

ISSN 1678-8729

**REVISTA ELETRÔNICA DE**  
**DIREITO**

**DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA**

**N.35 | Maio / Agosto 2018**

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO



**Newton**

## ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Barros Beldi

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Denise de Lourdes Oliveira

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Gláucia Corrêa

GESTOR DO INSTITUTO DE HUMANAS: Henry Julio Kupty

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva  
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton  
Paiva, 2003.

n.35, maio/ago. 2018

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.  
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA** **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

# EXPEDIENTE

## EDITOR

Michael César Silva

## CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade de Uberaba, Uberaba, Minas Gerais, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazzon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Ernani de Paula Contipelli | Unochapecó, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe Piazzari Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Sarsur Lucas da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz  
Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscatto | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton | <http://npa.newtonpaiva.br/npa>  
Projeto Gráfico: Ariane Lopes

# sumário





## APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....10-12

## ARTIGOS

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA TRABALHISTA E O PRIVILÉGIO DO JUIZ NA FIXAÇÃO DO SENTIDO NORMATIVO

ANDRÉ CORDEIRO LEAL | VINÍCIUS LOTT THIBAU .....13-25

A PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS: A REALIDADE DOS ACORDOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

ALEXANDRE ANTÔNIO BRUNO DA SILVA | MARCELLA MOURÃO DE BRITO..... 26-40

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL, DIREITO À MORADIA E MEIO AMBIENTE

ERNANI CONTIPELLI | MARJARA GARCÊZ MACIEL | KAREN BISSANI..... 41-56

A OPÇÃO PELO USO E A AUTORIZAÇÃO PARA PRODUÇÃO E FORNECIMENTO DE FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA

ROBERTO HENRIQUE PÔRTO NOGUEIRA | PAULA CAMILA VEIGA FERREIRA..... 57-72

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: INDEVIDA CONCESSÃO OU APLICAÇÃO DE BENEFÍCIO FINANCEIRO OU TRIBUTÁRIO INERENTE AO ISSQN

JOSÉ ANTONIO REMEDIO | THIAGO HENRIQUE TELES LOPES..... 73-87

EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM UM MUNICÍPIO DO AGRESTE DE PERNAMBUCO: UM ESTUDO EMPÍRICO

FERNANDO DA SILVA CARDOSO | MARIA ALBA DA SILVA..... 88-108

A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ATRAVÉS DA ARBITRAGEM: O AFASTAMENTO DO POSITIVISMO CLÁSSICO

CARLOS ALBERTO FERRI | ESTEVÃO CAMPOS | JONATAS ROBERTO DE OLIVEIRA..... 109-119

A RESSIGNIFICAÇÃO DA FUNÇÃO JUDICIAL NA PROTEÇÃO DAS MINORIAS: CONTRIBUTOS DAS TEORIAS DA INTEGRIDADE DE DWORKIN E DA INTERPRETAÇÃO DE GADAMER

LETÍCIA MOUSQUER RITTER | THAMI COVATTI PIAIA.....120-133

CRIMINOLOGIA VERDE E ABUSO ANIMAL: UMA INTRODUÇÃO NECESSÁRIA

FERNANDA DALLA LIBERA DAMACENA | BRUNA DA ROSA JUNG..... 134-147

OS TÍTULOS DE CRÉDITO COMO INSTRUMENTOS NA OPERAÇÃO DE SECURITIZAÇÃO NO BRASIL

ROBERTO LINCOLN DE SOUSA GOMES JÚNIOR | ALISSON JOSÉ MAIA MELO..... 141-158

# apresentação



A releitura crítica e construtiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da análise do posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Pátrios, apresenta-se como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir a reflexão de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) destaca-se como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O periódico encontra-se classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato B1* do Sistema *Qualis* de Periódicos Científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, encontra-se inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que apresentamos o segundo número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2018 (n.35, maio/ago. 2018).

Agradecemos aos autores pela confiança assentada em nossa revista para fins de publicação de suas pesquisas e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações.

O presente número do periódico compõe-se por 10 (dez) trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

Os professores doutores André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau apresentam interessante abordagem sobre a questão da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito do Trabalho, perpassando pela reforma trabalhista e tecendo críticas contundentes sobre a atuação juiz na fixação do sentido normativo, tendo por suporte o racionalismo crítico de Karl R. Popper.

No segundo artigo, Alexandre Antônio Bruno da Silva, Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito pela UFC/CE, Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Centro Universitário Christus e Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE) e Marcella Mourão de Brito, Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) discorrem sobre a promoção de direitos fundamentais a partir da implementação de métodos consensuais de gestão de conflitos, em especial, a conciliação, na Justiça do Trabalho, com a finalidade de resolução efetiva de conflitos sociais, analisando, ainda, a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos como uma relevante política pública.

*Cooperação internacional, direito à moradia e meio ambiente*, texto de autoria de Ernani Contipelli, Pós-Doutor em Direito Político Comparado pela Universidad Pompeu Fabra e em Direito Constitucional Comparado pela Universidad Complutense de Madrid, Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP, Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP e Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó/SC, em coautoria com Marjara Garcêz Maciel e Karen Bissani, Mestrandas em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó/SC examinam a intensificação do processo de globalização e seus impactos na relação entre direito à moradia e meio ambiente, propugnando a adoção de um processo de globalização inclusivo, balanceando ordem internacional e interna, tendo por arcabouço a teoria do Estado Constitucional Cooperativo.

Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas e Professor Adjunto do Curso de Graduação e Mestrado Acadêmico em Direito da UFOP/MG e Paula Camila Veiga Ferreira, Mestranda em Novos Sujeitos, Novos Direitos pela UFOP/MG abordam a controvérsia envolvendo a produção e fornecimento indiscriminado de fosfoetanolamina sintética ou “pílula contra o câncer” a sujeitos vulneráveis, por questões de saúde, dentro da perspectiva de garantia de efetivação do direito à saúde. O trabalho discorre com precisão sobre a questão da autonomia decisória e exigências técnico-científicas para a aprovação de medicamentos, dentro de padrões éticos e orçamentários, com interessantes conclusões sobre a temática.

Do Estado de São Paulo, José Antonio Remedio, Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) e Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), em conjunto com Thiago Henrique Teles Lopes, Mestrando em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) apresentam relevante estudo crítico-analítico sobre os impactos da Lei Complementar n. 157/2016, que promoveu, entre outras modificações, a inclusão do artigo 10-A na Lei de Improbidade Administrativa. Nessa linha de raciocínio, examinam a existência da categoria de improbidade administrativa relacionada a indevida concessão ou aplicação de benefício financeiro ou tributário inerente ao ISSQN, tendo por consequência a imputação de responsabilidade dos agentes públicos envolvidos.

*Efetivação de direitos de crianças e adolescentes em um município do agreste de Pernambuco*, estudo de caso de autoria de Fernando da Silva Cardoso, Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco e Professor do Curso de Direito da Universidade de Pernambuco, em conjunto com Maria Alba da Silva, Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca/Pernambuco, analisam o panorama hodierno de efetivação dos direitos das crianças e adolescentes em Pernambuco, perpassando pela apreciação dos casos de violações à integridade física das crianças e adolescentes, pela atuação dos Conselhos Tutelares e, por fim, destacando a necessidade de implementação de uma rede efetiva de proteção aos direitos e garantias das crianças e adolescentes.

No sétimo artigo, Carlos Alberto Ferri, Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), Mestre em Direito pela Unimep e Coordenador-Adjunto no Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP) em coautoria com Estevão Campos, Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) e Bolsista CAPES/PROSUP e Jonatas Roberto de Oliveira, Graduado em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP) propõem interessante análise sobre a resolução de conflitos, por meio da utilização de métodos alternativos de solução de conflitos, em especial, a arbitragem, tendo por linha de intelecção os preceitos normativos delineados pelo pós-positivismo.

Letícia Mousquer Ritter, Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos) e Professora na Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) e Thami Covatti Piaia, Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) produzem rica investigação científica sobre a temática da resignificação da função judicial na proteção das minorias, com suporte nas Teorias da Integridade de Dworkin e da Interpretação de Gadamer, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Do Estado do Rio Grande do Sul, Fernanda Dalla Libera Damascena, Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/Berkeley Law School, Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Professora de Direito Ambiental e Bruna da Rosa Jung, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais discorrem sobre o conceito de Criminologia Verde e enfatizam como a vulnerabilidade e o abuso dos animais se inserem nesse contexto, com a finalidade de ampliar as soluções existentes em torno dos conflitos sobre a tutela animal no País.

Fechando o presente número da revista, Roberto Lincoln de Sousa Gomes Júnior, Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), Professor de Pós-Graduação *Stricto Sensu* e de Graduação no Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Coordenador e Professor de Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* na Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e Alisson José Maia Melo, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Professor de Direito Empresarial do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) analisam a temática relacionada as operações de securitização no Brasil, envolvendo títulos de crédito, como relevantes estratégias empresariais para a captação de recursos no mercado de capitais, apresentando peculiares conclusões.

Por fim, cumpre destacar a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP), elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores, e do compromisso intelectual de qualidade editorial do periódico.

Esperamos que o diálogo e as reflexões propostas pelos autores nos articulados aqui publicados possam colaborar para futuras pesquisas, e, para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

**Professor Doutor Michael César Silva**

Editor da Revista Eletrônica de Direito do

Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP)

# A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA TRABALHISTA E O PRIVILÉGIO DO JUIZ NA FIXAÇÃO DO SENTIDO NORMATIVO

## THE DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF LABOR PROOF AND THE PRIVILEGE OF THE JUDGE IN FIXING THE NORMATIVE MEANING

André Cordeiro Leal <sup>1</sup>  
Vinícius Lott Thibau <sup>2</sup>

**RESUMO:** Com base no método lógico-dedutivo do racionalismo crítico de Karl R. Popper, o artigo busca testar a hipótese de que, ao estabelecer as previsões legais autorizativas da distribuição judicial do ônus da prova, a Consolidação das Leis do Trabalho vale-se de expressões indemarcadas, condicionando à sensibilidade do juiz a fixação das situações que requerem ou não a distribuição dinâmica. Para tanto, apresenta argumentos que visam a sustentar a afirmação de que a denominada reforma trabalhista apenas radicaliza o solipsismo judicial já presente desde a edição da CLT, em nada colaborando para a implementação da democraticidade jurídica pretendida pela Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** CLT; prova; jurisdicionalismo; democraticidade jurídica; reforma trabalhista.

**ABSTRACT:** Based on the logical-deductive method of critical rationalism of Karl R. Popper, the article tests the hypothesis that the, when establishing the legal forecasts authorizing the judicial distribution of the burden of proof, the “Consolidação das Leis do Trabalho” uses not demarcated expressions, conditioning to the sensitivity of the judge the fixation of situations that require or not the dynamic distribution. From there, it concludes that the so-called labor reform only radicalizes the judicial solipsism already present in the CLT, nothing collaborating for the implementation of the constitutional democracy provided for in the Constitution of 1988.

**Keywords:** CLT; evidence; judicial power; constitutional democracy; labor reform.

---

1 Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Titular da Universidade FUMEC, onde leciona nos cursos de Graduação em Direito e Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Professor do curso de Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual do IEC PUC Minas. Membro do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Advogado e Economista.

2 Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, instituição de ensino superior na qual também atua como Presidente da Comissão de Estudos sobre o Novo CPC. Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Cível da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais. Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil e Argumentação Jurídica do IEC PUC Minas. Membro do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

Até a superveniência da denominada reforma trabalhista, o ônus da prova se distribuía segundo uma regra estática, de acordo com a qual ao autor incumbiria a prova do fato constitutivo de seu direito e, ao réu, a prova do fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor. Assimilando as diretrizes da distribuição dinâmica do ônus de provar, no entanto, a Lei nº 13.467/2017 passou a autorizar, também, pelos parágrafos acrescentados ao art. 818 da CLT, que o juiz realize a distribuição da prova de maneira diversa, desde que presentes as hipóteses previstas no parágrafo primeiro desta regra.

Ao permitir a distribuição ope judicis do ônus de provar sempre que identificada uma “impossibilidade”, uma “excessiva dificuldade” ou uma “maior facilidade” de se desincumbir do encargo probatório, porém, a Consolidação das Leis do Trabalho vale-se de expressões indemarcadas para que a distribuição referida se realize, condicionando à sensibilidade do juiz o estabelecimento das situações que requerem ou não a distribuição do ônus probatório.

O que aqui se conjectura, não obstante, é que, longe de representar qualquer novidade, a opção que se fez pela distribuição dinâmica do ônus de provar apenas reproduz a truculência impregnada no direito dogmático, que, passando pelo ensino de Oskar von Bülow, situa o juiz no lugar especial de fixação solipsista do sentido normativo. Afirma-se que, também quanto ao tema da prova, o julgador conserva o privilégio da interpretação, isentando-se de qualquer controle intradiscursivo que um projeto democrático estaria a exigir.

## 2 DOGMÁTICA TRABALHISTA E O PROCESSO COMO INSTRUMENTO PARA A ATUAÇÃO DO DIREITO MATERIAL

Na dogmática trabalhista, é frequente a afirmação de que o direito processual deva ser compreendido como mero serviçal do direito material. Como anunciado em publicação anterior, contudo, a “compreensão subjacente a essa assertiva é a de que as normas processuais só ganham relevância quando há conflitos acerca das normas materiais, ou seja, quando surgem controvérsias sobre bens jurídicos protegidos ou criados pelo cognominado direito material” (LEAL; THIBAU, 2016, p. 47).

Por essa perspectiva, a norma processual destina-se a viabilizar a atuação da jurisdição, que é instada a decidir sempre que inauguradas divergências acerca da interpretação e da aplicação da norma material. O processo impõe-se tão só como um instrumento apto a situar o juiz como o jurisdizante exclusivo do direito aplicável à hipótese debatida, consistindo em apenas um meio permissivo do exercício do poder estatal no recinto de atuação normativa, como se estampa nos escritos de Mário Pasco (1997, p. 51):

o Direito Processual do Trabalho é, por definição objetiva, um direito instrumental; sua finalidade “é de atuar, na prática, tornando efetivo e real o Direito Substantivo do Trabalho” (Giglio, 1984, p. 374). Para esse fim, o processo deve guardar adequação com a natureza dos direitos que nele se controvertem; e se as controvérsias e conflitos trabalhistas são intrinsecamente distintos das controvérsias comuns, é indispensável a existência de um direito processual que, atento a essa finalidade, seja adequado à natureza e caracteres daqueles.

É o que também se lê no magistério de Amauri Mascaro Nascimento (2007, p. 59), segundo o qual o direito processual do trabalho “é o ramo do direito processual destinado à solução judicial dos conflitos trabalhistas.” Uma lição que é compartilhada por Sérgio Pinto Martins (2010) e Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 66) que, ao se pronunciar sobre as interfaces entre a chamada teoria geral do direito processual e o direito processual do trabalho, assevera:

[...] o processo contemporâneo deve estar a serviço do direito material, de modo a propiciar ao cidadão não apenas o acesso à jurisdição, mas, sobretudo, o acesso a uma ordem justa, a fim de

que sejam realizados os escopos social, político e jurídico acima apontados. Nessa perspectiva, é que se deve compreender a autonomia de cada subsistema do direito processual, propiciando, assim que os diversos processos cumpram os seus escopos em harmonia com os valores objetivados pelo ordenamento jurídico destinado a tutelar os direitos materiais. Sintetizando, a teoria geral do direito processual tem por objeto a investigação ampla dos grandes princípios, dos grandes institutos, das grandes estruturas, das grandes garantias, dos grandes conceitos, dos grandes esquemas lógicos e universais comuns a todos os subsistemas do direito processual. Já a teoria do direito processual do trabalho tem objeto mais delimitado, porquanto investiga setores específicos do processo do trabalho, as suas estruturas peculiares, os conceitos próprios e os valores especiais almejados pelo direito material do trabalho.

De acordo com a literatura especializada, portanto, o processo erige-se como coadjuvante dos magistrados. O processo continua sendo conceituado como uma relação jurídica de direito público que se desenvolve entre juiz (tribunal), autor e réu e que se estrutura por vínculos que subordinam as partes ao julgador, a quem cabe, na condição de autoridade, dizer o direito. Uma concepção que foi apresentada por Oskar von Bülow em 1868, radicalizada por ele em 1885, e que, atualmente, é recepcionada pela dogmática processual-trabalhista sem ressalvas relevantes.

Incrivelmente, o que se vê de pesquisas formalizadas após o advento da Constituição brasileira de 1988 e, igualmente, da Lei nº 13.467/2017, é que, entre os estudiosos do direito processual do trabalho, ainda prepondera o entendimento de que o processo é uma relação jurídica triangular,<sup>3</sup> a qual, por sua vez:

[...] é instrumental, uma vez que o processo é um instrumento a serviço do direito material. O objeto da relação jurídica processual é uma decisão de mérito (prestação jurisdicional) que entregue ao autor o bem que constitui o objeto da relação jurídica de direito material controvertida (pagamento de horas extras, etc.) ou determine que o réu faça (reintegração no emprego) ou deixe de fazer alguma coisa (abstenha-se de dispensar o empregado estável). Por isso, se diz que o objeto primário da relação jurídica processual é a decisão e o objeto secundário é a pretensão posta em juízo (bem da vida postulado na expressão de *Dinamarco*). (SCHIAVI, 2018, p. 73).

É de Cândido Rangel Dinamarco (1996), aliás, a inusitada afirmação de que a jurisdição deve ser compreendida como o eixo sistêmico de todo o direito processual, não só em razão da compreensão publicista do sistema, como, também, pelos postulados do Estado Social, que, atualmente, o autor da Escola Paulista entende vigorar. Abonando o já denunciado paradoxo de uma teoria geral do processo não centrada no processo (LEAL; THIBAU, 2018), o processualista de São Paulo é taxativo em afirmar:

Por ser individualista e restrita ao processo civil, desmerece apoio a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual. Nem o processo merece tal colocação, porque não é fonte substancial de emanção e alvo de convergência das idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. Dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é um instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema). Isso destitui o processo, como instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra. (DINAMARCO, 1996, p. 79).

Compreendido o processo como um instrumento destinado à atuação da jurisdição na dicção do direito, entretanto, acata-se uma ideologia que é produtora e reprodutora de cogitações que se mostram absolutamente incompatíveis com o projeto democrático a que faz referência o art. 1º da CB/88. Se adotados os conceitos de processo e de jurisdição hauríveis da teoria bülowiana, todos os

3 É o que se lê, por amostragem, na publicação de Carlos Henrique Bezerra Leite (2018).

esforços envidados em prol de uma interpretação não dogmática da normatividade serão insuficientes, porque a fixação do sentido da lei estará fadada a depender da autoridade judiciária, que exerce o papel de protagonista no recinto procedimental.

Nota-se que, ainda que de forma embrionária, na proposição inicial de Oskar von Bülow (1868), a quem os autores que se dedicam ao estudo do direito processual do trabalho prestam homenagens, teorizou-se não somente a distinção das relações de direito material e de direito processual, a partir da autonomia, da progressividade, da complexidade, da unicidade, da triangularidade e do caráter público desta (CARREIRA ALVIM, 2005), como, também, o protagonismo judicial, uma vez que, nestes escritos, já se anunciava uma hierarquia entre os chamados sujeitos do processo, atribuindo-se ao julgador uma posição de destaque no controle da relação processual que possibilita a superveniência de decisão acerca do cognominado direito material.

Uma proeminência que se radicalizou em *Gesetz und Richteramt* (BÜLOW, 2003), quando a magistratura foi indicada, pelo jurista alemão, como a responsável única pela interpretação, aplicação e até mesmo atualização do direito. Isso porque, nos escritos de Oskar von Bülow, a ampliação dos poderes do juiz foi acolhida como solução eficaz ao enfrentamento do formalismo defendido pela Escola Histórica e pela Jurisprudência dos Conceitos (WIEACKER, 2004), que, à época, era tido como antiquado e perigoso para a operacionalização do direito na Alemanha.

Como exposto em sedes diversas (LEAL, 2008; LEAL; THIBAU, 2015a; 2015b; 2016), a proposição de Oskar von Bülow fundou-se no argumento central de que, não existindo determinação jurídica legal para cada problema concreto, seria necessário acentuar o “primado da vontade, do sentimento ou da intuição” (LARENZ, 1997, p. 79) dos juízes.<sup>4</sup> Somente dessa maneira seria possível confrontar as imperfeições de uma legislação que, pelas lições bülowianas de 1885, não se mostrava capaz, *per se*, de garantir os interesses sociais em sua integralidade.

Segundo esclarece Oskar von Bülow (2003, p. 37), diante da fragilidade que acomete o legislador, cabe ao magistrado atuar de modo ativo em prol da condução segura dos destinos da nação. Por isso, no ato de decidir, o juiz deve garantir a coerência do direito e,

Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo que os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração escusante, nem qualquer artifício jurídico, pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências entre as decisões judiciais e os dispositivos legais serão, mesmo assim, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las com o selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa além de que o juiz deve ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas!<sup>5</sup>

4 Com base nessa pretensão é que Oskar von Bülow foi apontado por André-Jean Arnaud e María José Farinas Dulce (2000) como um dos precursores do Movimento do Direito Livre na Alemanha.

5 No original: “Wenn es nun deshalb oft genug vorkommt, da richterliche Urtheile dem wahren Sinne und Willen des Gesetzes zuwiderlaufen, so ist dies gewi ruhigen Muthes als ein unvermeidliches Geschick zu erdulden, als ein Tribut, welchen die Gesetzgeber und Richter der Schwäche des menschlichen Mittheilungs – und Erkenntni vermögens zollen. Aber weder diese entschuldigende Ueberlegung noch irgend ein juristisches Kunststück kann uns über die offen vorliegende Wahrheit hinwegleiten lassen, da alle die vielen Abweichungen der richterlichen Rechtssprüche von de gesetzlichen Rechtssatzung dennoch durch die Staatsgewalt *rechtlich bestätigt werden*. Der Staat is *genöthigt*, sie sich *gefallen zu lassen*, auch *sie* mit dem Stempel der Rechtskraft zu versehen. Auch *das gesetzwidrige Urtheil* ist doch *rechtsverbindlich*. Es ist wie jedes richterliche Urtheil eine von Staat ausgehende, vom Staat gebilligte, vom Staat mit seiner Zwangsgewalt ausgestattete Rechtsbestimmung! Damit ist aber nichts Anderes gesagt, als da der Richter vom Staate *ermächtigt* ist, auch solche Rechtsbestimmungen vorzunehmen, die nicht im Gesetzesrecht enthalten, sondern lediglich von *Richter* gefunden, ja erfunden, *von ihm, nicht vom Gesetze gewählt und gewollt sind*.”



Com base nessas considerações é que, desde 1885, a magistratura vem se notabilizando pelo exercício de um poder que, distanciando aqueles que mandam daqueles que obedecem,<sup>6</sup> situa o agente do juízo como pessoa habilitada a decidir solitariamente o destino dos demais, inclusive no âmbito trabalhista. A partir da publicação de *Gesetz und Richteramt* (Lei e Magistratura), a lei é acolhida apenas como um mero referencial, o qual, no entanto, pode ser afastado ou colmatado pelo pronunciamento judicial decisório, que é o ato que estabelece o caminho correto a ser trilhado pelos integrantes da nação.

