis de proteção de dados pessoais), visa-se moldar formas de atuação na realidade das instituições que usam do tratamento de dados sob a máxima da defesa dos direitos humanos.

Dessa forma, a legislação traça mecanismos punitivos visando assegurar o cumprimento da lei, bem como a liberdade e a transparência imbuídas no seu corpo normativo. Em termos práticos, algumas sanções previstas na LGPD sofreram o veto presidencial ficando menores do que as previstas no texto originário, tendo em vista a necessidade de adaptação para a realidade e o contexto do cenário socioeconômico brasileiro (PINHEIRO, 2018). Assim, a LGPD passará a vigor plenamente a partir de agosto de 2020.

Conforme observa a autora, a aplicação das penalidades previstas na LGPD devem observar o princípio da proporcionalidade, e podem ser nas seguintes formas:

- I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
- II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;
- III - multa diária, observado o limite total a que refere o inciso II;
- IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;
- V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração.

Como explica, um programa de gestão de dados pessoais bem implementado pode ajudar na redução das penas na ocorrência de algum tipo de infração que culmine na sua aplicação. Portanto, a governança corporativa precisa focar nos princípios previstos na LGPD para que o negócio seja sustentável.

A lei apresenta condutas que podem ser consideradas na redução dos efeitos punitivos e que serão levados em conta pela Autoridade Fiscalizadora, quais sejam: a gravidade da infração; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida; a condição econômica do infrator; a reincidência; o grau de dano causado; a cooperação; a demonstração de adoção de mecanismos e procedimentos para mitigação dos danos; a adoção de políticas de boas práticas e governança; a pronta adoção de medidas corretivas e a proporcionalidade.

II.4 - A ÉTICA E O COMPLIANCE DIGITAL

Num cenário globalizado econômica e mercadologicamente, evidenciam-se padrões de gostos e expectativas pessoais quanto às tendências consumeristas, fortemente influenciadas pelo desenvolvimento tecnológico. O expressivo aumento dos fluxos de comércio internacional, facilitados pelas tecnologias de processamento de informação e de comunicação, tornou a dimensão ética da atividade empresarial uma das principais preocupações de gestores, políticos, pesquisadores e da sociedade em geral (Robertson, Crittenden, Brady & Hoffman, 2002), que passaram a exigir condutas baseadas em princípios morais que respeitem o ambiente e os valores da comunidade.

Enquanto disciplina teórica, a ética “estuda os códigos de valores que determinam o comportamento e influenciam a tomada de decisões num determinado contexto”. Assim, conforme o artigo acadêmico de Almeida (2007, vol. 11, no. 3), são vários os estudos que tratam da ética comportamental imbuída no contexto

empresarial, ligando-a à realidades socioeconômicas, culturais e individuais a fim de compreender os processos morais que levam um indivíduo, por exemplo, a sonegar impostos.

Destarte o trabalho de história da ciência e da técnica de Moura, a ética é a doutrina moral individual e a política é a doutrina moral social. Dessa forma, o objeto da política é o estado, enquanto o da ética é o indivíduo. Por essas reflexões, para Aristóteles as partes precedem o todo, o estado é superior ao indivíduo, uma vez que a coletividade é superior ao indivíduo, sobrepondo-se o bem comum sobre o bem particular. Aristóteles dizia que o homem é um animal social e político e, assim sendo, não pode realizar a sua perfeição sem a sociedade do estado.

Não obstante a sua concepção ética do estado, Aristóteles, diversamente de Platão, salva o direito privado, a propriedade particular e a família. O comunismo como resolução total dos indivíduos e dos valores no estado é fantástico e irrealizável. O estado não é uma unidade substancial, e sim uma síntese de indivíduos substancialmente distintos.

No Brasil, o *compliance* veio importado dos EUA, sendo possível observar que as últimas décadas foram relevantes para o crescimento das políticas sobre o bom funcionamento dos mercados e o combate às condutas empresariais capazes de impactar negativamente a sociedade, sobretudo, na defesa da concorrência e no combate à corrupção, é o que ensina Carneiro e Santos (2018, p. 41):

[...] o Compliance deve direcionar a sua atuação de fora para dentro da empresa, ou seja, a partir das leis, convenções e demais regras de mercado, o Compliance deve desenvolver normas internas que possam ser transmitidas aos colaboradores da empresa, ressaltando valores morais e éticos que elas concretizam.

Diante da nova realidade que se impõe às empresas públicas e privadas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, a implementação de um programa de *compliance* digital exige a adequação dos processos de governança. Nestes termos, Pinheiro (2019, p. 43), defende que:

Atender aos requisitos da LGPD exige adequação dos processos de governança corporativa, com implementação de um programa mais consistente de compliance digital, o que demanda investimento, atualização de ferramentas de segurança de dados, revisão documental, melhoria de

procedimentos e fluxos internos e externos de dados pessoais, com aplicação de mecanismos de controle e trilhas de auditoria e, acima de tudo, mudança de cultura.

Dessa forma, o *compliance* digital apresenta-se como uma solução para as empresas do ramo tecnológico, sejam as mais recentes ou as mais consolidadas no mercado, a se adequarem à LGPD, bem como para prevenir penalidades e processos judiciais. Assim, reconsiderar antigas políticas de bons costumes será capaz de criar oportunidades de negócios e elevar a produtividade da empresa. De acordo com o relatório de 2018 da OCDE, “evidências internacionais mostram fortes relações entre instituições que funcionam bem e crescimento (Acemoglu et. al., 2005)”.

Assim sendo, o caminho da produtividade e do desenvolvimento, em todas as esferas sociais, dependerá de uma postura correta em relação às práticas mercadológicas e de gestão. Segundo um estudo realizado em 2018 pela Accenture, sobre personalização de ofertas e comunicação, apontou que 83% dos consumidores estão dispostos a compartilhar seus dados para obterem uma experiência personalizada desde que a empresa seja transparente a respeito da coleta e utilização de tais dados.

Essa perspectiva consumerista nos demonstra que a utilização dos dados pessoais não é vista como algo ruim pela maioria das pessoas. A ideia de ter uma experiência personalizada através do tratamento dos dados pessoais é atrativa tanto do ponto de vista do consumidor quanto do mercado, que poderá obter ganhos significativos com a segmentação individualizada, assim como, melhorar os seus produtos e serviços, tornando-os mais eficazes do ponto de vista do consumidor. Todavia, é importante salientar que tal disposição está condicionada à valores éticos e morais que devem ter os operadores dos dados, cabendo às empresas responsáveis observar pela transparentes a respeito da sua utilização, abrigo aí, o consentimento expresso e a ciência da finalidade na coleta dos dados pessoais, dentre outras formas de conformidade aplicáveis a gerência destes dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como analisado, a característica impositiva da tecnologia da informação, podendo considerá-la a técnica principal no cenário contemporâneo, molda quadros que se pintam na sociedade global agregando novas perspectivas e exigindo um novo *modus operandi* de se fazer negócios e de se relacionar no ambiente digital. Nesse novo paradigma, fica claro que o protagonista a ser tutelado em primazia serão os titulares dos dados, ou seja, as pessoas comuns, prestes a serem amparadas legalmente quanto ao uso de suas informações pessoais para utilização e aprimoração de sistemas de inteligência artificial.

Assim sendo, cabe às empresas se adequarem a essa nova realidade e às leis que a regulam para que não incorra em penalidades que, nesse quadro, poderá ir muito além do prejuízo financeiro, uma vez que, na Era da Informação, qualquer erro pode repercutir em prejuízos à sua imagem, na medida em que a confiabilidade de uma empresa poderá ser medida integralmente no mundo conectado. Hoje podemos tomar como fato que a informação é facilmente escalável, o que faz ter vantagem quem sabe como usar essa premissa.

Dessa forma, não obstante o que tange à conformidade que devem observar as empresas públicas e privadas que fazem o tratamento de dados pessoais, às pessoas incumbe um papel importante nessa sociedade digital interconectada. Cabe a todos se informarem e pleitear pelos seus direitos fundamentais e pessoais quanto ao uso de seus dados, tendo em vista a noção de sua própria dignidade humana, inerente a todos os seres humanos, percebendo que a violação que sofrem, provavelmente, estará violando os direitos fundamentais de outras pessoas também, cabendo assim a denúncia aos órgãos competentes, bem como a procura de ajuda jurídica capacitada para atuar nessa seara.

Dentro dessa realidade interligada, a solidariedade e os valores mais nobres do ser humano devem ser reavivados, pois são fundamentais para a construção de uma consciência humana universal, integrada e conectada, criando-se, assim, uma nova forma de capitalismo que urge no mundo globalizado, pautado no humanitarismo e humanismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro de. Ética e desempenho social das organizações: um modelo teórico de análise dos fatos culturais e contextuais. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, vol. 11, no.3, July/Sept. 2007.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CARNEIRO, Cláudio; JÚNIOR, Milton de C. Santos. **Compliance e boa governança pública e privada**. Curitiba: Juruá, 2018.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 5. ed. reimp. São Paulo: UNESP Fundação, [1991].

MOLINA, Leticia Gorri. **Tecnologias de informação e comunicação para gestão da informação e do conhecimento: proposta de uma estrutura tecnológicas aplicadas aos portais corporativos**. 2008.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. [Rio de Janeiro/ São Paulo]: Editora Record, 2000.

SIQUEIRA, André Henrique. Sobre a natureza da tecnologia da informação. **Ci. Inf.** vol.37. no.1. Brasília. Jan/Apr. 2008.

VALENTIM, M. org. **Gestão, mediação e uso da informação [online]**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. 390 p. ISBN 978-85-7983-117-1.

**O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE CONVÍVIO EM SOCIEDADE –
ANÁLISE DO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO**

Lucas Goulart Consulmagnó Prata¹

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo realizar revisão bibliográfica sob os aspectos de convívio em grupo, discorrendo sobre o conceito e o significado de litígio, abordando uma linha de um caminhar do Direito através da união de normas primárias e secundárias proposta por Herbert L.A Hart até o fortalecimento estatal com Ada Pellegrini Grinover, buscando refletir sobre a ligação comportamental entre sociedade e o direito e sua materialização através do processo, como meio. Por fim, pretende-se observar o modelo processual cooperativo ou democrático atual e sua influência no comportamento em sociedade. O debate doutrinário adveio das lições doutrinárias de Herbert L.A Hart, Lawrence M. Friedman, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, além da análise dos processualistas brasileiros, dentre eles, Alexandre de Freitas Câmara, sendo certo que o presente artigo buscou analisar a relação entre sociedade e Direito, ainda que de forma inicial e ao final, as tendências comportamentais do modelo de processo cooperativo. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, doutrinária, envolvendo pesquisadores e processualistas que dissertam sobre o tema objeto deste artigo. Ao final do estudo, constatou-se que o direito caminhou gradativamente no tempo influenciado pela sociedade, que atua na sua criação, modificação e aplicação, bem como que o processo enquanto materialização do direito, atua como um instrumento regulador do convívio em sociedade, e que sua recente

¹Bacharel com direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior; Mestre em Direito, cuja linha de pesquisa foi processo e efetivação da justiça, pela Universidade Católica de Petrópolis – UCP; Atualmente é professor de Direito Processual Civil e Prática Cível no Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora – MG; é professor orientador do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Estácio de Juiz de Fora – MG; é advogado e foi Procurador Geral do Município de Belmiro Braga – MG, tendo exercido também a advocacia no escritório Bittencourt e Bissoli advogados associados em Juiz de Fora – MG.

alteração na legislação brasileira, pretende nortear comportamentos de boa-fé e cooperação entre os sujeitos que estão inseridos na sociedade e são submetidos a aplicação da legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade e direito. Litigância e sociedade. Acesso à justiça. Processo cooperativo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende traçar uma reflexão sobre o aspecto do caminhar do Direito, sob as noções das doutrinas aqui mencionadas, iniciando-se sobre o conceito de litígio dentro do convívio em sociedade e seguindo a premissa almejada, analisar dentro de um contexto primário de sociedade o Direito como união entre normas de obrigação primária e normas secundárias na proposição de Herbert L.A Hart, até alcançar o fortalecimento estatal com o surgimento da jurisdição pelas lições de Ada Pellegrini Grinover.

Pretende ainda o presente trabalho, inicialmente no momento de caminhar do Direito apontado acima, concentrar a reflexão sobre o ideal de sociedade primitiva em crescimento e sua conseqüente relação com o ordenamento jurídico no alcance da jurisdição.

Se volta o trabalho, sobre a reflexão do meio pelo qual atualmente se materializam as pretensões, abordando seus conceitos, suas funções e suas características.

Por fim, pretende-se analisar o processo, especialmente o modelo cooperativo atual enquanto instrumento de materialização do direito, como forma de não só regulação do convívio em sociedade, mas como tentativa de inserir ou modificar comportamentos.

1 – SOCIEDADE E DIREITO: ANÁLISE DO CAMINHAR

A existência do direito pode ter por premissa as relações em sociedade, de modo que as experiências sociais hodiernamente nos demonstram que onde existe sociedade presentes estão os conflitos de interesses, sendo que, perspectiva diferente não encontramos nos primórdios da humanidade quando realizamos uma análise sobre o caminhar do direito, nas perspectivas das referências bibliográficas contidas no presente trabalho.

Tais conflitos surgem em virtude da busca da satisfação pessoal através de uma pretensão a ser materializada, que, por sua vez, não conseguindo alcançar tal objetivo, seja porque outrem não a satisfaz, seja porque nos dias atuais o direito não permite como regra a autotutela arbitrária, nascendo então às colisões de interesses, como se observa nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

A existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e capaz da atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que podem surgir entre elas. Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão. (GRINOVER, 2011)

Conflitos de pretensões originam as denominadas lides/litígios, a serem nos dias atuais apreciados por meio da quebra da inércia jurisdicional, se materializando através do processo conforme a vontade do ordenamento jurídico vigente, cuja competência apreciativa é do Estado-Juiz.

Litigância, na linguagem comum, refere-se às ações propostas na justiça; isso envolve uma reivindicação, uma disputa ou

conflito, e o uso de uma instituição específica, a justiça, para resolver o conflito ou a disputa. (FRIEDMAN, 2013)

Para Friedman, qualquer conceito de litigância deve compreender três elementos, sendo o primeiro uma pretensão a ser materializada, uma resistência a pretensão e o uso de uma instituição específica para subsunção. Em *ultima ratio*, observa-se que os litígios surgem dentro do contexto social.

No entanto, as lições doutrinárias nos mostram que nem sempre foi dessa maneira a forma de atuação na solução dos litígios criados pelas partes.

Conforme mencionado alhures, é possível de se imaginar ao realizar uma análise sobre a perspectiva da história do caminhar do direito, a existência de uma sociedade desprovida de Estado, desprovida de instituições regularmente criadas onde o único meio de controle social é aquela atitude comum comportamental do grupo.

É possível, evidentemente, imaginar uma sociedade desprovida de poder legislativo, tribunais ou autoridades de qualquer espécie. De fato, muitos estudos sobre comunidades primitivas não apenas afirmam que essa possibilidade se realiza, mas retratam detalhadamente a vida de uma sociedade na qual o único meio de controle social é aquela atitude geral do grupo diante de suas próprias modalidades convencionais de comportamento, sob cujos traços já caracterizamos as normas de obrigação. (HART, 2009)

Sob a perspectiva acima, podemos observar que a existência de um direito regulador das atividades em sociedade, positivado, tem sua origem derivada sob as denominadas normas de obrigação primária, que advém da exigência de um convívio harmônico entre aquela sociedade primitiva.

Se pode caracterizar o conjunto de normas de obrigação primária como um sistema jurídico simples, sendo aquele que prevê apenas normas de coexistência dentro de um contexto mais restrito.

Naturalmente percebemos que a fragilidade do contexto social alicerçado apenas nas normas de obrigação primária é relevante, uma vez que devem ser observadas algumas condições para sua imposição sem outra

norma positivada que a regulamente, como por exemplo a restrição ao uso gratuito da violência e uma maioria que as aceite.

Observa-se que dentro apenas do contexto das normas de obrigação primária, imperfeições aparecem a medida em que as características mencionadas acima não estejam presentes, ou a sociedade venha a se expandir, fazendo com que apareçam certas carências.

Entende Hart que, caso falte qualquer dessas características, não há como esta comunidade continuar existindo porque logo apareceriam as carências de “certeza”, “dinamicidade” e “eficiência”.

“Certeza: carência de “certeza” porque as normas jurídicas não possuem qualquer marca “comum” identificadora. Dessa forma, sem algum procedimento que determine a identidade e pertencimento das normas ou de alguma autoridade que possa oficialmente reconhecê-las, não há como saber quais são as normas desse conjunto normativo “primitivo” sem causa prejuízos e exclusões indevidas;

“Dinamicidade”: carência de “dinamicidade” porque as normas primárias, pelo fato de apenas se ocuparem das condutas, não estatuem qualquer critério de modificação no conjunto normativo. Portanto, inexistem meios para modificar as normas adaptando o conjunto normativo às novas circunstâncias sociais;

“Eficiência”: carência de “eficiência” porque as normas primárias não estabelecem qualquer órgão que possa aplicar e que identifique a violação dos comandos, de maneira que elas tão-somente contem com a pressão social quando descumpridas, pressão esta que é muito difusa. (SGARBI, 2009)

Pois bem, expostas as carências das normas de obrigação primária, cabe as normas secundárias, através de sua regulamentação expurgar essas incertezas para que se possa existir uma sociedade que mais se aproxima dos moldes atuais.

Quanto à carência de certeza, surge a regra ou norma de reconhecimento que tem por finalidade dar identidade as normas de obrigação primária à ordem jurídica, ou seja, a norma de reconhecimento elimina qualquer dúvida sobre se certa norma pertence ou não ao ordenamento jurídico.

Observa-se que a norma de reconhecimento tem o condão de positivar e travestir a norma primária, de ordem jurídica, conferindo-a legitimidade e

eliminando as incertezas quanto a quais normas pertencem ao conjunto normativo.

Regra ou norma de “reconhecimento”: as normas de reconhecimento servem para identificar as normas primárias pertencentes à ordem jurídica. Portanto, essas normas eliminam as dúvidas a respeito do pertencimento das normas em relação a um ordenamento jurídico, pois informam o que se pode considerar como direito em uma determinada comunidade. (SGARBI, 2009)

Quanto à carência de dinamicidade, surgem as regras ou normas de modificação uma vez que a sociedade assim como as relações em sociedade são dinâmicas e mutáveis, e tais normas instituem os órgãos criadores de normas.

Possuem as normas de modificação a função de regular o processo de criação de normas, especificando pessoas que podem legislar e estabelecendo procedimentos para tais atos, evitando-se assim a estagnação.

Em virtude da carência de eficiência, surgem as regras de julgamento, que instauram os órgãos de aplicação das normas. Bem como os agentes competentes e determinam os procedimentos a serem seguidos.

Observa-se que dentro da análise do direito como união de normas primárias e secundárias percebe-se o caminhar para certo fortalecimento do Estado e das instituições balizando de maneira gradativa e coercitiva a indiscriminada liberdade particular dentro de uma sociedade primária.

Percebe-se que se caminhava para a imposição nos moldes dos dias atuais, com as instituições já exercendo alguma participação ainda que pequena no restabelecimento e controle da paz social, através das normas de modificação e das normas de julgamento.

O estudo até aqui realizado, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover vão refletir que caminhar da imposição do Estado nos moldes atuais foi gradativo, até se estabelecer de forma definitiva a jurisdição, como *“atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos”* (GRINOVER, 2011).

2 – MATERIALIZAÇÃO DAS PRETENSÕES SOB A ÓTICA DO FORTALECIMENTO ESTATAL

Superada a fase histórica sobre o caminhar do direito, nas perspectivas das referências bibliográficas apontadas ao final do trabalho, agora com o Estado já suficientemente fortalecido, passa-se neste condão a existir o exercício privativo daquele que aos poucos se impôs na solução dos conflitos de interesses.

O Estado atribui única e exclusivamente para si a função de composição dos litígios advindos de uma pretensão resistida entre particulares, vedando veementemente o exercício arbitrário das próprias razões, ou seja, nenhum tipo de autotutela será admissível na solução da lide como regra, precisando para tanto buscar o provimento do Estado para que este diga à vontade do ordenamento jurídico vigente. A esta atividade estatal dá-se o nome de jurisdição.

Por conceito de jurisdição, segundo a doutrina processual, pode-se entender como a função/atividade pela qual o Estado-Juiz se coloca entre as partes e equidistante delas para imparcialmente dizer o direito aplicável ao caso concreto que as partes através do seu direito de ação, levam ao conhecimento do julgador.

Cumpra dizer que uma das características da jurisdição é a inércia devendo a parte que pretende buscar o provimento jurisdicional exercer ativamente seu direito de ação, quebrando a inércia estatal, e levar à atividade cognitiva ao Estado-Juiz para que examine a sua pretensão.

Pode-se dizer que a jurisdição é a expressão da soberania do poder estatal, pois enquanto Estado soberano em sentido amplo, a jurisdição é uma e

indivisível, podendo se falar sem ir de frente à soberania estatal em espécies de jurisdição, o que se admite pela mera divisão funcional, como se observa na passagem abaixo.

A jurisdição, considerada em si mesma, é emanção da soberania do Estado e, sendo única a soberania, uma também é a jurisdição. Entender-se ao contrário seria admitir a existência de uma pluralidade de soberanias, atuando no âmbito de um mesmo território, o que contraria a própria ideia de estado. Quer decida um conflito de interesses de natureza civil, quer penal ou trabalhista, o Estado exerce a jurisdição. A diversidade de lide não determina a diversidade de função jurisdicional. Neste sentido, afirma-se que a jurisdição é uma, quer dizer, não comporta divisões. Embora tal assertiva possa ser tomada quase como dogma, costuma-se classificar a jurisdição, segundo vários critérios. Fala-se, então, em espécies de jurisdição, admitida por motivo de mera divisão de trabalho. (ALVIM, 2007).

Neste sentido, disserta o doutrinador Humberto Theodoro Junior.

É universalmente aceito o princípio da territorialidade das leis processuais, ou seja, o juiz apenas aplica ao processo a lei processual do local onde exerce jurisdição. Esse princípio decorre da natureza da função jurisdicional que está ligada a soberania do Estado, de modo que dentro de cada território só podem vigorar as próprias leis processuais, não sendo admissível, outrossim, a pretensão de fazer incidir suas normas jurisdicionais perante tribunais estrangeiros. (JUNIOR, 2012)

Observado o poder do Estado em seu sentido mais amplo, a jurisdição forma um tripé enquanto Poder, Função e Atividade na busca da atuação do poder judiciário como vetor de pacificação social.

Como Poder exerce o Estado sua forma de expressão soberana desde que acautelou para si o *jus puniendi* moderado, senão em demonstração de sua capacidade imperativa de impor decisões na busca da apreciação do direito material.

Automaticamente o exercício da jurisdição enquanto Poder remete de modo instantâneo ao princípio jurisdicional da inevitabilidade, o qual determina que o particular ao buscar a tutela satisfativa está condicionado à vontade do Estado na aplicação do ordenamento jurídico respeitado o devido processo legal.

Como Função busca o Poder Judiciário através do exercício da jurisdição atuar como vetor de pacificação de conflitos interindividuais, com a devida observância axiológica do caso concreto mediante a realização do direito justo através do processo.

Atuando desta forma estará realizando a vontade do ordenamento jurídico, bem como evitando que a parte que sucumbiu seja recalcitrante em suas condutas evitando ainda nova submissão de sua pretensão ao Poder Judiciário.

E como Atividade, está intimamente ligada à celeridade processual, duração razoável do processo, devido processo legal, e as garantias constitucionais do processo, pois se traduz no complexo de atos do juiz no processo exercendo seu poder judicante na condução deste.

Formando assim um tripé jurisdicional que se transparece com legitimidade através do processo devidamente estruturando, buscando levar às partes a uma tutela efetiva e a sociedade, a pacificação do conflito.

3 – ANÁLISE DO DIREITO COMO MEIO DE INFLUÊNCIA NO COMPORTAMENTO SOCIAL – MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

Refletindo sobre a construção da atividade jurisdicional ao longo do tempo, observa-se que o ordenamento jurídico consagra o direito fundamental de acesso à justiça na proteção ou no exercício dos seus direitos, uma vez que o Estado suficientemente fortalecido passa a regular ainda que não de forma irrestrita, comportamentos em sociedade.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Sendo dever do Estado prestar a jurisdição, a consagração do acesso à justiça mostra-se de grande destaque na influência do comportamento social, uma vez que aquele que encontrava uma resistência a sua pretensão, não mais valia-se da autotutela, mas sim da quebra da inércia jurisdicional pretendendo a solução.

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo (CAPPELLETTI, 1988)

Ao consagrar a inafastabilidade como princípio jurisdicional insculpido na Constituição Federal, o Estado trouxe para si a responsabilidade por sua prestação e prometeu atender aos anseios da sociedade, através do efetivo direito de acesso à justiça.

O princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. xxxv), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”, nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão. (GRINOVER, 2011)

Percebe-se que o direito que tem como forma de instrumentalização o processo, passa de certa maneira a influenciar o comportamento social, uma vez que o particular tanto quanto o Estado não tem liberdade irrestrita para agir, dizer, e, portanto, ainda que de forma indireta dita comportamentos.

Como se observa, o direito tendo o processo como meio para sua materialização exerce uma influência no meio social, uma vez que não se admite o exercício arbitrário das próprias razões, portanto, o comportamento da sociedade é alterado, fazendo com que as pretensões se resolvam através do acesso à justiça.

Percebe-se também que a norma infraconstitucional atinente ao processo, pretende influenciar o comportamento em sociedade, uma vez que consagra o exercício da boa-fé, participação efetiva e cooperação, senão vejamos o disposto no Código de Processo Civil.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Observa-se que neste ponto o direito processual pretende dizer, induzir a sociedade a se comportar de forma menos litigiosa e mais consensual na busca pela solução do conflito. O direito nesta linha está induzindo o comportamento consensual.

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

O ordenamento ao prever que qualquer forma de participação no processo deve se dar de acordo com a boa-fé, no plano objetivo induz o comportamento evitando-se o agir de forma lesiva, e no plano subjetivo a ausência de má-fé nas relações interpessoais.

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

O direito processual ao prever que todos os sujeitos do processo tem de guardar o dever de cooperação, induz o sentido de que deve haver a cooperação no plano processual, mas no plano extraprocessual está cooperação se reveste da ausência de litigiosidade desenfreada e busca pelo solução consensual do conflito.

É que as soluções consensuais são, muitas vezes, mais adequadas do que a imposição jurisdicional de uma decisão, ainda que esta seja construída democraticamente através de um procedimento em contraditório, com efetiva participação dos interessado.

O modelo constitucional de processo, impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual. Consequência disso é o assim chamado princípio da cooperação, consagrado no art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (CÂMARA, 2015)

Como se observa, o direito especialmente no ramo processual civil cooperativo, detém influência ou ao menos pretende, no comportamento social, uma vez que a sociedade se norteia também pelas regras e influências do ordenamento jurídico no qual está inserida.

CONCLUSÃO

Tratou o presente trabalho sobre o direito como instrumento de convívio em sociedade a partir do modelo cooperativo de processo. Sendo que pretendeu analisar em um primeiro momento um caminhar do direito, na perspectiva dos autores citados.

Para tanto, em seu primeiro momento analisou a litigiosidade na relação entre sociedade e direito. Passou então, a tratar na perspectiva de Herbert L.A. Hart do surgimento do direito a partir das normas de obrigação primária, apontando suas carências e o surgimento das normas secundárias como meio de solução, até o alcance da jurisdição nas palavras de Ada Pellegrini Grinover.

Posta a jurisdição enquanto atividade de exame de pretensões e solução de litígios, se passou a análise deste meio de materialização de pretensão, suas características, e conceituação.

Por fim, o trabalho analisou o direito como meio de influência no comportamento social, com suas regras postas frente a sociedade que está inserida, sobretudo e principalmente pelo atual modelo brasileiro de processo cooperativo.

Ao final, observa-se que a construção do direito como união de normas, parte da premissa, especialmente as normas de obrigação primária, da relação em sociedade, o que significa dizer que o contexto social trouxe o direito e que este é um instrumento de regulação e convívio em sociedade que visa influenciar comportamentos, devendo observar também as mudanças do contexto social ao longo dos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Rio Grande do Sul. 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 17.ed. Salvador: **JusPODIVM**, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo. Wmfmartinsfontes. 2009.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro. LumenJuris. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I.
Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FRIEDMAN, Lawrence. **Litigation and Society**. Tradução de Tatiana
Mesquita. Rio de Janeiro. 2013

O NÚCLEO DOCENTE ESTRUTURANTE E A NOVA CONSTRUÇÃO DO DIREITO: para além do ensino jurídico tecnicista

Mateus Henrique Silva Pereira¹

RESUMO

O presente trabalho trata de um tema atual e importante, qual seja a atuação do Núcleo Docente Estruturante. Mais especificamente, analisa-se como o Núcleo Docente Estruturante atua para a superação do ensino jurídico tecnicista. O objetivo principal deste trabalho é propor alternativas para que esse órgão do ensino superior ultrapasse velhos problemas do ensino do Direito e mostrar se é possível tal papel ao Núcleo Docente Estruturante. E mais, esta pesquisa propôs algumas atitudes que o Núcleo Docente Estruturante pode tomar dentro de suas atribuições na busca da superação do ensino jurídico tecnicista, tais como a participação de discentes auxiliando suas ações, o maior tempo para sua reflexão e a postura radical para a transformação do ensino do Direito. Como conclusão, este estudo definiu que cabe ao Núcleo Docente Estruturante inovar com radicalidade em suas ações, rompendo com as mazelas atuais da educação jurídica e trazendo uma nova postura e novas ideias para a evolução da qualidade da graduação do Direito dentro do nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: Núcleo Docente Estruturante. Ensino Jurídico. Crítica. Radical. Estudante.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a discussão sobre o ensino jurídico vem ganhando espaço em debates e conversas nas faculdades de Direito do Brasil. Tal fato revela o descontentamento que tradicionais métodos de ensino jurídico despertam em discentes e até mesmo em docentes. Soluções são propostas para a transformação dessa realidade, contudo não são capazes de transformar a educação jurídica em um ensino autônomo, consciente, amoroso e coletivo.

O desenvolvimento do pensar sobre o Direito, sua prática e seu ensino, foi criando mecanismos avaliativos da qualidade e capacidade de juristas, e se estes

¹ Mestre em Direito e Inovação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (2018). Professor do curso de Direito no Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. E-mail: mateus.henrique@estacio.br

são capazes de resolver criticamente problemas inerentes à atividade jurídica. Assim, programas são criados pelo Ministério da Educação para a melhora do Ensino, avaliações são criadas como o ENADE, com o intuito de encontrar os problemas de discentes e procurar soluções, além de Comissões que surgiram com a missão de orientar e qualificar o ensino superior, como exemplo a CONAES (Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior).

Entre diversos mecanismos criados com fulcro no aprimoramento e desenvolvimento do ensino jurídico, aparece o Núcleo Docente Estruturante como elemento diferenciador da qualidade de um curso de graduação. Ao reunir professores e professoras comprometidos com a evolução do curso de graduação, o Ensino Superior tende a gerar maior reflexão e conseqüentemente maior transformação.

O presente trabalho vai realçar a importância da consolidação do NDE, e de maneira mais específica, propor possíveis medidas que o NDE poderia tomar dentro de suas atribuições para a superação do ensino jurídico tecnicista.

O trabalho tem como metodologia a utilização de dados indiretos, quando traz referências bibliográficas importantes para o pensamento crítico do ensino do Direito, e também de dados encontrados em outros trabalhos acadêmicos sobre a mesma temática. Para, ao final, compreender a questão jurídica de maneira mais ampla e profunda.

O primeiro tópico debruça-se sobre o ensino jurídico praticado em solo brasileiro, e visa demonstrar as mazelas que assolam os juristas e possíveis motivos desse condicionamento problemático do Direito.

Já no segundo tópico, observaremos as atribuições, competências, composição e funcionamento do NDE, para compreendermos a amplitude e a normatização deste recente grupo do ensino superior.

No terceiro tópico tentaremos fazer um exercício de possibilidades e atitudes que o NDE pode propor e efetivar almejando a evolução do ensino jurídico e da capacidade do jurista brasileiro.

E por fim, este trabalho terá uma conclusão que poderá mostrar os limites e alcances da atuação do NDE na transformação do ensino jurídico tecnicista.

Ressalta lembrar que o presente trabalho não tem por objetivo encerrar a temática em torno do papel do NDE no ensino jurídico tecnicista. Pelo contrário, o intuito é o de iniciar uma reflexão do que um recente grupo capacitado e formado por professores e professoras poderá inovar na aplicação do saber do Direito.

Ao final, poderemos responder as seguintes questões de forma positiva ou negativa: o NDE é um órgão capaz de ajudar na superação do Ensino acrítico e esvaziado do direito? Se sim, qual seria o seu papel? Quais atividades orientadas por esse núcleo poderiam transformar o aprendizado discente dentro do âmbito jurídico? Qual ajuda que esse corpo de professores poderia receber de alunos do direito?

1 O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

1.1 – O Ensino Jurídico Tecnicista: da mera aplicação legal à falta de multidisciplinariedade

Ao analisar a história recente do direito e sua efetiva prática, percebemos que o ensino deste curso ao longo dos anos tem sido reduzido a mera técnica de aplicação do fato social a uma determinada tipificação legal, o que em muitos casos pode prejudicar uma das finalidades do Direito, qual seja, a busca da justiça. A humanidade, pela qual o ordenamento jurídico deveria proteger, é colocada em segundo plano, servindo de mero escopo a uma aplicação tecnicista de códigos, leis, decretos e afins, para atingir, muitas vezes, interesses obscuros e nebulosos.

O denominado “operador” do direito na sua função de aplicar as normas que regem a sociedade no chamado Estado de Direito, esquece-se (ou não sabe ou não quer saber) de que sua profissão envolve pessoas, relações sociais, e erra ao crer que o mero encaixe de determinado fato ao ordenamento jurídico não é suficiente para a resolução do conflito ali existente. Ou seja, a técnica jurídica sem uma reflexão humanística sobre o seu real papel é insuficiente para solução da chamada lide. A vida social tem uma amplitude maior, que enseja um conhecimento amplo de vários saberes que complementam o Direito, tais como as seguintes disciplinas: Sociologia, Filosofia, Antropologia, Ética, Política, além de conhecimentos culturais que darão forte suporte para a concretização do Direito.

Esse entendimento é nítido quando se faz análises das jurisprudências brasileiras, em que se percebe com clareza o distanciamento das decisões proferidas pelo Judiciário e a realidade social vivida pelas partes.

Outro importante fator que determina o esvaziamento da prática jurídica é a falta de formação multidisciplinar. A reverência à aplicação da lei sem uma reflexão sobre tudo aquilo que circunda os aspectos do Direito nasce de uma falta de poderio multidisciplinar do estudante e do profissional do Direito. O ordenamento e o ensino jurídico cultuam certa forma de alienação de matérias que não são consideradas estritamente de direito, como as referidas acima: Sociologia, Filosofia, Antropologia, Ética, Política, o que dificulta a compreensão da importância dessas matérias na real efetivação do Direito. Assim, sem aparatos sociológicos, filosóficos, éticos, culturais, os juristas encontram enorme dificuldade em buscar soluções e entendimento sobre os fatos jurídicos com que trabalham e que circundam a sua profissão.

Há também o interesse mercadológico de uma prática jurídica superficial e focada somente na lei. Os complexos, econômico e político, ao incentivarem esse modo de conceber o Direito consegue manter os juristas inertes e muitas vezes cegos para a realização da justiça. O que ocorre na maioria das vezes é a sobreposição das normas jurídicas sobre os fins sociais do Direito. Assim, com todo esse aparato mercadológico, o estudante de direito é paradoxalmente mais uma vítima e futuro corresponsável para a perpetuação da obsoleta máquina judiciária.

Nesse sentido, a seguinte análise feita pelo Professor da Unesp e Promotor do Ministério Público do Estado de São Paulo, Antônio Alberto Machado, faz-se mister para a compreensão do atual modelo de Ensino jurídico brasileiro:

A dogmática jurídica vai assumindo desse modo o seu caráter predominantemente tecnológico de controle repressivo e de organização social, consolidando assim o domínio da razão tecnológica em detrimento da autonomia crítica do bacharel, o qual já não reunia quaisquer condições de opor-se politicamente às formas de dominação instituída juridicamente na sociedade, quer porque não reunia também condições de produzir uma crítica consistente do direito positivo, quer porque perdera a consciência política crítica capaz de fazê-lo relacionar o direito com as estruturas de poder socioeconômico subjacentes à normatividade, onde se estabelece a dominação. (MACHADO, 2009, p. 155).

Ainda sobre os ensinamentos do Professor Antônio Alberto Machado, destaca-se:

Encarar o direito apenas como instrumento de controle a partir de uma visão funcionalista que visa a garantir a coesão social fundada num modelo de consenso e equilíbrio, em que se sobressaem tão somente valores como ordem, segurança, certeza, estabilidade etc., implica, talvez, a opção por uma razão instrumental que sob a promessa da emancipação iluminista, proporcionou sempre, quer queira quer não, a dominação do fraco pelo forte, em nome da lei e das célebres “razões de Estado”. É preciso considerar ainda que o resultado desse fetichismo da técnica pode vir a ser um pernicioso esvaziamento do sentido ético, político e social da formação e da atuação do jurista. A ilusão da eficiência e a busca alucinada do aprimoramento técnico no plano dos procedimentos decisórios acabam empanando a capacidade crítica do profissional do direito e, pior do que isso, provocam uma espécie de indiferença moral frente aos possíveis desvios da justiça. (MACHADO, 2009, p. 159).

Dessa forma, a reprodução do saber tecnicista do Direito começa dentro das faculdades e universidades, através de aulas, metodologias, avaliações e trabalhos. É no ambiente acadêmico que o aluno do direito é formado, ou parafraseando Rubem Alves, o aluno é (de)formado (ALVES, 2014, p. 44). O modo que esse ensino é realizado será exposto posteriormente.

1.2- Fatores profissionais distintos da docência que condicionam o ensino jurídico tecnicista e tecnológico

A observação do aspecto profissional de algumas carreiras jurídicas pode ajudar a compreender o fetiche pelo ensino jurídico tecnicista e tecnológico em detrimento de um ensino inovador e que seja capaz de possuir um olhar crítico diante da realidade do Direito.

Carreiras como as de Magistratura, Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública exigem o concurso público para o ingresso em suas respectivas áreas. O concurso público, na maioria de suas provas, não exige um conhecimento multidisciplinar das ciências humanas, privilegiando o aspecto técnico e legal do direito. Quando exige uma sabedoria maior sobre diversas matérias humanísticas, ele o faz de maneira superficial, o que acaba em produzir os mesmos resultados do que concursos que não avaliam conhecimentos não meramente jurídicos, quais sejam: angariar profissionais despreparados para lidar com a humanidade que uma atuação prática do Direito precisa ter. E, como consequência, há a produção de

decisões, anteriormente destacadas, distanciadas de conceitos centrais do direito como a liberdade, solidariedade, igualdade e que desprezam a lógica argumentativa e em muitas vezes, decisões desprovidas de coerência racional e humanística.

Não é só no ramo público do Direito que encontramos o afã por uma educação jurídica descolada de reflexões sociais e humanísticas. A advocacia privada também se mostra uma atividade acrítica sobre a sua realidade. Em sua grande maioria, os advogados particulares praticam atos processuais em demasia em busca primordialmente do lucro, e subsidiariamente em busca da justiça. Sempre sobrecarregados com inúmeros processos, muitos advogados não percebem e se percebem não se preocupam com a importância de que seu trabalho carregue um aspecto social importantíssimo como o elo entre a Justiça e a população. O exame da Ordem dos Advogados do Brasil também reforça o ensino tecnicista da ciência jurídica, ao fomentar apenas saberes técnicos ligados somente a códigos, priorizando o estudo unidimensional e irreflexivo do Direito e não possuir critérios que envolvam conhecimentos multidisciplinares.

Ademais, outro aspecto relevante da realidade dos tribunais e comarcas nacionais é o grande número de processos. A cultura imposta de que o Judiciário seria o grande instrumento para a resolução de conflitos sociais sobrecarrega a atividade do Poder Judiciário, compelindo o mesmo, em determinadas vezes, a proferir decisões sem nenhuma reflexão e sem nenhuma abordagem sociológica, social ou filosófica. É claro que o enorme número de processos em trâmite não serve como alibi para a atuação irreflexiva dos juristas, porém é um importante fator que influencia o seu labor.

Outra circunstância no âmbito do ensino jurídico nacional é a veneração por altos cargos dentro do Direito que possuem altas remunerações. Por óbvio, ao estarmos inseridos em um país capitalista, a instituição do dinheiro possui caráter extremamente influente na vontade das pessoas. Com o estudante e profissional do Direito não é diferente. Ao almejar esses empregos e essas remunerações, o profissional se aliena cada vez mais da realidade social que o circunda, e coloca determinada vontade pessoal acima de aspectos finalísticos de sua profissão.

Dessa forma, ao observar as atividades de algumas profissões jurídicas distintas da docência, conclui-se que o interesse de muitos estudantes e de muitos

professores e professoras será o de aprender e ensinar respectivamente, o Direito que aí está em sua grande maioria, aplicado e trabalhado distante da crítica social e política do próprio Direito, onde características técnicas, tecnológicas, processualísticas e doutrinárias se sobrepõem a vivência social.

Portanto, esse tópico mostra-se pertinente para o entendimento do que se passa no ensino jurídico, afinal, a academia sofre grande reflexo da mentalidade e do que é feito profissionalmente fora dela. A prática vista em tribunais, comarcas, escritórios de advocacia e afins, ajuda a refletir sobre o que se passa na cabeça dos juristas e toda cultura que essa prática pode gerar, considerando seus benefícios e malefícios.

1.3 Fatores ocorridos dentro das faculdades de Direito que contribuem ao ensino jurídico tecnicista

Assim como a atividade profissional do Direito localizada fora do ambiente acadêmico, as faculdades de Direito também colaboram com a intensificação do ensino jurídico estritamente legal e apartado de outras dimensões.

A partir do momento que Diretrizes Curriculares determinam um grande número de aulas e de avaliações, elas dificultam o estudo, a dedicação e reflexão dos alunos e alunas do Direito, já que se demanda tempo para esse tipo de atividade. Porém, com essa rigurosidade de grades curriculares e objetivos quantitativos de ensino, a liberdade do estudante em buscar formações críticas para uma compreensão ampla da atividade jurídica fica bastante comprometida.

Professores e Professoras também tem importante papel na perpetuação deste tipo de ensino que vem sendo criticado no presente trabalho. Aulas estritamente expositivas contribuem enormemente para a não reflexão de estudantes. Ao repassar o conhecimento que já possui, o docente impede o desenvolvimento da construção ou criação do conhecimento do aluno. Ou seja, a atividade docente que meramente deposita o seu conhecimento nos alunos e posteriormente exige que esses estudantes o repitam em provas e trabalhos, deteriora a criação e a formação do conhecimento de alunas e alunos. É a atuação docente que Paulo Freire denominava de Educação Bancária (FREIRE, 1996, p. 56).

A famigerada prova que ainda determina a grande parte das avaliações feitas sobre os estudantes, testa somente a capacidade de memorização do educando e da educanda, o que também soma ao ensino jurídico tecnicista e subtrai a possibilidade de formar ou transformar os (as) estudantes em pessoas capazes de formular pensamentos críticos e autônomos, diferentemente dos (as) atuais estudantes que em sua grande maioria, são repetidores de leis, códigos e posicionamentos doutrinários já consagrados no ordenamento jurídico. Destarte, muito dos modelos atuais de avaliação dentro do ensino do Direito são retrógrados e possuem a função de atrapalhar os estudos de acadêmicos e de acadêmicas.

A aplicação desumanizada do Direito, como já foi visto até aqui, apresenta diversas causas que no presente trabalho não se poderá esgotá-las. Com o intuito de mostrar quais são os resultados do ensino jurídico tecnicista, sendo que alguns deles coadunam com o que já foi exposto aqui, e que são influenciadores ao condicionamento de um ensino jurídico tecnicista esvaziado de atributos valorativos e que poderiam ser (verificaremos ao final deste trabalho) modificados pelo Núcleo Docente Estruturante, é interessante acrescentar a seguinte passagem do Professor Andityas Soares de Moura Costa Matos:

Pois bem, o esvaziamento tecnicista do direito se entremostra principalmente nos seguintes fenômenos: a) intensa inflação legislativa acompanhada de altos índices de ineficácia normativa, ainda que seletiva; b) desconsideração das finalidades múltiplas das normas jurídicas por parte de seus aplicadores, em especial o Poder Judiciário, apegado a fórmulas processuais em detrimento da tutela jurisdicional efetiva; c) tendência a excessiva regulamentação infralegal de questões econômico-financeiras por parte do Poder Executivo, o que, na prática, equivale à inutilização do Poder Legislativo, muitas vezes tramada por este último em conluio com o primeiro; d) baixo grau de interesse da população em geral pela discussão de temas político-jurídicos; e) paulatina indiferenciação entre o espaço público e o privado com a consequente invasão da esfera individual por entidades governamentais ou não; f) impossibilidade real de o Estado fazer valer normas jurídicas contrárias a interesses de grupos sociais poderosos, sejam eles legais ou não; g) relativização de direitos fundamentais em nome de necessidades técnicas, especialmente quando apresentam natureza fiscal, contábil ou econômica-administrativa. (MATOS, 2013, pgs 348 e 349).