Foi este o maior desserviço prestado por Oskar von Bülow ao direito democrático: enunciar uma teoria que pressupõe, desde sempre, que o processo é tão somente um instrumento para o exercício da jurisdição, que, como atividade dos juízes e, ao mesmo tempo, poder estatal, isenta-se de qualquer controle consistente (LEAL, 2008). A atribuição, ao juiz, da missão de dizer solitariamente o direito regente da situação *sub judice*, com o ajuste das normas oriundas da legalidade faltosa que sejam consideradas contrárias ao bem comum ou ao interesse social, assim como com a criação judicial de normas que busquem preencher as lacunas existentes nos ordenamentos jurídicos, é indicativa de que a teoria do processo como relação jurídica de direito público filia-se, de modo irrestrito, à ciência dogmática do direito, aproveitando-se de seus fundamentos para o afastamento do direito dos cidadãos construírem o seu próprio destino jurídico.

O mais perverso legado deixado pela proposta daquele que é considerado o criador da ciência do processo,<sup>7</sup> com efeito, foi o seu pano de fundo jurisdicionalista, que somado a uma pressuposta incompletude fatal da lei, toma o espaço de interpretação e de aplicação do direito como *locus* dogmático de atuação dos juízes. É que, como acentua Rosemiro Pereira Leal (2013, p. 3), ao se pronunciar sobre o direito processual democrático:

Quando é crido que a *lei* contém uma incompletude fatal e que as *leis* não regulam a sua própria aplicação, ainda não se cogitou de uma teoria da lei [...]. Preconizar a completude ou incompletude da lei é fenômeno acessível ao senso comum do conhecimento, mas dizê-las fatais como justificação de lhes sobrepor a tirania da vontade da autoridade judicante é desistir de pensar, conjecturar, teorizar.

Em outros termos, embora seja defensável para os processualistas alinhados ao paradigma do Estado Social que, entre nós, devam atuar juízes aptos a prestar socorro aos cidadãos desprovidos de proteção quanto aos seus direitos – daí a chamada prestação da tutela jurisdicional –, é de se registrar que, no Estado Democrático de Direito, há de se instalar um compartilhamento decisório quanto à interpretação e aplicação da normatividade fundada no discurso legal escrito, sob pena de se tornarem imprevisíveis as consequências jurídicas das condutas comissivas ou omissivas que esses cidadãos possam adotar.

Se, como se lê na dogmática trabalhista, o processo continuar sendo compreendido como simples instrumento para o magistrado dizer solitariamente o direito, o caráter oculto do sentido normativo será preservado para viabilizar a reafirmação de um “*saber interpretar* que, extrapolando o sujeito da enunciação da norma (o legislador), só adquire *inteligibilidade fora* do próprio discurso normativo (LEI) que é o lugar extraceptivo (estado textual de exceção) no qual a *auctoritas* interdita o sentido da lei por consentimento da própria lei” (LEAL, 2012, p. 187).

É exatamente o que vem ocorrendo na área trabalhista, há muitos anos, em relação ao direito probatório. A possibilidade da distribuição judicial do ônus da prova está atrelada ao sentimento do juiz trabalhista, o qual, seguindo as lições bülowianas do final do século XIX, posta-se como decisor dos destinos da nação brasileira no âmbito juslaboral.

6 Sobre esse conceito de poder, confira a publicação de José Alfredo de Oliveira Baracho (1977).

7 Dentre os autores que anunciam Oskar von Bülow como o criador da ciência do processo, destaca-se Hélio Tornaghi (1987).

### 3 ATIVISMO JUDICIAL PROBATÓRIO E O PROCESSO JUDICIÁRIO DO TRABALHO

Em 13 de julho de 2017, foi publicada a Lei nº 13.467, cuja vigência se deu após cento e vinte dias. Dentre outras alterações relevantes, muitas das quais questionadas por ações diretas de inconstitucionalidade, a cognominada reforma trabalhista alterou o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, que passou a versar sobre o ônus da prova da seguinte forma:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no §1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Como registra Bruno Ferraz Hazan (2018, p. 238), por essas determinações, “o art. 373 do CPC (distribuição do ônus da prova) foi quase que totalmente copiado”, excluindo-se do art. 818 da CLT apenas as normas autorizativas da convenção das partes sobre o ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º, do CPC) e determinando-se, pela nova redação do dispositivo constante da Consolidação das Leis do Trabalho, que a distribuição *ope judicis* do ônus da prova deva ocorrer antes da inauguração da instrução, a fim de que a parte que receba o encargo probatório por decisão judicial possa ter a oportunidade de se desincumbir deste.

O art. 818 da CLT, não obstante, acolheu, sem qualquer distinção, as hipóteses autorizativas da distribuição judicial do ônus da prova presentes no Código de Processo Civil de 2015 e é aí que reside o problema cujo enfrentamento se pretende realizar neste escrito. Isso porque, tal como previsto no art. 373, §1º, do CPC, a norma haurida do art. 818, §1º, da CLT, dispõe que a distribuição judicial do ônus da prova pode se basear nas hipóteses legalmente previstas ou nas peculiaridades da causa, não esclarecendo, porém, qual é o significado normativo de “impossibilidade” ou de “excessiva dificuldade” de cumprir o encargo probatório segundo a regra geral do ônus de provar prevista no *caput* e nos incisos do mesmo dispositivo legal ou, mesmo, o sentido de “maior facilidade” em se provar o fato contrário.

O que disso se depreende é que, embora a distribuição dinâmica do ônus da prova seja frequentemente reconhecida como técnica hábil à implementação da melhor aptidão para a prova, com base nas teses de Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini (2008),<sup>8</sup> diante da ausência de qualquer parâmetro normativo a respeito do significado das expressões “impossibilidade”, “excessiva dificuldade” e “maior facilidade”, a realização da distribuição judicial do ônus probatório estará sempre a depender de percepções singularíssimas do magistrado, a quem caberá dizer quais são as situações que autorizam ou rechaçam a distribuição do ônus de provar, a partir de uma prévia e indispensável delimitação do grau de dificuldade ou de facilidade atinente à atividade probatória a ser desenvolvida.

8 Consoante afirma Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 123), “O fundamento para a aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e da facilidade do acesso às fontes de prova.”

De conseguinte, não obstante Carlos Henrique Bezzerá Leite (2018, p. 815) afirme que a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista fundamente-se nas normas principiológicas “da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade formal e substancial das partes (CF, arts. 3º, III, 5º, *caput*), do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), da lealdade, boa-fé e veracidade (NCPC, arts. 77, 79, 80, 81 e 139) e da cooperação (NCPC, arts. 378, 379, 386 e 396)”, o seu incremento está atrelado à sensibilidade do julgador, a quem caberá estabelecer quais são os fatos que devem ser provados de acordo com a regra geral do ônus probatório e, ainda, os que não se submetem a esta regra geral pela ocorrência da distribuição diversa do ônus de provar.

Foi com fulcro no senso de justiça do juiz trabalhista, aliás, que, mesmo antes do advento das leis nos 13.105/15 e 13.467/17, a jurisprudência brasileira já acolhia a teoria da distribuição judicial do ônus da prova em quatro classes de ações:

- (a) as ações judiciais que denunciam discriminações (em geral e nas relações de trabalho);
- (b) as ações judiciais que denunciam os atentados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, no âmbito trabalhista, as graves violações aos deveres patronais de manutenção de um meio ambiente laboral hígido, seguro e ergonômico;
- (c) as ações judiciais que denunciam atos de violação da privacidade e da intimidade da pessoa humana (em geral e nas relações de trabalho);
- (d) as ações judiciais que denunciam assédio sexual e/ou assédio moral (*mobbing*). (FELICIANO, 2008, p. 105-106).

Consoante expõe Guilherme Guimarães Feliciano (2008, p. 105), a distribuição *ope iudicis* do ônus da prova impôs-se, há muito, na área trabalhista, “à luz da própria doutrina e jurisprudência vanguardistas”. À frente do seu tempo, e também da legislação, a magistratura trabalhista, de fato, jamais cessou a sua atividade tutelar e, inclusive antes do advento dos arts. 373, §1º, do CPC, e 818, §1º, da CLT, encarregou-se de, igualmente, aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em ações individuais nas quais se debatia a respeito da jornada de trabalho, da concessão de vale transporte, da regularidade dos depósitos relativos ao FGTS, da existência de sucessão trabalhista e do encargo da Administração Pública em fiscalizar o cumprimento do contrato em hipótese de terceirização em que estivesse envolvida.<sup>9</sup>

Muito atentos ao magistério de Oskar von Bülow, logo, os juízes trabalhistas se notabilizaram por atualizar o direito vigente de modo prestante e eficiente, valendo-se do processo como um arsenal técnico idôneo a viabilizar a atuação de uma determinação jurídica que, embora não estivesse prevista pelo direito legislado, deveria ser encontrada pelos julgadores, criadas por eles ou simplesmente aplicadas porque escolhidas e desejadas, a partir do marco teórico produzido pelo festejado autor alemão.

É o que permanece ocorrendo nos dias hoje, em que o sentimento do julgador trabalhista apresenta-se como fundamental para o incremento ou não da distribuição dinâmica da prova. Como leciona Mauro Schiavi (2018, p. 725), ao se pronunciar sobre o que denomina moderna teoria da carga dinâmica do ônus da prova:

No processo do trabalho, diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta as condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova, aplicando a teoria do ônus dinâmico da prova. O Juiz do Trabalho, como reitor do processo (art. 765 da CLT), deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade.

O que importa destacar, com efeito, é que a norma disposta no art. 818, §1º, da CLT, entrega ao magistrado trabalhista o privilégio da significação normativa a que faz alusão Edward Lopes (1978). Com isso, a chamada reforma trabalhista adere à autocracia marcante do intitulado Processo

Judiciário do Trabalho, que vigora desde o “Estado Novo, de inspiração fascista, reinante em 1943, implantado no Brasil a partir de 1937 pelo ditador Getúlio Vargas, ao tempo do lançamento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), via Decreto-lei nº 5.452, de 1º/5/1943, outorgado pelo Executivo” (BRÉTAS, 2015, p. 188).

#### **4 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA TRABALHISTA E O PRIVILÉGIO JUDICIAL NA FIXAÇÃO DO SENTIDO DO DISCURSO LEGAL**

Ingeborg Maus (2010, p. 1) já advertia, em 2010, quando do lançamento da tradução brasileira de sua obra, *O Judiciário como Superego da Sociedade*, que havia, no Brasil, um movimento de “apropriação crescente das liberdades pelo direito, em um processo de judicialização da política, orquestrada pela associação entre juízes e promotores”.

A referência feita à judicialização da política, que não interessa, diretamente, para as conjecturas que aqui lançamos, apresenta-se, no entanto, como um importante sintoma da apropriação do direito pelos juízes, que, de acordo com Ingeborg Maus (2010, p. 122), além de estar identificada “nas famosas reflexões de Oskar Bülow”, mostra-se visível, igualmente, na Alemanha de Adolf Hitler.

É que, pelos artigos científicos reunidos na obra de Ingeborg Maus, destacam-se os desdobramentos da anulação da metodologia do direito em prol de uma infiscalizável atividade decisória dos juízes alemães e, ademais, em razão de equívocos na interpretação daquilo que ocorrera na Alemanha nazista, a continuidade de práticas decisórias no pós-guerra que insistem na insuficiência do direito legislado e na desvinculação radical da atividade judiciário-decisória dos discursos legais escritos – o que, para a pesquisadora, erige-se bastante questionável do ponto de vista democrático.

A síntese das ácidas críticas que Ingeborg Maus (2010, p. 221) dirige a autores como Friedrich Müller, Hans-Georg Gadamer, Ronald Dworkin e Jacques Derrida, aliás, está em que, por suas respectivas concepções, “é sempre o próprio juiz que decide em qual medida e de qual forma ele ainda quer fazer uso do direito escrito.” Em outros termos, assinala Ingeborg Maus que, em consonância com os fundamentos ideológicos da teorização bülowiana de processo, verificou-se, durante todo o século XX, o esvaziamento da importância da atividade legislativa e, de conseqüente, do discurso legal, frisando que, em alguns momentos históricos, o próprio legislador rendeu-se a essa afirmada insuficiência, fazendo-o pela adoção de expressões propositadamente indemarcadas no discurso da lei, de molde a permitir aos magistrados o exercício de uma jurisdição conforme o caso.

É o que se identifica, atualmente, em relação à temática da prova trabalhista. Quando se examinam as hipóteses de cabimento da distribuição *ope judicis* do ônus de provar estabelecidas pela intitulada reforma trabalhista, vê-se que as perversas estratégias denunciadas por Ingeborg Maus repetem-se no discurso da Lei nº 13.467/2017, por via da qual se abre, explicitamente, uma fratura normativa permissiva de que, na fixação do sentido da norma haurível do art. 818, §1º, da CLT, intrometa-se a sensibilidade do julgador trabalhista. Expressões como “impossibilidade”, “excessiva dificuldade” e “maior facilidade” de cumprimento do encargo probatório remetem as condições de aplicação da lei aos estados mentais do juiz (POPPER, 2002) e, assim, afastam qualquer forma de controle consistente acerca da interpretação da norma relacionada ao dispositivo mencionado.

É, por isso, que a teoria neoinstitucionalista do processo (LEAL, 2017), ao resgatar, com base nas proposições popperianas, a importância do discurso escrito (formalizado) ao controle da atividade interpretativo-normativa, reconhece a parcial contribuição das cogitações linguísticas de Edward Lopes acerca das relações existentes entre discurso, texto e significação para a implementação de um direito que se pretenda democrático.

Merece mesmo registro que, ao desenvolver uma proposta linguística sobre a importância do

interpretante na determinação do sentido do discurso em substituição ao lugar privilegiado que ao intérprete se costuma reservar, Edward Lopes (1978, p. 6) afirma que “o discurso é o resultado do fazer do destinador”, sendo o texto, de outra face, o “resultado do destinatário, ao refazer, na leitura, o fazer do destinador”. Em consequência, reconhece que o texto não é simplesmente aquilo que está escrito, mas o resultado da interpretação do discurso escriturado, asseverando, a partir daí, que um mesmo discurso pode, de maneira perturbadora, dar origem a vários textos, ou seja, a várias interpretações.

Segundo o autor:

O discurso perturba porque é do outro (que é, virtualmente, um oponente), e porque ele é, como o “outro”, enigmático, constituindo um problema a resolver; na passagem do discurso ao texto conta-se, subjacentemente, de uma narrativa que vai do não saber ao saber. Ora, ser enigmático não quer dizer ser desprovido de sentidos, mas, pelo contrário, ter sentidos demais – ser conotado –, e escapar, assim, ao meu domínio: só posso dominar o que conheço [...]. (LOPES, 1978, p. 3).

Para Edward Lopes, logo, a determinação do sentido do discurso pode se resolver de maneira truculenta, tal como fizeram os antigos, através da lamentável devolução da determinação do sentido ao próprio autor do discurso (o destinador). Para o linguista, no entanto, o que deve ser destacado é que, quando se pretende que a interpretação seja passível de controle pelos destinatários da mensagem, a atuação do intérprete jamais deve ser acolhida como determinante para a fixação do texto do discurso, uma vez que só se pode evitar a prevalência do sentir da autoridade, bem como de suas interpretações solitárias, quando o significado do texto é extraído do próprio discurso escrito.

Nesse sentido, para Edward Lopes (1978, p. 8), é pelo teste de veredicação que se torna possível aferir o significado admissível de um discurso, porque “o teste de verdade de um sentido deve ser praticado através de um retorno da interpretação ao discurso que ela pretenda interpretar, ou seja, a veredicação é da ordem intradiscursiva, não extradiscursiva”. É o discurso escriturado que controla o seu sentido (texto) e não referenciais extradiscursivos, tais como a sapiência, a clarividência e o sentimento do intérprete. Afinal, como explicita, a “obra encerra um ato de comunicação no interior do qual se um texto diz que o discurso X quis dizer, esse mesmo discurso X tem, em troca, a possibilidade de confirmar ou de infirmar, retrospectivamente, a interpretação que dele forneceu o texto” (LOPES, 1978, p. 7).

Com efeito, aproveitando-se as contribuições teórico-linguísticas de Edward Lopes, na perspectiva do direito democrático (não dogmático), há que se afastar a importância do intérprete-autoritário na fixação do sentido do discurso legal. Em seu lugar, é de se situar o *devido processo*, que deve atuar nos âmbitos de produção, interpretação e aplicação do direito, conforme enuncia Rosemiro Pereira Leal (2017, p. 319-320):

O **dogma** irreversivelmente assumido pelos positivistas e neopositivistas é a impossibilidade de uma hermenêutica que ofereça simétrico exercício de igual direito de interpretação da LEI para todos e que ponha os intérpretes em função de um único *interpretante* lógico-jurídico discursivo. É que o **dogma** de que “todos são iguais perante a lei” que vinca, por séculos, o direito liberal, é entendido no sentido de que essa igualdade interpretativa é isotópica (espacial), mas cognitivamente assimétrica, uma vez que o **Estado-juiz** não está adstrito à existência de normas escritas específicas e tipificadoras para decidir em todas as hipóteses dos conflitos humanos, o que torna a argumentação das partes inócua, porque, nessa hipótese, as **partes** não participam isomericamente da construção do provimento. Na minha teoria neoinstitucionalista do processo, como já discorreremos por vários artigos, no Estado Democrático não basta a **isonomia** perante a lei ou simétrica paridade no exercício do contraditório para garantir uma interpretação em condições iguais para os sujeitos do procedimento, é preciso que a LEI ante a qual se ponham os intérpretes expresse em sua atuação a *teoria processual* que lhe deu origem, isto é, esteja contida num **sistema normativo** em que os níveis instituinte, constituinte e constituído de direitos fiquem

bem delineados quanto ao referente lógico-jurídico-discursivo (discussivo) de sua incidência (aplicação) e legitimidade a garantir isomenia.

E, ainda:

A **isomenia**, em minha teoria neoinstitucionalista, que é instituto operacional do **princípio da legalidade**, define-se pela oportunidade de colocar todos os destinatários normativos (intérpretes) em simétrica posição ante idêntico referente lógico-jurídico-constutivo, aplicativo, modificativo ou extintivo do sistema jurídico (LEIS). É o *devido processo*, no sentido da teoria neoinstitucionalista, que é o referente lógico-jurídico (interpretante) a balizar os limites hermenêuticos de um sistema de “Estado Democrático de Direito” em concepções de *sociedade aberta* [...].<sup>10</sup>

Ao contrário do que ocorria em paradigmas jurídico-constitucionais anteriores, com o advento do Estado Democrático de Direito, não mais se sustentam, portanto, afirmações no sentido de que:

A teoria dinâmica do ônus da prova tem aplicação quando a regra estática dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, (sic) estão em desconformidade com a Constituição Federal, acarretando “a inutilidade da ação judiciária e a vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário” (KNIJNIK, 2006, p. 950). Por isso, sua incidência “atende ao escopo social do processo, que é eliminar conflitos mediante critérios justos” (PAULA, 2010, p. 122). Aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho, considerando a peculiaridade do caso concreto e a maior aptidão probandi de uma das partes, é medida de Justiça e que melhor atende ao Direito e aos direitos fundamentais insertos na Constituição Federal. (CHEHAB, 2015, p. 121).

A processualidade democrática não recepciona o solipsismo decisório que situa o juiz trabalhista como o intérprete qualificado da norma haurível do art. 818, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Não mais prevalece, desde 1988, a pretensão de que o magistrado do trabalho deva se comportar como um juiz especial que, de modo centrado e como protagonista, atue em prol do cumprimento de sua missão social.<sup>11</sup>

A determinação judiciária do sentido do discurso legal como suposta saída para melhor distribuição do ônus de provar ressentem-se de insuperável e antidemocrática ancianidade, porque, ao reservar, para o juiz, o lugar de intérprete imprescindível à atribuição do significado do discurso legal, a intitulada reforma trabalhista abre espaço a uma espécie de autofagia do discurso legislado, mantendo a autoridade judiciária no lugar privilegiado que já lhe havia reservado a desastrosa teoria do processo como relação jurídica de direito público teorizada por Oskar von Bülow.

## 5 CONCLUSÃO

O direito processual do trabalho, ao reproduzir os pressupostos da ciência dogmática do direito e, por ela, acolher a tese da incompletude fatal da lei, insiste em que o discurso legal é insuficiente à resolução dos conflitos que se apresentam ao juiz.

Seguindo as lições bülowianas, a chamada reforma trabalhista assimila toda a truculência que decorre do equívoco de que o direito só se torna operacionalizável pelo esvaziamento do controle metodológico da atividade dos juízes – discussão que, segundo Ingeborg Maus, permeia as indagações jurídicas do século XX. Por essas propostas, imagina-se que a qualidade da decisão esteja ancorada na capacidade de fazer justiça de uma magistratura cognitivamente privilegiada e,

<sup>11</sup> Em defesa desse modelo de magistrado trabalhista, confira a publicação de Gustavo Tadeu Alkmim (2004).

por isso, apta a dar respostas aos problemas sociais.

Conclui-se, assim, que a distribuição dinâmica do ônus de provar mantém o juiz trabalhista no lugar privilegiado de fixação do sentido normativo, porque, utilizando-se a lei reformadora de expressões como “impossibilidade”, “excessiva dificuldade” e “maior facilidade”, impede que se examine a correspondência do texto com o discurso legal, uma vez que a proposital indemarkação semântica de tais expressões, por uma legalidade autofágica, autoriza o magistrado a decidir conforme o caso, considerando-se, sempre, os infiscalizáveis imperativos metajurídicos que devem ser observados na tomada de decisões supostamente justas.

## REFERÊNCIAS

ALKMIM, Gustavo Tadeu. Um juiz especial para uma justiça especial. In: SENA, Adriana Goulart de Sena et al (Coord.) *Processo do trabalho atual e temas conexos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 251-266.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BALDINI, Renato Ornellas. *Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho*. 2013. 201 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05122013-093647/pt-br.php>>. Acesso em: 13 out. 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

BEZZERA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BÜLOW, Oskar von. Gesetz und richtertamt. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003, v. 10.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova e a sua aplicação no processo trabalhista brasileiro. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, v. 19, n. 19, p. 108-123, ano 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tese: distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho - critérios e casuística. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 32, p. 103-112, ano 2008.

HAZAN, Bruno Ferraz. *A reforma trabalhista esquematizada: uma análise objetiva e comparada das mudanças e repercussões jurídicas decorrentes da lei n. 13.467/17 e da medida provisória n. 808 de 2017*. Belo Horizonte: RTM, 2018.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A estrutura fundamental do direito processual democrático e suas repercussões no código de processo civil brasileiro de 2015. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor (Coord.). *Teoria crítica do processo: contributos da escola mineira de processo para o constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 27-47. (Coleção Teoria Crítica do Direito, v. 6).

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O devido processo legal a excepcionalidade normativo-ambiental. In: CARVALHO, Newton Teixeira; REIS, Émilien Vilas Boas; RIOS, Mariza (Coord.). *Estado de exceção ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 47-64.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO*, Belo Horizonte, ano 23, n.92, p. 13-29, out./dez. 2015a.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Direito fundamental ao processo e democratização da cidade. In: REIS, Émilien Vilas Boas et al (Coord.). *Direitos fundamentais ambientais aplicados à cidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015b, p.171-189.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). *Direito processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas – Instituto de Educação Continuada, 2012, p. 185-190.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 13-25, v. 2.

LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*. São Paulo: Cultrix, 1978.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção Conexões Jurídicas).

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PASCO, Mário. *Fundamentos do direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: WHITE, Inés Lepori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubizal Culzoni, 2008.

POPPER, Karl Raimund. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução Joaquim Alberto



Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2002.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução Antonio Manuel Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

---

**Recebido em:** 27/10/2018

**Aprovado em:** 05/11/2018

**Como citar este artigo (ABNT):**

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.13-25, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS: A REALIDADE DOS ACORDOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

## THE PROMOTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS THROUGH SELF-COMPOSITIVE METHODS: THE REALITY OF THE AGREEMENTS IN LABOR COURT

Alexandre Antônio Bruno da Silva <sup>1</sup>

Marcella Mourão de Brito <sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo trata da promoção de direitos fundamentais através dos métodos consensuais de gestão de conflitos, em especial a conciliação, na Justiça do Trabalho. As transformações sociais provocam alterações na dinâmica das relações de trabalho, o que incrementa a procura pela resolução adjudicada de conflitos. O artigo analisa a qualidade das conciliações realizadas na Justiça do Trabalho brasileira, tomando como base o relatório Justiça em Números de 2017. São apresentados o número de acordos feitos, o reflexo destes na realidade dos tribunais e a satisfação das partes. Aborda-se a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos como política pública através da legislação. Verifica-se a necessidade de repensar o juiz como condutor da sessão de conciliação, que deve ser realizada por conciliador capacitado. Como suporte metodológico, foi utilizada bibliografia pertinente ao tema, assim como a legislação vigente e sítios de internet de órgãos oficiais do Governo.

**Palavras-chave:** Autocomposição; justiça do trabalho; política pública; práticas autônomas de solução de conflito.

**ABSTRACT:** This paper deals with the promotion of fundamental rights through consensual methods of conflict management, especially conciliation, in the Labor Court. Social transformations cause changes in the dynamics of labor relations, which increases the demand for adjudicated resolution of conflicts. The paper analyzes the quality of the conciliations carried out in the Brazilian Labor Court, based on the Justiça em Números de 2017 report. The number of agreements made, the reflection of these in the reality of the courts and the satisfaction of the parties are presented. The Política Judiciária Nacional for the treatment of conflicts is approached as public policy through legislation. There is a need to rethink the judge as the conductor of the conciliation session, which must be carried out by a qualified conciliator. As a methodological support, bibliography pertinent to the topic was used, as well as current legislation and official government websites. This article deals with the promotion of fundamental rights through alternative methods of conflict management, especially conciliation, in the Labor Court.

**Keywords:** Autonomous practices of conflict resolution; Labor Court; Public policy; Self-composition.

---

1 Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFC/CE. Mestre em Informática pela PUC/RJ. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Auditor-Fiscal do Trabalho. E-mail: alexandreantoniobruno@gmail.com.

2 Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Especializanda em Mediação e Gestão de Conflitos (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil pela Anhanguera/Uniderp. E-mail: marcellamouraob@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

As relações sociais contemporâneas a cada ano ganham em complexidade, dando margem a uma série de conflitos. Ao mesmo tempo, as consequências inerentes à litigiosidade vêm sendo agravados pela carência de recursos humanos à disposição do Estado para o seu enfrentamento. Os sistemas jurídicos mostram-se incapazes de evitar a profusão e de encontrar resoluções satisfatórias para esses conflitos.

O Brasil não está longe dessa realidade, sendo caracterizado por Spengler (2017, p. 65), como um país notadamente propenso à litigiosidade. O brasileiro, com frequência, entrega ao Judiciário os seus mais relevantes conflitos para a resolução por parte do Poder Judiciário, dele esperando uma solução que contemple os seus anseios e expectativas. Nessa seara não existem limites, importantes conflitos oriundos de relações pessoais, empresariais e comunitárias são judicializados a cada dia.

A litigiosidade e a judicialização extrema passam a ser uma característica da sociedade brasileira. Diante dessa demanda excessiva, há um movimento de mudança de paradigma em relação à abordagem dos conflitos pela Justiça do Trabalho. Ressalta-se nesta o impulso às partes pela formalização de acordos. Questiona-se, porém, a real efetividade e possibilidade de cumprimento dessas decisões, já que na prática, muitas vezes, mostram-se incapazes de atingir o conflito em seu âmago.

Com a modernização da sociedade e das formas de trabalho, questiona-se o respeito aos direitos fundamentais do trabalhador, bem como a atenção aos princípios norteadores do tema, essencial para a manutenção da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho apresenta os métodos consensuais de gestão de conflitos, em especial a conciliação, como método eficaz de viabilizar diálogos e eventualmente solucionar conflitos na Justiça do Trabalho. Além disso, exibe dados oficiais e verifica a qualidade das conciliações realizadas na Justiça do Trabalho brasileira, através de informações disponibilizadas pelo portal do Conselho Nacional de Justiça, no documento Justiça em Números.

Os métodos autocompositivos demonstram eficácia na qualidade do diálogo e na eventual celebração de acordo, quando realizados de maneira responsável e por profissionais capacitados, atuem eles como conciliadores ou mediadores.<sup>3</sup> Da mesma forma, quando as partes estão conscientes da importância destes e do resultado pretendido, assumindo a responsabilidade da gestão do conflito, percebe-se que estes são os mais apropriados para contribuir com a resolução da contenda.

Relacionando os métodos autocompositivos com o contexto do Poder Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução nº 125/2010, determinou a criação de Centros Judiciais de Resolução de Conflitos (CEJUSC's) nos Tribunais e Fóruns. Em relação à Justiça do Trabalho, a Resolução do Conselho Superior da Justiça do Trabalho N.º 174, de 30 de setembro de 2016, promoveu os métodos consensuais de gestão de conflitos. O envio de processos para os mencionados Centros intenciona a melhoria das conciliações e mediações, que devem ser feitas por profissionais qualificados para atuarem como conciliadores e mediadores.

Em relação à metodologia utilizada, ressalta-se que o presente trabalho é fruto da vivência e experiência como estudante do curso de capacitação de mediadores judiciais, oferecido pelo CNJ

---

3 A referida resolução, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, nos artigos 12 e seguintes, determina que somente os Tribunais de Justiça, por meio de núcleos específicos, poderão realizar a formação das pessoas que realizarão os procedimentos no âmbito do Judiciário. A formação, porém, deve se dar em cursos de capacitação de cem horas, nos quais a formação teórica ocupa alguns dos doze pontos de conteúdo programático, desenvolvidos em apenas quarenta por cento do curso (item 1.1 do anexo I). A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15), no mesmo sentido, relega aos Tribunais a formação dos cursos para mediadores (artigo 11). (GOES; SOUZA, 2016, p. 131).

e multiplicado pelos Tribunais de Justiça em todo o país. Essa experiência ensejou o desejo pela pesquisa e pela discussão sobre o tema. Foram utilizados dados de órgãos oficiais, disponíveis em sítios da *internet* e em bibliografia pertinente ao tema.

A problemática surge com a constatação de que a Justiça do Trabalho, de acordo com o relatório “Justiça em Números”, é a que mais realiza acordos no âmbito do Poder Judiciário nacional, na monta de 40% (quarenta por cento), quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada. Esse percentual soa alarmante, visto que no Poder Judiciário, como um todo, em 2016, apenas 11,9% das sentenças e decisões proferidas em 2016 foram homologatórias de acordo. (CNJ, 2017, p. 126).

Indaga-se até que ponto os números colhidos refletem a realidade dos tribunais e os acordos celebrados de fato refletem a vontade das partes. Ou seja, se são úteis e cumpridos com sucesso, portanto, não convirjam em procedimento de execução que se arrasta anos a fio. Os números trazidos pelo CNJ não esclarecem se o acordo de fato é satisfatório para as partes. A preocupação excessiva em refletir apontadores de sucesso faz com que haja uma busca inconsequente apenas pela concretização de um acordo, que muitas vezes pode não satisfazer a vontade das partes, visando-se apenas a paz trazida pelos números.

Nesse contexto, é preciso uma reflexão mais aprofundada do tema para que a conciliação não se desvie do seu propósito original. É preciso evitar a busca desenfreada pela autocomposição, que não resolve de fato o conflito trazido pelas partes. Por resolver, entende-se alcançar o âmago do conflito e reestabelecer o diálogo, para assim construir um acordo baseado no ganha-ganha, ou seja, satisfatório para os envolvidos.

Para tanto, faz-se primeiramente um levantamento sobre os aportes teóricos relacionados aos métodos consensuais de gestão de conflitos, para em seguida relacioná-los com os direitos fundamentais do trabalhador e, ao final, lançando mão dos dados do relatório “Justiça em Números” (CNJ, 2017), elabore-se uma posição crítica em relação à provável deficiência na qualidade das conciliações realizadas no âmbito das Justiças laborais do país.

## **2 APORTES SOBRE MÉTODOS CONSENSUAIS DE GESTÃO DE CONFLITOS**

Desentendimentos são comuns a todos e inerentes ao convívio humano, integrantes da condição humana. Todas as pessoas convivem de maneira mais complexa ou não, em seu dia a dia, com conflitos em diversos âmbitos de sua interação humana.

A doutrina costuma diferenciar os conflitos entre aparentes e reais. Conflitos aparentes são aqueles que a parte limita a exprimi-los de maneira superficial, através da fala, mas não refletem exatamente o que a pessoa sente de fato. Raiva, angústia, arrependimento são exemplos desse sentimento. O conflito real, por sua vez, é o verdadeiro motivo ou causa do conflito. (SALES, 2007).

Não diferente ocorre nas relações de trabalho, em que há constante interação entre empregado e empregador, de onde podem surgir impasses e mal-entendidos. A priorização do diálogo é essencial para uma boa e duradoura relação de trabalho. Assim, é essencial que as partes tenham habilidades de negociação, mesmo que intuitivas, para que possam gerenciar os seus conflitos pessoais.

Por negociação, pode-se entender como um processo em que as pessoas envolvidas em um conflito buscam, através do diálogo, por si só, um consenso. Desta forma, compreende-se que a conversação em busca de interesses permeia a convivência diária dos seres humanos, que se integram em sociedade e interagem frequentemente, a “*negociação é um fato da vida*” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 21). Também é compreendida como um meio para viabilizar uma solução autocompositiva, através de técnicas específicas.

O caminho que se percorre para alcançar a solução autocompositiva consiste na negociação. Assim, negociação é o processo, ou seja, meio que se utiliza para alcançar o resultado solução autocompositiva ou conciliatória. Esta pode se desenvolver com ou sem a participação de um terceiro. (PINHEIRO, 2016, p. 21)

Quando resta inviável a resolução do problema através de uma negociação, necessário se faz lançar mão de métodos consensuais de gestão de conflitos, quais sejam, a mediação, a conciliação ou a arbitragem.

A mediação é um método indicado para conflitos de relação continuada, ou seja, que se estende para além do conflito. Além disso, por buscar reestabelecer a comunicação entre as partes, e também por contar com um terceiro imparcial não julgador (mediador) para conduzir a sessão de mediação.

Trata-se de um processo em que um terceiro neutro estimula-as a chegarem a um acordo satisfatório. Através da comunicação livre e do diálogo, a mediação busca trazer uma visão positiva do conflito, incluindo o indivíduo na busca pela resolução de seus problemas e, assim, alcançar a prevenção de novas disputas.

Na Justiça do Trabalho, o método autocompositivo protagonista é a conciliação. Por sua vez, trata-se de uma prática em que um terceiro capaz e preparado para tanto intervém, podendo inclusive sugerir propostas e valores para que se obtenha um acordo. Assim, o conciliador interfere, orienta, sugere e aconselha as partes. Não pode, porém, analisar o conflito com profundidade, ou seja, adentrar ao mérito da questão, nem efetuar qualquer tipo de julgamento em relação às partes. (SPENGLER, 2017, p.73)

No processo do trabalho, a conciliação é tida como fase forçosa do procedimento. De acordo com os artigos 846, 850 e 856-E<sup>4</sup>, o juiz deve obrigatoriamente esclarecer as partes sobre a possibilidade de conciliação, usando de todos os meios de convencimento que lhe aprouver, sem antecipar o julgamento e sem impor ou persuadir as partes a firmar acordo que não desejam.

Ocorre que, atualmente, as audiências de conciliação são realizadas e presididas pelo juiz competente para o julgamento final da demanda. Porém, sabe-se que esta não é a maneira mais indicada pela condução da sessão de conciliação, que deve ser conduzida por um terceiro capacitado para tanto, o conciliador. A criação de núcleos permanentes e de centros de resolução de disputas nos tribunais brasileiros sinaliza essa demanda.

A conciliação prevê a utilização de técnicas da negociação, e deve ser utilizada, preferencialmente, em casos em que não há vínculo anterior entre as partes, ou seja, não se tratar de uma relação continuada. Conta, ademais, com princípios informadores que são base e limite para os diálogos realizados em sessão de conciliação e de mediação.

---

4 Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

Art. 852-E. Aberta a sessão, o juiz esclarecerá às partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência.

5 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1o A confidencialidade estende-se à todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2o Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3o Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4o A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Pode-se citar os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da decisão informada e da informalidade<sup>5</sup>. A independência informa que o conciliador deve atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão, interna ou externa, podendo, caso entenda necessário, suspender, interromper ou recusar a sessão. Também possui a faculdade de recusar redigir termo de acordo ilegal ou inexecúvel. (DIDIER JR, 2017, p. 275)

A imparcialidade garante que o conciliador trate as partes de maneira a pressupor favoritismo. Ademais, garante que o conciliador auxilie todas as partes, sugerindo ideias de forma igual, assim como deve conceder o mesmo tempo de fala para todos os presentes na sessão. Tal posição é essencial para que haja confiança das partes em relação ao conciliador, o que garantirá o bom andamento da sessão.

Autonomia da vontade, também chamado de princípio do consensualismo processual, verifica que somente deve haver sessão de conciliação se as partes consentirem livremente com o processo. Tanto é que o próprio Código de Processo Civil garante a autonomia da vontade como princípio norteador da conciliação e da mediação.

O princípio da confidencialidade, por sua vez, garante que o sigilo esteja presente em toda a sessão de conciliação, devendo as partes negociarem o grau de segredo a ser mantido sobre o que é trazido à sessão, com a ajuda do conciliador. Este, por sua vez, não pode servir de testemunha em eventual processo exterior à conciliação, seja de que natureza for. (ALMEIDA, 2016, p.105)

O princípio da oralidade, como o próprio nome sinaliza, preconiza que o procedimento será preferencialmente oral, onde as partes e o conciliador estarão livremente abertos ao diálogo, somente devendo constar em termo de sessão aquilo que restou acordado entre as partes, de forma simples e de fácil entendimento.

O princípio da decisão informada caracteriza a plena consciência pelas partes quanto aos seus direitos e quanto à realidade em que estão contextualizados. Somente será legítima a resolução em que as partes possuem plena consciência da assunção de obrigações, bem como as disponibilidades de direitos. Para tanto, é papel do conciliador o esclarecimento das questões que julgar necessárias, aplicando técnicas específicas, como o teste de realidade, por exemplo, para convidar as partes a refletirem sobre a autonomia percebida.

A informalidade, por sua vez, caracteriza-se pelo fato de que, na sessão de conciliação não há forma pré-estabelecida de procedimento, ficando o conciliador, respeitando os princípios básicos do instituto, livre para conduzir a sessão da maneira que entenda mais adequada para a abordagem do conflito, ou seja, adapta-a ao caso concreto.

Portanto, cabe ao conciliador, de maneira imparcial e independente, conduzir a sessão de conciliação utilizando-se dos princípios informadores. Assim como, caso assim entenda, das ferramentas utilizadas pela mediação, a fim de auxiliar as partes à encontrarem pontos de enfoque e, assim, viabilizar um acordo.

Ressalte-se que o conciliador pode, de fato, sugerir propostas. Porém, o conciliador comprometido e capacitado está apto a respeitar as partes e auxiliá-las, conduzindo um diálogo de qualidade, a ponto de que os próprios envolvidos sejam capazes de elaborar possibilidades de resolução

---

5 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º A confidencialidade estende-se à todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

do empasse através de acordo.

Diante de todo o elencado acima, resta clara a importância e o papel do profissional capacitado e qualificado para a correta abordagem do conflito e auxílio na sua gestão pelas partes. Com a valorização dos métodos consensuais de gestão de conflitos, contribui-se para o empoderamento e responsabilização das partes, o que garante o pleno acesso à justiça, a abordagem pacífica de conflitos e a pacificação social.

### **3 A PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA CONCILIAÇÃO NA RELAÇÃO DE TRABALHO**

A cultura jurídica brasileira sempre foi marcada pela supremacia estatal em relação às fontes do direito e à estrutura responsável pela resolução de conflitos. Entretanto, os inúmeros novos conflitos oriundos das transformações sociais criaram um grande descompasso entre o Poder Judiciário e o que esperado dele pela sociedade. Em apertada síntese, é possível dizer que o Judiciário não conseguiu acompanhar o ritmo das transformações sociais. Encontra-se desatualizado, mantendo-se em uma estrutura conservadora, com pouca eficácia na solução rápida das situações emergentes (WOLKMER, 2001, p. 84).

A Resolução nº 125/2010 do CNJ foi criada com o intuito de estimular e regulamentar a gestão de conflitos de maneira não adversarial, assim como uma busca pela pacificação social diante de um cenário de conflituosidade enfrentado no país. (SPENGLER, 2017, p. 65). Tal resolução versa sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos e comprova que os métodos alternativos de gestão de conflitos, acima de assegurarem acesso à justiça, fazem parte de políticas públicas que vêm ganhando destaque e trazendo resultados positivos na gestão de conflitos. (SPENGLER, 2017, p. 66)

De acordo com o art. 1 da referida Resolução, “Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. (CNJ, 2010). Diante dessa necessidade de gerir os conflitos com maior qualidade, fez-se necessária a elaboração de políticas públicas de promoção da paz.

Já o artigo 5º, inciso X, parágrafo 3º, determina o estímulo à programas voltados para a pacificação social no âmbito das relações de trabalho. Assim como das relações entre categorias profissionais e econômicas, como forma de prevenir conflitos e contribuir com a paz social, preferencialmente com o envolvimento de sindicatos, federações, confederações e centrais sindicais. Some-se a isto a possibilidade de as partes responsabilizarem-se pelo conflito e passarem a ser protagonistas da construção da decisão jurídica. Tal percepção demonstra-se ferramenta de desenvolvimento da cidadania. Neste sentido, as políticas públicas no Brasil vêm estimulando a autocomposição.

O Conselho Nacional de Justiça demonstra protagonismo na assunção do papel de agente modificador, principalmente com a edição da Resolução nº 125/2010. O Poder Legislativo, através da edição de diversas leis, principalmente o Código de Processo Civil de 2015, reitera o incentivo à autocomposição<sup>6</sup>. Por fim, o Poder Executivo também demonstra seguir o mesmo raciocínio quando possibilita a realização de acordos na esfera administrativa, assim como a instalação de câmaras administrativas de conciliação. (DIDIER JR., 2017, p.272).

Em relação à Justiça do Trabalho, até meados de 2016 inexistia legislação sobre a possibilidade de caminhos consensuais para melhora na gestão de conflitos. A Resolução nº 174/2016 do

---

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

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 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 juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Conselho Superior da Justiça do Trabalho surgiu com o fito de desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito da Justiça do Trabalho.

Entretanto, na contramão de vasto entendimento doutrinário e da própria Resolução nº 125/2010 do CNJ, a Resolução nº 174/2016 não diferenciou a conciliação da mediação, ignorando a importância e as diferenças de cada instituto. Tal diferenciação é significativa e importante, conforme visto acima<sup>7</sup>. Erroneamente, a referida resolução limita-se a identificar apenas uma das diversas diferenças entre os dois institutos, qual seja, a possibilidade de sugerir acordo ou não. Não obstante, determina que deverão os Tribunais Regionais do Trabalho instituir um Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – NUPEMEC-JT, assim como instituir Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC-JT.<sup>8</sup>

O intuito é de fortalecer caminhos para a melhor gestão do conflito. A composição de acordos na Justiça do Trabalho é, reconhecidamente, feita através da conciliação. Justifica-se essa realidade pelo caráter das demandas e pelos atributos dos conflitantes, porém, não se excluem os demais métodos autocompositivos.<sup>9</sup>

Atualmente, e de acordo com o preconizado pelo próprio Conselho Nacional de Justiça (2015, p. 22), pode-se considerar que a conciliação no Poder Judiciário busca, para além do acordo, uma harmonização entre as partes, restaurando, na medida do possível, a relação social. Portanto, é importante perquirir se assim ocorre na Justiça do Trabalho.

Conforme dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a conciliação é possível em qualquer dos dissídios submetidos à Justiça do Trabalho, seja ele individual ou coletivo. (Art. 764 e 831). Assim, para que haja uma gerência eficaz dos conflitos levados à justiça laboral, é necessário que se dê especial atenção aos métodos autocompositivos. Mais ainda, importante que sejam realizados por profissional (conciliador ou mediador) capacitado para tanto. (ROCCO, 2016, p. 103).

A indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, principalmente por sua natureza alimentar, aparentemente conflitam com o fato de que a negociação faz parte das sessões de conciliação e mediação. Nesta senda, questiona-se não somente os limites que devem ser obedecidos, mas também a possibilidade de realização das mesmas. Apesar de a mediação não ser objeto do presente artigo, é importante ressaltar, para o entendimento global do tema, que as normas trabalhistas, no ordenamento brasileiro, são de ordem pública, cogentes, imperativas, e, portanto, a princípio, irrenunciáveis e intransacionáveis pelo empregado. (BOMFIM, 2017, p. 205). Os direitos patrimoniais trabalhistas de caráter privado podem ser objeto de transação, diferentemente dos direitos de caráter público.

---

7 Art. 1º. Para os fins desta resolução, considera-se: I – “Conciliação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio; II – “Mediação” é o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio;

8 Art. 2º. Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento das disputas de interesses trabalhistas para assegurar a todos o direito à solução das disputas por meios adequados à sua natureza, peculiaridade e características socioculturais de cada Região. Parágrafo único. Para o adequado cumprimento do presente artigo, bem como para a implementação da Política Pública de Tratamento Adequado das Disputas de Interesses no âmbito da Justiça do Trabalho, deverão os Tribunais Regionais do Trabalho instituir um Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – NUPEMEC-JT, assim como instituir Centro(s) Judiciário(s) de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC-JT.

9 A própria Resolução nº 174/2016 classifica a mediação como “o meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio.”



Desta forma, o princípio da irrenunciabilidade não é absoluto, especialmente quando o direito é oriundo do trato contratual, pode haver a renúncia, desde que não haja proibição legal para tal, vício de consentimento, ou prejuízo para o empregado (art. 468 da CLT). Além disso, é de grande relevância o momento da renúncia, quando feita da celebração do contrato de trabalho é considerada, normalmente, nula de pleno direito. Durante a vigência da relação de emprego, a renúncia apenas excepcionalmente é admitida, carente de autorização expressa. Quando ocorre depois da cessação do contrato de trabalho, certas vezes é admitida com menos restrições. (GARCIA, 2017, p. 58).