Dessa forma, após expor o pensamento e características do Ensino jurídico tecnicista praticado no Brasil, ficará mais clara a possibilidade de transformação deste tipo de ensino através do Núcleo Docente Estruturante, e se houver, qual a

amplitude que uma organização docente pode atingir sobre o ensino jurídico e conseqüentemente sobre as alunas e alunos que cursam Direito.

A seguir, o presente trabalho terá como foco a percepção da atividade do Núcleo Docente Estruturante, analisando suas regulamentações, sua construção, suas atividades, opiniões dos docentes que participam dessa organização e de acadêmicos e de acadêmicas que vivem em Faculdades e que possuem Núcleos Docentes Estruturantes efetivos, suas dificuldades e suas aspirações futuras.

2. O Núcleo Docente Estruturante

A presente pesquisa sobre o Núcleo Docente Estruturante encontrou dificuldades naturais de temas que ainda não possuem tratamentos mais sólidos e mais aprofundados. Isso se deve em razão do pouco tempo de criação, implementação, normatização e atividade do NDE. Apesar dessas dificuldades, a reflexão que esse trabalho propõe poderá ser feita de maneira clara, a partir de análises feitas através de pareceres, resoluções de órgãos ligados a educação, dados e pesquisas de outros trabalhos, como artigos científicos e teses de mestrado. Assim, espera-se que o tema desenvolvido ao longo do capítulo sirva para a compreensão da recente história do NDE, seus alcances e limites e como este vem sendo concebido no âmbito das faculdades, mais especificamente as faculdades de Direito no Brasil. Para posteriormente, concatenarmos o NDE com o Ensino Jurídico Tecnista.

Como se percebe do parágrafo anterior, uma das características do NDE é a jovialidade. Criado no ano de 2007, ele foi primeiramente construído para abranger os cursos de Medicina e Direito. No caso do Direito, ele foi criado para legitimar o curso jurídico que não tivesse a aprovação da OAB. Dessa forma, o NDE nasceu com o intuito avaliativo necessário para aquelas faculdades que não possuíam o parecer favorável da Ordem dos Advogados do Brasil.

Logo após, houve o entendimento da relevância de um Núcleo de Professores, o que este poderia fazer para o desenvolvimento de um curso, sua real importância para a efetivação de um Plano Pedagógico que crie as curiosidades epistemológicas nos discentes. Assim, anos depois, a ideia de um corpo central de docentes responsáveis pela qualidade e desenvolvimento de cursos de graduação

ganha força, não sendo mais considerado apenas para conceitos avaliativos, gerando debates sobre o que esse núcleo de docentes pode fazer para o melhoramento da graduação no Brasil.

2.1. Definição e composição de um Núcleo Docente Estruturante

O NDE não possui regulamentação em lei, sendo disciplinado em espécies normativas infralegais, como portarias, resoluções e pareceres, que são elaboradas por órgãos educacionais.

De acordo com o parecer nº4 do CONAES (Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior) de 17 de Junho de 2010, o NDE foi criado com o intuito de qualificar o envolvimento docente no processo de concepção e consolidação de um curso de graduação e se caracteriza por ser responsável pela formulação do projeto pedagógico do curso – PPC, sua implementação e desenvolvimento, composto por Professores: com titulação em nível de pós-graduação stricto-sensu; contratados em regime de trabalho que assegure preferencialmente dedicação plena ao curso; com experiência docente (BRASIL, 2010a).

A Resolução nº 1 de 17 de junho de 2010 do CONAES veio para normatizar o NDE e prestar outras providências. Em seu primeiro artigo, ela nos traz a definição de NDE:

Art. 1º. O Núcleo Docente Estruturante(NDE) de um curso de graduação constitui-se de grupo de docentes, com atribuições acadêmicas de acompanhamento, atuante no processo de concepção, consolidação e contínua atualização do projeto pedagógico do curso.

Parágrafo único. O NDE deve ser constituído de membros do corpo docente do curso, que exerçam liderança acadêmica no âmbito do mesmo, percebida na produção de conhecimentos na área, no desenvolvimento do ensino, e em outras dimensões entendidas como importantes pela instituição, e que atuem sobre o desenvolvimento do curso. (BRASIL, 2010b, s.p)

Ainda sobre o que seria o Núcleo Docente Estruturante, importante apresentar a seguinte definição de Raimundo Nonato Serra Campos Filho:

(...) O NDE de um curso constitui-se de um grupo de professores que, além de apresentarem níveis mais elevados de titulação, também demonstrem engajamento político-pedagógico e tempo razoável disponível para o curso, de modo a contribuir na construção do PPC, assim como, no acompanhamento posterior do desenvolvimento das atividades pedagógicas do projeto do curso do qual fazem parte.

Trata-se de uma exigência, em princípio, vantajosa para as IES. Afinal, esse grupo de professores, sob a direção do próprio coordenador do curso, fica responsável por criar e difundir a cultura institucional e as diretrizes do projeto político-pedagógico, assumindo o compromisso pela dinâmica e constante evolução das condições pedagógicas de ensino.

No entanto, não há lei que fundamente a exigência do NDE e, na ausência de previsão legal, essa nova estrutura não pode ser usada para impor restrições às IES. (Campos Filho, 2014, pags. 44 e 45)

Com relação a composição do NDE, a resolução nº01 da CONAES, em seu artigo terceiro, mostra quais profissionais deverão trabalhar no NDE, senão vejamos:

Art. 3º. As instituições de Educação Superior, por meio dos seus colegiados superiores, devem definir as atribuições e os critérios de constituição do NDE, atendidos, no mínimo, os seguintes:

I – ser constituído por um mínimo de 5 professores pertencentes ao corpo docente do curso;

II – ter pelo menos 60% de seus membros com titulação acadêmica obtida em programas de pós-graduação stricto sensu;

III – ter todos os membros em regime de trabalho de tempo parcial ou integral, sendo pelo menos 20% em tempo integral;

IV – assegurar estratégia de renovação parcial dos integrantes do NDE de modo a assegurar a continuidade no processo de acompanhamento do curso (BRASIL, 2010b, s.p).

Destarte, percebe-se algumas características essenciais do NDE de uma faculdade. A primeira importante característica é a exigência de que parte dos Docentes possuam titulação de pós-graduação stricto sensu e que sejam experientes na docência, ou seja, já possua a prática de salas de aula e no relacionamento com os alunos. Outro fator relevante para a atividade de um professor ou de uma professora no NDE é o tempo que ele ou ela devem possuir para dedicar-se a atividade dentro do Núcleo. Assim, é dada a preferência para aquelas pessoas que tenham plena dedicação a atividade docente, já que como vimos, o NDE é ainda um exercício recente do ensino superior destinado ao aperfeiçoamento da graduação, o que torna o seu trabalho mais complexo e que enseja caráter descobridor de novos caminhos para a educação, e por esse motivo, precisa de maior tempo para a dedicação do docente no Núcleo.

Ao exigir titulações para os componentes do Núcleo Docente Estruturante, a CONAES preocupa-se com a atividade reflexiva dos professores na atuação dentro do NDE. Por possuir mérito inovador, este Núcleo necessita de Docentes com criatividade e conhecimento amplo sobre a atividade docente e demais experiências que um estudante de graduação deve almejar em sua formação.

Quando se fala em formação de estudantes, um atributo necessário é a criação e/ou desenvolvimento do ser político que existe em cada ser humano. O papel da educação já demanda esse ser político e crítico, e o ensino superior tem função mais grandiosa ainda nesse quesito. O ensinamento político constitui-se na formação de cidadãos preparados para a atividade reflexiva não somente dentro dos muros da universidade, e sim de todas as suas relações sociais e pessoais. O caráter político do ensino deve fomentar a criticidade e o questionamento que são preciosos na vida de qualquer um. Dessa maneira, o NDE assume uma responsabilidade importante em sua competência ao possibilitar que estudantes transformem os aprendizados em práticas sociais, coletivas e até mesmo pessoais.

O Parecer nº4 da CONAES denomina esse grupo de professores como representantes da “alma do curso”, querendo demonstrar a importância de tais membros na atuação e desenvolvimento dos cursos de graduação. Talvez a metáfora utilizada pela CONAES seja interessante para a ilustração e demonstração da dimensão do NDE dentro da graduação. Destarte, a denominação “alma do curso” seja interessante para mostrar para professores e professoras, a importância de participarem e contribuírem para a construção e fortalecimento do NDE dentro das IES.

2.2. Atribuições do Núcleo Docente Estruturante

A resolução nº01 da CONAES, nos traz também as competências exercidas pelo NDE, como disposto no seu artigo segundo:

- Art. 2º. São atribuições do Núcleo Docente Estruturante, entre outras:
- I – contribuir para a consolidação do perfil do egresso do curso;
 - II – zelar para a integração curricular interdisciplinar entre as diferentes atividades de ensino constantes no currículo;
 - III – indicar formas de incentivo ao desenvolvimento de linhas de pesquisa e extensão, oriundas de necessidades da graduação, de exigências do mercado de trabalho e afinadas com as políticas públicas relativas à área de conhecimento do curso;
 - IV – zelar pelo cumprimento das Diretrizes Curriculares Nacionais para os Cursos de Graduação (BRASIL, 2010b, s/p).

A partir deste artigo, as atribuições do NDE ficam mais nítidas para a sua atuação dentro de uma faculdade. Como se trata de uma recente criação há certa dificuldade de delimitar essas competências do núcleo, se se pode fazer mais, se o que é feito é insuficiente e demais problemas inerentes a uma organização nova.

O primeiro inciso destina-se a contribuição na construção do perfil do egresso do curso. Essa preocupação é importante, porém o que percebemos atualmente é apenas a preocupação com a capacidade profissional do formando, sem qualquer preocupação em um primeiro momento ao desenvolvimento pessoal e particular do egresso do ensino superior. O que no modo de ver da presente pesquisa é um erro, já que ao se afastar a vida subjetiva, pessoal, afetiva e particular do discente de sua formação profissional, esta poderá não ser prazerosa e ao contrário, poderá ser desestimulante. Afinal, todos profissionais são pessoas, e naturalmente, o NDE poderia trabalhar a vida profissional com o sentimento de mundo que cada um traz consigo através de experiências pessoais na infância, juventude e na vida adulta. Dessa maneira, contribuir com o perfil do egresso do curso é de suma importância, mas ficar restrito somente no seu caráter profissional vem sendo um erro frequente das Instituições de Ensino Superior.

Já o segundo inciso determina a formação interdisciplinar do discente, através da utilização de vários conhecimentos constantes no currículo. Assim, o NDE terá a responsabilidade pela formação interdisciplinar do discente, ou seja, cabe ao NDE criar mecanismos capazes de auxiliar e propiciar que o estudante tenha uma formação interdisciplinar. Isso dentro do ensino do Direito, deve se manifestar com o fim de uma formação unidimensional e o crescimento de formações éticas, filosóficas, sociológicas e culturais do jurista brasileiro.

O terceiro inciso normatiza duas das principais funções de um ensino superior, quais sejam: pesquisa e extensão. São nessas atividades que a Universidade ou uma Faculdade pratica um exercício profundo, instigante e grandioso, tendo como objetivo o desenvolvimento de determinada disciplina e de determinada sociedade. Com isso, o NDE assume o compromisso de auxiliar discentes na evolução e pesquisa da sociedade e das faculdades brasileiras, o que gera bastante responsabilidade a esse núcleo de docentes.

E por fim, o inciso quarto trata da dedicação que o NDE deve ter para o cumprimento de diretrizes curriculares traçadas pelo Ministério da Educação. Em nome de certa ordem e em busca de um caminho comum entre as faculdades nacionais, o MEC direciona determinadas Diretrizes com fulcro no avanço da qualidade do ensino superior.

2.3. A distinção entre o Núcleo Docente Estruturante e o Colegiado de Curso

No Brasil, por ser recente a criação do NDE, há muito desconhecimento e confusão quanto as funções deste Núcleo de docentes com outros órgãos da gestão do ensino superior, mais especificamente com o Colegiado de Curso. Este é composto por alguns professores e algumas professoras do Curso, porém, trata-se de um órgão mais direcionado a gerenciar atividades administrativas que toda faculdade possui. Assim, o Colegiado de Curso cuida de aspectos mais burocráticos do ensino superior e é deliberativo, diferentemente do NDE, que é consultivo e se preocupa de uma forma mais profunda com a qualidade do curso e de seu plano pedagógico. Sendo considerado, portanto, como a efetiva “alma do curso”, como define a CONAES.

Esta distinção se faz importante, ao diferenciarmos o NDE como um órgão inovador dentro do ensino superior e o Colegiado de Curso, que também possui papel fundamental na gestão administrativa, como resolver problemas de atestados e de disciplinas, porém completamente diferente dos objetivos do NDE. Este, deve se preocupar precipuamente, com a reflexão sobre a qualidade do curso e ações para superar os problemas existentes. Configurando-se assim, de acordo com o Parecer da CONAES como um elemento diferenciador da qualidade de um curso.

2.4. Problemas enfrentados pelos Núcleos Docentes Estruturantes

Nessa parte do presente trabalho de conclusão de curso, utilizaremos dos dados usados por Raimundo Nonato Serra Campos Filho em sua tese de mestrado, intitulada como: Inovação na Gestão da Educação Superior: um Estudo sobre o Núcleo Docente Estruturante. Esta pesquisa utilizou-se de entrevistas com Docentes, expondo a visão e as dificuldades encontradas para a atuação do NDE.

Para esta pesquisa, retiramos alguns dados importantes da dissertação de Campos Filho. O ilustre pesquisador nos traz no seguinte trecho dados e conclusões referentes aos mesmos que possibilitarão a compreensão da realidade vivida por um NDE no Brasil, qual seja:

Foi solicitado aos respondentes que expressassem suas opiniões sobre a contribuição do NDE para o cumprimento do papel social da universidade, através de uma questão aberta.

A maioria dos docentes, 76,92%, destacou a conformidade da matriz curricular às demandas do mercado de trabalho porque, de acordo com eles, este é um fator que possibilita a empregabilidade dos egressos.

A promoção da qualidade da formação acadêmica oferecida no curso é outra justificativa de 19,23% dos sujeitos. Por outro lado, 3,85% não consideraram a contribuição do NDE, tendo em vista que, segundo os professores, o núcleo não vem cumprindo o seu papel previsto na Resolução que o criou, e além disso, é um órgão apenas consultivo e não deliberativo (Tabela 2). (CAMPOS FILHO, 2014, p. 96)

(...)

Entre os dados obtidos, chama a atenção a constatação de que 76,92% dos pesquisados (Tabela 2) destacaram como contribuição do NDE para o cumprimento do papel social da universidade, sua intervenção no sentido de manter a conformidade da matriz curricular do curso com as exigências do mercado de trabalho.

Essa visão pragmatista da formação acadêmica relaciona a formação humana com o objetivo estrito de formação profissional em detrimento do desenvolvimento humano, numa perspectiva de totalidade, isto é, o desenvolvimento das múltiplas dimensões do sujeito: técnica, ética, afetiva, estética, política e social.

A lógica do mercado, portanto, não é suficiente para dar conta da universidade como instituição formadora da cidadania, produtora e difusora do conhecimento. Sabe-se que o profissional só pode ser efetivamente bom se for também bom cidadão, tornando inerente à sua atividade o sentimento de pertença a uma comunidade. (CAMPOS FILHO, 2014, p. 98)

Dessa forma, percebemos que a concepção trazida por 76,92% dos entrevistados está viciada pelo argumento mercadológico existente no Ensino Superior no país. E apenas 19,23% entenderam que o NDE é capaz de contribuir para a formação acadêmica de discentes. Ao entender que um NDE deve voltar os olhos de sua atuação principalmente para as demandas do mercado de trabalho e em razão da empregabilidade do egresso, tiramos do NDE a sua função inovadora e caminhamos para a perpetuação de um ensino mercadológico. Não que devemos fechar os olhos para as razões profissionais dos discentes, porém tornar esse objetivo como o principal rumo de um ensino superior está equivocado, ainda mais direcionar as ações de um núcleo de professores que surgiu para inovar, e não continuar com a visão estreita e problemática da lógica de mercado. Enfim, a falta de compreensão dos docentes sobre a real função do NDE é uma dificuldade a ser superada, um erro de interpretação do parecer da CONAES.

Outro problema apresentado na pesquisa de Campos Filho foi a indisponibilidade de horários para a realização das atividades do NDE. Para 42,30% dos docentes entrevistados, há esta dificuldade de horários. Por isso, de acordo com o Parecer da CONAES, dá-se a preferência para professoras e professoras que tenham plena dedicação ao curso. Assim, com esse direcionamento da

CONAES, as atividades do NDE poderiam ser realizadas sem encontrar tantas dificuldades com disponibilidade de tempo, apesar desse tempo de atividade do NDE não estar previsto nas normas legais do mesmo.

Mais um problema se configura ao averiguar a falta de conscientização que os docentes possuem nas atividades do NDE. Isso se verificou em 15,38% dos investigados.

No estudo empírico da tese de Campos Filho, verificou-se um grave problema na implementação do NDE nas faculdades brasileiras: o distanciamento entre os direcionamentos previstos nas normas legais e a prática concreta do Núcleo Docente Estruturante, 84% de professores afirmaram tal fato. Outros 28,84% dos docentes revelaram a descrença do NDE como um instrumento inovador na evolução na graduação. E ainda 80,77% de entrevistadas não responderam os questionamentos referentes ao NDE, o que comprova o total descaso dos mesmos para a pesquisa sobre o Núcleo.

E uma das piores constatações da pesquisa feita por Campos Filho, fica por conta do expressivo número de docentes que afirmaram a inexistência do NDE no curso pelo qual lecionam. De todas as pessoas entrevistadas, 53,85% responderam a falta de um NDE em seus respectivos cursos, o que demonstra total descompromisso com o Parecer da CONAES.

Há de se notar que a criação de um Núcleo Docente Estruturante não é uma obrigação imposta por lei para as faculdades que possuem o reconhecimento da OAB. Assim, tal núcleo de docentes expressa-se livremente como um indicador do desenvolvimento dos cursos de graduação. A falta de uma imposição legal não pode nos levar a crer na desnecessidade dos Núcleos Docentes Estruturantes. O NDE ativo de um curso, como preceitua o Parecer da CONAES, denota um avanço deste mesmo curso, ao trazer docentes que assumem um compromisso com a educação de qualidade, estimulando discentes em suas mais diversas atribuições. A convicção de que o trabalho de um bom professor se restringe a salas de aula e a avaliações está ultrapassada. O docente isolado possui pouca força para transformar e melhorar os problemas encontrados nos cursos de graduação. E nada melhor que se juntar com outros docentes para a evolução do ensino. Com um

conjunto de docentes pensantes e esforçados, os cursos de graduação podem e tendem a superar as dificuldades encontradas nos dias atuais.

3 – O PAPEL DO NÚCLEO DOCENTE ESTRUTURANTE NA SUPERAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO TECNICISTA

Nos capítulos anteriores foram feitas análises e reflexões sobre o ensino jurídico tecnicista e o NDE de forma mais apartada, que permitisse uma melhor compreensão desses assuntos. Com isso, chega-se a este presente capítulo que pretenderá encontrar possíveis atitudes que poderão ser tomadas pelo NDE, com o intuito de superar as mazelas encontradas dentro do ensino jurídico tecnicista.

3.2. A exigência de um Núcleo Docente Estruturante comprometido como Plano Pedagógico do Curso

Um grande problema na perpetuação do ensino jurídico técnico e desumanizado é a desconformidade entre as atitudes de docentes e o Plano Pedagógico do Curso (PPC) que a faculdade possui. Ao considerarmos que Plano Pedagógico de um Curso como uma grande diretriz no rumo de um ensino inovador, que seja capaz de transformar as realidades circundantes das IES e de seus discentes, o NDE assume papel importantíssimo de construir o Plano Pedagógico do curso e honrá-lo, tornando-o importante instrumento na evolução do ensino jurídico.

Outra observação de descumprimento de um PPC por parte de professores e professoras é a dissonância entre os objetivos dispostos no PPC e o objetivo que cada docente almeja em sua disciplina. Geralmente, o PPC preceitua a relevância da formação multidisciplinar, o que não é considerado por boa parte de docentes. Outra desconformidade importante se dá pelo fato de que ao criar metodologias e planos de aula descompromissados com a atitude reflexiva e crítica de discentes, que visam somente o aprendizado de leis, de doutrinas consagradas no Direito e de entendimentos jurisprudenciais, professores e professoras descumprem os objetivos de uma formação emancipadora do graduando, que são previstos no PPC.

Assim, acredita-se que há grandes dificuldades na implementação de um ensino jurídico inovador. Considera-se da mesma forma que o PPC condiz com a

construção do conhecimento do aluno e da evolução do ensino. O problema está na transformação da mentalidade de docentes e de discentes que são conservadores e não acreditam na formação de alunas e alunos com essas diretrizes.

Dessa forma, de acordo com o cenário atual das faculdades de direito, creio que o NDE possui atribuição importante na inovação da mentalidade de acadêmicos e acadêmicas, e principalmente de professores e professoras. Cabe ao NDE promover discussões e seminários sobre a atividade docente, levando-se em consideração a aplicação de novos métodos de ensino, de avaliação e de qualificação, com o objetivo de orientar-se através do Projeto Pedagógico e de avançar-se na construção de um verdadeiro ensino jurídico inovador e transformador, e não se estagnar no conservadorismo reinante na educação jurídica.

3.3. O Núcleo Docente Estruturante como um órgão radical e a sociedade do espetáculo

Como vimos no tópico referente ao ensino jurídico tecnicista, o ensino do Direito caracteriza-se por possuir forma conservadora. Isso se dá como reflexo do caráter conservador que impera nas academias e na prática jurídica, em fóruns, procuradorias, escritórios de advocacia, tribunais e afins.

Para superar esse modelo que aí está, acredita-se ser necessário uma atitude radical daqueles que acreditam na melhora do Direito e em um mundo em que a educação realmente faça a diferença.

A postura radical que aqui se fala, deve ser comprometida com a reflexão e transformação da didática aplicada nas faculdades de direito. É claro que a postura radical encontra barreiras inerentes a qualquer inovação numa sociedade conservadora, todavia isso não pode obstar o caminho de uma evolução no aprendizado.

Reformas pontuais não podem ser consideradas revolucionárias já que o compromisso com a educação de qualidade, que tenha em sua direção a liberdade e autonomia do aluno enseja ações efetivamente radicais, no sentido de inovar a estrutura do ensino e da sociedade, o que demonstra a necessidade de uma mudança de grande amplitude. Nesse sentido, pensa-se que a radicalidade nos dias

atuais é um caminho de abertura da história, o que possibilitaria uma transformação verdadeiramente radical (MATOS, 2014, p. 74) O que a filosofia radical mostra é a possibilidade de mudança. De acordo com o Professor Andityas Soares:

(...) a filosofia radical não pode se contentar com planos ou leis gerais – sejam elas jurídicas, metafísicas, racionais ou econômicas – que apontem para a autossuperação do capitalismo. Isso nunca vai acontecer. Benjamin sabia que o Messias só virá se abrimos o caminho para ele, se ousarmos atravessar a porta que, estando diante da lei, a transforma em barreira intransponível, naturalizando a historicidade do mundo e das lutas sociais de maneira artificial, fazendo parecer que aquilo que é deve eternamente ser. (MATOS, 2014, p. 76)

Para que seja capaz de ser um transformador radical, o NDE necessita de tempo para o trinômio reflexão-ação-reflexão. O NDE deve ter tempo para refletir o ensino jurídico aí posto, determinar ações e analisar os seus resultados.

A dificuldade da falta de tempo para o NDE está inserida dentro da falta de tempo da sociedade do espetáculo. O NDE é mais um reflexo deste tipo de temporalidade. O espetáculo, segundo o Professor Andityas Soares, possui três características destruidoras ou complicadoras para a radicalidade, quais sejam: ele é contínuo, permanente e irreflexivo (MATOS, 2014, p. 76). Essas características permitem a perpetuação do que está em vigor e em certa medida destroem qualquer transformação inovadora. Dessa forma, o espetáculo apresenta-se como mantenedor da ordem vigente e em grande parte considerado intransponível.

É notório que a inovação no ensino do Direito já é um debate nem tão recente assim. Acredita-se que há a influência da temporalidade espetacular no aprendizado jurídico. Os problemas perpetuam-se, a mudança é lenta e a base do ensino continua com os mesmos defeitos.

O NDE tido como um órgão inovador e indicador de qualidade poderá assumir o papel de promover a reflexão destes pontos de uma maneira mais efetiva, com o fulcro de propiciar a inovação há tanto tempo debatida e sempre almejada por docentes e discentes. Considera-se que o NDE tem a capacidade e força para a fomentação dessas reflexões, de mudar radicalmente e que daqui a algum tempo, com essas ações do NDE, seja possível atingir resultados eficientes.

3.4. A participação de alunas e alunos nas atividades do NDE

A ação de ouvir o aluno, compreendê-lo e tentar agir de forma que o ensino coadune com as reivindicações discentes é de extrema relevância para o desenvolvimento da educação e da formação humana de alunas e alunos. Ao escutá-los, professores e professoras poderão direcionar sua metodologia e orientação de maneira mais eficiente. A transmissão vertical de conhecimento em que o professor sabe tudo e o discente nada sabe, é impositiva de um saber construído e que tira a oportunidade do próprio aluno ou aluna construa autonomamente o seu conhecimento. Hoje, o que se deve incentivar é a relação horizontal entre discente e docente, de forma que o último oriente o primeiro para que alunos e alunas possam criar sua maneira de estudos e de trabalho.

Referida relação encontrará óbices novamente no conservadorismo educacional existente no Brasil. Mas nada que impeça a tentativa por parte do NDE de chamar os estudantes para a construção dessa nova realidade do ensino.

Dessa forma, afirma-se que o NDE deveria aproximar-se de alunas e alunos para a construção e para o cuidado do Projeto Pedagógico do Curso, escutando-os como intuito de atender suas demandas. Essa atividade de troca de experiências entre docentes e discentes seria muito rica para a evolução do incipiente NDE e também para o próprio aperfeiçoamento de professores e professoras. Enfim, quem ganharia com essa relação seria a própria Instituição de ensino.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente estudo foram diagnosticados os problemas ainda existentes no ensino do Direito e que permanecem durante longo tempo, sem a perspectiva de uma melhora radical. O ensino jurídico tecnicista já demonstrou sua incapacidade para lidar com problemas mais profundos que uma sociedade cada vez mais complexa lhe proporciona. O seu método raso, acrítico e irreflexivo é demasiadamente prejudicial à formação humana do discente e a construção do conhecimento do mesmo e da mesma. Diante desse cenário, surge o Núcleo Docente Estruturante com funções inovadoras dentro do ensino superior, e no caso deste trabalho, na graduação do curso de Direito.

Contudo, é nítida a dificuldade vivida pelo NDE na graduação brasileira. Como foi demonstrado neste estudo por meio da utilização da pesquisa feita por Raimundo N. S. Campos Filho, muitos docentes não creem na melhora da qualidade do ensino superior através das atribuições e atividade que um grupo de professores e professoras possam realizar. A incredulidade parte de um conservadorismo presente no ensino superior e de uma maneira mais ampla na própria sociedade brasileira.

De acordo com a Resolução e o Parecer da CONAES, o NDE deve ser um fomentador da graduação multidisciplinar e o mentor do Plano Pedagógico do Curso, de modo a honrá-lo em busca do aprimoramento da graduação.

Na conclusão deste trabalho, considero que o papel do NDE na superação do ensino jurídico tecnicista é de suma importância, como um grupo que seja capaz de lutar contra o conservadorismo persistente dentro das graduações de Direito, através de ações inovadoras e radicais, capazes de transformar a docência em uma atividade realmente amorosa e gostosa, e por óbvio, propiciar aos discentes um desenvolvimento da humanidade nas suas relações profissionais, que atualmente são exceções nas relações jurídicas.

Para a realização dessas inovações radicais no ensino jurídico, o NDE enfrenta e enfrentará grandes barreiras impostas pelos próprios professores e pelas próprias professoras, e até mesmo dentro das entidades em que trabalham, porém estas dificuldades não poderão servir de alibi para a não tentativa de inovação. A atividade docente deve ser transformadora no sentido de luta para ajudar na construção de uma graduação com maior qualidade. Obviamente, não serão fáceis as realizações das atividades do NDE, todavia não se pode cair em um fatalismo ou na temporalidade da sociedade do espetáculo e achar que tudo é imutável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rubem. **Conversas sobre educação**. – 11º ed. – Campinas, SP: Verus Editora, 2014.

BRASIL, **Parecer CONAES N° 4**, de 17/06/2010. Parecer sobre o Núcleo Docente Estruturante – NDE, 2010a.

BRASIL, **Resolução CONAES N° 01**, de 17/06/2010. Normatiza o Núcleo Docente Estruturante e dá outras providências, 2010b.

CAMPOS FILHO, Raimundo N. S. **Inovação na gestão do ensino superior: um estudo sobre o Núcleo Docente Estruturante**, tese de mestrado, Escola Superior de Educação Almeida Garret – Lisboa, 2014. Disponível em: <http://recil.grupolusofona.pt/handle/10437/6024>. Acesso em: 22/04/2019.

CASTELLÕES, Paulo A.G. F. **Seminário de Metodologia do Ensino do Direito** – Revista da Faculdade de Direito da UFJF. Juiz de Fora, 1974.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa**. – São Paulo: Paz e Terra, 1996.

KRETSCHMANN, Ângela. OHLWEILER, Leonel P. **O Ensino Jurídico entre condicionamento e criatividade: Desafios para superação**. Disponível em: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/dialogosdodireito/article/view/636>. Acesso em: 20/04/2019.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e mudança social**. – 2ªed. – São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MATOS, Andityas S. de M. C. **Direito, Técnica e Distopia: uma leitura crítica**, Revista Direito GV, São Paulo, jan/jun 2013.

MATOS, Andityas S. de M. C. **Filosofia radical e utopia: inapropriabilidade, anarquia, a-nomia**. – 1ªed. – Rio de Janeiro: Via Verita, 2014.

SOUZA, Roseane C. **Ensino Jurídico em Rubiataba: reflexões sobre o cumprimento das exigências de adaptação do projeto pedagógico à Resolução CNE/CES n.9/2004.** Disponível em:

<http://ceres.facer.edu.br/revista/index.php/refacer/article/view/24>. Acesso em: 23/04/2019.

PROTEÇÃO AMBIENTAL E DISPUTAS COMERCIAIS: DÉFICIT DE EFETIVIDADE OU LOCUS INADEQUADO?

**Raphael Carvalho de Vasconcelos¹
Ana Paula Correa de Sales²**

RESUMO

O presente artigo dedica-se a analisar a problemática relativa à proteção ambiental vinculada a disputas comerciais submetidas à apreciação no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e da Organização Mundial do Comércio. Trata-se de reflexão acerca das eventuais dificuldades em relação à efetividade da tutela da proteção ambiental em sistemas voltados para resolução de disputas comerciais. Através de análise de algumas decisões de destaque e o desfecho dado pelos respectivos órgãos a casos deste tipo, sustenta-se de que a alegação de proteção ambiental tende a sucumbir frente aos imperativos da liberação de fluxos comerciais.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção ao Meio Ambiente; Comércio Internacional; Sistemas de Solução de Controvérsias;

INTRODUÇÃO

No MERCOSUL, questões ambientais foram levadas direta ou indiretamente diversas vezes ao seu sistema internacional para a solução de controvérsias, mas a narrativa utilizada para resolver os litígios se restringiu, em regra, essencialmente ao comércio: sua matriz temática principal.

¹ Professor Titular de Direito Internacional da UERJ e Adjunto C3 de Direito Público da UFRRJ. Mestre e doutor pela USP. Mestre e doutor pela UERJ. Advogado e Consultor. E-mail: rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com.

² Professora Adjunta de Direito Internacional da UERJ e de Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá. Pesquisadora do Programa Pesquisa Produtividade (UNESA). Doutora pela Universidad de Salamanca. Coordenadora do Curso de graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. E-mail: sales.ana@estacio.br.

Diversas são as razões que podem fazer o meio ambiente considerado apenas transversalmente por cortes ou tribunais internacionais. A falta de organizações internacionais específicas, a reduzida normatividade e o perfil dos julgadores seriam exemplos de barreiras ao uso da racionalidade ambiental por órgãos jurisdicionais internacionais.

No presente estudo, pretende-se lançar luz à prevalência dos argumentos econômicos em detrimento da racionalidade ambiental em litígios direta ou indiretamente vinculados ao meio ambiente nos órgãos de solução de controvérsias de organizações internacionais de comércio.

Para tanto, esta investigação adotou metodologia descritiva e analítica, privilegiando pesquisas qualitativas de cunho bibliográfico e de pronunciamentos de órgãos internacionais de solução de controvérsias.

Na primeira parte do trabalho foi feita contextualização acerca da evolução da proteção jurídica internacional ao meio ambiente e as principais características relativas a este ramo do Direito. Mais adiante, na segunda parte, são analisadas algumas decisões do sistema de solução de controvérsias da OMC e do sistema arbitral do MERCOSUL com incidência ambiental. A última parte deste estudo trata de aspectos estruturais que limitam a abordagem ambiental pelos sistemas jurisdicionais internacionais.

Destaca-se que as decisões escolhidas para ser objeto de análise nos sistemas do MERCOSUL e da OMC resultam de casos que envolvem o Brasil em disputas comerciais e alegação de proteção ambiental, e também casos de outros países de relevância midiática que possuíam como pano de fundo a problemática ambiental.

1 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

A tutela jurídica do meio ambiente é relativamente recente. Os primeiros episódios que causaram impacto nos meios de comunicação e levantaram debate público acerca dos impactos nefastos da exploração ambiental datam da segunda metade do século XX, em casos como Torrey Canyon em 1967, Amoco Cadiz em 1978, Bhopal em 1984, Tchernobyl em 1986, dentre outros.

No entanto, esses problemas que possuem abrangência internacional - considerando que a poluição produzida em um país dificilmente gera impacto apenas no território daquele Estado - impossibilitam a atuação estatal isolada. Mostra-se, portanto, crucial a cooperação internacional e ação associada entre os Estados para resolução de problemas de forma conjunta.

Os primeiros tratados bilaterais que tratam de questões ambientais remontam o século XIX e versam sobre temas como pesca e poluição de águas. Neste contexto a preocupação ambiental estava focada em uma perspectiva utilitarista e antropocêntrica, como, por exemplo, a Convenção de 1902 sobre a Proteção dos Pássaros úteis à Agricultura e o Tratado de Washington de 1911 sobre a Proteção das Peles de Focas (AMARAL JR, 2013, p. 563).

A tomada de consciência paradigmática a nível internacional sobre o tema resultou na adoção em 1972 da Declaração de Estocolmo pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente cujos princípios foram progressivamente incluídos em legislações nacionais e aprofundados em outros instrumentos internacionais posteriores.

Um dos principais desafios a serem enfrentados pela proteção jurídica ao meio ambiente é a problemática relação entre a proteção ambiental e a necessidade de desenvolvimento econômico estatal. O processo de industrialização e modernização das sociedades passa muito frequentemente pelo aumento exponencial do impacto ambiental gerado, considerando que nem todos os Estados estão dispostos – ou possuem condições materiais – a se desenvolver utilizando apenas tecnologia “limpa” que tende a ser mais cara e limitada (AMARAL JR, 2013, p. 565).

Por outro lado, destaca-se ainda o problemático binômio que liga pobreza e crescimento demográfico acelerado e devastação do meio ambiente e esgotamento dos recursos naturais.

Considerando as diferenças em termos de desenvolvimento econômico entre os Estados, consagrou-se nestes instrumentos internacionais o princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, dispendo maiores obrigações aos países desenvolvidos na proteção e conservação dos recursos naturais.

Neste sentido se destacam o princípio que defende a premissa de que “o desenvolvimento econômico e social é essencial para garantir um ambiente de trabalho e vida favorável ao homem e para criar na Terra condições necessárias à melhoria da qualidade de vida (princípio 8º)”, e o princípio que destaca o direito soberano dos Estados de explorar seus recursos (princípio 21), ambos presentes na Declaração de Estocolmo de 1972.

O foco da proteção prevista nesses instrumentos internacionais se baseia na ideia de equilíbrio: “o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e desenvolvimento” (Princípio 2 – Declaração do Rio, Conferência da ONU sobre meio ambiente e desenvolvimento de 1992) e o Princípio 3º que declara que “o direito ao progresso deve ser exercido de modo que atenda de forma equitativa às necessidades ambientais e de desenvolvimento das gerações atuais e futuras”.

1.1 Características gerais das normas internacionais ambientais

Da mesma forma que outros ramos do Direito Internacional, a proteção internacional ao meio ambiente está garantida pelas suas fontes clássicas (tratados, costumes, princípios gerais do direito, resolução de organizações internacionais).

No entanto, as estruturas habituais de regulação internacional nem sempre se adequam ao dinamismo exigido à tutela ambiental. A rigidez dos procedimentos de alteração não se encaixa em uma realidade que a todo tempo se transforma. As fontes convencionais tradicionais não são capazes de regular de forma adequada temas ambientais por período mais longo sem a necessidade de, em intervalos regulares, realizar adaptações em função do advento de mudança de circunstâncias anteriormente desconhecidas (AMARAL JR, 2013, p. 578).

Enquanto ramo recente do direito internacional, o direito internacional do meio ambiente possui características destacáveis, tais como: atores não estatais desempenham papel mais relevante do que habitualmente; grande presença do *soft law*; e o princípio da prevenção possui caráter mais relevante nas normas (DINH, DAILLIER, PELLET, 1999, p. 1299).

Dadas as características fundamentais do problema ambiental é prática comum que os Estados adotem instrumentos convencionais conhecidos como Convenção-Quadro que enunciam princípios que servem de fundamento à cooperação estatal em domínio determinado, deixando por determinar em acordos separados as modalidades de cooperação (DINH, DAILLIER, PELLET, 1999, P. 1299).

Trata-se, portanto, de normas traçadas a partir de modelo de negociação contínua.

As convenções-quadro estabelecem obrigações gerais e paralelamente determinam procedimento para que novo protocolo, a ser firmado em data posterior, organize normas de obrigações específicas. É comum neste tipo de instrumento que existam anexos ou apêndices com dispositivos técnicos sobre solução de controvérsias e troca de informações, com listas de espécies, substâncias ou atividades reguladas (AMARAL JR, 2013, p. 579).

Outro importante meio de proteção internacional ao meio ambiente é o mecanismo do *soft law*, compreendido como sendo atos e conteúdos normativos que não possuem caráter de obrigatoriedade. Pode-se dizer, portanto, que os instrumentos do *soft law* são “fontes de baixa intensidade”, considerando a influência que exercem sobre as escolhas dos Estados, ainda que não possua força suficiente para impor uma das opções em detrimento das demais alternativas (AMARAL JR, 2013, p. 602).

Esse mencionado poder de influência e persuasão estatal do *soft law* apresentada, por exemplo, em resoluções, conclusões ou diretrizes e padrões técnicos para interpretação de convenções existentes, mesmo que não obrigue seus destinatários, são práticas adotadas em operações econômicas, vide as recomendações da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), ou mesmo as práticas adotadas por corporações privadas globais que padronizam atividades com o fim de até mesmo diminuir riscos de eventuais responsabilizações ambientais.

2.1. MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul - MERCOSUL - é uma organização internacional criada em 26 de março de 1991, quando os presidentes de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai assinaram em Assunção, capital do Paraguai, um tratado que estabeleceu regras, princípios, objetivos e um cronograma para promover o livre comércio entre seus mercados.

A organização formalmente teve personalidade três anos depois, quando o Protocolo de Ouro Preto estabeleceu sua estrutura institucional. Embora o MERCOSUL não contasse com personalidade jurídica internacional em sua estrutura original, ele já possuía em seu primeiro ano de existência um sistema jurisdicional de solução de controvérsias formalmente estabelecido.

O Protocolo de Brasília, assinado em dezembro de 1991, fixou uma primeira fase diplomática obrigatória baseada em negociações diretas, a possibilidade de intervenção do Grupo Mercado Comum como uma segunda etapa política e, finalmente, em caso de ausência de acordo nas etapas mencionadas, a possibilidade de qualquer Estado submeter sua queixa ao procedimento arbitral previsto.

O Protocolo de Olivos de 2002 para a solução de controvérsias no MERCOSUL fez mudanças substanciais para melhorar o sistema regional. Os passos diplomáticos e políticos básicos previstos no Protocolo de Brasília foram mantidos sem alterações, mas sua estrutura jurisdicional apresentou algumas inovações importantes. A criação de uma instância permanente - o Tribunal Permanente de Revisão - TPR - para revisar os laudos proferidos pelos tribunais ad hoc e para emitir opiniões consultivas são as duas alterações mais significativas a serem mencionadas.

O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL possui duas espécies de competências: a contenciosa e a consultiva. Com relação à competência contenciosa, o sistema está estruturado para decidir disputas entre os Estados membros da organização regional. Existem, também, disposições sobre a participação de indivíduos no sistema, mas apenas por meio de mecanismo claro de proteção diplomática. Nesse sentido, é muito importante assinalar que os indivíduos não têm acesso direto ao sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL.

Desde a entrada em vigor do Protocolo de Olivos, existem duas instâncias de arbitragem no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL. Além da instância ad hoc, que já existia no antigo sistema sob o Protocolo de Brasília, o TPR assumiu, a partir de 2002, a posição de último recurso da estrutura jurisdicional do MERCOSUL.

Existem três procedimentos principais e uma medida incidental estabelecida em Olivos. O procedimento comum é o principal instrumento para resolver uma disputa entre os Estados membros. No caso de o litígio envolver produtos perecíveis, uma medida provisional incidental é aplicável para evitar perdas durante o andamento do procedimento jurisdicional regular.

Se a disputa não envolver questões de direito permanentes e se referir, por exemplo, exclusivamente a produtos perecíveis, aplica-se o “procedimento especial de urgência”, apresentado diretamente ao TPR, e uma decisão definitiva deve ser apresentada pelo órgão julgador em dez dias corridos.

No que diz respeito à competência consultiva do sistema, observa-se que esta, como a do procedimento excepcional de urgência, é exercida exclusivamente pelo TPR. Paralelamente à legitimidade ativa dos órgãos decisórios, dos Estados em conjunto e do Parlamento do MERCOSUL, os Tribunais Superiores dos Estados Membros podem também, com base em seus regulamentos internos, encaminhar consultas ao TPR.

2.1.1 Casos envolvendo questões ambientais submetidos ao sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL

Desde 1991, vinte e seis laudos foram proferidos por tribunais ad hoc e pelo TPR sob o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL: quinze por tribunais ad hoc sob o Protocolo de Brasília e onze sob o Protocolo de Olivos - dois laudos ad hoc, seis do TPR e três opiniões consultivas.

Para este escrito, foram escolhidos para exemplificar dois pronunciamentos jurisdicionais realizados pelo sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL que direta ou indiretamente, nos fatos ou no direito aplicado, tratam de meio ambiente: 1. Laudo 06 Ad Hoc - Controvérsia apresentada pela República Oriental

do Uruguai à República Federativa do Brasil sobre proibição de importação de pneumáticos remodelados (remolded) procedentes do Uruguai; e o 2. Laudo 02/2006 TPR - Recurso de Revisão apresentado pela República Argentina contra a decisão do Tribunal Arbitral Ad Hoc, de 21 de junho de 2006, sobre os impedimentos impostos à livre circulação pelas barreiras em território argentino de vias de acesso às pontes internacionais Gral. San Martin e Gral. Artigas.

O laudo sobre a importação de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai ao Brasil foi escolhido porque envolve diretamente o Estado brasileiro. Essa ressalva merece ser feita, principalmente, em razão de existirem outros pronunciamentos do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL sobre pneumáticos quando do conflito similar entre o Uruguai e a República Argentina.

No que se refere ao laudo sobre as barreiras nas Pontes Internacionais Gral. San Martin e Gral. Artigas, sua escolha se justifica para a finalidade deste estudo porque suas bases são essencialmente vinculadas ao meio ambiente, ao menos aparentemente e conforme fundamentos fáticos levantados pelas partes em controvérsia.

No MERCOSUL, o litígio sobre a livre circulação nas pontes se concentrou na repercussão comercial dos bloqueios realizados pelos manifestantes argentinos que se opunham à instalação de indústrias papeleras transnacionais na margem uruguaia do Rio Uruguai e na suposta leniência do governo argentino a respeito dessas ações. Os manifestantes oficialmente levantavam argumentos ambientais, mas o pano de fundo da contenda era a disputa entre os dois países para atrair investimentos (CARDOSO, 2013, p. 304).

Nos escritos de apresentação e resposta, nenhuma das partes faz referências ao meio ambiente. Apenas a República Argentina menciona os direitos humanos sem tratar da questão ambiental. O TPR acabou decidindo com base na lógica comercial e assim analisa os bloqueios a partir do princípio da livre circulação. Nessa controvérsia, o meio ambiente foi tratado apenas como origem do conflito e, assim, os fatos foram percebidos conforme seus contornos econômicos e o direito aplicado também guarda essa característica (CARDOSO, 2013, p. 310).