Por fim, a condição pessoal do empregado e o grau de subordinação jurídica apresentam relevância quando da verificação da higidez na manifestação de sua vontade (GARCIA, 2017, p. 58). Nesse sentido, sob a justificativa de modernizar as leis trabalhistas, a reforma nas leis do trabalho, operada por meio da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, inovou na lógica protetiva do Direito do Trabalho, criando-se a figura do empregado hipersuficiente.

Tal trabalhador, compreendido como aquele que mesmo vinculado à relação de emprego, portanto subordinado, possui curso superior e recebe mais que dois tetos da Previdência. As cláusulas do contrato de tal empregado deverão prevalecer sobre a lei, segundo a redação dos artigos 444 e 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Outra alteração importante da recente reforma trabalhista, foi a criação da comissão de representação dos empregados no âmbito da empresa, ou seja, em âmbito pré-processual<sup>10</sup>. Aproximando-se com a negociação cooperativa e a mediação de conflitos, a criação da comissão de representação dos empregados no âmbito da empresa foi assegurada com o fito de facilitar a negociação entre empregados e empregadores. É composta por empregados, com o escopo de representar a classe trabalhadora e manter entendimento direto com o empregador.

Dentre as atribuições da comissão, estão a de representar os empregados perante a administração da empresa e de promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho, prevenindo conflitos. Deve, ainda, buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais, sempre atuando de forma independente.

A comissão será criada dentro da empresa que tiver mais de duzentos empregados e ainda estrutura a sua composição por número de membros: nas empresas com mais de duzentos e até três mil empregados, por três membros; nas empresas com mais de três mil e até cinco mil empregados, por cinco membros; nas empresas com mais de cinco mil empregados, por sete membros. As decisões da comissão de representantes dos empregados, que atua de forma independente, são sempre colegiadas, observada a maioria simples. (BRASIL, 2017, *online*).

Neste sentido, a reforma traz um reforço e incentivo para a negociação coletiva entre empregados e empregadores. Busca aproximar as partes e estimulá-las a chegar a um entendimento, em especial quando se trata de divergências menos complexas e específicas do âmbito da empresa, evitando que mínimos conflitos venham a crescer e lançar-se às portas do Poder Judiciário.

Em relação à mediação, a própria lei nº 13.140/2015, em seu artigo 3º, inseriu a possibilidade de se realizar mediação em conflito que verse sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação.<sup>11</sup> Em seguida, no §1º, assegura que a mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. Desta forma, depreende-se que o legislador conferiu flexibilidade ao instituto, pois permite que os envolvidos realizem mediação apenas de parte do conflito. Conseqüentemente, há a possibilidade de

---

10 Art. 510-A. Nas empresas com mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

11 Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1o A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2o O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

que parte dele seja alvo de acordo, que deve ser homologado em Juízo, com a oitiva do Ministério Público. O que não pode ser objeto de mediação, logicamente, restará a cargo do Judiciário, para decisão.

Ao entregar às partes a responsabilidade de resolução de seus próprios conflitos, estas se sentem competentes para assim fazê-lo, retirando do Poder Judiciário a obrigação de dizer o direito naquele caso concreto. Não sendo o caso, resta ao Magistrado a responsabilidade de prolatar decisão. Acontece que o Poder Judiciário, através da adjudicação, resolve a questão através de uma sentença, contudo não enfrenta o conflito nem dirime questões que envolvem as partes.

Em contrapartida, as relações de trabalho são um campo fértil para o surgimento de conflitos. A relação de interdependência entre empregado e empregador necessita de qualidade de diálogo. Quando não o há, é inevitável que a relação desencadeie um conflito, que, conforme Tartuce (2015, p.4) trata-se de *uma crise na interação humana*.

Os novos paradigmas vivenciados na sociedade moderna têm reflexos nas relações de trabalho, e vice-versa. Castells (2016, p. 519) identifica esses novos conceitos como os da *empresa em rede*. O autor afirma que se vivenciam formas flexíveis de gerenciamento, utiliza-se de maneira contínua o capital fixo, acelera-se a movimentação de recursos, e, principalmente, relativizam-se as horas de trabalho e a aferição de rendas. Tal flexibilidade é necessária para a adaptabilidade da demanda do mercado e é fundamental para sua competitividade.

A modernidade líquida (BAUMAN, 2011) em curso, desafia os modelos de trabalho comumente conhecidos, na medida em que suscita a mudança de entendimentos sobre os direitos sociais, inclusive os direitos fundamentais dos trabalhadores. Os impactos da globalização são capazes de reorientar o Estado, conferindo ao mercado e à economia perspectivas para além das territoriais. Com o avanço do comércio global, confere-se maior mobilidade do capital financeiro e de políticas macroeconômicas de desenvolvimento. (CASTELLS, 2016). No Brasil, o cenário não é diferente.

Hoje o Direito do Trabalho vive uma fase de transição, onde se questiona o paternalismo estatal, a intervenção estatal em regras privadas. Alguns pretendem total desregulamentação, isto é, ausência total, a abstinência estatal nas relações de trabalho, deixando o contrato de trabalho livre e à mercê das regras do mercado, sob o argumento de que o modelo que inspirou o welfare não existe mais, que os trabalhadores atuais são mais conscientes, mais maduros e menos explorados. (BOMFIM, 2017, p. 27)

Nesta senda, é importante reconhecer a relevância dos direitos fundamentais sociais, na medida em que eles são capazes de proporcionar a proteção do trabalhador diante de todas as mudanças mencionadas. A observância dos direitos sociais como fundamentais possibilitam melhores condições de vida ao trabalhador, na mesma medida que busca realizar a igualdade em situações sociais desiguais, e garantem o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2017, p.288).

São diversos os princípios informadores dos direitos fundamentais sociais, estando grande parte deles consagrados no art. 7º da Constituição Federal. Dentre eles, destacam-se os aplicáveis ao tema, sendo o princípio constitucional da proteção do trabalhador o agente capaz de delimitar e limitar a flexibilização do trabalho na sociedade brasileira. (BOMFIM, 2017, p.32). A existência do princípio do não retrocesso social é essencial para manutenção dos patamares civilizatórios, na medida em que contribui para solidificar o caráter público das relações de esfera privada (DELGADO, 2012, p. 212).

A segurança jurídica também deve ser tomada como princípio constitucional norteador, para que se ampare o princípio do não retrocesso social, mesmo que não positivado, mas de inegável importância para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. De outra banda, Bomfim (2017, p.41;47) defende a utilização do princípio constitucional da condição mais favorável como limite à flexibilização dos direitos fundamentais do trabalho. A pedra de toque para a limitação do direito de

flexibilizar seria ou não abuso deste direito. O respeito ao fim social a que ele se destina no direito do trabalho e nos limites da lei.

Portanto, é de se verificar que os princípios delineados acima somente podem se concretizar através da proteção dos direitos fundamentais, sendo também de suma importância o impedimento de medidas retrocessivas. Para o desenvolvimento da sociedade e das diversas formas de exercício de trabalho modernos, é necessário o incentivo à pacificação social.

Portanto, é crescente a tendência de se estimular o uso de práticas colaborativas em processo de gestão de disputas. Com o entendimento de que se trata de um procedimento altamente democrático e que demanda a participação de todos. Conforme Habermas (2013, p.114), a construção do consenso é essencial para o respeito à ordem democrática, que acontecerá através do discurso. Consequentemente, formam-se cidadãos aptos a construir o diálogo e a comunicação por si só, sem a necessidade de um Estado paternalista e excessivamente protetor.

Diante de tudo o que foi contextualizado, é importante que se verifique a realidade vivenciada nos Tribunais do Trabalho. Portanto, é necessário pesquisar relatórios oficiais do Poder Judiciário brasileiro, a fim de constatar se os números de acordos celebrados na justiça laboral asseguram os direitos fundamentais do trabalhador.

#### **4 OS NUMEROS DO CNJ E A REALIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

De acordo relatório anual do relatório “Justiça em Números” de 2017, emitido tendo como base o ano anterior (2016), o número de processos virtuais vem crescendo linearmente. A Justiça do Trabalho, atualmente, é a mais demandada (CNJ, 2017, p. 164), possuindo 24 (vinte e quatro) Tribunais Regionais do Trabalho. Ademais, o Tribunal Regional do Trabalho da sétima região, que engloba o estado do Ceará, possui 223.643 (duzentos e vinte e três mil, seiscentos e quarenta e três) processos em trâmite. Conta com 83 (oitenta e três) Magistrados e 1533 (mil, quinhentos e trinta e três servidores).

Em todos os segmentos de Justiça a taxa de congestionamento da fase de execução supera a da fase de conhecimento. Em relação ao TRT 7, 64% (sessenta e quatro por cento), ou seja, mais da metade do universo em análise, está em fase de execução. Tal número é alarmante e pode ser indício de que muitos dos acordos celebrados não são cumpridos.

A conciliação sobreveio como uma política adotada pelo CNJ desde 2006, com a implantação do Movimento pela Conciliação. Neste sentido, o órgão promove as “Semanas Nacionais pela Conciliação” a fim de estimular as partes a dialogar tanto no âmbito pré quanto no processual. Ademais, por intermédio da Resolução CNJ n. 125/2010, foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

No processo do trabalho, a conciliação é tida como fase cogente do procedimento. Nesse momento, o Juiz deve obrigatoriamente esclarecer as partes sobre a possibilidade de conciliação, usando de todos os meios de convencimento que lhe aprouver, sem antecipar o julgamento e sem impor ou persuadir as partes a firmar acordo que não desejam.

Porém, o que se sabe, é que essa não é a realidade encontrada na Justiça do Trabalho. Com a crescente busca pelo Órgão e o aumento vertiginoso de demandas, existe uma valorização excessiva do instrumentalismo, estimulando o sucesso através de números de acordos firmados. Assumindo essa postura, olvida-se, por muitas vezes, da qualidade desses acordos e, principalmente, das condições de exequibilidade dos mesmos.

Diante da visão de intensa litigiosidade no Brasil, a Lei nº 13.105 (Novo CPC) e a Lei nº 13.140 (Lei de Mediação de Conflitos) ambas de 2015, vieram trazer a conciliação e a mediação como fase

obrigatória do processo judicial<sup>12</sup>. A Resolução nº 174/2015 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho dispôs sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista.

A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que consegue solucionar 26% (vinte e seis por cento) de seus casos por meio de acordo - valor que aumenta para 40% (quarenta por cento) quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada. A Justiça mais conciliadora, a trabalhista, consegue solucionar 40% (quarenta por cento) de seus casos de conhecimento por meio de conciliação. O TRT 7 é um dos tribunais que mais fez conciliação, atingindo 43,6% (quarenta e três vírgula seis por cento).

É necessário saber até que ponto os números refletem a realidade dos tribunais e até que ponto os acordos celebrados de fato refletem a vontade das partes, além disso importa verificar se são úteis e cumpridos, ou seja, não se transformam em execução. Os números trazidos pelo CNJ são incompletos, pois não conseguem demonstrar se o acordo é satisfatório para as partes. Ademais, a preocupação em refletir números aceitáveis faz com que busquem apenas a concretização de um acordo, que muitas vezes pode não atender à vontade das partes.

Mais grave ainda, o fato de que nas Justiças do Trabalho, quem realiza as audiências e auxiliam as partes a formular o acordo é o próprio Juiz do Trabalho. O procedimento da conciliação deve ser confidencial, imparcial, voluntário e deve garantir autonomia das partes. Caso seja presidido por um juiz não familiarizado com as técnicas e os princípios, haverá a quebra de observância dos princípios e conseqüentemente surgirá uma situação de desigualdade entre as partes. E isto é o que se vê corriqueiramente nas audiências trabalhistas nos dias de hoje.

Ademais, conforme o próprio Conselho Nacional de Justiça preconiza, em uma abordagem econômica e não jurídica, a alocação de operadores deva respeitar as atribuições que trazem mais eficiência ao sistema. Dessa forma, se no Brasil já se verifica a deficiência na quantidade de magistrados, a alocação desse recurso humano para a realização de audiências de conciliação somente se justifica se a condução da sessão por um magistrado estiver sendo realizada em situação de fase de formação em curso de capacitação ou seleção (BRASIL, 2015, p. 141).

Em verdade, o Poder Judiciário moderno não pode admitir a condução de trabalhos de conciliação sem técnica. Para uma composição eficaz, é imperioso que se ouçam as partes em um tempo razoável, para que entendam que o conciliador se importa em ajudá-las a buscar a solução. Também é relevante usar técnicas persuasivas, mas não impositivas ou coercitivas, para chegar a soluções, assim como visar uma solução construtiva para o conflito, com enfoque prospectivo para a relação dos envolvidos, dentre outras técnicas. Ou seja, somente um conciliador neutro e capacitado será capaz de conduzir uma sessão de conciliação produtiva.

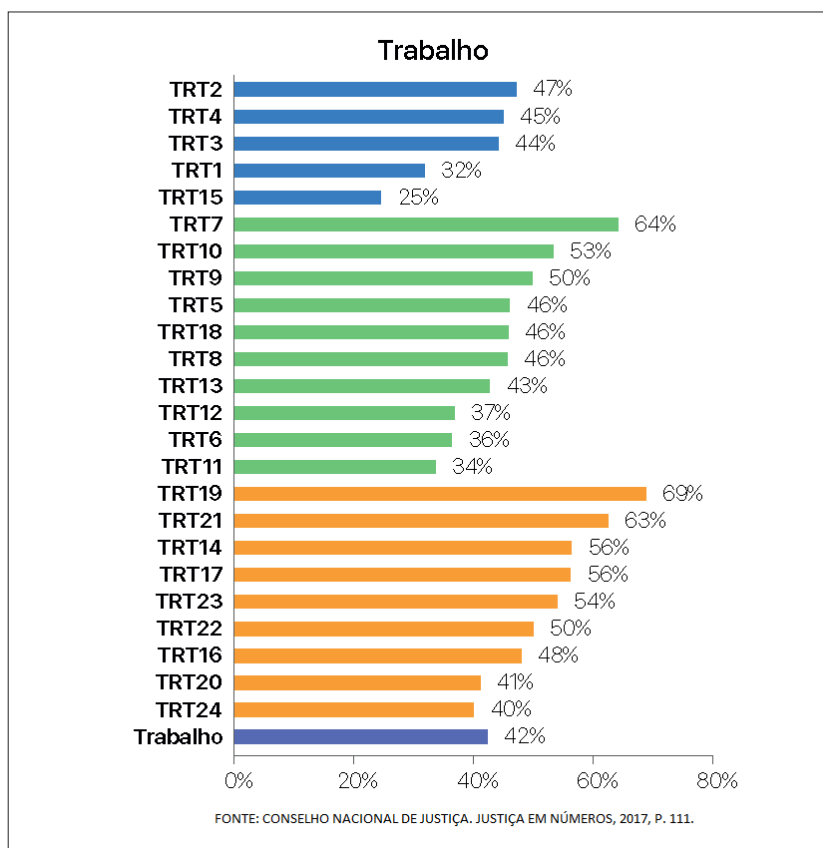
De acordo com o próprio relatório “Justiça em Números”, um processo dura, em média, onze meses em trâmite em fase de conhecimento na Justiça do Trabalho. Caso o processo torne-se uma execução judicial de primeiro grau, o tempo de trâmite já se eleva para três anos e três meses. Em hipótese de recurso para instância superior, adicione-se o período de oito meses, totalizando, em média, o período de quatro anos e dez meses para a baixa total do processo, conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça. Ademais, o próprio relatório reconhece a fase de execução como uma espécie de gargalo na prestação jurisdicional, revelando alta taxa de congestionamento (CNJ, 2017, p. 43;109).

O impacto da execução é significativo principalmente nos segmentos da Justiça Estadual,

---

<sup>12</sup> Importante ressaltar o posicionamento que os métodos alternativos de gestão de conflitos não se prestam a diminuir ou amenizar a intensa demanda processual nos Tribunais brasileiros. Ao contrário, servem como auxiliares da justiça no sentido de buscar viabilizar a comunicação das partes. Assim o fazendo, contribuem para a realização de um acordo, não sendo este o seu objetivo final.

Federal e do Trabalho. Neste último, o estoque de processos em execução representa 42% do acervo total, sendo o Tribunal Regional da 19ª região o que possui a maior porcentagem de processos em grau de execução, totalizando a monta de 69% (sessenta e nove por cento), conforme aponta a figura.



Tais números suscitam preocupação com a qualidade dos acordos feitos em sede de audiência trabalhista. O alto grau de processos em sede de execução demonstra o descumprimento de sentenças, dentre elas as de homologação de acordo, já que, conforme o próprio relatório sinaliza, totalizam a vultosa monta de 40% (quarenta por cento) nos tribunais trabalhistas brasileiros. Ou seja, o índice de satisfação acima mencionado demonstra uma utopia, uma contradição aos próprios índices coletados pelo CNJ.

O alto grau de descumprimento de sentenças, que trazem como consequência o processo de execução, torna necessário o repensar da ideia de que cabe ao magistrado buscar a conciliação a todo o momento, de maneira automática. A ideia fantasiosa de que um acordo superficial entre as partes traz necessariamente um resultado prático e ágil para o processo e diminui consideravelmente o número de ações em trâmite no judiciário respectivo é errônea e merece ser revista.

Tal costume demonstra-se excessivamente instrumentalista e visa apenas números. As partes muitas vezes sentem-se compelidas, no calor do momento, a realizar um acordo. Esta composição, por sua vez, realizada sem a responsabilização, sem a participação ativa na negociação pelas partes envolvidas, e sem a utilização de técnicas de conciliação, possivelmente conterà cláusulas distantes da realidade dos envolvidos. Consequentemente, não serão cumpridas.

Diante desse contexto, o Conselho Nacional de Justiça visa modernizar as práticas de gestão de conflitos, através do oferecimento de capacitação e supervisão de conciliadores. Contudo, enquanto computar-se o possível sucesso através de números, será inviável a aferição na qualidade da construção e solidificação dos acordos.

Ademais, deve a tarefa de mediar ou conciliar ser destinada àquele que possui capacitação

e treinamento, e que, portanto, está apto a auxiliar as partes no enfrentamento do conflito, ou seja, o conciliador. Tal profissional é imparcial e não irá efetuar julgamento ao final da demanda, o que determina sobremaneira a entrega e a abertura para o diálogo das pessoas envolvidas no conflito. O dever de fidelidade e a imparcialidade são essenciais para o sucesso da mediação ou conciliação.

Nestes termos, quando se litiga judicialmente, ao juiz pede-se que cumpra seu papel de terceiro no conflito e “decida”, que diga a última palavra com base na lei, e não que desenvolva a tarefa de cimento social que compete a outros mais preparados (mediador/conciliador). Quando o juiz assume outro papel, dividindo-se na função de decidir ou de mediar/supervisionar uma mediação, o resultado, sabe-se, é paradoxal: incorpora-se no interior das competências judiciárias um gênero de procedimento e de linguagem que foge da competência e legitimidade estatal, embocando, obviamente, em uma estrada errada. (SPENGLER, 2016, p. 123).

Desta forma, o acordo realizado por uma figura que não seja o conciliador, não satisfaz as partes e não tem capacidade de ajudar a dirimir o conflito. Ademais, possivelmente resultará em um acordo não cumprido, que se tornará um procedimento executório, corroborando o entendimento de que os números são incapazes de refletir a realidade, no que concerne aos acordos efetivamente celebrados.

## 5 CONCLUSÃO

A sociedade moderna tem experimentado alterações na dinâmica não somente no exercício do trabalho, mas também no comportamento do empregado e do empregador, e tal situação reflete nas relações de trabalho. As formas flexíveis de exercício do trabalho, a globalização, a facilidade de acesso a informações, a movimentação de recursos, relativizam-se as horas de trabalho e a aferição de rendas. Diante desse contexto, os conflitos vivenciados no âmbito laboral aumentaram vertiginosamente, e, por consequência, cresceu o número de demandas levadas à Justiça do Trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) determina que a conciliação é possível em qualquer dos dissídios submetidos à Justiça do Trabalho, seja ele individual ou coletivo. Portanto, reafirma-se a importância dos métodos autocompositivos, em especial a conciliação, enquanto procedimento obrigatório em processos trabalhistas, e não como técnica.

Atualmente, as conciliações são realizadas por juízes competentes para resolver a demanda, o que não é interessante para a independência e imparcialidade da técnica. A confiança e seriedade do instituto só é garantida quando a sessão é conduzida por um conciliador, terceiro imparcial capacitado e preparado para tanto.

Em outra senda, o Poder Judiciário, através da adjudicação, resolve a questão através de uma sentença, contudo não enfrenta o conflito nem dirime questões que envolvem as partes. Reconhece-se, assim, a importância dos direitos fundamentais sociais, na medida em que eles são capazes de garantir a proteção do trabalhador diante de todas as mudanças sociais enfrentadas atualmente.

O acordo realizado em processo trabalhista deve refletir a vontade genuína das partes, assegurados os direitos fundamentais sociais das mesmas. Porém, não é esta a realidade que vem sendo enfrentada. Em verdade, o que se vê são acordos feitos de maneira automática, o que reflete em ajustes que jamais serão cumpridos e que não exteriorizam a vontade genuína das partes.

Portanto, é de se inferir a importância da criação de núcleos permanentes de solução de conflitos e centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, que concentrem as sessões conciliatórias. Desta forma, feitas por conciliadores capacitados, para que possam refletir a vontade real das partes e firmar acordos de qualidade e que garantam os direitos fundamentais sociais de todos os envolvidos.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PAIVA, Fernanda. Princípios da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samanta; JONATHAN, Eva (Org.). *Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Editora Jus Podivm 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BOMFIM, Volia. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de. (Org.). *Manual de mediação judicial*. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2017*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/100d387b0339d6d8544a29e30a3b2150.pdf>>. Acesso em 27 de nov. 2017.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125/2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 27 de nov. 2017.
- BRASIL. CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Resolução nº 174/2016*. Disponível em: <[http://www.csjt.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023](http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccacf94fab4&groupId=955023)>. Acesso em 27 de nov. 2017.
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 27 de nov. 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 27 de nov. 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 27 de nov. 2017.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Trad. VIERA, Ricardo Vasques. 3. Ed.. Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- GOES, José Henrique de; SOUZA, Karine de. Mediação no Brasil: Da Prática Autônoma aos Problemas da Política Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte. n.30. set./dez. 2016. p.125-135. 2016. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito>>. Acesso em: 21 mar. 2018.
- PINHEIRO, Rogério Neiva. *Negociação trabalhista: como negociar em audiências de conciliação na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito editorial, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017.

STOCCO, Kleber José. Jus postulandi e o processo judicial eletrônico na justiça do trabalho: a mitigação do princípio da irrenunciabilidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte. n.29. . maio/ago. 2016. p.97-106 Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método: 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

---

**Recebido em:** 22/03/2018

**Aprovado em:** 23/08/2018

**Como citar este artigo (ABNT):**

SILVA, Alexandre Antônio Bruno da; BRITO, Marcella Mourão de. A promoção de direitos fundamentais por meio dos métodos autocompositivos: a realidade dos acordos na Justiça do Trabalho. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.26-40, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



# COOPERAÇÃO INTERNACIONAL, DIREITO À MORADIA E MEIO AMBIENTE

## INTERNACIONAL COOPERATION, HOUSING RIGHTS AND ENVIRONMENT

Ernani Contipelli<sup>1</sup>  
Marjara Garcêz Maciel<sup>2</sup>  
Karen Bissani<sup>3</sup>

**RESUMO:** Analisamos a intensificação do processo de globalização no presente artigo, destacando o diálogo entre diferentes níveis de governo nesse processo, especialmente necessário para superar os problemas que são comuns a todas as nações do planeta, como o caso da questão ambiental. Diante desse contexto, o fortalecimento dos denominados direitos fundamentais sociais passa por uma estreita colaboração entre as esferas normativas, internacional e nacional, em que destacamos a necessidade de criação de mecanismos que promovam tal objetivo a partir de uma abertura constitucional. Por fim, ingressamos no tema direito à moradia e investigamos sua relação com o meio ambiente, bem como a aparente colisão entre os direitos fundamentais sociais oriundos destes, analisando a necessidade de um processo de globalização inclusivo, balanceando ordem internacional e interna. Assim, o presente estudo tem como finalidade utilizar a teoria do Estado Constitucional Cooperativo para analisar a relação entre direito à moradia e meio ambiente, utilizando como referência a denominada agenda social global e as disposições previstas no Texto Constitucional brasileiro. A metodologia que utilizamos para sua elaboração foi a qualitativa, onde investigamos, descrevemos e analisamos as informações obtidas em pesquisa teórica, feita em materiais bibliográficos nacionais e internacionais sobre os temas, em meios eletrônicos e físicos, tais como livros, teses, dissertações e artigos científicos. Tais métodos e análises tornaram possível concluirmos que se faz necessário, com a utilização do processo de ponderação, estabelecer uma proposta de construção de uma ordem constitucional cooperativa, para influenciar o processo de decisão política a partir do diálogo entre agenda social global e nacional, dando cumprimento ao artigo 4<sup>a</sup> da Constituição Federal brasileira, para se efetivar a cooperação entre os povos para progresso da humanidade como um dos deveres a serem alcançados por nossa nação.

**Palavras-chave:** Cooperação internacional; globalização; direito à moradia; meio ambiente.

**ABSTRACT:** The intensification of the globalization process leads to a wide dialogue between different levels of government, specially, in order to overcome the problems that are commons to all nations of the planet, as the case of the environmental issues. In this context, the strengthening of the called fundamental social rights pass through the strict collaboration between the international and national normative orders in which we highlight the necessity to create mechanisms that promotes the constitutional openness. After that we will enter in the topic related to housing rights and its relation to the environment, as well as the potential collisions among the fundamental social rights and the need of an inclusive globalization process that balances international and domestic orders. Thus, based on the Cooperative Constitutional State's theory, we will analyze the relation between housing rights and environment in the framework of the global social agenda and the Brazilian Constitution. The qualitative method was used to investigate the theory, the literature and data about the topic. As a result, we will present the cooperative constitutional order that aims to influence the decision-making process from the dialogue between the global and the domestic social agendas to accomplish with the provision of the article 4o of the Brazilian Constitution in order to promote the cooperation between nations towards the progress of humanity.

**Keywords:** International cooperation; globalization; housing rights; environment.

1 Pós-Doutor em Direito Político Comparado pela Universidad Pompeu Fabra. Pós-Doutor em Direito Constitucional Comparado pela Universidad Complutense de Madrid. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó/SC. Pesquisador do Center for European Strategic Research (Itália).

2 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó/SC. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Participação Cidadã da Unochapecó.

3 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó/SC. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Participação Cidadã da Unochapecó/SC.

## 1 INTRODUÇÃO

A intensificação do processo de globalização conduz a um maior diálogo entre diferentes níveis de governo, especialmente, para superar os problemas que são comuns a todas as nações do planeta, como o caso da questão ambiental. Nesse contexto, o fortalecimento dos denominados direitos fundamentais sociais passa por uma estreita colaboração entre as esferas internacional e nacional, em que destacamos a necessidade de criação de mecanismos que promovam tal objetivo a partir de uma abertura constitucional.

O problema de pesquisa que buscamos responder é como o Estado Constitucional Cooperativo pode auxiliar quando há colisão, oriunda do processo de globalização, entre direitos fundamentais como o direito a moradia e o meio ambiente, bem como no entrelaçamento entre a ordem internacional e nacional.

No âmbito científico, o presente estudo é de relevante importância na medida em que buscamos utilizar a teoria do Estado Constitucional Cooperativo para analisar a relação entre direito à moradia e meio ambiente e sua aparente colisão, tendo como referência a denominada agenda social global e as disposições previstas no Texto Constitucional brasileiro, e a necessidade de um processo de globalização inclusivo.

A metodologia que utilizamos para sua elaboração foi a qualitativa, onde investigamos, descrevemos e analisamos as informações obtidas em pesquisa teórica, feita em materiais bibliográficos nacionais e internacionais sobre os temas, em meios eletrônicos e físicos, tais como livros, teses, dissertações e artigos científicos.

Na primeira parte do artigo, buscando responder ao problema proposto, discorreremos sobre a influência da globalização no processo de debilitação do Estado-nação e a necessidade de buscar novas fórmulas de organização social, como a proposta de construção hermenêutica do Estado Constitucional Cooperativo. Neste ponto, estudamos tanto o conceito de Estado Constitucional Cooperativo, como aquele, que partindo de disposições constitucionais e com base na ideia de dignidade humana, permite a aproximação entre ordem internacional e interna. Em seguida, utilizamos tal perspectiva teórica para caracterizar suas possibilidades de aplicação em relação ao Texto Constitucional brasileiro. Como desafio final dessa etapa inicial, situamos a crise ambiental contemporânea como ponto de intersecção entre agendas políticas, por sua dimensão planetária e consequente aquisição de maior relevância entre as pautas de desenvolvimento das nações e seus respectivos sistemas normativos cooperativos.

Na segunda parte, ingressamos no tema sobre o direito à moradia, para demonstrar a relevância do assunto na agenda social global e nacional, a partir da análise de sua presença em tratados internacionais, no Texto Constitucional brasileiro e em relevantes políticas públicas, sempre considerando sua relação com o valor pessoa humana e sua dignidade. Sequencialmente, investigamos a relação entre moradia e meio ambiente e a aparente colisão entre os direitos fundamentais sociais oriundos destes conceitos, para verificar o processo de ponderação influenciado pela ideia de construção de uma ordem constitucional cooperativa que influencia a tomada de decisões políticas, balanceando ordem internacional e interna, com base na dignidade humana, ou seja, ajustada as necessidades de um processo de globalização inclusivo e orientado pelo desenvolvimento sustentável e pela proteção ao meio ambiente.

## 2 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E ESTADO CONSTITUCIONAL

A relação entre Estado e Globalização pode ser compreendida através de diferentes perspectivas, entre as quais se destacam a econômica, a política e a social. É dizer, que os fatores interconectados atuam nas transformações experimentadas pela sociedade contemporânea em direção a sua progressiva hipercomplexidade e internacionalização.

A partir da perspectiva anterior, podemos afirmar que o mundo sofre profundas transformações que geram o surgimento de problemas enfrentados em escala global, incrementando o nível de interdependência entre nações, que buscam novos modelos de alianças e integração para alcançar uma efetiva e solidária cooperação no âmbito internacional, a qual afeta a confortável condição de *only international player* dos Estados-nação e por consequência a própria noção de soberania.

Portanto, constatamos uma clara debilitação das bases que possibilitaram a construção dos Estados-nação e a necessidade de repensar as fórmulas de organização social ante o impacto do processo de globalização, para que não sejam colocadas em risco as conquistas históricas da humanidade, especialmente, relacionadas com a defesa de direitos individuais e sociais.

Em outras palavras, a visualização dos principais problemas que afetam a nossa sociedade na atualidade respeita a questões que demonstram a incapacidade do Estado-nação de prover-lhes uma adequada resposta, na medida em que a complexidade e extensão de temáticas como mudança climática, consumo, pobreza e direitos vinculados à ideia de desenvolvimento humano, escapam da esfera de poder estatal por sua dimensão transnacional.

Compartilhando a mesma ideia sobre a incapacidade do Estado-nação para afrontar os problemas globais, Franco Mazzei (2012, p.74) afirma que:

Sulla base dei livelli stato-centrici non si affrontano adeguatamente questioni globale come i gravi problema connessi con la sostenibilità ambientale e con la crescente diseguaglianza sociale, che pure costituiscono due delle grandi sfide del nuovo secolo.<sup>4</sup>

É necessário, então, encontrar fórmulas de organização social que possibilitem um ajuste entre o poder institucional e os efeitos da globalização, consolidando a ideia de interdependência entre nações para enfrentar seus problemas comuns e de ordem mundial, o que exige uma maior interação no âmbito supranacional e a flexibilização do conceito de soberania absoluta que marca a construção do Estado-nação.

David Held entende que atualmente, reconhecemos que os problemas globais não podem ser resolvidos por um Estado-nação atuando isoladamente, nem tampouco por Estados que lutam apenas para ocupar um lugar nos blocos regionais. A medida que aumentam as exigências ao Estado, surgiram problemas políticos que não podem ser adequadamente resolvidos sem a cooperação de outros Estados e de atores não-estatais. De acordo com o autor, cada vez mais temos consciência de que os Estados já não são as únicas unidades políticas apropriadas para resolver os principais

---

4 Com base nos níveis centrados no Estado, as questões globais, como os sérios problemas relacionados à sustentabilidade ambiental e à crescente desigualdade social, que também constituem dois dos grandes desafios do novo século, não são abordadas adequadamente.

problemas políticos ou mesmo para gerenciar a ampla gama de funções públicas (HELD, 2010).

Dessa forma, é possível argumentar que ultrapassamos o paradigma do Estado-nação para alcançar o do Estado Cooperativo ou, como melhor definido por Peter Habermas, Estado Constitucional Cooperativo, o qual se encontra aberto ao sistema de decisões políticas estipuladas no plano internacional, a partir do estreitamento das relações de interdependência e solidariedade entre Estados-nação e seus cidadãos, para buscar a justa solução aos desafios comuns que são enfrentados pelo mundo na atualidade em favor do estabelecimento de uma adequada gestão dos problemas de escala global (HABERMAS, 2003).

## **2.1 Conceito de Estado Constitucional Cooperativo**

Contemporaneamente, a interconexão do mundo globalizado afeta o fenômeno jurídico, que se encontra inevitavelmente obrigado a estabelecer canais de diálogo e de comunicação cada vez mais intensos, inclusive no plano da soberania, gerando uma rede de Textos Constitucionais a favor da cooperação entre os povos.

A partir de tal ideia, é possível afirmar que o conceito de Estado Constitucional Cooperativo está diretamente vinculado à existência de uma aproximação entre ordem internacional e interna, em que os problemas enfrentados domesticamente não pertencem a esse ou aquele Estado, senão a uma ordem de caráter supranacional que exige uma cooperação contínua e determinada desde pontos de intersecção normativos.

Assim, o Estado Constitucional Cooperativo caracteriza-se por uma identidade que se encontra localizada no entrelaçamento das relações internacionais e nacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, bem como no campo da solidariedade, correspondendo à necessidade internacional de políticas de paz orientadas ao desenvolvimento humano em âmbito global (HABERMAS, 2007).

O Estado Constitucional Cooperativo vai além da coordenação e da simples coexistência pacífica entre ordens jurídicas para tornar invisível a delimitação entre interno e internacional, estabelecendo a equivalência e a prevalência do sistema jurídico comunitário sobre o interno. Não se trata, então, de um Estado direcionado a si mesmo, mas sim que se encontra inserido na comunidade de Estados que interagem em relações recíprocas e harmônicas de poder, o que nos leva a argumentar que o Estado Constitucional Cooperativo representa uma evolução ou uma adaptação do Estado Constitucional Contemporâneo.

Por outro lado, os Estados que rechaçam o inevitável processo de inserção na realidade do mundo globalizado, que exige a homogeneização de determinados setores da vida social contemporânea, são penalizados com marginalização e as conseqüentes dificuldades para impulsionar suas atividades econômicas e comerciais, sofrendo inclusive crises e pressões internas para consagrar o processo de abertura cooperativo que mencionamos anteriormente.

Atualmente, Constituição e Ordem Internacional formam um único conjunto, de tal modo que não podemos conceber uma delimitação clara e objetiva diante dos diversos pontos de intersecção existentes entre eles. Em tal linha de pensamento, não podemos dizer, por exemplo, que o Direito Constitucional começa onde termina o Direito Internacional e vice-versa (HABERMAS, 2007). As decisões políticas expressas pelo Estado Constitucional Cooperativo devem atuar na solução de questões sociais independentemente de restrições espaciais, uma vez que não se limitam a determinados territórios, mas se comunicam entre si e surtem efeitos na esfera de interesses supranacional e internacional.

Progressivamente, as soberanias são transferidas a entidades supranacionais, promovendo uma flexibilização do âmbito e da extensão de poder dos Estados-nação diante da interdependência exigida pela atual ordem internacional. Em tal contexto, o ordenamento jurídico interno dos Estados-

nação é combinado com as normas internacionais, iniciando um processo de adaptação logico-hermenêutico para ajuste normativo cultural de diretrizes, sobretudo, as relacionadas com as exigências do desenvolvimento humano.

A preocupação com o desenvolvimento humano é fundamental para conformação do Estado Constitucional Cooperativo, a qual apenas se concretiza diante de uma sociedade aberta e solidária, que, em relações mutuas de alteridade com outras ordens estatais, projeta nas demais a si mesma. Neste ponto, Haberlê reconhece as dificuldades e a necessidade de esforço global para que a humanidade possa alcançar tais objetivos (HABERLÊ, 2007).

Constatamos, assim, que os principais elementos presentes na composição do Estado Constitucional Cooperativo permitem a tutela de interesses de caráter transnacionais em um ambiente em que a cooperação internacional pressupõe a expressão solidária da soberania, ou seja, da manifestação do poder estatal como parte corresponsável pela gestão dos problemas globais que afetam todas as nações e as futuras gerações, como o caso da atual crise ambiental.

Portanto, a cooperação internacional no marco do Estado Constitucional Cooperativo objetiva uma postura altruísta nas relações de poder que possibilite a tomada de decisões políticas em defesa de interesses globais e não apenas nacionais, fundado no auxílio recíproco, democrático e solidário entre Estados, cidadãos e futuras gerações, afastando posições egoístas, individuais e que agravam ainda mais a emergência na tratativa de problemas que colocam em risco a existência do nosso modelo de sociedade e da própria espécie humana.

## **2.2 Processo de Construção: Estado Constitucional Cooperativo Brasileiro**

É lógico que a construção do paradigma do Estado Constitucional Cooperativo exige um esforço interpretativo orientado à determinação dos pontos de intersecção constitucional anteriormente mencionados, o que pode ser extraído desde a delimitação da fórmula de integração ideológica de cada Estado, a qual, disposta na Constituição, corresponde a seu sistema fundamental de valores e ordenação de poder.

De acordo com Pablo Lucas Verdú (1998, p.50), a fórmula política expressa na Constituição corresponde a “uma expressão ideológica, fundada em valores e institucionalmente organizada, que descansa em uma estrutura socioeconômica”.<sup>5</sup>

No mesmo sentido, Willis Santiago Guerra Filho afirma que:

Enquanto manifestação de uma opção básica por determinados valores, característicos de uma ideologia, a fórmula política inserida na Constituição se apresenta como um programa de ação a ser compartilhado por todo integrante da comunidade política, e, por isso responsável a um só tempo por sua mobilidade e estabilidade. (GUERRA FILHO, 2005).

Tal sequência de ideias nos permite verificar que o Estado Constitucional Cooperativo atua em regime de cooperação com forças externas, tais como outros Estados, comunidades de Estados e organizações internacionais, adaptando seu modelo estrutural interno descrito pela fórmula de integração ideológica com as condicionantes de direito internacional e comunitário, sem perder seus traços característicos, possibilitando simultaneamente ação global e corresponsabilidade, para alcançar de forma eficiente a colaboração em nível internacional.

Como exemplo, podemos mencionar a Constituição Brasileira que estabelece a cooperação internacional como um dos elementos integrantes de sua fórmula de integração ideológica, a qual

---

5 No original: “Una expresión ideológica, fundada em valores, normativa e institucionalmente organizada, que descansa em uma estructura socioeconômica”.

deve se relacionar com as reais e emergentes exigências que atuam no plano internacional, para possibilitar a abertura necessária à construção de um Estado Constitucional Cooperativo.

Tal afirmação, pode ser comprovada a partir da simples leitura do artigo 4º da Constituição Brasileira, que estabelece, entre seus princípios fundamentais e orientadores das relações internacionais, “a cooperação entre povos para progresso da humanidade”, restando, assim, identificar no plano internacional as exigências que devem ser agregadas a essa diretriz.

Em tal contexto, o Estado Constitucional Cooperativo brasileiro determina a manifestação de seu poder em sintonia com as condicionantes próprias dos direitos humanos, no sentido de promoção e de melhoria das situações de vida digna dos cidadãos e das perspectivas de desenvolvimento dos Estados menos privilegiados para criação de um mundo cosmopolita, justo e igual, o que nos exige uma análise mais depurada do conteúdo de tais afirmações no âmbito da crise ambiental contemporânea.

Compatibilizando as afirmações iniciais com às exigências advindas do atual momento de crise ambiental vivido em escala mundial juntamente com a complexidade do processo de globalização, constatamos que a proteção ao meio ambiente em suas diversas perspectivas ganha maior relevância dentro dos sistemas normativos cooperativos, para produzir efeitos como elemento central das ordens constitucionais vigentes, a partir da abertura de um canal de comunicação com os fatores de governança definidos no âmbito internacional.

Cristiane Derani destaca a importância do diálogo entre ordem interna e internacional para geração de mecanismos de governança que protejam o meio ambiente e promovam o desenvolvimento sustentável ante os possíveis impactos negativos da globalização vinculados aos fluxos de comércio propagados pelas grandes corporações internacionais, ao afirmar que:

É de ressaltar o quanto o trânsito dos recursos naturais está ligado ao sistema internacional de comércio, vinculando, portanto, a este movimento as medidas relativas ao uso sustentável. Por isso, paralelamente ao desenvolvimento normativo interno, julgo de extrema importância o trabalho coordenado com tratados e normas internacionais. E não me refiro somente àqueles propriamente destinados à conservação de determinados recursos, mas sobretudo àqueles referentes à importação, exportação de recursos naturais, bem como os relativos à transferência de tecnologia e produtos” (DERANI, 2007, p. 110).

Desta feita, no âmbito do Estado Constitucional Cooperativo, a busca da conciliação entre crescimento econômico e proteção do meio ambiente, fatores pertencentes a dinâmica da realidade social contemporânea, devem ser constitucionalmente compaginados para gerar níveis adequados de qualidade de vida digna aos cidadãos, é dizer, estabelecer um modelo de crescimento econômico fundado no desenvolvimento sustentável, na utilização racional dos recursos naturais, que se torne o núcleo de interpretação das normas, para a promoção de um modelo de governança ambiental em âmbito doméstico e mundial.

Entre o rol de diretrizes que possibilitariam a estruturação de um Estado Constitucional Cooperativo, fundado em uma governança global orientada à preservação do meio ambiental, podemos tomar como referência, por exemplo, os 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e, conseqüentemente, os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), documentos que definiram os propósitos atuais das políticas públicas em termos de cooperação internacional, ocupando um papel de destaque na agenda social global, ao demonstrar o comprometimento dos Estados membros da ONU com a busca de um futuro melhor para nossa sociedade na medida em que se contrapõem ao projeto de globalização neoliberal, ao outorgar uma dimensão de equidade à globalização e propor um marco cosmopolita de governança global ao desenvolvimento sustentável (SANAHUJA, 2007).

Por fim, salientamos que, a temática ambiental passa a ser considerada o principal ponto de interseção entre agendas políticas nacionais e internacionais, devendo estruturar, a partir do plano constitucional, a promoção de um desenvolvimento econômico e social sustentável, com qualidade

de vida digna em um ambiente saudável e equilibrado, é dizer, dar as condições necessárias para que a construção de ordens constitucionais cooperativas em sintonia com a governança estabelecida no plano internacional, ressaltando a importância do desenvolvimento sustentável e da proteção ao meio ambiente, os quais devem determinar as pautas comportamentais dos distintos atores sociais (Estado, sociedade e cidadãos).

### **3 DIREITO À MORADIA E ORDEM CONSTITUCIONAL COOPERATIVA**

Estabelecidas as bases teóricas de construção do Estado Constitucional Cooperativo e sua relação com uma proposta de governança ambiental em âmbito global, fundada em documentos normativos internacionais que refletem as agendas sociais globais contemporâneas, como no caso os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), passamos às possibilidades de constatação empírica de tais conceitos, tomando como base de discussão a questão do direito à moradia no contexto da ordem jurídica constitucional cooperativa brasileira.

Inicialmente, em sintonia com as considerações anteriores, recordamos a existência dos vínculos entre a crise ambiental vivida contemporaneamente por nossa sociedade e a importância de consagração do direito à moradia, como parte integrante da ideia de dignidade humana, na medida em que buscam a melhoria das condições de vida da população a partir do desenvolvimento sustentável das cidades, tornando os *assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis* (ODS 11), o que revela sua posição de destaque no âmbito de discussões relacionadas com a cooperação internacional e de construção da agenda social global.

Tais considerações são reforçadas a partir dos próprios fundamentos jurídicos do direito à moradia, que, além de já se encontrar consagrado em diversos tratados e documentos normativos internacionais, no âmbito doméstico, também se encontra previsto entre o rol de direitos fundamentais sociais da Constituição Brasileira, compondo sua fórmula de integração ideológica ao se vincular diretamente com o valor pessoa humana e sua dignidade, possibilitando, assim, a abertura de um canal de comunicação apropriado a promoção do diálogo convergente entre ordem internacional e interna, para construção hermenêutica de um Estado Constitucional Cooperativo.

#### **3.1 A Proteção Internacional**

Para ingressarmos na constatação empírica orientada à construção hermenêutica de uma ordem cooperativa constitucional a partir do sistema jurídico brasileiro, ressaltamos que na esfera internacional existe uma grande preocupação com o equilíbrio entre relações humanas e meio ambiente através, sobretudo, do conceito de desenvolvimento sustentável e do respeito aos direitos diretamente vinculados à fonte de todos os valores, qual seja o valor da pessoa humana e sua dignidade.

Seguindo a linha desse raciocínio, podemos afirmar que o direito à moradia adequada é um dos elementos que compreendem de viver bem, no sentido de garantia de condições reais de existência satisfatoriamente digna. Uma das principais referências na legislação supranacional quanto ao direito à moradia adequada e os demais direitos que se relacionam com ele<sup>6</sup> está prevista no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, considerada como base de com-

---

6 Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

preensão de todo sistema internacional de proteção dos direitos humanos e que se fundamenta no valor pessoa humana, desde seu artigo 1º, ao consagrar que *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*.