Em contexto bastante explorado pelos estudiosos da fragmentação do direito internacional, o litígio foi também levado à Corte Internacional de Justiça com base

em indicação expressa do Estatuto do Rio Uruguai. Naquele contexto, de maneira um pouco diferente do ocorrido no MERCOSUL, a questão ambiental teve centralidade argumentativa e deram ensejo a solicitações de medidas provisionais pelos dois lados da controvérsia, as quais não foram atendidas pela Corte.

No mérito, apesar de ter sido reconhecido pela Corte que a República Oriental do Uruguai não cumpriu as exigências do Estatuto do Rio Uruguai em relação aos estudos de impacto ambiental dos empreendimentos industriais, mas acabou por não impor punição ao Estado por não considerar comprovados os possíveis danos ambientais.

No caso do laudo 06 Ad Hoc sobre a controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai a República Federativa do Brasil sobre proibição de importação de pneumáticos remodelados (remolded) procedentes do Uruguai, o núcleo argumentativo - tanto fático como jurídico - concentrou-se na liberdade de circulação de bens e nas exceções admitidas como limitações a respeito.

Ainda que o meio ambiente estivesse presente como pano de fundo, a argumentação das partes - inclusive brasileira e apontada como erro estratégico - e o pronunciamento do tribunal ad hoc basearam-se exclusivamente em narrativa de comércio focada nas barreiras ao livre comércio (SAVIO, 2011, p. 358).

2.2. A Organização Mundial do Comércio

A OMC é uma organização internacional dotada de personalidade jurídica cujo objetivo é promover a expansão do comércio global. Para isto conta com instrumentos que são frutos de negociações multilaterais comerciais e um sistema de solução de controvérsias entre Estados. Forma, portanto, um sistema de regras e princípios específicos que regulam operações econômicas a nível global.

A OMC foi criada a partir das negociações iniciadas na Rodada do Uruguai, que teve início em 1986 em Punta Del Este, e que se prolongaram até 1994. Foi criada, finalmente, pelo Acordo de Marrakech firmado em 1994.

Trata-se, portanto, de herança do sistema instaurado em Bretton Woods com a incorporação pela OMC de todos os documentos negociados no âmbito do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio) a partir de 1947 até a data de sua criação.

No arcabouço normativo da OMC há previsão de mecanismo de solução de controvérsia capitaneado pelo Órgão de Solução de Controvérsias – OSC - que é especialização funcional do Conselho Geral da OMC cuja função congrega as seguintes atribuições: autorizar a criação de painéis, adotar o relatório elaborado pelos painéis e pelo Órgão de Apelação, supervisionar a execução das recomendações sugeridas pelos painéis e pelo Órgão de Apelação e autorizar a suspensão de concessões comerciais (AMARAL JR, 2013, p. 435).

De forma resumida, pode-se dizer que o sistema de solução de controvérsias da OMC se inicia com consultas (fase de negociação prévia ao contencioso propriamente dito) entre as partes para tentativa de acordo. Não sendo possível, inicia-se um painel composto por três especialistas (Grupos Especiais) que são responsáveis por produzir um relatório com solução da controvérsia. O painel é a primeira fase contenciosa onde se discute questões de fato e de direito em relação ao caso submetido (VARELLA 2014, p. 430).

É cabível ainda recurso dirigido a um Órgão de Apelação. A apelação é a segunda fase contenciosa na qual é possível revisar questões de direito ou discutir a interpretação da decisão do Grupo Especial. Uma vez emitida a decisão é concedido prazo para seu cumprimento. Em caso de incumprimento, a parte interessada poderá solicitar autorização para retaliar comercialmente aquele que praticou o ilícito.

O OSC da OMC é um dos sistemas mais atuantes e eficazes do mundo, com volume de litígios por ano superior ao da Corte Internacional de Justiça e com taxa de efetividade que supera 75% das decisões, de acordo com a própria OMC. O tempo médio para finalização de contencioso submetido ao OSC é de 18 meses, podendo chegar a 3 anos em casos que envolvem retaliação comercial (VARELLA 2014, p. 432).

Outra característica destacável é que a jurisdição da OMC é obrigatória, isso significa que a OMC não aceita a exclusão de sua competência, os Estados-membros não possuem a prerrogativa de não aceitar participar de determinado litígio.

Em relação a sua competência “*ratione personae*” apenas membros possuem capacidade postulatória, isto exclui a participação direta de empresas transnacionais

(que são muitas vezes os principais interessados na solução do litígio). No entanto, é comum que ofereçam suporte jurídico especializado e apoio financeiro aos membros envolvidos. No que diz respeito a competência “*ratione materiae*” se trata de discussões acerca de violações ou falha de implementação de acordos da OMC.

2.2.1 Casos envolvendo questões ambientais submetidos ao sistema de solução de controvérsias da OMC

A OMC é organização internacional que foi criada com o fim de garantir o fluxo das trocas comerciais e impedir que barreiras indevidas (como quotas ou restrições quantitativas) sejam impostas pelos Estados de forma a dificultar o comércio internacional. A busca pelo incremento e facilitação de trocas comerciais está presente desde os primórdios do GATT.

A regra disposta no artigo XX do Acordo Geral de Tarifas e Comércio determina a possibilidade de estabelecimento de exceções gerais ao sistema instituído. Assim, outras previsões constantes no Acordo não devem impedir a adoção de medidas para proteger a moral pública e a saúde humana, animal ou vegetal; tesouros artísticos e históricos; recursos naturais exauríveis e a garantia de bens essenciais etc.

Neste sentido, essas previsões constantes nas exceções gerais ilustram a influência da agenda ambiental na OMC. A alegação da proteção ambiental como impedimento a trocas comerciais não pode ser, no entanto, subvertida como forma de disfarce ao protecionismo. O impedimento a este tipo de artifício é percebida a partir da leitura atenta do próprio preâmbulo do artigo XX: “*Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional*”.

Para os fins aos quais se dedica este artigo, foram escolhidos alguns casos submetidos ao sistema de solução de controvérsias da OMC em que alegação de exceções gerais está baseada na proteção ambiental foi alegada pelas partes como sendo meio ilegítimo de restrição ao comércio internacional.

O primeiro caso analisado é a reclamação formulada por Índia, Paquistão, Malásia e Tailândia contra Estados Unidos (caso camarões-tartaruga). Em suma, esse grupo de países asiáticos apresentou uma reclamação conjunta contra a proibição imposta pelos Estados Unidos de importar determinados camarões. O objetivo da proibição seria a proteção das tartarugas marinhas. Alegavam que a Lei de Espécies Ameaçadas de 1973 dos Estados Unidos enumerava cinco espécies de tartarugas marinhas em perigo ou ameaçadas que se encontram em suas águas, e proibia sua captura nos Estados Unidos. De acordo com a lei, os Estados Unidos exigiam que as redes utilizadas para a pesca do camarão tivessem dispositivos para não atingir as tartarugas. O artigo 609 da Lei 101-102 de 1989 referia-se às importações de camarões, expondo que não poderia ser objeto de importação por parte dos Estados Unidos camarões pescados com tecnologias que afetassem as tartarugas marinhas (PIFFER, 2011).

Ao julgar o caso o Órgão de Apelação considerou que ainda que seja legítimo a imposição de restrições comerciais com fins a proteção ao meio ambiente, isto pode ser feito desde que se cumpra certos critérios como o da não-discriminação. Finalmente, considerou que os Estados Unidos praticaram restrição incompatível com o Artigo XI do Acordo Geral, não amparada pelo Artigo XX, tendo em vista que não cumpria com os requisitos impostos no preâmbulo deste último.

Trata-se de imposição de restrição com alegado objetivo de salvaguardar espécies marinhas fora do território estadunidense. Ocorre que a medida não era tomada em caráter não-discriminatório, ao passo que dispensava a parceiros comerciais do Norte, como Canadá, tratamento mais benéfico do que aquele apresentado aos países asiáticos. Sobre este tema, alega Amorim (2004) que:

Ocorre, frequentemente, que as medidas que restringem o comércio são consideradas negativas ou ineficazes para a proteção do meio ambiente, sobretudo se desacompanhadas de instrumentos “positivos” voltados para a implementação dos compromissos ambientais, tais como cooperação técnica ou investimento em capacitação. Os casos “atum-golfinho” e “camarão-tartaruga”, envolvendo EUA e México, e EUA e um grupo de países asiáticos, respectivamente, constituem exemplos de extraterritorialidade de uma medida ambiental no campo do comércio internacional. **Em ambos os casos, questiona-se a efetividade da medida de restrição comercial sobre os recursos naturais que se busca preservar, já que a captura de golfinhos e tartarugas, pelos países atingidos pelo embargo, continuou nos níveis anteriores à imposição das medidas (grifo nosso).**

Outro caso de relevância no sistema de solução de controvérsias da OMC no que tange a questões ambientais é o caso dos pneus usados importados. Trata-se de disputa envolvendo o Brasil e a Comunidade Europeia submetido à OMC em 2005, que discutia a proibição de importação de pneus recauchutados ou usados pelo Brasil. Os países europeus alegavam que suas empresas estavam sendo prejudicadas por não poder exportar pneus recauchutados ou usados ao Brasil. Alegou-se ainda que o Brasil dispensava tratamento discriminatório ao realizar abertura às importações de pneus importados de países do Mercosul, e manteve a restrição com relação aos demais países (AMARAL FILHO, 2014, p. 13).

A Comunidade Europeia alegou que o Brasil cometeu infrações aos princípios do tratamento de nação mais favorecida e tratamento nacional, e o princípio da Eliminação Geral das Restrições Quantitativas. O Brasil, por sua vez, levantou a tese de que estava agindo conforme prerrogativas concedidas pelo GATT através das exceções relativas à proteção da saúde e da vida das pessoas e animais e à preservação dos vegetais (Artigo XX, b) do GATT) e à exceção sobre uniões aduaneiras que se aplicaria ao MERCOSUL (Artigo XXIV do GATT) (AMARAL FILHO, 2014, p. 14).

Considerando o resultado obtido no relatório emitido pelo Grupo Especial e pelo Órgão de Apelação, pode-se dizer que a alegação brasileira de proteção ao meio ambiente e a saúde da população não prevaleceu, tendo em vista as diversas decisões judiciais internas prolatadas ao longo da disputa que possibilitaram a importação deste tipo de pneu. De modo que o órgão considerou que as alegações brasileiras, embora pertinentes em relação ao intuito das exceções gerais, representavam, ao final, “disfarces ao protecionismo”, prevalecendo, portanto, a aplicação do Princípio do tratamento nacional e o Princípio da não-discriminação.

3. Perfil dos Sistemas de Solução de Controvérsias, Mandato dos Membros e outros Aspectos Subjetivos.

Um sistema de solução de controvérsias encontra-se vinculado a um conjunto normativo, inserido ou não na estrutura de uma organização internacional. A tarefa jurisdicional, de dar eficácia ao direito aplicando-o aos fatos analisados, está,

portanto, inserida em marcos jurídicos específicos, isto é, em limites - em regra - bem demarcados de competência material.

Esses limites podem ser naturais - ou tácitos, quando simplesmente depreendidos dos tratados e do direito secundário de organizações internacionais, ou expressos, quando detalhadamente fixados pelos sujeitos de direito internacional no mandato das cortes ou dos tribunais ou quando indicados pelos próprios órgãos jurisdicionais no exercício do princípio Kompetenz-kompetenz (Oliveira, 2005).

A possibilidade de tratar de um tema específico, apresentado como fato ao órgão jurisdicional ou utilizado como fundamento jurídico decisório, depende, assim, da admissão de determinada narrativa pelo sistema de solução de controvérsias. Dessa forma, um tribunal arbitral criado para dirimir controvérsias sobre comércio possui uma série de limites e de dificuldades para resolver litígio sobre direitos humanos. E o inverso se faz absolutamente procedente também.

Os temas ambientais incluem-se, como todos os outros, nessa lógica. Um órgão jurisdicional internacional apenas consegue tratar de contenda de natureza ambiental sob parâmetros ambientais se, em primeiro lugar, possuir competência formal para apreciar o caso concreto e, quanto ao direito, se houver normativas dentro de sua competência material que regulamentem o meio ambiente.

Uma organização internacional forjada pela racionalidade comercial, por exemplo, apenas ultrapassa os limites do mercado a medida em que existam disposições sobre outros temas, paralelos ao de sua temática principal. No caso específico do MERCOSUL, apesar de o Tratado de Assunção sugerir a perspectiva ambiental ao consagrar a sustentabilidade em seu preâmbulo, não há um conjunto normativo consolidado acerca do tema que viabilize sua aplicação como racionalidade predominante da fundamentação jurídica de pronunciamentos jurisdicionais de seu sistema de solução de controvérsias (VASCONCELOS, 2015).

Na ausência de dispositivos e de regulamentos sobre determinado assunto, órgãos jurisdicionais confrontados com situações fáticas não regulamentadas poderiam, em tese, lançar mão de princípios, analogias e de métodos alternativos para dizer o direito e solucionar os conflitos que lhes são apresentados.

Especificamente no contexto internacional, as opções disponíveis são, contudo, bastante limitadas. Por um lado, a própria estrutura do sistema apresenta

entraves políticos que dificultam a efetividade dos pronunciamentos. Uma corte ou um tribunal internacional pode, em tese, de fato dar eficácia ao direito em todas as suas dimensões, mas os destinatários - mormente Estados soberanos - precisam aderir ao decidido para que a efetividade se aperfeiçoe em todos os seus termos. Existem, portanto, limitações estruturais gerais à concretização de direito por órgãos jurisdicionais internacionais.

Para além da limitação geral apontada, o modelo de solução de controvérsias adotado para o órgão jurisdicional internacional pode indicar restrição ainda maior de seus pronunciamentos à extração de normatividade em detrimento da concreção de direito. Nesse sentido, tribunais arbitrais refletem desejo expressado por sujeitos de direito internacional de circunscrever a competência jurisdicional do órgão de solução de controvérsias ao expressamente estabelecido em tratado. Um sistema arbitral não permite aos membros do tribunal qualquer movimento jurídico criativo. O árbitro deve observar os fatos que lhes são apresentados e reconduzi-los ao tratado anteriormente celebrado pelas partes (VASCONCELOS, 2019).

Cortes internacionais, por outro lado, possuem mandato mais amplo e, exercendo competência jurisdicional de natureza judicial, podem dizer direito não expressamente reduzido a tratado pelas partes envolvidas. A arbitragem limita a possibilidade de concreção, mas retira dos árbitros a responsabilidade pela efetividade. Juízes de cortes internacionais, a sua vez, podem tornar o direito efetivo para além dos tratados, mas suas atuações podem ameaçar a efetividade de suas decisões quando o destinatário entender que a concreção foi exercida em excesso.

Aparte das discussões sobre o alcance da competência material de determinado órgão jurisdicional à luz do conteúdo de sua normativa, o perfil profissional dos membros desses órgãos merece atenção. A formação desses colegiados leva em consideração a aderência do perfil profissional dos indicados à racionalidade predominante do sistema jurídico ao qual eles se vinculam. Nesse sentido, um membro do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio ou do MERCOSUL tende a ser indicado por sua vinculação profissional temática a questões de comércio e de economia internacional, enquanto o juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos tende a ser escolhido por seu histórico em temas afetos à proteção do ser humano.

Logicamente não se pode afirmar que o membro de um sistema jurisdicional de proteção de direitos humanos não pode decidir com propriedade litígio relacionado ao comércio internacional, mas a aderência profissional que motivou sua escolha para o cargo pode comprometer sua plena habilidade com o tema.

Em relação à proteção internacional do meio ambiente, os limitadores anteriormente apontados tornam-se ainda mais comprometedores. Isso se deve ao fato de, por um lado, inexistirem ordens normativas internacionais exclusivas para tratar do direito ambiental e de sistemas de solução de controvérsias - arbitrais ou judiciais - específicos.

Por outro lado, quando levadas questões de fato relacionadas ao meio ambiente para serem solucionadas em litígio ou no caso de necessidade de uso da escassa normativa internacional ambiental pelos membros dos órgãos de solução de controvérsias, a falta de expertise reduz sobremaneira a penetração do direito ambiental na prática decisória internacional.

A chave da dificuldade para que temas ambientais sejam incorporados ao discurso dos órgãos jurisdicionais internacionais estaria, portanto, no déficit de organizações internacionais estritamente vinculadas ao meio ambiente, na ausência de normativas diretamente relacionadas ao tema na maior parte dos sistemas internacionais de direito existentes e, nas estruturas existentes, no perfil profissional e na aderência temática dos membros dos órgãos de solução de controvérsias atualmente em operação na ordem internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Proteção ambiental e questões comerciais até o início da década de 90 correspondiam a seara estanques, não se concebendo neste contexto a possibilidade de discussão de prerrogativas de salvaguarda do meio ambiente quando se tratava disputas envolvendo conflitos comerciais. Sendo vista, inclusive, a proteção ambiental, diversos momentos, como obstáculos ao desenvolvimento, especialmente em se tratando de países em desenvolvimento.

Em termos atuais já é pacífica a ideia que, dada a natureza difusa dos interesses envolvidos quando tratamos dos desafios relativos a problemática

ambientais, exige-se da sociedade internacional respostas e ações conjuntas e esforços associados de seus atores para juntos lograrem resultados positivos para as gerações presentes e futuras.

Não obstante, é comum que alegações relacionadas à proteção do meio ambiente sejam interpretadas, nos órgãos técnicos de solução de controvérsias de organizações internacionais de cunho comercial, como meras escusas protecionistas que visam colocar obstáculos às trocas comerciais.

As razões desse fenômeno parecem ser, por um lado, a questão relativa ao perfil dos julgadores destes órgãos, cuja formação precipuamente perpassa por conhecimentos técnicos apurados relativos a comércio internacional, e não por possuírem arcabouço técnico sólido específico o suficiente para analisar a questão ambiental em toda sua extensão e complexidade. Por outro lado, pode-se alegar a própria inadequação do ambiente de solução de controvérsias comerciais como sendo o locus adequado para a discussão de temas que exigem atuação conjunta e colaborativa dos Estados.

Pode-se ainda alegar que a falta de uma estrutura institucional para proteger o meio ambiente – da mesma maneira que a OMC busca assegurar a manutenção do livre comércio – explica, em grande parte, o antagonismo entre os interesses comerciais e ambientais (AMORIM, 2004, p. 30).

É inegável a crescente importância que instâncias internacionais como OMC e MERCOSUL têm dado a questão ambiental e a constante evolução da sensibilização dos próprios Estados em relação ao tema, no entanto, a partir da interpretação dada pelos órgãos de sistemas de solução de controvérsias de organizações internacionais de fundo comercial em disputas deste tipo, a proteção ao meio ambiente *per se*, especialmente quando confrontadas em disputas comerciais, tende a não alcançar a efetividade desejada (ou esperada) frente aos desafios apresentados pelos princípios e regras que regem a promoção ao comércio internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL FILHO, Alexandre José Mattos do; CHEREM, Giselda da Silveira. A aplicação dos princípios da OMC a partir da análise do caso dos pneus usados importados pelo Brasil. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 01-28, 1º Trimestre de 2014.

AMARAL JR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2013.

AMORIM, Celso. Comércio e Meio Ambiente. **Revista do TCU**, nº 100 (edição comemorativa), Brasília, abr/jun. 2004, p. 28-33.

CARDOSO, Tatiana de A. F. R.. O Caso das Papeleiras: a (im)possibilidade do Meio Ambiente como tema principal do litígio Argentina-Uruguai.. In: Wagner Menezes; Valesca Raizer B. Moschen; Luiz Alexandre C. Winter (Orgs.). **Direito internacional**. Florianópolis: Conpedi/FUNJAB, 2013, pp. 299-326.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

OLIVEIRA, Henrique Silva. **Considerações sobre o princípio Kompetenz-Kompetenz na lei de arbitragem**. Trigueiro Fontes Advogados: Curitiba, 2005.

PIFFER, Carla. Comércio internacional e meio ambiente: a Organização Mundial do Comércio como *locus* de governança ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.8 n.15, p.111-132, jan/jun. 2011.

SAVIO, Adriana Macena S. O caso dos pneus perante a OMC e o MERCOSUL. **Univ. Rel. Int.**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 349-370, jan./jun. 2011.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. Socio-environmental Disputes within MERCOSUR: Lack of a More Meaningful Cooperation. **The Law & Practice of International Courts and Tribunals**, v. 14, p. 476-497, 2015.

_____. O TPR e o MERCOSUL: os 15 Anos do Fiador do Direito Regional. **Revista De La Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, v. 7, p. 84-96, 2019.

RELAÇÃO DO PROCESSO EMBRIONÁRIO IN VITRO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vinícius de Carvalho Rios¹
Pamella Carolina de Sousa Pacheco Carvalho²
Larissa Giotti Silva³

RESUMO

O presente estudo tem como escopo delimitar a importância do tema na atualidade referente a possibilidade do nascituro concebido in vitro ter personalidade jurídica, e assim entender a proteção que é dada ao embrião. A abordagem do tema estuda brevemente a reprodução assistida e fertilização in vitro, os dispositivos legais que protegem a personalidade atualmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal e o respaldo da legislação atual como, por exemplo, da biossegurança.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução Assistida. Personalidade. Direito. Conceptualista. Nascituro.

INTRODUÇÃO

É notório que, com o passar dos anos, a tecnologia vem se tornando cada vez mais uma aliada à vida humana, principalmente através de incontáveis descobertas feitas a todo momento. As clínicas brasileiras já exercem hoje a reprodução assistida, que são muito utilizadas por pessoas com problemas para gerar seu próprio zigoto ou que querem evitar doenças, por exemplo. Um dos métodos de reprodução assistida, consiste na coleta do óvulo e do espermatozóide (denominado gameta), com o intuito de induzir a fecundação e cuidar do desenvolvimento do embrião em laboratório, até o momento da inserção

¹ Bacharel em Sistema de Informação. E-mail: vriosjf@gmail.com

² Pós-graduada em Direito Público. E-mail: carvalho.pamella@estacio.br

³ Graduanda em Direito. E-mail: larissagiotti@yahoo.com.br

no útero da mãe. Esse método de fecundação artificial é chamado de fertilização in vitro. Neste método serão colocados em contato com o óvulo um número considerável de espermatozoides, procurando-se obter pré-embriões. Essa técnica tem mais resultados que a inseminação artificial e é consideravelmente a mais cara, girando em torno de 15 a 20 mil reais. Podemos dizer que a FIV (Fertilização In Vitro) é composta por fases: indução da ovulação, punção folicular e cultura de óvulos, coleta e preparação do esperma e, por fim, a inseminação e cultura dos embriões.