Os tratados internacionais de direitos humanos abordam o direito à moradia adequada de formas diferentes, traçando alguns princípios básicos, sendo o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) considerado como o instrumento central para a proteção do direito à moradia adequada, entretanto, este conceito pode sofrer variações de acordo com o contexto em que estiver situado (NAÇÕES UNIDAS, 2005).

O pacto citado, ratificado em 1992, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro há mais de duas décadas, e transformou-se em uma das fontes mais importantes do direito internacional na proteção da moradia adequada, trazendo no seu artigo 11<sup>7</sup> o reconhecimento do direito que toda a pessoa tem a um nível de vida adequado para si própria e sua família, incluindo uma moradia adequada (BRASIL, 1992), o que comprova a abertura do sistema jurídico brasileiro à proposta interpretativa de construção de uma ordem constitucional cooperativa a qual se ajusta à agenda social global que havíamos destacado linhas atrás.

No contexto latino americano, tem-se ainda a questão do direito à moradia como um grave problema social, pois, existe um número expressivo de pessoas sem acesso à moradia e vivendo em assentamentos precários (CALIXTO, 2017). Um relatório recente da ONU-Habitat aponta a necessidade de avanços para que a moradia adequada seja efetiva e corresponda aquilo que está disciplinado no direito internacional e reconhecido pelo direito brasileiro.

O direito à moradia adequada está vinculado com condições adequadas de habitabilidade; segurança jurídica na posse; disponibilização de serviços de infraestrutura; custo acessível; boa localização e adequação cultural. Assim, deixa de ser uma mera distribuição de títulos de propriedade para tornar-se um conjunto de ações voltadas à inclusão social destas famílias, devolvendo a dignidade aos seus moradores, promovendo de fato mudanças na realidade destas comunidades.

Relatórios recentes produzidos pelo Banco Mundial e pela Organização das Nações Unidas – ONU tratando sobre os programas habitacionais brasileiros, em especial o Programa Minha Casa Minha Vida (ONU-HABITAT, 2012), criado em 2009, para subsidiar e facilitar as condições de aquisição da casa própria voltado às famílias enquadradas como de baixa renda, bem como a regularização da posse de imóveis em benefício dos moradores de assentamentos urbanos irregulares, reconhecem o esforço do governo que através de uma política pública pretende dar efetividade ao direito fundamental à moradia, concretizando dessa maneira o princípio da dignidade humana (SILVEIRA, 2017).

O reconhecimento do direito de toda pessoa à moradia adequada, obriga o Estado a adotar as medidas cabíveis para que este direito seja alcançado no mais alto nível possível. Assim é preciso que o Poder Público pense em novas políticas públicas para habitação de interesse social, pois, se a concretização do direito à moradia, fundamentada no atual modelo de propriedade privada, não consegue alcançar a todos, significaria aceitar que grande parte da população ficaria impossibilitada de

---

7 Artigo 11 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. 2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.



ter acesso à moradia adequada.

Portanto, o diálogo convergente entre o sistema jurídico brasileiro e a ordem normativa internacional sobre o direito à moradia, o qual pode ser constatado a partir da

incorporação de diversos tratados e também da implementação de políticas públicas que se encontram em conformidade com o conteúdo da agenda social global contemporânea, demonstra, em um primeiro momento, a nítida propensão à abertura constitucional e à construção de um legítimo Estado Constitucional Cooperativo, a partir do reconhecimento de pontos de intersecção entre as duas ordens anteriormente mencionadas.

Tais considerações, fundamentais para devida compreensão dos conceitos estruturantes da cooperação internacional orientada à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável, serão decisivamente investigadas desde a análise da presença do direito à moradia no âmbito do Texto Constitucional brasileiro.

### **3.2 Direito à Moradia na Constituição Brasileira**

Nos primórdios do século XX, houve uma transição do Estado Liberal para o Estado Social, ampliando-se o alcance dos direitos à igualdade e propriedade. O conceito do direito de propriedade, deixou seu caráter individualista e egoísta para abarcar uma perspectiva social. O direito de propriedade abandonou seu caráter genuinamente egoístico e passa a abranger conteúdos de igualdade e solidariedade, ao atender às exigências e limitações do bem comum, a partir da consagração de sua função social.

Seguindo esta tendência, a Constituição Federal de 1988 estabelece como primordial a prevalência do interesse social, sendo o bem-estar da coletividade uma finalidade mencionada em vários artigos. No seu artigo 3º, por exemplo, o constituinte originário traçou os *objetivos fundamentais* da República Brasileira, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e da marginalização e na redução das desigualdades sociais e regionais.

Em seu texto original não estava previsto expressamente o direito à moradia no rol dos direitos fundamentais individuais e coletivo elencados no artigo 5º ou mesmo no rol de direitos fundamentais sociais do artigo 6º. Somente com a Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000 incluiu-se o direito à moradia digna no rol dos direitos sociais trazidos pelo artigo 6º e que trata da necessidade vital básica do ser humano, impondo-se ao legislador e ao administrador público dar condições práticas para implementação de políticas que lhe assegurem a mais plena eficácia, considerando sua dimensão essencial para o sistema jurídica brasileiro, ao se encontrar diretamente vinculado à ideia de dignidade humana e seus desdobramentos na esfera de proteção internacional.

Importante destacar que a dignidade da pessoa humana, como elemento central do ordenamento jurídico, possui o papel de fundamentar o alcance dos direitos sociais, o que se dá no próprio conteúdo desse princípio como o caso do mínimo existencial, e que pode ser compreendido como o núcleo essencial de bens e direitos que devem ser garantidos às pessoas para possibilitar uma situação justa de vida, ou seja, um padrão mínimo de dignidade.

Para Flávia Piovesan, conforme determina o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados-partes do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem o dever de assegurar, ao menos, “o núcleo essencial mínimo, o *minimum core obligation*, relativamente a cada direito econômico, social e cultural enunciado no Pacto”, visto que a observância do mínimo existencial tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, que fundamenta todos os direitos humanos (PIOVESAN, 2012).

Em relação ao direito à moradia, consagrado no rol de direitos fundamentais sociais da Constituição Brasileira e que se encontra em harmonia com as disposições do Pacto Internacional

de Direitos Econômicos, comprovando a abertura à construção de uma ordem constitucional cooperativa, a dignidade humana e o mínimo existência influenciam sua compreensão como espécie de direito público subjetivo de caráter inalienável, imprescritível e inviolável que devem ser exigidos ao Estado e à sociedade para possibilitar um modelo de desenvolvimento humano em que as pessoas possam converter suas potencialidades em ações concretas, vivendo de forma produtiva e em conformidade com seus valores.

Além das disposições constitucionais mencionadas, o Estatuto da Cidade que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, demonstra a preocupação do legislador em dar parâmetros para o desenvolvimento sustentável das cidades. Os referidos artigos preveem que a política de desenvolvimento urbano deve ser executada pelo Município garantindo a função social da cidade e a uma condição digna de habitabilidade, entre outras garantias.

Numa perspectiva em que o problema da moradia possa ser integrado à questão do direito à cidade, é possível perceber que as reivindicações em relação à habitação surgem de várias formas, ou seja, passa pela solução dos graves problemas de infraestrutura dos assentamentos, bem como pela construção de moradias para atender ao número cada dia maior de famílias carentes, culminando nas questionáveis obras de urbanização executadas em áreas periféricas das cidades (MOTTA, 2017).

Visando alcançar estes objetivos se faz necessário criar mecanismos legais que possam dar efetividade ao direito à moradia na perspectiva do conceito de dignidade humana e mínimo existencial, entre os quais, destacamos a Regularização Fundiária. O primeiro marco jurídico de caráter nacional a dispor sobre a regularização fundiária em áreas urbanas de maneira abrangente foi a Lei Federal nº 11.977/2009 (Lei da Minha Casa Minha Vida).

Contudo, o procedimento administrativo imposto pela supracitada lei tramitava, em grande parte, dentro do Registro de Imóveis, o que de certa forma dificultava o seu andamento, especialmente, se a municipalidade não dispusesse de técnicos com conhecimentos específicos em regularização fundiária, em suma, não funcionou, criando obstáculos burocráticos e desproporcionados à consagração de um direito fundamento social e *insistimos* diretamente vinculado ao valor pessoa humana e sua dignidade.

A referida norma foi revogada e o novo marco sobre regularização fundiária urbana encontra-se na Lei Federal nº 13.465 de 2017, também chamada de REURB, que reestruturou o processo de regularização fundiária com fins a desburocratizar, dar maior eficiência e criar novos instrumentos de regularização, sendo as principais mudanças a ampliação do conceito de informalidade urbana, criação da legitimação fundiária, mudanças nos procedimentos de registro e o direito real de laje, com o objetivo geral de promover o acesso ao direito de moradia, garantindo acesso a serviços públicos básicos, observando os critérios de sustentabilidade.

Nota-se, portanto, uma grande preocupação do legislador com a efetivação do direito à moradia, que conforme dito anteriormente, que é considerada responsabilidade do Estado, e deve abranger tanto a infraestrutura adequada, quanto o acesso a serviços públicos de qualidade, implementando instrumentos institucionais que resolvam os conflitos urbanos, reconhecendo as necessidades coletivas na busca pela justiça social, bem como reforçando a concepção de direito público subjetivo do direito à moradia para fortalecer sua relação com a dignidade humana e o mínimo existencial.

## 4 MEIO AMBIENTE E DIREITO À MORADIA

Constatados os fundamentos jurídicos na esfera internacional e nacional que vinculam o direito à moradia ao valor pessoa humana e sua dignidade, passamos à investigação da questão ambiental, para verificar sua relação com os conceitos anteriormente mencionados, possibilitando o alcance dos objetivos pretendidos por esse artigo, a construção hermenêutica da ordem constitucional cooperativa destinada à orientação do processo de decisão política com base na proteção do meio ambiente e na garantia do desenvolvimento sustentável com a atribuição do direito à moradia adequada.

Inicialmente, é importante considerar que houve atualmente um crescimento da consciência ecológica, assim como, do reconhecimento da necessidade de resolver problemas originados pelo crescimento desordenado das grandes cidades. Indubitavelmente, um dos principais problemas resultantes do crescimento desordenado das cidades são os impactos ambientais provocados pela própria ação humana e que geram reflexos em toda humanidade.

Nesse respeito, objetivando tutelar o meio ambiente das ações humanas prejudiciais à qualidade de vida e até mesmo da própria existência do ser humano, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225 dispôs: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Desta feita, a partir do Texto Constitucional, destacou-se que o Poder Público não é mais considerado proprietário dos bens ambientais, mas sim atua como um gestor que administra esses bens para que a coletividade possa deles usufruir (MACHADO, 2008). Também, pode-se auferir que o termo *ecologicamente equilibrado* significa que o homem não pode ser privado de explorar os recursos ambientais, ao passo que esses melhoram a qualidade de vida humana, porém, tal exploração não pode desqualificar o meio ambiente e seus elementos essenciais, pois isso importaria em desequilibrá-lo, e, futuramente poderia implicar no seu próprio esgotamento. Dessa forma, o legislador constitucional quis evitar a ideia de um meio ambiente equilibrado sem qualificação ecológica, ou seja, sem relações essenciais dos seres vivos entre si e deles com o meio (DA SILVA, 1995).

Por conseguinte, ainda com relação ao artigo 225 da Constituição Federal de 1988, percebe-se em sua redação a consagração do dever ético e solidário, ao passo que as gerações presentes têm o compromisso de zelar pelas gerações futuras, na medida em que repassam a ela recursos naturais equivalentes aos que receberam das gerações anteriores (DE AQUINO, 2017).

Dessa forma, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado recebe proteção constitucional na forma de sua importância. Corroborando essa afirmação, é importante considerar a disposição do artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 que prevê que o Poder Público deve: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (DE AQUINO, 2017). Com isso, entende-se que a Constituição Federal reconhece o valor de formas de vida não humanas que merecem sua proteção, inclusive, contra a ação humana.

Ainda com respeito ao artigo 225 da Constituição Federal, não podemos esquecer sua inspiração, a qual se encontra fundada na ordem internacional, especificamente no Relatório Bundtland

(1987), o qual apresenta a definição de desenvolvimento sustentável como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades”.

Dentro de nossas perspectivas teóricas de construção hermenêutica da ordem constitucional cooperativa, tal definição deve servir de base para interpretação da relação entre meio ambiente, direito à moradia e dignidade humana, englobando a exigência de satisfação das necessidades essenciais das pessoas em condições de hipossuficiência em sintonia com o desenvolvimento sustentável e o reconhecimento de que compete ao Poder Público a adoção de medidas políticas adequadas a sua concretização.

Por conseguinte, outro dispositivo constitucional que merece atenção no que tange à proteção ambiental e sua relação com a dignidade humana é o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação [...].

Portanto, as atividades econômicas devem conciliar sua produção com o respeito ao meio ambiente e à dignidade humana, de modo que a incolumidade do meio ambiente não seja comprometida por interesses empresariais e nem fique dependente de fins meramente econômicos ou lucrativos.

Sendo assim, feitas algumas considerações sobre os mecanismos de proteção do meio ambiente com base na Constituição Federal de 1988, a seguir será analisado de forma breve o direito a moradia e sua relação com o meio ambiente. Desta feita, o direito a uma moradia digna não pode se realizar de forma autônoma, pois depende das exigências do Direito à Cidade Equilibrada e Sustentável. Portanto, pode-se dizer que o direito à moradia é uma função do direito à cidade. Esse direito refere-se à convivência em liberdade dentro de um espaço onde se desenvolvem diversas atividades articuladas entre si, como, moradia, saúde, educação, transporte, lazer e entre outros. Todas essas atividades representam funções que devem ser realizadas observando-se as demais, com a finalidade de tornar a cidade um espaço equilibrado e sustentável de bem-estar que proporcione qualidade de vida (LOUREIRO, 2018).

É importante ressaltar que tanto o direito ao meio ambiente quanto o direito à moradia são direitos fundamentais sociais tutelados pela Constituição Federal de 1988. Todavia, em algumas situações esses direitos são colocados em aparentes conflitos, momento em que deverá ser realizada uma ponderação sobre a melhor forma de compatibilizá-los.

Para exemplificar, a ocupação de áreas de proteção ambiental pode gerar prejuízos ao meio ambiente, como, a poluição de mananciais e a supressão de áreas verdes. Por outro lado, em alguns casos essa ocupação é feita por pessoas que possuem como única forma de acesso à moradia a ocupação destas áreas irregulares. Diante disso, nesses casos manifesta-se uma aparente colisão de direitos fundamentais que englobam o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial para a manutenção do planeta, e, de outro lado, o direito social à moradia (LOUREIRO, 2018).

Ainda, de acordo com Reis (2013) destaca-se que a ocupação irregular dessas áreas de proteção ambiental, acontece muitas vezes pela falta de um planejamento adequado por parte do Poder Público, isto é, ocorre uma ineficácia na criação e execução de políticas públicas que garantam a função social das moradias. Ocorre que, o fenômeno urbano e a desigualdade social acabam por pressionar as pessoas de baixa renda para as áreas marginais das cidades, onde tais pessoas com baixa expectativa procuram modos de se estabelecer e morar. Porém, como consequência,

acelera-se a degradação ambiental pelo uso inadequado dos recursos naturais e pela poluição ocasionada pelos fatores mencionados.

Desse modo, os aparentes conflitos de direitos entre os cidadãos tendem a ser tornar intersubjetivos na medida em que os efeitos do exercício irregular de um direito produzem prejuízo ao direito de outros membros da coletividade (LOPES, 1998). Portanto, considerando que a aparente colisão desses direitos fundamentais decorre da ineficiência do Estado em promover políticas públicas adequadas de fomento à moradia, como também, de controlar e proteger adequadamente as áreas de proteção ambiental, uma possível solução para compatibiliza-los é a ponderação de valores, de forma que solucione o problema preservando o núcleo essencial de cada direito (REIS, 2013).

A ponderação pode ser descrita como uma técnica que acontece em três etapas. Na primeira etapa, deverão ser identificadas no ordenamento jurídico quais são as normas mais relevantes para solucionar o caso concreto, e, ainda, verificando possíveis conflitos entre essas normas. Também, na primeira etapa os direitos fundamentais, em geral, deverão ser agrupados em prol da solução que estejam sugerindo, isto é, formarão conjuntos de argumentos capazes de facilitar a comparação entre as normas pertinentes e ao caso concreto (BARROSO, 2009).

Por sua vez, na segunda etapa deverão ser procedidos os exames das circunstâncias do caso concreto e da sua relação com os elementos normativos, observando-se as consequências da norma na prática. Por último, os dados coletados deverão ser observados conjuntamente com a finalidade de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos elementos que compõem o caso concreto. Dessa forma, será avaliado se o grupo de normas proposta para a solução deve prevalecer sobre outra norma (BARROSO, 2009).

Contudo, pode-se dizer que a solução encontrada consubstanciada pela prevalência de um direito sobre o outro, não significa que essa decisão é absoluta ou que assumirá um nível de hierarquia em outras soluções similares, pois nos casos de conflitos de direitos deverão ser apuradas as normas de acordo com o caso concreto observando-se suas especificidades.

Também, uma alternativa que pode solucionar a questão desses conflitos de direitos é a aplicação do Princípio da Proporcionalidade. Para tanto, convém observar as palavras de Carlos Henrique A. Loureiro que dispõe: “[...] sua aplicação pressupõe a inexistência de lei que promova uma tentativa de compatibilização entre os direitos à moradia e ao meio ambiente, de modo que ele o faz de forma criativa, valendo-se de cláusulas gerais do devido processo legal (adequação, necessidade e razoabilidade)” (LOUREIRO, 2018).

Ainda, o autor destaca uma terceira forma de se solucionar essa situação que é a partir da criação de mecanismos especiais de regularização fundiária e urbanística sustentável nas áreas de proteção ambiental, sendo que, a principal ferramenta de proteção ambiental atual é o Código Florestal combinado com a Resolução do CONAMA n. 369/06, e, entre outras disposições que regulamentam a preservação do meio ambiente (LOUREIRO, 2018).

Portanto, em que pese tenham sido apresentadas algumas alternativas para solucionar a problemática do conflito de direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente, o mesmo continuará a representar um desafio para todos e a exigir soluções cada vez mais complexas. Por fim, reconhecendo seu valor não absoluto, o direito ambiental pode reconhecer soluções que assumam os danos que já foram produzidos, a fim de atender as necessidades humanas que tenham relação com o acesso à moradia, ao passo que institua medidas com a finalidade de minimizar ou até eliminar progressivamente os prejuízos por meio da regularização fundiária e urbanística especial (LOUREIRO, 2018).

De toda maneira, o próprio processo de ponderações de interesses para compatibilização de direitos fundamentais sociais, como o caso do meio ambiente e o direito à moradia, em que ambos se encontram diretamente vinculados ao valor pessoa humana e sua dignidade, deve tomar como

referencia as disposições contidas na esfera internacional, para proporcionar a busca de decisões políticas pautadas na ideia de construção hermenêutica de uma ordem constitucional cooperativo ajustada aos movimentos contemporâneos de formação da agenda social global e à própria tendência à mundialização do fenômeno jurídico-constitucional.

## 5 CONCLUSÃO

Com o processo de globalização e a conseqüente revelação de problemas transfronteiriços comuns, que exigem um maior conteúdo de interdependência e solidariedade entre países, como o caso da questão relacionada com a degradação ambiental, constatamos a necessidade de serem encontrados modelos de organização social que ultrapassem o paradigma do Estado-nação e promovam um verdadeiro entrelaçamento entre ordem internacional e nacional, especialmente, a partir dos Textos Constitucionais e com base na ideia de dignidade humana.

Em tal contexto, nos deparamos com o denominado Estado Constitucional Cooperativo, que consiste em um modelo de construção hermenêutica que busca na fórmula de integração ideológica dos Textos Constitucionais os parâmetros normativos relacionados com o valor da pessoa humana e sua dignidade, para influenciar o processo de decisão política institucional em prol da convergência entre agenda social global e nacional.

A questão a ser respondida é se referida teoria pode auxiliar em tal processo de entrelaçamento entre a ordem internacional e nacional e ajustar o processo de globalização para um modelo capaz de equilibrar o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente, sem ignorar a importância do homem e de seus direitos fundamentais, como o direito a moradia.

Quando ingressamos na questão ambiental e sua crise contemporânea, é possível verificar um ponto de intersecção entre as mencionadas agendas políticas, em razão de que a proteção ao meio ambiente adquiriu maior relevância nos sistemas normativos cooperativos, ao, por exemplo, fundamentar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), o que conduz a discussão ao tema sobre o direito à moradia, o qual se encontra consagrado em diversos documentos normativos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como na Constituição Federal, situando-se especificamente no rol de direitos fundamentais sociais (art. 6º).

Portanto, a partir das relações entre meio ambiente e direito à moradia e suas aparentes colisões, podemos estabelecer uma proposta de construção de uma ordem constitucional cooperativa, com a utilização do processo de ponderação, para influenciar o processo de decisão política a partir do diálogo entre agenda social global e nacional, que, no que se refere ao sistema jurídico brasileiro, dá cumprimento ao disposto na prescrição do artigo 4º da Constituição Federal, que prescreve a cooperação entre os povos para progresso da humanidade como um dos deveres a serem alcançados por nossa nação.

Assim sendo, como resultado da pesquisa, verificamos que a teoria do Estado Constitucional Cooperativo pode sim auxiliar quando há colisão entre direitos fundamentais como o direito a moradia e o meio ambiente, uma vez que influencia a tomada de decisões políticas, podendo balancear a ordem internacional e interna, com base na dignidade humana, ou seja, ajustada as necessidades de um processo de globalização inclusivo e orientado pelo desenvolvimento sustentável e pela proteção ao meio ambiente, e também criar, inclusive, novas fórmulas de organização social.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>.
- BRASIL. *Lei Federal nº 11.977 de 07 de julho de 2017*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.
- BRASIL. *Lei Federal nº 13.465 de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.
- CALIXTO, Juliano dos Santos e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *A efetividade do Direito à Moradia Adequada a partir da segurança na posse no direito internacional e no direito brasileiro*. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/67>>.
- CARDOSO, Adauto Lucio. A utopia em construção: modernidade, ecologia e urbanização. In: PIQUET, Rosélia; RIBEIRO, Ana Clara T. (Orgs.). *Brasil, território da desigualdade: descaminhos da modernização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1991.
- CASTRO, M. C. P. de; SILVA, H. M. B. *Legislação e mercado residencial em São Paulo*. São Paulo: LabHab /FAU-USP, 1997.
- DA SILVA, José. *Direito ambiental constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- DE AQUINO, V. S. *Harmonização entre os direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: moradias localizadas em áreas de preservação permanente*. 2017. Disponível em: <[www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b7d0a9cffffaafd1](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b7d0a9cffffaafd1)>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- HABERLÉ, Peter. *El Estado Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2003.
- HABERLÉ, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- LOPES, J. R. L. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- LOUREIRO, C. H. A. *Moradia e meio ambiente: desmanchando consensos em torno do conflito entre o direito à moradia digna e o direito ao meio ambiente sustentável*. Disponível em: <[https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20974/Carlos\\_Henrique\\_A.\\_Loureiro.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20974/Carlos_Henrique_A._Loureiro.pdf)>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- LUCAS VERDU, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos, 2010.

MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 16. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAZZEI, Franco. *Relazione Internazionale*. Milano: Egea, 2012.