A coleta dos gametas deve ser feita via masturbação, contudo, em alguns casos, faz-se necessária a punção para retirada direto dos testículos. Quanto às mulheres, o processo é iniciado com a indução da ovulação com ingestões de gonadotrofinas subcutâneas. Depois de colhido o material, é feita a seleção dos gametas para garantir sua qualidade.

Quanto ao processo de concepção, normalmente é apontado a deficiência na produção de gametas saudáveis para homens ou pela não ovulação feminina. Com relação à prevenção de doenças, é utilizado o exame *Next-generation Sequencing* (NGS). Esse, é responsável por ler fragmentos de DNA e assim identificar alterações genéticas, bem como a previsibilidade de algumas doenças ligadas a malformação.

Com a inseminação dos embriões, acontece as primeiras modificações do óvulo fecundado, no qual dá origem a um novo indivíduo. Isso ocorre entre a segunda e a sétima semana depois da fecundação, conhecida como período embrionário. Logo após essas fases, a partir da oitava semana, o embrião passa a se chamar "feto", permanecendo com este nome até o fim da gestação.

Um dos riscos da fertilização in vitro é a possibilidade de parto prematuro do feto e a gravidez de gêmeos porque, nesse caso, mais de um embrião é transferido. Outro risco no procedimento é o desenvolvimento fora do útero, devido a inserção não natural. Essa anormalidade é chamada de gravidez ectópica, podendo colocar a vida da mulher em risco.

De acordo com o Ministério da Saúde, em 2016 foram registradas mais de nove mil internações por causa da gravidez ectópica, quando a gestação ocorre fora do útero da mulher, ou seja, quando o óvulo fecundado se instala e se desenvolve fora da cavidade uterina. Estima-se que quase 1% da população feminina seja acometida e, embora pareça baixo, é alarmante e deve ser diagnosticado logo nos primeiros sintomas para preservar a saúde da mulher (CHEHIN, 2018).

Há uma incerteza em questão da viabilidade de cada embrião concebido. Por esta razão, vários óvulos costumam ser fecundados e apenas os mais aptos são implantados no útero. Com isto, podemos falar dos chamados embriões excedentários, aqueles que não são implantados de plano no corpo da mulher. Existem muitas discussões acerca do destino desses embriões. Pode ser criopreservado em nitrogênio líquido para estudos científicos ou simplesmente descartados. Cientistas afirmam a importância da utilização dos embriões humanos pré-implantatório para experimentos.

1 QUANTO A LEGISLAÇÃO

Em setembro de 2017, o Conselho Federal de Medicina aprovou a resolução 2168/17, responsável por adotar normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida com o intuito de trazer mais segurança nos procedimentos para médicos e pacientes. A lei defende o uso da técnica, pois considera o problema de infertilidade humana como um problema de saúde. Para o conselho, a dificuldade da fertilidade está atrelada a vários fatores, como por exemplo o fato das mulheres no cotidiano estarem postergando a maternidade, sendo pela dedicação ao competitivo mercado de trabalho, estudo ou até mesmo aguardando um respaldo financeiro.

A legislação traz alguns pontos fundamentais para o processo como a necessidade da técnica com o objetivo de procriação e motivo relevante, ou seja, utilizar o método por alguma dificuldade no processo conceutivo e não pela escolha de alguma característica biológica desejada, como olhos verdes ou azuis. Da mesma forma a norma traz algumas vedações, como idade máxima de 50 anos

para as candidatas a gestação por causa dos riscos para paciente e feto, e o limite de 4 embriões, no total, utilizados para fecundação, conforme retrata o item 7 das normas éticas do código.

Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de ovócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos ovócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro. (DOU, 2001, p 73).

Essa preocupação com a quantidade de embriões é decorrente dos embriões excedentes, ou seja, que não serão utilizados no procedimento. Esses são congelados ou doados para outras pessoas que desejam optar pela reprodução assistida. A partir dos embriões excedentes, notou-se a possibilidade de utilizá-los para tratamento medicinais, como casos de célula tronco.

A respeito, pesquisas apontam fortes críticas quanto a legalidade e, acima de tudo, a moralidade dos meios de pesquisas e terapia de células troncos por meio de embriões humanos produzidos mediante a FIV. Essas críticas são baseadas nas teses sobre quando se dá o início da personalidade do ser humano. Atualmente, as normas brasileiras esclarecem que eles não podem ser considerados nascituros, pois o código civil não os protege explicitamente, assim eles não tem todos os direitos resguardados como uma pessoa.

2 DIREITOS DO NASCITURO

O ser humano em sociedade obtém direitos e deveres de acordo com o meio que vive. Alguns direitos são relativados, ou seja, são diferentes e particulares a cada estado ou nação. Entretanto, alguns direitos não podem ser relativados, direitos esses chamados fundamentais. Para isso, entidades internacionais, como a ONU, lutam por unificar tais garantias, que devem ser obtidos por todos em

qualquer lugar pelo simples fato de serem seres humanos. Essas garantias são chamadas de direitos do homem.

O código civil brasileiro, deve ser embasado por esses códigos fundamentais, ou princípios fundamentais que são positivados na constituição brasileira de 1988, mais precisamente do art. 1º ao 11º.

O 1º artigo do código civil retrata que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, contudo, o debate gira em torno de que ponto essa pessoa já tem resguardado sua personalidade. Dando continuidade, o artigo 2º diz que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”. Logo, segundo a doutrina majoritária, tal personalidade inicia-se com os direitos de nascituro (aquele que está por nascer) e essa qualificação é chamada de teoria natalista. Em contrapartida, existe outra doutrina que diverge da natalista, abordando que, desde da concepção (antes mesmo de nascer), o ser já possui direito de personalidade. Assim, já tem alguns direitos garantidos, como a sucessão. Essa teoria é denominada de teoria conceptualista.

Essas duas teorias principais entram em conflito causando uma acirrada discussão sobre o fato. Os direitos de personalidade podem ainda ser divididos em capacidade de fato e capacidade de direito, em que esse é a capacidade comum a toda pessoa humana, e que naquele só algumas pessoas a têm, estando relacionada com a capacidade de exercer os atos da vida civil. Assim, toda pessoa possui capacidade de direito, mas não necessariamente a capacidade de fato.

Atualmente é adotado no STJ uma teoria mista, onde há junção da teoria conceptualista e natalista, denominada teoria da personalidade condicional, onde os direitos estão sob condição suspensiva, sendo condicionada ao nascimento com vida, garantindo-lhe apenas expectativas de direitos. Ela está relacionada aos direitos da personalidade, ou seja, o nascituro é considerado pessoa pelos fins de tutela. Entretanto, para fins patrimoniais, esses direitos serão adquiridos somente com o nascimento com vida.

Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. 2. Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e pessoais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (DINIZ, 2007, p. 362)

Na tentativa de apaziguar essa divergência, o STF foi acionado algumas vezes sobre o caso, entretanto ainda não foi possível chegar a uma só vertente, uma vez que o Supremo ora adota a teoria conceptualista, ora natalista.

O Supremo Tribunal Federal não tem uma posição definida a respeito das referidas teorias, ora seguindo a teoria fatalista, ora a confeccionista [...]. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem acolhido a teoria confeccionista, reconhecendo ao nascituro o direito à reparação do dano moral (GONÇALVES, 2016, p. 197)

Sabe-se que já foi votado no STF sobre a liberação para pesquisas de célula tronco, na ocasião os ministros entenderam que o embrião não viveria fora do útero, não tendo direito a vida, conforme expresso na Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu hoje (29) que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. Esses argumentos foram utilizados pelo ex-procurador geral da República Claudio Fonteles em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) ajuizada com o propósito de impedir essa linha de estudo científico. (STF, 2008)

No contemporâneo, é possível notar no ordenamento jurídico brasileiro algumas tendências a teoria conceptualista, promovendo direitos para mãe de um feto que ainda não nasceu, como encontrado na lei de alimentos gravídicos (11.804/08), em que seu artigo 2º traz a possibilidade do genitor paterno já pagar por providências para a genitora, já que ainda está em processo de gravidez.

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e

terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. (Lei 11.804/08)

É notório que os direitos resguardados pela lei são do nascituro, cabendo somente a tutela da mãe a esses valores, pelo fato do filho ainda ser incapaz. Percebe-se, então, que a referida lei reconhece o feto como um ser com vida, já havendo alguma proteção.

Quanto ao embrião in vitro a lei não traz a equiparação a nascituro enquanto não estiver inserido no útero materno, conforme artigo 2º de proposta de lei 6960/02 rejeitada pelo congresso. “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro”. (NR)”. Essa, tinha o objetivo de incluir no artigo 2º do código civil expressamente o embrião como pessoa civil. A negativa veio por temerários aos direitos de sucessão. Embora a lei não expresse direitos ao embrião in vitro, existe a Lei de biossegurança número 11.105/05 que resguarda direitos a esses embriões, como, por exemplo, a proteção, vedando pesquisas sobre os que estiverem congelados a menos de 3 anos e que sejam viáveis.

É evidente que embora o código civil tenha uma interpretação majoritária natalista, a teoria conceptualista ainda ressurgue mediante algumas posturas no ordenamento brasileiro. No Congresso nacional tramita um projeto de lei N.º 5.171-A, de 2013, do deputado senhor Ângelo Agnolin, no qual trata alterações na lei 6015/73 que dispõe sobre os registros públicos. O Autor propõe que seja feita alteração no artigo 53 que versa sobre a obrigatoriedade de registro de declaração de nascimento, incluindo o seguinte texto: “§ 1.º No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro "C Auxiliar", com os elementos que couberem, inclusive o nome e o prenome que lhe forem postos.” (PL 5171/73). Desta forma o autor justifica que essa inclusão visa atender um apelo pelos pais de crianças natimortas, para que possam dar um prenome, sobrenome e até um agnome a essa pessoa que veio a falecer antes ou durante o parto, sendo assim reconhecidos e respeitados.

Segundo a Associação dos Registradores de Pessoas naturais do Estado de São Paulo, ocorre a morte de cerca de 5 mil natimortos por ano, fazendo com que tais famílias sempre passassem o constrangimento de não poder registrar o nome de seus filhos falecidos. Este cenário mudou mediante o caso de Elias Germano Lúcio, o qual teve o primeiro natimorto a ser registrado no estado de São Paulo, em março de 2013, função de decisão da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo que fora aprovada para conceder tal direito. Embora este caso tenha sido ocorrido em São Paulo, é importante salientar que em alguns estados já aceitam o registro do natimorto, entretanto, faz-se necessária maior proteção com a criação de normas federais.

Acirrando as discussões, é imprescindível deixar de colocar a posição da doutrinadora Maria Helena Diniz que retrata que o embrião já deveria ser dotado de personalidade jurídica, entendendo que a partir da concepção ele passa ter vida biológica própria. Desta maneira, ela faz uma divisão da personalidade jurídica em seus estudos. Essa subdivisão é entendida como personalidade jurídica material e formal, em que esta seria os direitos de personalidade que o nascituro já tem, como a vida, segurança importando em caráter existencial, e aquele quanto aos direitos patrimoniais, envolvendo sucessão, propriedade, dentre outros.

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. (DINIZ, 2002, p113)

Um outro ponto importante é o reconhecimento da doutrina conceptualista pelo código penal o qual pune o aborto em seus artigos 124 a 126. Dentre os crimes dolosos contra a vida, o código penal traz o aborto, juntamente com o auxílio ao suicídio, homicídio e infanticídio, deixando bem claro que mesmo o feto deva ser protegido e reconhecido como pessoa antes mesmo de ter nascido, ou seja, antes de ser um nascituro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dessa breve exposição acerca da metodologia de fecundação assistida, mais precisamente do processo embrionário in vitro, e diante da legislação brasileira que prima por resguardar os direitos do nascituro, pressupõe-se que o feto decorrente do processo. Isso significa que a pessoa que foi gerada artificialmente e já está inserido no ventre materno, embora ainda não tenha nascido, é merecedor de seus direitos de personalidade.

Quanto ao embrião excedentário, cientistas afirmam que é de suma importância para a evolução humana que pesquisas e estudos continuem sendo feitos para que se consiga alcançar soluções para doenças até então consideradas incuráveis, onde a maior chance de serem encontradas está na utilização de células tronco embrionárias. De toda forma, foram criadas medidas intermediárias, que se encontram na lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança). Em seu artigo 5º, diz-se que “é permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento”, atendendo requisitos como a inviabilidade dos embriões ou que estejam congelados há três anos ou mais.

Por fim, em qualquer caso, ainda é necessário o consentimento dos genitores. As instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa, além de ser vedada a comercialização do material biológico (art. 15 da Lei nº 9.434 “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa”).

Apesar de ter alguma proteção, principalmente sobre pesquisas, conforme já citado, os excedentários ainda não são detentores dos direitos de personalidade, passando a tê-lo no momento que é inserido no ventre materno. O assunto segue em discussão, pois vários doutrinadores que lutam pelo reconhecimento deste

embrião como ser dotado de personalidade. Contudo alguns direitos ainda não são resguardados, devido a lacuna causada no confronto das teorias apresentadas.

É importante ressaltar, que embora o código civil seja interpretado majoritariamente por uma corrente natalista, é possível notar que em outras normas brasileiras são apresentadas com uma visão adversa. Por se tratar de um *hard case*, essa discussão ainda demandará muito estudo e tempo para ser amenizada. Independente dos direitos a serem reconhecidos, é importante tratar do ser concebido como uma nova vida que desde de sua concepção já passa a receber afeto e cuidados proporcionado pelos pais, os quais já planejam uma vida repleta de amor para este ser e, na maioria das vezes, já até tem um nome planejado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRIL. Disponível em: <https://bebe.abril.com.br/blog/fertilidade-em-alta/gravidezectopica-sintomas-causas-tratamento/>. Acesso em 20 de agosto de 2019.

CÂMARA. Alexandre Freitas. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=93FF79F9BF65D72A7154CFA1F319C1C6.proposicoesWebExterno1?codteor=1117867&fileame=Avulso+-PL+5171/2013. Acesso em 24 de setembro de 2019.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES. Direito civil brasileiro. **Direito de família**. Editora Saraiva, v.6. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, 3ª Edição, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2ª Edição, 2002.

ESTADÃO. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,casal-poe-nome-da-filha-em-certidao-de-natimorto,1004551>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**; volume único. Saraiva Educação SA, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**, 1: esquematizado: parte geral, obrigações e contratos. Coordenador Pedro Leanza. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUS. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18992/breves-apontamentos-ao-instituto-da-personalidade-juridica>. Acesso em 9 de agosto de 2019.

JUSBRASIL. Disponível em: <https://nicolasfelipe.jusbrasil.com.br/artigos/475128655/asteorias-da-concepcao-e-o-nascituro-no-direito-brasileiro>. Acesso em 9 de agosto de 2019.

JUS. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22778/a-personalidade-juridica-dos-embrioes-excedentario-s-e-a-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em 20 de agosto de 2019.

JUSBRASIL. Disponível em: <https://jcvalerio.jusbrasil.com.br/artigos/235041204/direitos-dos-nascituros-x-direitos-dos-embrioes-congelados>. Acesso em 20 de agosto de 2019.

STF. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=89917/>>. Acesso em 20 de agosto de 2019.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito de família. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Forense LTDA, 2017.

TENTANDO ENTENDER O PAPEL QUE A ARTE PODE DESEMPENHAR PARA A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO: REFLEXÕES A PARTIR DE BONNIE HONIG

Guilherme Madeira Martins¹
Marcela Morales Correa de Souza²

RESUMO

O presente ensaio é um exercício de reflexão sobre a importância da arte para a teoria crítica do direito. Partindo dos questionamentos apresentados pela teórica política Bonnie Honig, o ensaio dialoga com os trabalhos de romancistas, poetas, artistas e filósofos que investigaram a relação entre ética e estética para, ao final, mostrar como a arte contribui para o entendimento da democracia e dos novos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Arte. Democracia. Novos direitos. Estado de exceção. Teoria crítica do direito.

1 TENTANDO ENTENDER O PAPEL QUE A ARTE PODE DESEMPENHAR PARA A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

A leitura dos ensaios escritos por Bonnie Honig fez renascer em nós uma série de antigos questionamentos sobre a relação entre estética e ética, agora renovados pela perspectiva da teoria crítica. Esses questionamentos reapareceram durante a longa linha de raciocínio que tentamos descrever no parágrafo abaixo.

¹ Doutorando em Direito pela PUC-Rio. Professor de Direito Constitucional do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Juiz de Fora/MG e da Faculdade Metodista Granbery. Professor Convidado dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Constitucional da PUC-Minas (polo Juiz de Fora/MG) e da EBRADI – Escola Brasileira de Direito. E-mail: guilherme.madeira@gmail.com

² Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Estácio de Sá. Professora de Direito Civil e Processo Civil do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio Juiz de Fora, da Faculdade Doctum e da Faculdade Metodista Granbery. Advogada. E-mail: marcelamoralescorreadesouza@hotmail.com

No segundo ensaio do livro “Emergency Politics – Paradox, Law, Democracy” (2009), Bonnie Honig faz uma afirmação que pode parecer, pelo menos à primeira vista, polêmico. Segundo ela, é possível que a democracia sobreviva mesmo em um contexto de estado de exceção (2009, p. 5). Essa afirmação vai na contramão daquilo que é defendido por vários teóricos do direito e da política (Agamben entre eles), segundo os quais o estado de exceção elimina qualquer possibilidade de política democrática; nesse sentido, “estado de exceção” e “democracia” são completamente antagônicos, sendo impossível a manutenção de um aonde exista o outro. Mas Bonnie Honig propõe outra perspectiva, uma perspectiva que procura demonstrar como os canais de participação (e de efetivação) democrática podem continuar abertos e operantes mesmo em um contexto de estado de exceção – e, segundo ela, isso só é possível através de uma política de cuidado e de atenção para com o outro (2009, p. 45).

Mesmo em situações em que a ordem legal é suspensa e direitos individuais são violentados é possível manter a integridade democrática. Como? Olhando para o outro. A plenitude democrática é um constante *work in progress*, cuja linha de chegada sempre está distante, e quanto mais se caminha mais distante ela parece ficar. Essa imagem, ao invés de parecer desanimadora, acaba demonstrando o argumento de Bonnie Honig: a busca pela plenitude democrática é marcada por constantes renovações democráticas, situações de choques e conflitos que surgem no seio da soberania democrática e dão um vislumbre de todas as possibilidades e oportunidades que existem (mesmo em um contexto de estado de exceção). Como exemplo disso, Bonnie Honig mostra o papel que os novos direitos exercem como recurso gerador dessa renovação. Essa escolha – de utilizar os novos direitos como exemplo – é interessante porque, além do fato de as conquistas das mulheres e dos negros e dos homossexuais serem uma prova dos choques e conflitos que existem em uma democracia, ainda acaba por estabelecer um diálogo com os debates que ocorrem na teoria crítica (ALLEN, 2016, p. xiii). Mas, entre os novos direitos que Bonnie Honig escolhe para ilustrar o seu argumento, está um que pega o leitor de surpresa: o direito ao gosto, um novo direito que surge através do movimento conhecido como *Slow Food* (HONIG, 2009, p. 57).

O movimento *Slow Food* foi fundado pelo italiano Carlo Petrini no ano de 1986. É uma organização não governamental cujo objetivo é defender uma maior e melhor apreciação da comida, valorizando, conseqüentemente, os produtos e o meio-ambiente. O seu lema é “Bom, Limpo e Justo”. Esse movimento é uma oposição ao *fast food*³, que prioriza uma padronização dos alimentos e, em decorrência dessa oposição, surge um novo direito: o direito ao gosto (*right to taste*). Para Bonnie Honig, o direito ao gosto – assim como todo e qualquer novo direito – pode ser um instrumento de renovação democrática em razão das novas realidades que são abertas, que alteram as nossas percepções sobre a política e sobre a própria vida. Um exemplo disso está no fato do movimento *Slow Food* ter como objetivo, ao mesmo tempo em que busca aumentar o prazer humano com um novo direito, reformar o direito dos animais. Isso é, para dizer o mínimo, uma nova percepção sobre a política e sobre a própria vida. Porém, acreditamos, há outra razão para Bonnie Honig ter escolhido o direito ao gosto como um exemplo de novo direito, porque, além de demonstrar os choques e conflitos que podem ocorrer quando há uma nova realidade que muda a nossa percepção sobre as coisas, o direito ao gosto também busca evidenciar o papel que a estética pode desempenhar para a teoria crítica; afinal, o “gosto” é uma forma de expressão estética.

A relação entre a estética e a teoria crítica foi mencionada por Amy Allen no primeiro capítulo do livro “The End of Progress”: “(...) a descolonização da teoria crítica tende a ser atendida com uma expansão do cânone da teoria crítica, para incluir pensadores como Frantz Fanon, Enrique Dussel, Frederick Douglass e Toni Morrison” (2016, p. 2).

Toni Morrison foi a grande escritora norte-americana premiada com o Nobel de Literatura em 1993. E, ao ler os seus livros, “Amada” (2011) em especial (um livro que mostra as feridas da escravidão recém-abolida nos Estados Unidos ao narrar a história da ex-escrava Sethe), é fácil perceber a riqueza que a sua literatura pode proporcionar aos estudiosos da teoria crítica. *Como ela pode ser importante?*

³ Se há algo que não pode ser dito de um *fast food* é que ele é “Bom, Limpo e Justo”.

Como, efetivamente, a literatura (a estética em geral) pode ser importante para as reflexões da teoria crítica? Por trás dessa pergunta há outra, ainda mais desafiadora: qual é a relação entre a estética e a ética? Esse é um questionamento que sempre nos intrigou.

Na autobiografia que Joaquim Nabuco escreveu, há um capítulo em que ele narra uma experiência que teve aos oito anos de idade, no engenho de Massangana. Ele estava sentado nas escadarias da entrada da casa principal; um escravo o viu, correu até a sua direção, ajoelhou e abraçou os seus pés, implorando para que sua madrinha o comprasse. “Foi este o traço inesperado que me descobriu a natureza da instituição com a qual eu vivera até então familiarmente, sem suspeitar a dor que ela ocultava” (NABUCO, 2010, p. 24). É a partir dessa cena que Joaquim Nabuco começou a cultivar o que ele chama de “estética política”. Essa “estética política” o guiou por toda a sua vida, em especial na causa pela qual ficou conhecido: a luta pela abolição da escravatura no Brasil. Foi a estética que permitiu a Nabuco vislumbrar, logo aos oito anos de idade, a perversidade do sistema que o rodeava; foi a estética que o ensinou a olhar para o outro, a perceber as angústias e os sofrimentos do outro. O que se abriu para Nabuco naquela tarde em Massangana foi uma nova realidade, uma nova percepção. Esse é, afinal, um dos papéis da arte.

Falando da literatura, e especificamente do gênero romance, o escritor norte-americano Don DeLillo disse: “É a forma que permite ao escritor a maior oportunidade de explorar a experiência humana. O romance oferece mais oportunidades para o leitor entender melhor o mundo. Isso parece muito grandioso, mas acho que é verdade” (CAESAR, 2010). Em seu romance mais conhecido, “Submundo” (1999), DeLillo compõe uma cena que demonstra as variedades da experiência humana, as diferentes formas de interações humanas. A cena transporta o leitor para o dia 03 de outubro de 1951, em meio a um jogo de beisebol; não é um jogo qualquer: é o jogo decisivo entre os Giants e os Dodgers, aquele em que o rebatedor Bobby Thomson acertou a bola e a lançou para fora do estádio. No camarote, assistindo a partida, estavam três “celebridades”: Frank Sinatra, o

comediante Jackie Gleason e o diretor do FBI J. Edgar Hoover. É nesse cenário real (o jogo de fato aconteceu, assim como a tacada histórica de Thomson⁴, com as três “celebridades” presentes no estádio) que DeLillo inclui elementos de ficção e mostra como a arte vai além do mero registro histórico. No campo, ele coloca o jovem Cotton Martin, que resolveu faltar a aula para assistir a partida – e que, estando na hora certa e no lugar certo, consegue pegar a bola rebatida por Thomson (desencadeando toda a narrativa do livro). E, no camarote, ele imagina o diálogo entre Sinatra, Gleason e J. Edgar. Enquanto os dois primeiros estão rindo e fazendo piada de tudo, o diretor do FBI está sério: ele olha atentamente para algumas páginas resgadas da revista Life que continham uma reprodução do quadro “O Triunfo da Morte”, de Pieter Bruegel. Imediatamente o leitor começa a se indagar: qual é o papel desse quadro nessa cena? DeLillo não a incluiria como um mero detalhe. Tem que haver algum motivo – mas qual?

Nós, na busca da resposta, começamos a pesquisar sobre o pintor Pieter Bruegel. Lemos sobre a sua vida, sobre os temas que são recorrentes em suas obras e, graças à internet, tivemos acesso aos seus outros quadros. O mais famoso deles é “Paisagem com a Queda de Ícaro”, de 1565. Nela vemos um lavrador, um pastor, um pescador, duas embarcações, um porto e, principalmente, a paisagem dominada por um oceano pintado em tons de verde. É uma tela muito bonita. Mas aí nós nos lembramos do título do quadro – “Paisagem com a Queda de Ícaro”. Onde está Ícaro? Onde está a sua queda? Então nós vimos, no canto inferior direito, quase imperceptível, as pernas de um Ícaro que já estava afogando no mar.

E foi assim, olhando para as pernas de Ícaro em um quadro de Pieter Bruegel, que entendemos o papel que a arte pode desempenhar para a teoria crítica.

⁴ Até hoje ninguém sabe aonde a bola foi parar.

2 A ESTÉTICA ENQUANTO FILOSOFIA DA PERCEPÇÃO

Bence Nanay é crítico de cinema e professor de Filosofia na Universidade da Antuérpia. Em 2016, publicou o livro “Aesthetics as a Philosophy of Perception”, no qual oferece uma nova visão da estética.

A estética, enquanto disciplina filosófica, sempre se preocupou com questões como: O que é a experiência estética? As artes fornecem conhecimento? O que é o valor estético? (CARROLL, 1999, p. 6). Nessa linha de questionamentos, os temas da estética estão diretamente relacionados com problemas da filosofia geral. Estética e filosofia da arte são, assim, tidos como sinônimos. Bence Nanay, por outro lado, parte de uma distinção entre elas. Enquanto a filosofia da arte se preocupa com o estudo da beleza, a estética é o estudo da forma como percebemos qualquer evento, não necessariamente obras de arte; é o estudo da forma como julgamos e somos influenciados por qualquer objeto. Ao invés de relacionar a estética com a filosofia geral, Bence Nanay propõe estreitar essa relação: os temas da estética devem ser enfrentados sob a ótica da filosofia da mente, mais especificamente da filosofia da percepção – que engloba não somente o estudo dos sentidos (como a visão), mas também a atenção e a imaginação (NANAY, 2016a, p. 7). “A filosofia da percepção é sobre experiências. A estética é sobre alguns tipos especiais de experiências: a experiência que temos quando nos identificamos com Hamlet, a experiência que temos quando nos relacionamos com a ficção, etc” (NANAY, 2016a, p. 10).

Independente da tese central – entender a estética enquanto filosofia da percepção – estar correta ou não (essa é uma discussão para os especialistas dessas áreas), é difícil não se sentir atraído pelo que ela propõe. Quando olhamos para uma obra de arte – seja ela do cinema, da literatura, da fotografia, da pintura... – a experiência pode ser tão significativa a ponto de alterar a nossa percepção. Quando olhamos para a tela “Paisagem com a Queda de Ícaro” de forma despreziosa, podemos sentir algo simples como um mero “prazer estético”. Ao olharmos com mais atenção, a experiência pode ser mais significativa – como o que

acontece quando as pernas de Ícaro afogando no mar são descobertas no canto inferior direito da tela. A experiência, agora, atinge outro patamar. Ícaro é um personagem da mitologia grega. Ele e seu pai, Dédalo, construíram o labirinto do Minotauro e lá acabaram presos quando o monstro foi morto por Teseu. Para fugirem, Dédalo fez asas a partir de penas de gaivota e cera do mel das abelhas. Após a fuga, Dédalo alertou ao filho para que não voasse perto do sol, caso contrário a cera iria derreter. Ícaro não deu ouvidos ao pai – ao tentar voar próximo ao sol, acabou por cair no mar Egeu, morrendo afogado. Se, em um primeiro momento, a tela de Bruegel parece uma simples paisagem (mesmo que muito bonita), a percepção das pernas de Ícaro afogando no mar muda tudo. (Por que o pescador não faz nada para salvá-lo? Por que o lavrador e o pastor continuaram caminhando como se nada tivesse acontecido?)

Bence Nanay usa essa tela de Pieter Bruegel para exemplificar o que ele chama de “propriedades esteticamente relevantes”:

Meu palpite é que sua experiência agora é muito diferente. Enquanto a parte da tela onde as pernas de Ícaro são retratadas não era uma característica particularmente significativa da sua experiência (talvez você nem a tivesse percebido), agora tudo na imagem parece de alguma forma conectada a ela. Perceber esse detalhe pode fazer uma diferença estética: pode mudar a sua experiência de forma significativa. Talvez você tenha experimentado a imagem como desorganizada antes e, agora, as pernas de Ícaro parecem conferir uma unidade. Estou introduzindo o jargão “propriedades esteticamente relevantes” para as propriedades (como as pernas de Ícaro) que podem fazer uma diferença estética. As propriedades esteticamente relevantes são muito diferentes das “propriedades estéticas” (como serem bonitas ou equilibradas ou graciosas); esse conceito dominou a estética e a filosofia da arte nas últimas décadas. Muito tem sido dito sobre propriedades estéticas. Meu ponto é que devemos falar sobre propriedades esteticamente relevantes – não conceitos profundos e veneráveis como a beleza, mas características simples como as pernas de Ícaro (NANAY, 2016b).

Assinalar uma propriedade estética é fácil, principalmente quando se está diante de um grande artista. Em Tolstói, por exemplo, é fácil apontar grandes feitos

no nível da narrativa, dos personagens, do diálogo, da linguagem e da metáfora – como em “Anne Kariênina”, quando Kitty diz que “os bracinhos do bebê são tão rechonchudos que parecem amarrados com linha” (TOLSTÓI, 2005, p. 769). Mas e uma propriedade estética *relevante*? Como reconhecê-la? Como perceber aquele detalhe que pode fazer uma diferença estética? Mais uma vez, vamos a Tolstói. No começo da novela “A Morte de Ivan Ilich”, três colegas de Ivan estão lendo o seu obituário e:

Além das considerações suscitadas em cada um por esta morte, sobre transferências e possíveis alterações de serviço, o próprio fato da morte de um conhecido tão próximo despertou como de costume, em cada um que teve dela conhecimento, um sentimento de alegria pelo fato de que morrera um outro e não ele” (TOLSTÓI, 2006, p. 9).

Segundo o crítico literário James Wood, o toque de gênio de Tolstói está no uso do termo *como de costume*. Com esse termo, “o autor se refere com facilidade e sabedoria a uma verdade humana central, serenamente olhando o coração de três homens diferentes” (WOOD, 2011, p. 20). É um pequeno parágrafo, mas está tudo ali: a ganância insensível do ser humano mesmo diante da morte de um conhecido; a alegria de perceber que ainda está vivo. Ao transcrever um sentimento reconhecível em qualquer lugar do mundo (seja na Rússia, seja no Brasil), Tolstói apresenta uma “verdade humana central” e o leitor lê esse trecho como se estivesse olhando para o espelho, tomando conhecimento de um sentimento que talvez nem soubesse que existisse. A literatura começa a parecer “útil” para o leitor.

Uma propriedade esteticamente relevante é aquela que abre novas realidades, alterando a nossa percepção sobre a própria vida. E é nesse sentido que a arte pode ser importante para a teoria crítica.

Ao abrir novas realidades, ao mostrar uma nova percepção, aos instigar a imaginação, a arte também dá a melhor apresentação da complexidade de nossa

estrutura moral⁵. Não é somente a capacidade de empatia. É mais do que isso – é uma nova percepção. No auge da crise dos refugiados, as notícias que descreviam o fluxo de refugiados que atravessavam o Mediterrâneo (os barcos lotados, a fome, o frio, as pessoas se afogando) eram talvez recebidas com indiferença por muitas pessoas. Eram como um murmúrio ao fundo; eram problemas de outros países, de outras pessoas, muito distantes. Uma fotografia mudou tudo. Uma fotografia mostrou aos que estavam indiferentes que as notícias que eram exibidas nas televisões, nos smartphones e nos computadores não eram um problema distante, mas um problema de todos. Uma fotografia chocante, que mostrava uma criança com não mais de três anos de idade deitada em uma praia na Turquia, morta. O barco em que ela estava naufragou. O escritor Karl Ove Knausgaard, ao comentar a foto, escreveu: “de repente, vi a imagem de um menino, não mais do que talvez três anos, deitado em uma praia, o rosto na areia. De repente, entendi que as pessoas que atravessavam o mar não eram pessoas no plural, mas no singular” (KNAUSGAARD, 2015).

Não eram pessoas no plural, mas no singular.

Isso é olhar para o outro.

No livro “Introduction to Critical Theory”, David Held afirma que a teoria crítica não forma uma unidade; ao contrário, os teóricos críticos formam um conjunto heterogêneo, mesmo que com alguns interesses em comum, como a crítica ao capitalismo e ao imperialismo, o estudo do Estado e da cultura de massa (1980, p. 14). Já Stephen Eric Bronner conceitua a teoria crítica como a recusa de identificar a liberdade com qualquer arranjo institucional ou sistema de pensamento; “a teoria

⁵ Esse argumento também provém de Tolstói. Em “Guerra e Paz”, há um trecho em que Pierre percebe que a melhor forma de entender as pessoas é imaginando o ponto de vista delas: “Em suas relações com Villárski, com a princesa, com o médico, com todos aqueles que agora encontrava, havia em Pierre um traço novo que o levava a ganhar a simpatia de todos: era o reconhecimento da possibilidade de cada pessoa pensar, sentir e ver as coisas à sua maneira; o reconhecimento da impossibilidade de dissuadir uma pessoa por meio das palavras. Aquela peculiaridade legítima de toda pessoa, que antes perturbava e irritava Pierre, agora constituía a nova simpatia e o novo interesse que ele sentia pelas pessoas. A diferença e, às vezes, a completa contradição entre os pontos de vista das pessoas e a vida delas, e também entre as próprias pessoas, alegrava Pierre e provocava nele um sorriso irônico e manso” (TOLSTÓI, 2013, p. 2275).

crítica insiste que o pensamento deve responder aos novos problemas e as novas possibilidades de libertação que surgem da mudança de circunstâncias históricas” (BRONNER, 2011, p. 1). Ambas as conceituações deixam claro os objetivos progressivos e emancipatórios da teoria crítica. Naturalmente, ela acaba por abarcar os trabalhos realizados pela teoria feminista, pela teoria *queer*, pela teoria crítica da raça e pelas teorias pós e de-coloniais (ALLEN, 2016, p. xi). Nesse contexto, o uso da arte pode ser um grande aliado para a teoria crítica – e alguns trabalhos recentes já demonstram isso.

A poetisa Maggie Nelson é professora da Escola de Estudos Críticos do “California Institute of the Arts”. Em 2015, publicou o livro “The Argonauts”, uma mistura de literatura e teoria crítica. É um livro cheio de propriedades esteticamente relevantes, que mudam a percepção do leitor aumentando a sua capacidade de atenção e de olhar para o outro.

Após publicar quatro livros de poesia⁶ e dois de não ficção⁷, Maggie Nelson começou a escrever livros acadêmicos. O primeiro deles foi “Women, The New York School, and Other True Abstractions” (2007), um estudo do movimento artístico *Escola de Nova Iorque* sob uma perspectiva feminista, analisando o papel desempenhado pelas artistas mulheres do grupo (como Eileen Myles e Joan Mitchell). Em seguida, publicou “The Art of Cruelty: A Reckoning” (2011), um estudo de crítica cultural que analisa o trabalho de artistas que buscam a emancipação estética do público através do uso da violência (como o escritor Bertolt Brecht e o cineasta Lars Von Trier, por exemplo). Já “The Argonauts” tem tudo o que marcou os seus trabalhos anteriores: poesia, memória, ensaio, crítica literária, crítica cultural, discussões sobre gênero, feminismo, teoria *queer*, Judith Butler, Michel Foucault e Gilles Deleuze são utilizados para oferecer ao leitor uma experiência de emancipação estética.

⁶ Shiver (2001), The Latest Winter (2003), Jane: A Murder (2005) e Something Bright, Then Holes (2007a).

⁷ The Red Parts: Autobiography of a Trial (2007b) e Bluets (2009).

“The Argonauts” é um livro extremamente teórico que também consegue ser, ao mesmo tempo, extremamente pessoal – no final das contas, o livro é uma história de amor. Nele, Maggie Nelson narra o seu relacionamento – o primeiro encontro, o primeiro beijo, a convivência, os desafios domésticos diários – com o artista Harry Dodge. Harry Dodge é um transgênero – nem homem, nem mulher, mas sim “especial: dois por um” (NELSON, 2015, p. 14). Seu universo é fluido: nos dedos das mãos estão tatuadas as palavras “flow” e “form”. A relação entre os dois é o pano de fundo para questionar os papéis heteronormativos – marido e esposa – quando não se acredita na heteronormatividade. Como a resenhista do jornal *Los Angeles Times* escreveu, o que Maggie Nelson questiona é: “Como alguém decide o que é normal e o que é radical?” (MARCUS, 2015). E o leitor, durante a leitura, também começa a fazer os mesmos questionamentos.

Maggie Nelson consegue transportar suas inquietações para o leitor narrando a violência diária sofrida por ela e por Harry Dodge. Primeiro há a violência no próprio corpo: Maggie passa por várias sessões de fertilização *in vitro* para conseguir engravidar e Harry começa a injetar testosterona, além de se submeter a uma dupla mastectomia. Depois, há as inúmeras situações de micro violência, como o garçom que fica olhando para ambos com cara de espanto quando Harry lhe entrega um cartão de crédito grafado com o seu nome de mulher. Ou:

Coloque-me agora, como uma boneca grávida, em uma “prestigiosa universidade de Nova York”, dando uma palestra sobre o meu livro sobre violência. Durante o Q&A, um conhecido dramaturgo levanta a mão e diz: *Não posso deixar de notar que você espera uma criança, o que me leva à questão – como você lidou com todo esse material sombrio [sadismo, masoquismo, crueldade, violência e assim por diante] em sua condição?* Ah sim, eu penso, cavando um buraco no palco. Deixe o velho homem branco chamar a atenção para o corpo da oradora, para que ninguém perca o espetáculo desse oximoro selvagem, *a mulher grávida que pensa*. Que é realmente apenas uma versão desse oximoro mais geral, *a mulher que pensa* (NELSON, 2015, p. 90-91).

O leitor, ao testemunhar tais atos de violência, sofre junto.

3 A COISA MAIS PRÓXIMA DA VIDA

“Se o mundo pudesse escrever, escreveria como Tolstói”. Segundo James Wood, Tolstói goza de tamanho prestígio junto aos leitores porque (entre outros motivos) ele sempre coloca os seus personagens em jornadas que acabarão por fazê-los confrontar as próprias concepções sobre o mundo. “Tolstói vê a realidade como um sistema de constantes ajustes, um longo e complicado comboio de surpresas, à medida que as realidades se unem e o ego vital e solipsista é ofendido pela alteridade (*otherness*) do mundo” (WOOD, 2012, p. 156). Ninguém é o mesmo depois da leitura de um romance de Tolstói – nem os personagens, nem o próprio leitor.

Esse é o segredo dos grandes escritores: fazer o leitor alterar a sua percepção sobre o mundo ao mesmo tempo em que testemunha a mesma mudança nos personagens que está acompanhando. A boa arte sempre nos confronta com a alteridade do mundo.

A arte, nesse sentido, apresenta-se como um excelente recurso para uma teoria crítica que busca a emancipação dos direitos das mulheres, dos negros, dos homossexuais – que busca, enfim, questionar o pensamento colonial. E se apresenta, também, como um recurso para sustentar os argumentos que Bonnie Honig destaca nos ensaios contidos no livro “Emergency Politics – Paradox, Law, Democracy”.

A pergunta inicial que Bonnie Honig faz é: Em um contexto de estado de exceção, como manter a integridade democrática? Quais são as condições para a sobrevivência da democracia? (2009, pag. 8).

Para ilustrar essa pergunta – e, talvez, apontar para uma possível resposta –, Honig aborda as teorias de Bernard Williams, filósofo moral interessado nos “dilemas trágicos”. Agamenon ou trai o exército, ou sacrifica a filha; qualquer uma das decisões trará prejuízos. Os dilemas trágicos são interessantes porque mostram toda a complexidade da vida moral, que não pode ser reduzida ao binômio

certo/errado. Para Williams, a filosofia moral está mais preocupada em oferecer soluções para conflitos individuais do que em examinar a verdadeira estrutura da vida emocional (WILLIAMS, 1981, p. 5-6). A questão não é somente saber se Agamenon deve trair o exército ou sacrificar a filha; a questão é saber como Agamenon irá sobreviver (moralmente). A questão não é o que fazer diante de situações trágicas, mas o que essas situações fazem conosco e com a nossa integridade moral. O que Williams propõe é um olhar para a vida moral de modo a enxergar toda a complexidade – a pluralidade e o conflito de inúmeros valores. Esse olhar (que parece simples em um primeiro momento, mas é difícil de colocar em prática) pode ajudar na percepção de novas soluções. Ela pode nos ajudar a perceber, por exemplo, que o não agir também pode ser uma ação.

O contexto do estado de exceção apresenta uma situação similar a dos dilemas trágicos: parece que não há escolha. A bomba está para explodir e devemos ou torturar alguém para descobrir a localização da bomba, ou arriscar a destruição. Ambas as opções são inaceitáveis e, independente da decisão tomada, como manter a integridade moral depois disso? Teóricos da democracia e do direito fazem perguntas semelhantes: O que fazer diante de um estado de exceção? O que fazer diante da suspensão de direitos individuais? Essas perguntas levam a outras: Quais são as *condições* para a suspensão da ordem legal? Em quais *hipóteses* é permitido prender sem que haja direito a *habeas corpus*? Ou invadir outros países? O problema que surge ao colocar as perguntas nesses termos – condições, hipóteses – é que, indiretamente, está a se aceitar que tais situações aconteçam. Em um primeiro momento, pode parecer que a busca de condições ou hipóteses para o exercício de tais situações é uma forma de limitar o estado de exceção; mas, na realidade, o que ocorre é exatamente o contrário – pensar em condições ou hipóteses nada mais é do que uma forma de pensar em formas de legitimação. E aí, depois de todas essas perguntas, a única que vai sobrar é: Como manter a integridade da democracia?

Para Honig, a sobrevivência de uma democracia em um contexto de estado de exceção pode ocorrer através de uma política de cuidado e atenção para com o

outro (2009, p. 45). Ao invés de buscar condições ou hipóteses que acabarão por legitimar o uso da violência em uma democracia, talvez a melhor saída seja não compactuar com essa violência. Talvez o melhor seja justamente não agir – e olhar para o outro.

A renovação democrática sempre é possível. Basta ter um olhar – conforme sugeriu Bernard Williams – que leve em consideração toda a complexidade do que está em jogo. Com Hannah Arendt e Michel Foucault, Honig percebe o caminho para a compreensão da pluralidade da soberania democrática, que é uma constelação de forças em conflito; desse conflito (dessa “soberania acidental”) surge a fonte para a renovação democrática. E, com William Connolly, Honig mostra o papel que os novos direitos exercem como recurso gerador dessa renovação (HONIG, 2009, p. 46).

Dois direitos que William Connolly aborda constantemente – e que Honig também discute – são os direitos dos homossexuais e o direito ao suicídio assistido. O foco não deve ser nos direitos, mas nas realidades que são abertas ou fechadas por tais direitos. Quais novas relações um novo direito pode inaugurar? Quais são as consequências de um novo direito para a realidade democrática? Inicialmente, é possível vislumbrar as conquistas de novos direitos como um simples ato de incorporação por parte do Estado – uma extensão de direito para outro grupo. Olhando para o passado, parece que houve progresso quando é constatada a inclusão de direitos das mulheres e de povos nativos, por exemplo. Mas essa visão de progresso pode acabar por omitir, como no caso dos direitos dos homossexuais, toda a violência e sofrimento que tornou essas inclusões possíveis, sem contar a violência e sofrimento que ainda *persistem*. Um novo direito pode significar, paradoxalmente, muitas e poucas mudanças ao mesmo tempo (HONIG, 2009, p. 49).

A teoria política de Connolly rejeita a mera inclusão; ela é comprometida com um real engajamento para com o outro. Cada novo direito gera – e deve gerar – perturbação; cada novo direito abre uma nova realidade; cada novo direito dá início a uma nova ordem. Essa pluralidade, esse constante conflito, que torna a renovação

democrática possível. O direito ao suicídio assistido é um bom exemplo disso, pois ele pode mudar o entendimento sobre a vida e a morte e sobre tudo o que ocorre entre um e outro (hospitais, relação médico-paciente, envelhecimento, dignidade etc.). A consequência será o progresso? Difícil dizer. Não sabemos o que é o progresso.

Por fim Bonnie Honig ilumina – e sintetiza – todas essas discussões a partir de um novo direito que surge através do movimento “Slow Food”. Tal direito pode parecer uma excentricidade – uma acusação que já foi direcionada a cada novo direito –, mas ele demonstra como um novo direito não se resume a uma mera inclusão. O que interessa são as novas realidades abertas, que alteram as nossas compreensões sobre a política e sobre a própria vida. Aí está uma pequena porção da pluralidade democrática. O gosto, afinal, não é importante somente para o estudo da estética – é importante também para a democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEN, Amy. **The End of Progress – Decolonizing the Normative Foundations of Critical Theory**. New York: Columbia University Press, 2016.