MOTTA, Luana Dias. *A questão da habitação no Brasil: Políticas Públicas, conflitos urbanos e o Direito à Cidade. Cientista Social, mestranda em Sociologia na UFMG e integrante do Grupo de Estudos em Temáticas Ambientais (GESTA/UFMG)*, 2017.

ONU-HABITAT. *Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos. Estado de las ciudades de América Latina y el Caribe 2012: Rumbo a una nueva transición urbana, 2012*. Disponível em: <[http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=362&Itemid=18](http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=362&Itemid=18)>.

PENA, Rodolfo F. Alves. *Efeitos da especulação imobiliária nas cidades; Brasil Escola*. Disponível em: <<http://brasile scola.uol.com.br/geografia/efeitos-especulacao-imobiliaria-nas-cidades.htm>>.

REIS, João Emilio de Assis. O direito ao meio ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, Volume 10. Número 20, p.289-314, Jul./Dez. 2013.

ROLNIK, Raquel. *Democracia no fio da navalha: Limites e possibilidades para implementação de uma agenda de reforma urbana no Brasil*. Disponível em: <<http://rbeur.anpur.org.br/rbeur/article/view/219/0>>.

Sanahuja, J. A. ¿Más y mejor ayuda?: La Declaración de París y las tendencias en la cooperación al desarrollo, en Mesa, M (Coord.), *Guerra y conflictos en el siglo XXI: Tendencias globales*. Anuario 2007–2008 del Centro de Educación e Investigación para la Paz (CEIPAZ), Madrid, CEIPAZ, 2007, p.71-101.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da Silveira. *Direitos sociais e políticas públicas II. Organização CONPEDI*. Disponível em: <[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)>.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de La Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

---

**Recebido em:** 27/10/2018

**Aprovado em:** 05/11/2018

### **Como citar este artigo (ABNT):**

SILVA, Alexandre Antônio Bruno da; BRITO, Marcella Mourão de. A promoção de direitos fundamentais por meio dos métodos autocompositivos: a realidade dos acordos na Justiça do Trabalho. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.41-56, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



# A OPÇÃO PELO USO E A AUTORIZAÇÃO PARA PRODUÇÃO E FORNECIMENTO DE FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA

## THE OPTION FOR USING, AUTHORIZATION OF PRODUCTION AND SUPPLYING OF SYNTHETIC FOSFOETANOLAMINE

Roberto Henrique Pôrto Nogueira<sup>1</sup>  
Paula Camila Veiga Ferreira<sup>2</sup>

**RESUMO:** O trabalho visa a traçar uma visão geral e reflexiva sobre as demandas judiciais para a garantia da efetivação do direito à saúde, através da produção e fornecimento indiscriminado de fosfoetanolamina sintética ou “pílula contra o câncer”. Pretende-se, por meio de pesquisa bibliográfica ampla, discutir, hipotético-dedutivamente, a efetividade protetiva do Poder Judiciário perante sujeitos vulneráveis por questões de saúde, particularmente no que respeita ao uso de medicamentos, sob parâmetros que excedem as orientações de segurança, acurácia e eficácia originárias, definidas quando de seu registro no órgão competente. Logo, abordagens sobre autonomia decisória e exigências técnico-científicas para a aprovação de medicamentos, dentro de padrões éticos e orçamentários, são imprescindíveis. A importância do trabalho é peculiar, vez que ancorado no desenvolvimento humano, seja no campo da economia ou da saúde e qualidade de vida. Os achados apontam, pela confrontação dos interesses relevantes envolvidos, a necessidade de avaliação detida da tutela jurídica permissiva para aferir se há cumprimento da meta proteção à vulnerabilidade, em razão da enfermidade. Afinal, pode-se, ao revés, acentuar a situação de inobservância do direito fundamental à saúde individual e coletiva.

**Palavras-chave:** autonomia privada; direito à saúde; fosfoetanolamina sintética; regulação; vulnerabilidade.

**ABSTRACT:** This work aims to provide a general and reflexive overview of the judicial demands for ensuring the realization of the right to health through the production and indiscriminate supply of synthetic phosphoethanolamine or “cancer pill”. The purpose of this study, through a large bibliographical research, is to discuss, hypothetically-deductively, the effectiveness of the Judiciary in protecting people and groups that are vulnerable due to health problems, particularly those related to the use of medicines, which are subject to parameters that exceed the safety, accuracy and efficacy defined when they are registered with the agency responsible for protecting and promoting public health. Therefore, approaches on decision-making autonomy and technical-scientific requirements for drug approval, within ethical and budgetary standards, are essential. The importance of this work is peculiar, since it is linked to the goal of human development, whether in the field of economy or health and quality of life. The findings point out, through the confrontation of the relevant entitlements involved, the need for an evaluation of the permissive legal guardianship to assess whether the goal of illness vulnerability protection is met. After all, such tolerant judgement can, on the contrary, accentuate the situation of non-observance of the fundamental right to individual and collective health.

**Keywords:** private autonomy; right to health; synthetic phosphoethanolamine; regulation; vulnerability.

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor Adjunto do Curso de Graduação e Mestrado Acadêmico em Direito da UFOP-MG. E-mail: portonogueira@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestranda em Novos Sujeitos, Novos Direitos pela UFOP-MG. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. E-mail: paulaveiga.advogada@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O amadurecimento dos institutos jurídicos, a submissão aos paradigmas implementados pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) e a busca por reconhecimento, desenvolvimento humano e igualdade substancial delineiam novas reivindicações de abordagem imprescindível.

A discussão sobre a proteção de pessoas e grupos vulneráveis por questões de saúde adquire, então, importante relevância para o desenvolvimento de novas tutelas, particularmente no que respeitam ao uso de medicamentos, prescritos em parâmetros que excedem as orientações definidas quando de seu registro no órgão competente, ou mesmo quando inexistente o registro.

O presente estudo propõe a investigar critérios de observância inderrogável para a determinação ou permissão judicial de produção ou uso de fosfoetanolamina sintética, também conhecida como “pílulas contra o câncer”, na medida em que se trata de composto medicamentoso, até então sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), fora de protocolo e em caráter experimental.

A fosfoetanolamina sintética é, assim, uma substância pesquisada e desenvolvida, sob liderança do Prof. Dr. Gilberto Orivaldo Chierice, pelo Grupo de Química Analítica e Tecnologia de Polímeros de São Carlos, da Universidade de São Paulo (USP), que perdura mais de 20 (vinte) anos, com proteção por patentes (PI 0800463-3 e PI 0800460-9) e cujo objetivo é a cura dos mais diversos tipos de câncer (USP, 2015).

Dada a possibilidade anunciada de tal cura, a USP passou a ser, sistematicamente, demandada, inclusive, pela via judicial, para o fornecimento público desses compostos, motivo pelo qual a autarquia foi obrigada a se manter produzindo a substância, ainda que desprovida de recursos financeiros e respaldo técnico-científico robusto.

Em resposta aos reiterados pedidos dessa natureza, a USP, além de apresentar nota pública apontando as evidências pré-clínicas frágeis e incipientes, bem como a ausência de ensaios clínicos que legitimem a fosfoetanolamina como medicamento (USP, 2015) (ingestão da substância é feita por conta e risco dos pacientes), requereu, judicialmente, a suspensão do fornecimento da substância, apontando seu considerável risco de dano grave à ordem e à economia públicas.

Ato contínuo, a presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) acolheu o pedido autárquico, suspendendo, então, as decisões de antecipação de tutela para o fornecimento da fosfoetanolamina sintética. Lado outro, motivou-se, nos interessados pela manutenção do acesso à substância contra o câncer, a busca de decisão reversa perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Em 2015, o STF ripristinou a concessão do composto fornecido pela Universidade. Reformou-se a decisão anteriormente proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Desde então, emergiram novos e incontáveis pedidos judiciais em busca da fosfoetanolamina sintética. Cabe obter temperar, contudo, que o deferimento de uma substância experimental e sem registro na Anvisa era oposto ao que o STF, até aquele momento, vinha decidindo para a finalidade de inclusão de medicamento na lista do Sistema Único de Saúde.<sup>3</sup>

Não sem razão, a Anvisa, em nota técnica n.º 56 SUMED/ANVISA, divulgou posicionamento contrário à liberação do uso nas circunstâncias apresentadas, esclarecendo que a autorização do municiamento de fosfoetanolamina sintética afronta preceitos básicos da legislação sanitária em vigor, em que pese a proibição da utilização ou da entrega para o consumo de medicamentos não registrados no país.

<sup>3</sup> A paradigmática Suspensão de Antecipação de Tutela n.º 175, que reconheceu o registro na Anvisa como condicionante básica para a possível inclusão de um medicamento no rol de fornecimentos do Sistema Único de Saúde exemplifica as perspectivas anteriormente postas.

Ademais, a decisão que determinou o fornecimento de fosfoetanolamina também afrontou a Recomendação 31/2010, exarada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vez que igualmente embasada na tradição sanitária, na medida em que aconselha aos magistrados vinculados aos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais evitarem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

Inobstante a ingerência realizada pelo Poder Judiciário, o Congresso Nacional, motivado pela notoriedade do caso, aprovou, em regime de urgência, a Lei nº 13.269 (BRASIL, 2016), que, sancionada pela Presidência, autorizava o uso de fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

Contudo, após provocação pelas mais diversas frentes médicas, o STF apreciou a ação direta de inconstitucionalidade protocolada pela Associação Médica Brasileira, de modo a suspender a eficácia da lei até o julgamento definitivo do tema - o que ainda não ocorreu. E no mesmo julgamento manteve igualmente suspensas as decisões judiciais que compeliavam o governo a fornecer a substância.

Diante da conturbada trajetória exposta, imperioso avaliar os riscos da postura permissiva do Poder Judiciário aos sujeitos tidos por vulneráveis em razão de enfermidades, bem como os critérios a serem necessariamente observados para que se evite o efeito reverso do agravamento da vulnerabilidade, além de outras consequências ligadas a impactos relevantes em orçamentos públicos.<sup>4</sup>

Desse modo, o trabalho perquire traçar uma visão geral e reflexiva sobre os critérios para a garantia do direito à saúde, através da produção e do fornecimento indiscriminado de fosfoetanolamina sintética ou “pílula contra o câncer”.

Objetiva-se abordar, por meio de análise documental da legislação, das recentes decisões, notadamente do TJSP, do STJ e do STF, e da literatura nacional (pesquisa bibliográfica ampla) produzida sobre o tema, parâmetros que permitam a proteção de sujeitos vulneráveis por questões de saúde, particularmente no que respeitam ao uso de medicamentos sem registro ou com recomendação excedente aos formatos definidos quando do registro.

4 Conferir, entre outros, TRAVASSOS, Denise Vieira; FERREIRA, Raquel Conceição; VARGAS, Andréia Maria Duarte; MOURA, Rosa Núbia Vieira; ARAÚJO, Elza Maria; MARQUES, Daniela de Freitas e FERREIRA, Efigênia. Judicialização da Saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 18, n. 11, Rio de Janeiro, nov. 2013. MASSAU, Guilherme Camargo e BAINY, André Kabke. O impacto da judicialização da saúde na comarca de Pelotas. *Revista de Direito Sanitário*, vol. 15 n. 2, São Paulo, p. 46-65, jul./out. 2014. MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. Sobre a economia da saúde: campos de avanço e sua contribuição para a gestão da saúde pública no Brasil. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et AL (Orgs.). *Tratado de Saúde Coletiva*. 2. ed. São Paulo: Hucite, 2012, pp. 247-281. VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Vol. 20, n. 1, Rio de Janeiro, 2010. OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes; DELDUQUE, Maria Célia; SOUSA, Maria de Fátima; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas? *Saúde Debate*, v. 39, n. 105, abr-jun. 2015, pp. 525-535. WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, vol. 48, n. 5, Rio de Janeiro, set-out. 2014. MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamento no estado de Minas Gerais. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, 2011, p. 590-598. NUNES, R. P. Judicialização no âmbito do Sistema Único de Saúde: um estudo descritivo sobre os custos das ações judiciais na saúde pública no município de Juiz de Fora. Dissertação. Programa de Mestrado em Saúde Coletiva. Faculdade de Medicina. Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016. SOUZA, B. V. A judicialização das políticas públicas na área de saúde e seus impactos no orçamento dos municípios do Estado do Paraná. Trabalho de conclusão do Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2012. UENO, P. H. Judicialização em saúde: impactos e desafios para a gestão de saúde. Trabalho de conclusão da Graduação em Gestão de Serviços de Saúde. Escola de Enfermagem. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013. ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, vol. 20, n. 1, jan. 2010. (CAVALCANTI; MACHADO, 2017, p. 627-628).

## 2 DIREITO À SAÚDE, AUTONOMIA PRIVADA E EFETIVA TUTELA DA SAÚDE

A busca por efetividade do direito a saúde tem crescido dentro da comunidade jurídica (TEIXEIRA, 2010, p. 16), não apenas pelo respaldo legal existente na Constituição (BRASIL, 1988), que lhe confere status de direito fundamental em uma leitura prestacional do Estado, como também pelo próprio processo de redemocratização experimentado.

Paralelamente ao percurso histórico de proteção ao direito à saúde, são expressivas as mudanças das concepções acerca desse direito, que não é mais visto como interesse negativo da intangibilidade física, mas como interesse positivo e engajado, em prol de uma proteção ativa à integridade psicofísica, que abrange o meio ambiente e o local de trabalho (TEIXEIRA, 2010, p. 21).

Se a saúde pode ser compreendida como uma situação jurídica existencial e, por conseguinte, como um lócus de expressão jurídica de autonomia privada, que se concretiza pelo governo de si mesmo e pelo discernimento para a decisão acerca do próprio destino corporal, é bem verdade que o poder de autodeterminação do paciente também irradia-se pelo âmbito do tratamento médico.

A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses. (AMARAL, 2000, p. 337).

O corpo possui importância como expressão personalíssima do sujeito e de suas escolhas existenciais. Na esfera médica, essa expressão manifesta-se por meio do termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE).

De acordo com Pietro Perlingieri (2005, p. 481), o consentimento deve ser real, pessoal, consciente e sempre revogável, enquanto integrar um requisito de licitude da atividade médica, visto que o médico é o interlocutor do paciente.

Considerando, então, que a expressão das subjetividades no campo da saúde compreende a dimensão física atrelada às dimensões psíquica e social, a ruptura com a concepção tradicional faz-se compulsória, de forma que o livre desenvolvimento e o poderio personalístico devem ser concebidos na sua unidade corpo e mente, sob pena de comprometer a eficácia de sua tutela.

A saúde é tradicionalmente tratada como direito subjetivo público, pois atribui um direito exigível a uma pessoa contra o Estado. O direito subjetivo público confere ao seu titular uma pretensão e impõe um dever jurídico à pessoa que deve cumpri-la, cujo critério distintivo entre direito subjetivo privado e público reside na natureza da norma, se de caráter público ou privado. A qualificação pura e simples como direito subjetivo lhe daria plena eficácia e aplicabilidade imediata, o que implica ser exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente. Todavia, a concepção mais moderna, atualizada pela Constituição, entende que este caráter prestacional está melhor resguardado na qualificação da saúde como direito social, não obstante haja graves obstáculos para sua plena efetividade. Mesmo porque, a simples existência de normas constitucionais que consagram direitos sociais de cidadania não garante a sua consequente implementação concreta no mundo dos fatos, pois direitos não são autorrealizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios. (TEIXEIRA, 2010, p. 25).

Todavia, sendo o direito a saúde um direito social, cuja efetividade pode apresentar-se deficiente, em busca de sua materialização satisfatória, a utilização das demandas judiciais apresenta-se como uma alternativa hábil ao feito. Nesse sentido, extrapola-se a relação médico-paciente, de modo que o Poder Judiciário assume prerrogativas para sua concreção.

Contudo, a questão de urgência do tratamento das enfermidades é dramática, o que intensifica o risco de decisões subversivas e irrefletidas.

É o que Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti e Bruno Amaral Machado constatarem ao discorrer sobre o modo através do qual a interferência judicial na execução de políticas públicas pode comprometer a transparência e a *accountability* das práticas governamentais com severas consequências para o sistema democrático:

O sistema formado pelos direitos constitucionais sociais vem constantemente acompanhado pela noção de proporcionalidade. De um lado da balança equilibram-se as garantias constitucionais à vida, à dignidade, à integridade física, à felicidade, enfim, garantias de natureza individual que se ligam umbilicalmente a outras, de natureza social, tal qual a saúde, a educação, a moradia e a previdência social. Contrapõem-se a essas, por um ângulo, limitações de natureza econômica, que envolvem conceitos como a reserva do possível e a primazia do interesse público e, por outro, preocupações com a manutenção do princípio democrático e com a separação de poderes, uma vez que tal sopesamento é frequentemente colocado nas mãos do Poder Judiciário.

A questão tem sido objeto de pesquisas, em diferentes áreas e enfoques. Reconhece-se que a saúde é um direito fundamental que deve ser garantido judicialmente. Alerta-se, contudo, para o risco de comprometimento grave dos orçamentos públicos. Enquanto parte da teoria jurídica digladiava-se com os pormenores de tal dinâmica, proliferaram-se decisões judiciais que adotam posicionamento cada vez mais firme em prol da proteção dos direitos sociais, com inequívocos impactos nas políticas públicas estabelecidas pelos poderes legitimados para tanto. Porém, a interferência do judiciário para garantir os direitos sociais do indivíduo que o aciona em face da negativa da Administração não parece ainda ter sido suficientemente debatida pela teoria jurídica, seja em relação aos efeitos financeiros na capacidade econômica do Estado, seja sobre os desdobramentos teóricos de tal interferência no papel atribuído ao Poder Judiciário na ordem constitucional.

A preocupação não se restringe ao campo jurídico. O impacto da judicialização nos custos da saúde é tema que tem despertado a atenção de diferentes grupos e setores sociais. Em evento realizado em junho de 2016, na cidade de São Paulo, que contou com especialistas no tema, debateram-se especialmente a escassez de recursos e a necessidade de uma discussão aberta com a sociedade sobre a necessidade de escolhas e os seus custos sociais. O tema também tem ocupado a agenda dos gestores públicos. Os valores pagos por determinação judicial cresceram cerca de 500% entre 2010 e 2014 e não há evidência de que o quadro tenha se alterado nos últimos anos. Conforme veiculado pelo Portal da Saúde do Ministério da Saúde: “Em cinco anos, mais de 2, 1 bilhões de reais foram gastos com ações judiciais”. Alerta-se que o orçamento para os programas de atendimento coletivo da população “tem sido consumido cada vez mais” pela judicialização da saúde. (CAVALCANTI; MACHADO, 2017, p. 627-629).

E, a isso, acrescem-se as ponderações de Daniel Sarmento:

O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia. A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras ‘escolhas trágicas’, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridade dentre várias demandas igualmente legítimas. (SARMENTO, 2008, p. 555-556).

De efeito, emergem diversos pleitos individualizados requerendo o fornecimento gratuito da substância experimental fosfoetanolamina sintética, ancorados no dever Estatal de prestar atendimento integral à saúde, sem prejuízo do exercício de sua autonomia privada como embasamento técnico-jurídico para o fenômeno.

Entretanto, e sendo composto que padece de comprovação científica quanto a sua eficácia, acurácia e segurança, atrelado à ausência de regulação pela Anvisa, as próprias autorizações judiciais dessa natureza podem subverter a lógica de proteção à vulnerabilidade, acentuando, por conseguinte, a situação de enfermidade enfrentada, além dos efeitos financeiros na capacidade econômica do Estado, igualmente relevantes.

No caso de medicamento não referendado, não há como determinar, com segurança, sua posologia para o tratamento antitumoral, por exemplo. Ora, a dificuldade no contexto da prescrição médica pode comprometer o uso racional de medicamentos (URM).

Ademais, a Anvisa é competente para promover a proteção da saúde populacional, havendo, inclusive, expressa previsão legal que veda o fornecimento de medicamentos não registrados (BRASIL, 1990).

E, ainda que o Sistema Único de Saúde (SUS) não só se destine ao planejamento e organização da distribuição de serviços de saúde à coletividade, mas também ao atendimento individual (BRASIL, 1990), deve ser sopesado que a legislação não se preocupou em estabelecer os parâmetros objetivos para o fornecimento, de tal sorte que o Poder Judiciário não possui expertise, muito menos domínio das técnicas médicas. A perícia, por sua vez, jamais seria capaz de reproduzir ou de realizar as fases complexas e com múltiplos envolvidos, no âmbito da cognição judicial.

Diversas ações requerendo o fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética foram distribuídas em todo país, havendo, então, decisões deferindo e indeferindo tal fornecimento sob a égide protetiva de vulnerabilidade.

Dentre os julgados que indeferiram o pleito de fornecimento compulsório do composto experimental, destacam-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO ORDINÁRIA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO SUBSTÂNCIA EXPERIMENTAL ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA INDEFERIMENTO Pleito de concessão de tutela antecipada para que seja determinado o fornecimento da substância experimental pleiteada O direito à saúde constitui como direito fundamental e dever do Estado Não demonstração por parte do autor da necessidade do medicamento requerido uma vez que não há nos autos comprovação de que houve prescrição médica para o referido tratamento, requisito essencial para a concessão da medida Não estão presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada Decisão reformada. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO Obrigação de fazer - Prestação de serviço público Fornecimento de fosfoetanolamina sintética a pessoa portadora de adenocarcinoma infiltrando parênquima hepático com metástase e presença tumoral de fibrose intratumoral Tutela antecipada concedida Impossibilidade Direito à saúde, nos termos do art. 196, da CF, que não tem o alcance de impor a qualquer ente público que forneça droga em fase ainda experimental, sem comprovação efetiva de sua eficácia no controle dos sintomas do câncer Pretensão do agravado desacompanhada de prescrição médica Ausência de verossimilhança das alegações Suspensão da Portaria IQSC 1389/2014 afastada. Decisão reformada. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2015).

De igual sorte, vale também destacar a jurisprudência favorável ao pleito, exarada pelo STF, em voto do Ministro Celso de Mello, asseverando que a fundamentação decisória não se pautou, especificamente, em corolários da autonomia privada, mas em indícios de êxito da substância no tratamento cancerígeno, em apreço final aos princípios da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (BRASIL, 1988).

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF. ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - Precedentes (STF) - Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º. caput. e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (BRASIL, 2000).

Há também julgados do TJSP.

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Deferimento pelo juízo “a quo” do pedido de antecipação dos efeitos da tutela de mérito pretendida para o fim de determinar “que o Estado, no prazo de cinco dias, disponibilize a substância FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA, à parte autora, em quantidade suficiente para garantir o seu tratamento, que deverá ser indicada pelo Instituto de Química, responsável pela pesquisa, que já a forneceu a inúmeros pacientes, devendo as questões burocráticas ser tratadas entre o Estado e sua autarquia, diretamente”, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. Decisório que merece subsistir, visto que se trata de garantir o direito à vida e à saúde do recorrido. Hipótese em que se afigura justificável correr o risco da impossibilidade de ressarcimento, eis que revelado nos autos um interesse legítimo superior. Incidência do disposto nos arts. 196 e 198, II, da CF. Agravo não provido. (SÃO PAULO, 2015).