BRONNER, Stephen Eric. **Critical Theory: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CAESAR, Ed. **Don DeLillo: A Writer Like No Other**. THE TIMES, London, 21 fev. 2010. Disponível em: goo.gl/8Sbk2d. Acesso em: 08 jul. 2017.

CARROLL, Noël. **Philosophy of Art**. London: Routledge, 1999.

DELILLO, Don. **Submundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

HELD, David. **Introduction to Critical Theory: Horkheimer to Habermas**. Los Angeles: University of California Press, 1980.

HONIG, Bonnie. **Emergency Politics – Paradox, Law, Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

KNAUSGAARD, Karl Ove. **Vanishing Point**. THE NEW YORKER, New York, 17 nov. 2015. Disponível em: goo.gl/xWmMcD. Acesso em: 09 jul. 2017.

MARCUS, Sara. **An Intimate Look at a Fluid Family in Maggie Nelson’s “The Argonauts”**. LOS ANGELES TIMES, Los Angeles, 30 abr. 2015. Disponível em: goo.gl/vqio1H. Acesso em: 11 jul. 2017.

MORRISON, Toni. **Amada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NABUCO, Joaquim. **Essencial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

NANAY, Bence. **Aesthetics as a Philosophy of Perception**. Oxford: Oxford University Press, 2016a.

_____. **Lost in the Museum**. OXFORD UNIVERSITY PRESS’S BLOG, London, 16 abr. 2016b. Disponível em: goo.gl/DmByw1. Acesso em 09 jul. 2017.

NELSON, Maggie. **Shiver**. New York: Hanging Loose, 2001.

_____. **The Latest Winter**. New York: Hanging Loose, 2003.

_____. **Jane: A Murder**. California: Soft Skull, 2005.

_____. **Something Bright, Then Holes**. California: Soft Skull, 2007a.

_____. **The Red Parts: Autobiography of a Trial**. New York: Free Press, 2007b.

_____. **Women, The New York Scholl, and Other True Abstractions**. Iowa: University of Iowa Press, 2007.

_____. **Bluets**. Seattle: Wave Books, 2009.

_____. **The Art of Cruelty: A Reckoning**. New York: W. W. Norton & Company, 2011.

_____. **The Argonauts**. Minnesota: Graywolf Press, 2015.

PERRONE-MOISÉS, Leyla. **Mutações da Literatura no Século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

TOLSTÓI, Liev. **Anna Kariênina**. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

_____. **A Morte de Ivan Ilitch**. São Paulo: Editora 34, 2006.

_____. **Guerra e Paz**. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

WOOD, James. **Como Funciona a Ficção**. São Paulo: Cosac Naify, 2011

_____. **Tolstoy's War and Peace**. IN: THE FUN STUFF – AND OTHER ESSAYS. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

TEORIA DA JUSTIÇA POR ARISTÓTELES

Vinícius de Carvalho Rios¹

Jonas Silva Aquino²

Pamella Carolina de Sousa Pacheco Carvalho³

RESUMO

O presente estudo examina o livro V da obra *Ética a Nicômaco* de Aristóteles cuja finalidade é expor a teoria da justiça, a fim de demonstrar a necessidade dessa virtude moral e política para o homem alcançar o bem. Além disso, será analisado segundo os conceitos do filósofo o que é justiça e qual a melhor maneira de agir para alcançar tal virtude. Faz necessário entender que apelo por justiça surge sempre meio a injustiças que são acometidas no cotidiano, não se pergunta por justiça senão em situações em que o cidadão se sente injustiçado e diante disso, procura apoio para sua causa, sendo apoio moral ou apoio estatal. Para enfrentar este complexo tema, devemos iniciar por um problema, porque, afinal de contas, a injustiça é um problema, e, é esperado que o ato justo praticado por quem tem o dever de praticá-lo seja o suficiente para sanar esse problema. Vejamo-lo então. Um homem médio com pouca escolaridade, mas com um forte conceito moral que aprendera com seus pais, com princípios fortemente convencionados, necessita de um remédio para sua esposa que está falecendo, entretanto, esse remédio custa muito mais que o mesmo recebe de remuneração anual em seu serviço. Assim, ele vai até a farmácia e explica ao farmacêutico que precisa deste remédio, e que sem ele sua esposa irá falecer, ele promete pagar com todo dinheiro que tem, e continuar pagando até que a dívida acabe, se o farmacêutico lhe der o remédio. O farmacêutico se nega a fornecer o remédio por ser raro e muito caro, e que já tem

¹ Bacharel em Sistema de Informação (2014). E-mail: vriosjf@gmail.com

² Acadêmico de Direito – Estácio, Juiz de Fora (MG) . E-mail: jonasaquinojf@gmail.com

³ Pós graduada em Direito Público E-mail: carvalho.pamella@estacio.br

uma clientela que já o compra, concedendo um generoso lucro financeiro ao farmacêutico. Sabendo que sua esposa não viverá tanto tempo sem o remédio decide roubar o remédio e dar para sua esposa. Contudo, o rapaz se depara em meio aos seus conceitos morais e questiona se é justo roubar o medicamento do farmacêutico e salvar sua mulher, ou se ele deve respeitar as normas que nos guiam em sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça. Virtude. Ética. Moral. Aristóteles.

INTRODUÇÃO

Segundo Aristóteles, a justiça é uma virtude considerada de saber prático, ou seja, que só se aprende fazendo. O conceito tem sua origem através da ética, segundo o termo grego “Ethos”, que significa hábito e costume. Assim, ética é de saber prático, entendida por aquilo que obedecemos com habitualidade, ou seja, nosso jeito de ser e como agimos como cidadãos.

Aristóteles abordava o conceito de justiça como:

Aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a disposição que as leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto (ARISTÓTELES, 1991, p 94).

Logo, justiça pode ser entendido como um costume, uma disposição de caráter que torna a pessoa propensa a fazer e desejar o que é justo. Para o filósofo, a cidadania e a ética andam juntos, desta forma, ser justo e ser bom cidadão são conceitos igualitários. A justiça deve ser aplicada na cidadania, além dos afazeres domésticos, ou seja, não pensando somente no contexto particular, mas também nas relações sociais. Ele completa que justiça é uma virtude e pode ser aprendida, caso seja praticada. O filósofo retrata ainda que o justo está vinculado como o respeito às leis que aceitamos ao viver em sociedade.

Mas o homem sem lei, assim como o ganancioso e ímprobo, são considerados injustos, de forma que tanto o respeitador da lei como o honesto serão evidentemente justos. O justo é, portanto, o respeitador da lei e o probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo. (ARISTÓTELES, 1991, p 95).

Para o autor, ser justo é obedecer às leis, pois elas são feitas por todos e para todos, apesar da cidadania grega, na época, não reconhecer os escravos e as mulheres como cidadãos. Para Aristóteles atos justos são os que tem o objetivo de preservar a sociedade.

As leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo nesse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem. (ARISTÓTELES, 1991, p 96).

Para maior entendimento do significado da expressão “justo” vê-se necessário dividi-lo em justo geral e justo particular. Justo geral consiste em obedecer ao ordenamento jurídico vigente em sentido amplo, com aplicação mais extensa e abrangente, visando o bem comum na comunidade. Logo a obediência às leis é o primeiro passo para se atingir a justiça geral. A Justiça particular, ao contrário da justiça geral, é a justiça em sentido estrito, aplicável na relação entre particulares.

Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (A uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro) (ARISTÓTELES, 1991, p 99).

Assim como a justiça geral, a particular diz que a pessoa que viola a racionalidade tende a ser injusta. O conceito de justiça particular ainda é subdividido em dois casos: justiça distributiva e corretiva ou retributiva. Esta, se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro e nas relações entre indivíduos, e aquela tem por função desempenhar um papel corretivo nesta relação.

1 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

A justiça distributiva, analisa a pessoa em seu contexto social, ou seja, o que ela faz de melhor e que pode ser utilizado para sociedade. Segundo Aristóteles, “as distribuições devem ser feitas de acordo com o mérito; pois todos admitem que a distribuição justa deve recordar com o mérito” (ARISTÓTELES, 1991, p100).

A justiça distributiva, deve se orientar por 3 características: subordinação, proporcionalidade e análise do mérito. Ela tem como objetivo, identificar quem está envolvido na relação de justiça, para aplicá-la da melhor forma possível.

A Subordinação pressupõe relação entre dois entes distintos em questão de capacidade política: o governante e o governado conforme Bittar:

Perfaz-se, portanto, numa relação do tipo público-privado, sendo que a justiça e a injustiça do ato radicam-se na própria ação do governante dirigida aos governados. Aqui, pressupõe-se uma relação de subordinação entre as partes que se relacionam, entre aquele que distribui e aqueles que recebem
(BITTAR, 2010, p 150).

Quanto a proporcionalidade, Bittar retrata a função de evitar extremos nas relações sociais ou comerciais.

Atingirá seu justo objetivo se proporcionar a cada qual aquilo que lhe é devido, dentro de uma razão de proporcionalidade participativa, pela sociedade, evitando-se, assim, qualquer um dos extremos que representam o excesso (tò pléon) e a falta (tò élatton) (BITTAR, 2010, p 151).

Assim, o governante deve distribuir ônus e bônus as pessoas visando a justiça. Ônus significa encargos e responsabilidades que as pessoas devem aceitar em benefício da sociedade e do bem comum, sempre com a finalidade de alcançar o interesse público. Todavia, bônus são os benefícios que os cidadãos recebem, como exemplo: honras e cargos.

Aristóteles aborda a ideia de forma semelhante aliando proporcionalidade ao justo.

Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom.
(ARISTÓTELES, 1991, p 101).

Entretanto a distribuição proporcional é feita de acordo com a terceira característica, análise do mérito. Neste contexto, é importante observar cada pessoa, analisando o seu mérito, ou seja, quais são seus talentos e assim atender da melhor forma a sociedade, conforme explica Bittar:

Portanto, a justiça distributiva é igualdade de caráter proporcional, pois é estabelecida e fixada de acordo com um critério de estimação dos sujeitos analisados. Esse critério é o mérito de cada qual que os diferencia, tornando-os mais ou menos merecedores de tais ou quais benefícios ou ônus sociais (desigualdades naturais e sociais). O critério de avaliação subjetiva não é único, variando para cada forma de governo e suas respectivas necessidades. (BITTAR, 2010, p 151).

Segundo Sandels, o conceito pode ser explicado através do exemplo da flauta, em que a melhor flauta deve ser dada ao melhor flautista, não ao mais rico ou mais bonito, pois seria injusta outra forma de distribuição. Analisando o mérito devemos dar as melhores flautas para os melhores flautistas, porque eles fazem por merecer as melhores flautas. Assim, devemos analisar quem são as pessoas que estão recebendo os bônus e os ônus. Contudo, para Aristóteles dependendo do regime político o mérito de ônus e bônus pode variar.

No cotidiano, a justiça distributiva pode ser analisada segundo alguns exemplos. No programa assistencial brasileiro, bolsa família, se determinada pessoa tem dificuldade de acesso a bens jurídicos e sociais, devido a questões sociais ou financeiras, o sistema busca amparar a pessoa com necessidades básicas para que ela possa ter condições de ter acesso a esses bens. Assim como outros programas,

como a política de cotas raciais ou sociais em universidades e concursos, que privilegiam um grupo social marginalizado para que este tenha acesso a bens jurídicos sociais visando proporcionar a propriedade igualitária de cada pessoa. Outro exemplo é a tarifação do imposto de renda, em que seguindo o conceito citado, aquele que tem mais riquezas deve contribuir mais com a sociedade do que a pessoa quem tem menos recursos. De acordo com as características da justiça distributiva ela deve atender o contexto social, e verificar cada pessoa com o objetivo de valorar grupos mais fracos e assim igualar a sociedade. Portanto, devemos analisar o mérito e contexto social de cada pessoa.

2 JUSTIÇA CORRETIVA

A justiça corretiva difere da justiça distributiva em diversos quesitos. Por exemplo, na relação de coordenação e não de subordinação, na igualdade aritmética e não igualdade proporcional, dentre outros. Para a justiça corretiva, independente dos entes envolvidos na relação jurídica social, ela deverá ser analisada da mesma forma, conforme explica Aristóteles:

Não faz diferença que um homem bom tenha defraudado um homem mau ou vice-versa, nem se foi um homem bom ou mau que cometeu adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, se uma comete e a outra sofre injustiça, se uma é autora e a outra é vítima do delito. (ARISTÓTELES, 1991, p 102).

Assim, a coordenação não analisa os entes, pressupõe-se que os entes são iguais, conforme o conceito típico do direito privado, ondes os entes da relação de justiça são iguais, não existindo superioridade entre eles.

A igualdade Aritmética pressupõe um conceito objetivo, ou seja, que não há apreciações subjetivas conforme a análise do mérito conforme abordado na justiça retributiva. O responsável pela igualdade aritmética é o juiz, que deve mediar a situação retirando uma parte de um e dando a outra fechando uma conta aritmética conforme explica o filósofo:

O igual é intermediário entre a linha maior e a menor de acordo com uma proporção aritmética. Por esta mesma razão é ele chamado justo (δίκαιον), devido a ser uma divisão em duas partes iguais, como quem dissesse δίχιον ; e o juiz (δικαστής) é aquele que divide em dois (διχαστής). Com efeito, quando alguma coisa é subtraída de um de dois iguais e acrescentada ao outro, este supera o primeiro pelo dobro dela, visto que, se o que foi tomado a um não fosse acrescentado ao outro, a diferença seria de um só. Portanto, o maior excede o intermediário de um, e o intermediário excede de um aquele de que foi subtraída alguma coisa. Por aí se vê que devemos tanto subtrair do que tem mais como acrescentar ao que tem menos; e a este acrescentaremos a quantidade pela qual o excede o intermediário, e do maior subtrairemos o seu excesso em relação ao intermediário. (ARISTÓTELES, 1991, p 103).

Assim, o fato de um cidadão ser mais pobre ou mais rico do que o outro não influenciará nas relações entre indivíduos. Por exemplo, na venda de um bem como um carro, tanto o rico como o pobre terão que destinar a mesma quantia para adquirir este bem.

Entretanto o filósofo faz uma ressalva relativo a reciprocidade dizendo que ela não se compara nem com justiça distributiva nem corretiva e sim como uma justiça do próprio.

Alguns pensam que a reciprocidade é justa sem qualquer reserva, como diziam os pitagóricos; pois assim definiam eles a justiça. Ora, "reciprocidade" não se enquadra nem na justiça distributiva, nem na corretiva, e, no entanto, querem que a justiça do próprio Radamanto signifique isso: Se um homem sofrer o que fez, a devida justiça, será feita. (ARISTÓTELES, 1991, p 104).

Aristóteles divide a justiça corretiva em dois momentos: voluntário e involuntário. Segundo o autor, voluntária é a situação que a pessoa entra na relação de justiça voluntariamente, ou seja, ela quis participar por vontade própria. O filósofo diz que a pessoa tem liberdade de estipulação e vinculação acerca do conteúdo da relação de justiça, ou seja, os entes que entram na relação de justiça, querem estabelecer a relação de liame. Como o contrato por exemplo, em que os

contratantes querem esse liame subjetivo. Bittar retrata a voluntariedade da conduta no seguimento abaixo:

Contudo, além da aplicação da justiça corretiva no reequilíbrio das associações humanas fundadas na voluntariedade do liame (contratos, pactos, trocas...), pode-se distinguir uma segunda espécie de justiça aplicável à reparação da situação anterior das partes que se encontram em relação, a saber, a justiça particular corretiva reparativa, que cumpre função primordial no âmbito das interações involuntárias. (BITTAR, 2010, p 157).

No direito civil brasileiro, se uma pessoa está sendo coagida a participar do contrato ele pode ser anulado, pois precisa da vontade de ambos. Os direitos são iguais, bilaterais e justos. A Relação de injustiça ocorre quando as partes compactuam em um acordo jurídico e uma pessoa da relação quebra o acordo ou contrato, pagando menos ou não entregando o produto desejado por exemplo, causando assim, um prejuízo a uma das partes. Segundo Aristóteles, a justiça corretiva é um dispositivo aritmético, porque a injustiça permite que uma parte fique em prejuízo e outra parte em benefício, pois quando uma pessoa entrega um objeto em perfeitas condições e a outra paga um valor menor do que o acordado, este obtém um benefício na relação de justiça.

Por outro lado, na involuntária o ente é forçado a entrar na relação de justiça. Como o exemplo do furto, codificado no código penal brasileiro no artigo 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

Neste caso, a apropriação está trazendo prejuízo a outro que não quis essa relação, ou seja, ele não quis participar da relação de injustiça, portanto, ela foi involuntária. Assim como a justiça distributiva e corretiva, o filósofo apresenta outro conceito, descrito como o justo da reciprocidade.

Procedem das trocas voluntárias, pois ter mais do que aquilo que é nosso chama-se ganhar, e ter menos do que a nossa parte inicial chama-se perder, como, por exemplo, nas compras e vendas e em todas as outras transações em que a lei dá liberdade aos indivíduos para estabelecerem suas próprias condições; quando, todavia, não recebem mais nem menos, mas exatamente o que lhes pertence, dizem que têm o que é seu e que nem ganharam nem perderam. Logo, o justo é intermediário entre uma

espécie de ganho e uma espécie de perda, a saber, os que são involuntários. Consiste em ter uma quantidade igual antes e depois da transação. (ARISTÓTELES, 1991, p104).

O objeto não é o mérito e contexto social, e sim um justo meio entre a perda e ganho, evitando o excesso ou a falta, logo é algo aritmético e matemático. O justo da reciprocidade se difere da justiça retributiva ou corretiva, porque não há subordinação entre as partes, assim como busca comportamentos proporcionais e não aritméticos. Segundo Aristóteles: "a reciprocidade deve fazer-se de acordo com uma proporção e não na base de uma retribuição exatamente igual" (ARISTÓTELES, 1991, p 104).

Como exemplo é remetido à época em que as trocas de bens materiais eram feitas por escambo, onde tornava-se complicado encontrar esse equilíbrio das negociações. Na busca da proporcionalidade o escambo foi substituído, posteriormente por um objeto monetário, como o dinheiro.

Eis aí por que todas as coisas que são objetos de troca devem ser comparáveis de um modo ou de outro. Foi para esse fim que se introduziu o dinheiro, o qual se torna, em certo sentido, um meio-termo, visto que mede todas as coisas e, por conseguinte, também o excesso e a falta. (ARISTÓTELES, 1991, p 105).

O dinheiro é algo que valora a mercadoria. Em uma sociedade mediana complexa, as pessoas não produzem tudo que usam, elas produzem algo e adquirem outras coisas. Aristóteles diz como trazer reciprocidade em coisas diferentes nessa troca sem perder o equilíbrio entre o ganho e a perda.

3 JUSTO LEGAL X JUSTO NATURAL

Aristóteles apresenta outros dois conceitos: justo legal e justo natural, ou Nomos x Physis para os gregos, em que este tem o significado pelo que existe por natureza, ou seja, a coisa que o homem não tem a capacidade de modificar, como a

gravidade por exemplo. O conceito provém do direito natural, tem características como universalidade, irrenunciabilidade e igualdade. Entretanto, Nomos, definido por regras ou normas, são contextos que o homem interfere na criação, ou seja, não é natural como por exemplo a escravidão. O Justo legal pode ser exemplificado também como as normas criadas pelo legislador visando regular as relações complexas entre indivíduos.

Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida: por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de uma mina, ou que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas, e também todas as leis promulgadas para casos particulares, como a que mandava oferecer sacrifícios em honra de Brásidas, e as prescrições dos decretos. (ARISTÓTELES, 1991, p 109).

4 EQUIDADE

Para entender justiça o autor aborda outro conceito chamado de equidade. Esse conceito serve para atenuar os rigores da lei ou resolver casos em que a lei precise de abordagens mais complexas. Aristóteles já sabia que as leis eram abstratas e universais, assim elas tinham o fim de atender os interesses gerais e comuns e não casos separados.

Quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão — era outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso. (ARISTÓTELES, 1991, p 118).

Logo, ele questiona como aplicar o geral e abstrato no particular e no caso completo? Segundo o filósofo, essa questão pode ser problemática, não sendo fácil aplicar, como o exemplo o furto. Todos que apropriam de algo alheio móvel recebem uma mesma sanção, mas se for alguém que está roubando algo para

comer, como o caso do furto famélico? Ou como penalizar o ajudante de pedreiro que necessitava do remédio para que sua esposa não viesse a falecer? Assim neste caso, como a lei pode ser dura demais, ela deve ser atenuada, diminuindo seu rigor.

Portanto, deve ser utilizado a equidade pelo responsável por julgar o caso usando desta racionalidade para atenuar a lei. A equidade é a justiça no caso concreto, não valendo da regra geral cegamente, observando o contexto individual em que a lei rigorosa será aplicada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dessa breve exposição acerca da concepção de justiça, é possível observar que o conceito para Aristóteles é visto como uma virtude, algo que deva ser praticado para ser assimilado. A justiça aristotélica pressupõe que o indivíduo deve tornar o ato de ser justo um hábito e que só assim ele será um bom cidadão, desta forma, ser justo e ser bom cidadão estão sempre unidos. O autor diz ainda que, ser justo é obedecer às leis, pois elas são feitas por todos os cidadãos e tem o intuito de preservar a sociedade. Da mesma forma, a pessoa que viola a racionalidade tende a ser injusta. Ele ainda aborda os conceitos de justiça retributiva e distributiva, onde essa deve atender o contexto social, buscando valorar grupos mais fracos e assim igualar a sociedade, entretanto, aquela independente dos entes envolvidos na relação jurídica social, ela deverá ser analisada da mesma forma. Aristóteles diz que a justiça Corretiva ou Retributiva se divide em voluntária e involuntária. A voluntária é a situação que a pessoa entra na relação de justiça voluntariamente, por vontade própria. Por outro lado, na involuntária o ente é forçado a entrar na relação de justiça, de forma coerciva. O autor ainda complementa a origem da justiça entre os conceitos de justo natural, que tem por base o direito natural e o justo legal, que se entende por regras positivadas no estado, aproximando do estudo do direito positivo. Por fim, Aristóteles traz a

reflexão de como aplicar a norma em casos específicos de forma que mantenha a proporcionalidade e não se pratique atos divergentes do conceito de justiça abordados, e para resolver esses as pessoas que detém o poder de julgar, como os juízes por exemplo deve nortear seus vereditos sempre em consonância com a equidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco**: Livro V, Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SANDEL. Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro. Editora civilização brasileira: 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.