CAUTELAR INOMINADA. Substância sintética sem registro na ANVISA para tratamento de doença grave. Suspensão do fornecimento por meio de Portaria do Diretor do Instituto de Química de São Carlos. Decisão que defere liminar para garantir a disponibilização. Presença dos requisitos ensejadores, diante das especificidades do caso concreto. Tratamento que já vinha sendo efetuado há tempos, com resultados positivos para o autor e para terceiros. Não se tratando de medicamento importado e de alto custo, e sim de substância experimental produzida e disponibilizada gratuitamente por órgão público a diversos pacientes, há de se privilegiar, neste momento, o direito à vida e à saúde. Precedentes. Decisão mantida. Recurso conhecido e desprovido. (SÃO PAULO, 2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Direito à saúde. Fornecimento de substância manipulada, denominada fosfoetanolamina sintética, para tratamento de dor relacionada a câncer no reto (adenocarcinoma). Cirurgia contraindicada. Tratamentos convencionais que não mais produzem efeito. Necessidade manifesta. Procedência do pedido. Direito fundamental e de eficácia imediata. Dever comum dos entes federados. Ausência de demonstração da existência na lista padronizada do SUS de medicamento similar ou genérico que pudesse substituir, sem comprometimento da eficácia do tratamento, a substância experimental que, a despeito de não contar com prescrição médica, apresenta, no caso, resultados efetivos no combate à dor. Diagnóstico decorrente da avaliação de um único profissional habilitado. Suficiência. Inexistência de infração às normas e princípios que informam a Administração e, em especial, o SUS. Caráter secundário, em face da relevância fundamental do direito à saúde, das divisões institucionais de função na estrutura da USP. Portaria do Instituto de Química da USP que vio-

la o princípio da segurança jurídica. Inteligência do Estatuto do Idoso, a par do direito constitucional de proteção à saúde. Decisão mantida. Recurso não provido. (SÃO PAULO, 2014).

Contudo, e objetivando estabilizar o conflito entre as correntes protetivas afetas ao direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamentos de qualquer natureza, mas não contemplados pela lista de providos pelo SUS, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em maio de 2017, decidiu pela suspensão da tramitação dos processos em andamento dessa natureza, pelo risco de dano grave à ordem e à economia públicas, conforme pacífica compreensão dos Tribunais pátrios, em especial do STF.<sup>5</sup> Fixaram-se requisitos de fornecimento de medicamentos, algo que não impede que o argumento em favor da vulnerabilidade seja articulado para a promoção do direito fundamental à saúde, em caso de futuros indícios ou circunstâncias análogas à fosfoetanolamina sintética.

A manutenção desse poderio com o Poder Judiciário, além de inflar demandas pertinentes à judicialização da saúde, pode comprometer as políticas orçamentárias nacionais,<sup>6</sup> assim como elaterer o risco de subversão da tutela através de uma possível flexibilização das normas sanitárias vigentes, especialmente porque inexistem lastros probatórios seguros e legítimos para a utilização de fosfoetanolamina sintética no tratamento contra o câncer. Pode-se, desse modo, até mesmo indagar se subsiste direito à saúde ou, lado outro, institucionaliza-se nocividade a ela.

Evidencia-se, então, a ausência de provas técnico-científicas de que, em humanos, a substância reclamada produza algum efeito no combate a doenças cancerígenas, mas sim apenas e tão somente em camundongos.

Outrossim, muitas vezes, os resultados obtidos com os testes realizados em animais não são, necessariamente, os mesmos idealizados ou obtidos com seres humanos, de modo que não há qualquer respaldo científico para sua dispensação.

Logo, a substância em comento não se qualifica como medicamento, pois versa sobre experimento ainda em curso e sem teste em humanos, sem protocolo, sem regulamentação e sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. É, assim, incabível a sua prescrição e defeso o seu fornecimento (BRASIL, 1990).

Com efeito, a proteção do direito à saúde, embora assegurada pela Constituição Federal, não pode ser compreendida de forma absoluta, por representar risco à própria integridade do paciente, motivo pelo qual ainda que se trate de uma suposta manifestação de subjetividades humanas e da autonomia decisória, que em tese alcançam exclusivamente a esfera individual de disposição do próprio corpo enquanto sujeito de direitos, necessário atrelar a isto a subversão técnica que circunda as decisões permissivas, bem como os impactos gravosos que repercutem na esfera de terceiros, notadamente por meio da criação de expectativas com alta probabilidade de frustração e do comprometimento do orçamento público.

Quanto às dificuldades para a garantia do direito a saúde, Sueli Gandolfi Dallari reforça:

Fica evidente a dificuldade que existe para a garantia do direito quando se considera a amplitude da significação do termo saúde e a complexidade do direito à saúde que depende daquele frágil equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, permeado pela necessidade de reconhecimento do direito do Estado ao desenvolvimento. Encontrar o meio de garantir efetivamente o direito à saúde é a tarefa que se impõe de modo ineludível aos atuais constituintes brasileiros. Não basta apenas declarar que todos têm direito à saúde; é indispensável que

5 [SS n.º 432-8 AgR/DF, rel. Min. Sidney Sanches, j. 11.3.1992; SS n.º 1.149-9 AgR/PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 3.4.1997; ADC n.º 4-6/DF, rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, j. 1.10.2008.]

6 Disponível em: <<http://gama-ca.com.br/noticias/o-impacto-da-judicializacao-nos-custos-da-saude/>>. Acesso em: 20 março 2018.

<<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>>. Acesso em: 20 março 2018.



a Constituição organize os poderes do Estado e a vida social de forma a assegurar a cada pessoa o seu direito. É função de todo profissional ligado à área da saúde contribuir para o debate sobre as formas possíveis de organização social e estatal que possibilitem a garantia do direito à saúde. (DALLARI, 1988, p. 60).

Cabe compreender, portanto, que a cautela que se espera do Poder Judiciário em suas análises afins não implica a proibição de que cada qual, em sua esfera individual de liberdade, tenha autonomia decisória para, administrativamente, voluntariar-se nas pesquisas correlatas e até financiá-las, se assim pretender. Contudo, isso deve ocorrer dentro dos parâmetros éticos e protetivos ao paciente, o que inclui respeito a sua autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, de forma a perquirir a regulação, registro e autorização de vendas, conforme protocolo das normas sanitárias brasileiras.

### **3 DESENVOLVIMENTO SOCIOECONOMICO E DIREITO À SAÚDE**

Sendo a saúde uma categoria adstrita à intimidade da pessoa humana, não se pode desconsiderar que o poderio decisório sobre o tratamento a se dispensar é, precipuamente, do próprio enfermo, obviamente, após devidamente informado acerca das possibilidades médicas a se submeter e das respectivas consequências de suas escolhas.

É prerrogativa da autonomia privada dispor do próprio corpo e submeter-se ao tratamento médico que melhor convém ao paciente, por corolário da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como a liberdade (BRASIL, 1988). O direito de acesso à fosfoetanolamina sintética para a cura do câncer pode, nesse esteio, apresentar-se como o caminho mais sensato, especialmente quando o próprio paciente assume as múltiplas consequências individuais dessa decisão.

Todavia, o exercício desse direito, inobstante a ausência de cientificidade para o tratamento via fosfoetanolamina sintética, pode ter influência e repercussão na esfera de terceiros, notadamente por ensejar expectativas generalizadas ou generalizáveis e por poder comprometer a capacidade financeira do Estado. Assim, desenvolver o caminho permissivo pode contradizer a efetividade da referida decisão.

Vale registrar que são múltiplos os fatores de heteronomia que acometem os indivíduos em suas decisões, parte deles, inclusive, derivados do risco de que o próprio direito de escolha esteja corrompido pela publicidade tendenciosa dos supostos efeitos benéficos, positivados em pleitos análogos e que, em alguma medida, podem camuflar a insegurança latente que a substância porta.

Fato é que casos pontuais e relatos de melhoras não possuem fidedignidade e/ou representatividade para serem reproduzidos como amostras sociais. Afinal, casos isolados são alheios à lógica da medicina baseada em evidências - que exige público homogêneo, expressivo e representativo, perfilado para simbolizar a população investigada, sob acompanhamento médico e controle laboratorial de longo prazo.

Significa que ainda que seja legítima, pura, livre e consciente a manifestação volitiva de uso da fosfoetanolamina sintética, a expressão dessa liberdade não pode onerar terceiros, dentre eles a própria USP, vez que obrigada a produzir e a fornecer, de modo indiscriminado, uma substância fora dos padrões de segurança, eficácia e acurácia.

Deve ainda ser pontuado que a Universidade não assumiu nem mesmo a titularidade das pesquisas relacionadas à fosfoetanolamina sintética, de modo que o acesso aos elementos técnico-científicos necessários para novos estudos em fase pré-clínica, a produção e, conseqüentemente, a dispensação da fosfoetanolamina restringem-se ao químico Gilberto Orivaldo Chierice, atualmente aposentado dos quadros da Universidade, e à sua equipe.

Portanto, parece irrazoável comprometer a autonomia administrativa, financeira e orçamentária da autarquia educacional, vez que a ela não foram destinados investimentos complementares para manter a contento os custos decorrentes das pesquisas ou das imposições judiciais.

Nessa toada, têm serventia as palavras de Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti e Bruno Amaral Machado:

A razão fundamental subjacente a uma mudança no panorama da judicialização das políticas públicas de saúde é a elucidação, amplamente mascarada pela quebra do processo decisório, das escolhas políticas envolvidas na dinâmica da alocação de recursos. Os representantes eleitos do povo se mostram os atores mais adequados, no ambiente democrático, para tomar as difíceis e por vezes trágicas decisões relacionadas à concretização dos direitos sociais. Não se ignoram os contextos sociais em que a omissão dos representantes políticos em relação aos direitos sociais, e ao direito à saúde de forma particular, alça o judiciário ao *status* de instituição que, de forma recorrente, é acionada para garantir direitos fundamentais. O desafio não é deslegitimar a judicialização da saúde, que deve contemplar “outros mecanismos de garantia constitucional de saúde para todos”. Mas é fundamental ter em conta as repercussões do fenômeno para o *accountability* vertical dos representantes políticos e repensar em novas estratégias. E mais, é crucial perceber que somente mantendo a sequencialidade do processo decisório será possível ao povo apreciar a dimensão das decisões tomadas e, se necessário, tomar satisfações com seus representantes eleitos. (CAVALCANTI; MACHADO, 2017, p. 646-647).

A par disso, são reconhecidos como de relevância pública ações e serviços de saúde, o que ocasiona, além de atitudes prestativas do Estado, a sua intervenção no domínio econômico, na forma do art. 173, da Constituição (BRASIL, 1988), cabendo ao poder público, por conseguinte, dispor sobre a regulamentação medicamentosa.

O reconhecimento público relacionado essencialmente à saúde e à integridade física pretende tutelar, em última análise, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. O próprio controle de medicamentos pelo Estado (através do poder normativo de autorização e registro daqueles) é condição *sine qua non* de proteção jurídica aos enfermos. A garantia da saúde atrela-se aos aspectos que certificam a segurança do paciente, o que inclui, então, o controle e o uso adequado de medicamentos.

Ao plano jurídico é desafiador buscar mecanismos de tutela integral à saúde, que coincida com as aspirações volitivas individuais e com a realidade psicofísica de determinada pessoa, compatibilizando, assim, este espaço de subjetividades a uma autorrealização prática consciente, segura e responsável (TEIXEIRA, 2010, p.7).

Nesse contexto, a realidade socioeconômica e cultural deve ser concebida como legítima diretriz ou noção instrumental que guia e ilumina a aplicação de normas protetivas e reequilibradoras à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 117). O grau de desenvolvimento do Estado e do próprio estado da técnica acaba por repercutir na possibilidade de concretização da expressão das vontades humanas tocantes às respectivas alternativas médicas. Dispensar a análise adequada do objeto do acesso para viabilizar este mesmo acesso pode evidenciar uma justificação articulada em defesa do direito à saúde, que tem como resultado consequências infrutíferas ou de efeitos reversos.

Logo, ainda que os pleitos judicializados representem, legitimamente, a liberdade individual de cada paciente, não necessariamente configuram direito à saúde.

Sueli Gandolfi Dallari, ao discorrer sobre o direito à saúde como expressão de liberdade, ratifica o grau de desenvolvimento do Estado como fator de relevância na efetivação desse direito, motivo pelo qual, ainda que os indivíduos sejam livres, o desenvolvimento socioeconômico e cultural impacta nas possibilidades de fruição dos recursos médico-sanitários:

Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção. As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão entre outros. Note-se, porém, que ainda sob a ótica individual

o direito à saúde implica a liberdade do profissional de saúde para determinar o tratamento. Ele deve, portanto, poder escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada. É óbvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento. (DALLARI, 1988, p. 59).

Assim, a judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil, notadamente, para fornecimento de fosfoetanolamina sintética, por padecerem de resultados científicos positivos, não podem ser considerados pleitos que representem efetivo direito à saúde. Apesar de exprimem o direito amplo de liberdade, esse direito se condiciona ao grau de desenvolvimento socioeconômico e cultural do próprio Estado quando da sua concreção por meio de políticas públicas.

Nessa linha de intelecção, o Estado tem o poder-dever de possibilitar uma tutela assistencial segura e estável aos jurisdicionados, quando, efetivamente, existente substrato que a isso legitime. Porém, não é o que parece ocorrer com a fosfoetanolamina sintética. Se não é possível avaliar, ainda que superficialmente, a maturação do conhecimento acumulado em favor do seu uso como medicamento antitumoral, pode ficar comprometido o próprio direito à saúde. O resultado pode ser o agravamento de uma situação desfavorável, implementada em nome da proteção de posições vulneráveis.

#### **4 REGULAÇÃO, REGISTRO E AUTORIZAÇÃO DE VENDAS DE MEDICAMENTOS NO BRASIL**

O controle de medicamentos no Brasil ocorre no âmbito dos mais diversos aspectos formais e materiais, desde a publicidade até o registro, conteúdo de bulas, prescrição e uso. As medidas de promoção, proteção e controle são definidas em lei. Em casos que envolvem aspectos científicos mais elaborados, sobretudo quando parâmetros não são estanques no tempo pela constante transformação do estado da técnica, a atuação da administração pública, aqui representada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, acontece por meio de resoluções ou orientações.

É da Anvisa a competência para registro, fiscalização e controle de medicamentos no Brasil. A noção de vigilância sanitária compreende o conjunto de ações destinadas à proteção e promoção da saúde, minimização de riscos, solucionando problemas sanitários afetos a população, ligados ao meio ambiente e à produção, circulação e consumo de substâncias, além de controle e fiscalização dos serviços prestados nessa seara (ANVISA, 2002; BRASIL, 1990).

Ademais, essa visão ampla também compreende técnicas educacionais, informativas e atividades de pesquisa:

Em linhas gerais, [a vigilância sanitária] tem a responsabilidade pelo controle sanitário sobre medicamentos, alimentos e bebidas, resíduos de agrotóxicos, cosméticos, produtos de higiene e perfumes, seneantes, equipamentos e materiais medico-odonto-hospitalares, hemoterápicos, imunobiológicos, sangue e hemoderivados, órgãos e tecidos humanos para uso em transplante, radioisótopos, radiofármacos, cigarros, assim como produtos que envolvem riscos à saúde, obtidos por engenharia genética. Controle sanitário também dos serviços de saúde, dos portos, aeroportos e fronteiras, das instalações físicas, equipamentos, tecnologias, ambientes e processos envolvidos em todas as fases de produção destes bens e produtos e o controle da destinação dos seus resíduos, do transporte e da distribuição dos produtos acima referidos. (PIOVESAN, 2012, p. 102).

Institucionalmente, Geraldo Lucchese explica que “a vigilância sanitária é um dos braços executivos que estruturam e operacionalizam o SUS na busca da concretização do direito social à saúde” (LUCCHESI, 2001, p. 53), por meio de suas funções primordiais.

Ocorre que, no Brasil, a vigilância sanitária passou por momentos críticos até alcançar o atual

desenho político, que conta com medidas originárias do Ministério da Saúde, além de uma agência com formato bastante específico, responsável por sua regulação.

Fato é que, sumariamente, a Anvisa foi constituída com a finalidade de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

Dentre as suas atribuições, portanto, está a coordenação do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, o estabelecimento de normas, as ações de vigilância sanitária, a autorização de funcionamento de empreendimentos empresariais de fabricação, distribuição e importação de medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias, assim como a coordenação das ações de vigilância sanitária realizadas por todos os laboratórios que compõem a rede oficial de laboratórios de controle de qualidade em saúde e a comercialização de medicamentos.

Considerando especificamente a atuação da vigilância sanitária em face de medicamentos, a ela cabe assegurar todo o controle de qualidade, por meio do conjunto de medidas garantidoras da pureza, eficácia e inocuidade, além da regularidade da atividade produtiva.

Ademais, em todo o sistema de controle e fiscalização sanitária, existe a preocupação com o fornecimento de informação precisa e esclarecedora, como forma de contribuir para a preservação da saúde e segurança. Por esse motivo, os produtos em referência não são admitidos com nomes e designações que induzam a erro.

O registro prévio é, portanto, necessário à comercialização e entrega ao consumo. No Brasil, são atribuições do Ministério da Saúde o registro e a permissão do uso de medicamentos, bem como a aprovação ou exigência de modificação dos seus componentes.

Esse registro de medicamento é, por definição normativa (BRASIL, 2001), o instrumento por meio do qual o Ministério da Saúde determina a inscrição prévia no órgão ou na entidade competente, pela avaliação do cumprimento do caráter jurídico-administrativo e técnico-científico relacionada com a eficácia, segurança e qualidade dos produtos a ele sujeitos, para sua introdução no mercado.

Logo, submetem-se ao controle e fiscalização sanitária pela Anvisa os medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias, bem como todos os produtos que envolvam a possibilidade de risco à saúde, obtidos por engenharia genética, por outro procedimento ou ainda submetidos a fontes de radiação.

O registro condiciona-se ao atendimento de uma série de exigências, apuráveis em procedimentos que podem ser previstos, por disposição legal, em regulamentos ou instruções do órgão competente.

Dentre os requisitos, além daqueles de ordem formal e mercadológica, destacam-se a comprovação e reconhecimento da segurança, eficácia e acurácia do medicamento para o uso a que se propõe, a identidade, atividade, qualidade, pureza, inocuidade necessárias; bem como a oferta de informações detalhadas sobre composição e uso, avaliadas pelo órgão ou pela entidade competente do Ministério da Saúde ou analisadas pelo laboratório de controle, em cujas conclusões baseia-se a autoridade sanitária para conceder ou denegar o registro.

Além disso, quando do protocolo de pedido de registro dessa sorte, deve-se apresentar, ainda, plano farmacovigilância e relatório de segurança e eficácia, que deve conter o relatório de ensaio não-clínicos e relatórios de ensaios clínicos em suas três primeiras fases, com referências bibliográficas disponíveis e informações eventualmente desfavoráveis.

Essas pesquisas clínicas são bastante criteriosas e devem observar toda a normatização pertinente, que exige desde a prévia chancela de Comitê de Ética até um extenso rol de cuidados e obrigações decorrentes do envolvimento de seres humanos. O paciente deve consentir livremente e de forma efetivamente esclarecida, com conhecimento e ponderação técnica dos desconfortos, riscos e benefícios atuais e potenciais, individuais ou coletivos, métodos alternativos existentes, ter a garantia

de que os danos previsíveis serão evitados e de que a privacidade e dignidade serão preservadas. Existe exigência de estruturação metodológica fundamentada e da demonstração da essencialidade do envolvimento de seres humanos.

Assim, a regulação sanitária objetiva não apenas conceder ou denegar registros medicamentosos, mas proteger os usuários quanto aos riscos e efeitos adversos à saúde e, por extensão, à vida.

Considerando toda complexidade que concerne ao protocolo de pedido de registro de medicamentos, atrelada à proibição de seu consumo antes de registrado, tornam-se temerárias as autorizações judiciais favoráveis ao fornecimento de compostos sem certificação da vigilância sanitária.

Especialmente sobre a fosfoetanolamina sintética, acresce-se a preocupante contraposição de princípios fundamentais, que podem ser confrontados. Entre a necessidade de resguardo da legalidade e da segurança dos procedimentos e dos pacientes (que circundam a regulamentação medicamentosa nacional) e a proteção da autodeterminação ou autonomia decisória frente ao direito social à saúde, uma visão mais ampla sobre a proteção da saúde pública e de posições vulneráveis deve ser preeminente.

Dessa feita, ainda que o direito à saúde esteja constitucionalmente previsto (BRASIL, 1988) como direito social fundamental, o intuito de garantir acesso universal, integral e igualitário deve levar em conta os riscos afetos à falta de eficácia, de acurácia e, sobretudo, de segurança. Do contrário, a ingerência Estatal pode agravar a vulnerabilidade decorrente da enfermidade em suposto apreço à autonomia decisória.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização para a garantia da efetivação do direito à saúde através do deferimento do uso de fosfoetanolamina sintética gera relevantes discussões que passem desde os corolários da autonomia privada, auto-regulamentação de si e disposição do próprio corpo na relação médico-paciente até a atuação do Poder Judiciário nesse cenário, através de tutelas aparentemente protetivas às pessoas e grupos vulneráveis em razão de enfermidades.

Há decisões judiciais fundamentadas na prevalência do direito à vida e à saúde quando de seu deferimento, ainda que haja óbice ao acesso do produto indicado para o tratamento de câncer. Nessa senda, a fosfoetanolamina sintética apresenta-se como substância sem registro na Anvisa, fora de protocolo e em caráter experimental, motivo pelo qual seus efeitos em humanos ainda são desconhecidos.

Todavia, imperioso salientar que a necessidade de cautela por parte do Poder Judiciário no enfrentamento das demandas não implica a proibição de que, cada qual, em sua esfera individual, exerça sua autonomia decisória para, administrativamente, voluntariar-se nas pesquisas correlatas e até financiá-las. Isso deve ocorrer, porém, dentro dos parâmetros éticos e protetivos ao paciente, o que inclui respeito a sua autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça.

A autodeterminação do paciente para uso de dada substância não pode acarretar a desconsideração judicial irrefletida das normas sanitárias brasileiras, tampouco gerar oneração de terceiros alheios às políticas públicas de saúde ou às relações jurídicas havidas no âmbito da prestação de serviços de saúde. A USP, por exemplo, goza de proteção à sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária, sendo questionável a medida que impõe sua atuação na produção e no fornecimento indiscriminado de uma substância fora dos padrões de segurança, eficácia e acurácia.

Assim, a judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil, notadamente para fornecimento de fosfoetanolamina sintética, por padecerem de resultados científicos positivos e incontestes, carecem de cientificidade para materializar efetivo direito à saúde, motivo pelo qual apenas podem simbolizar o direito amplo de liberdade. O direito à saúde, apesar de seu espectro representativo de liberdade e de autodeterminação, condiciona-se ao grau de desenvolvimento socioeconômico e cultural quando

da sua concreção por meio de políticas públicas.

Com a confrontação dos interesses relevantes envolvidos, há necessidade de avaliação devida da tutela jurídica permissiva para aferir se há cumprimento da meta proteção à vulnerabilidade, em razão da enfermidade. Afinal, pode-se, ao revés, acentuar a situação de inobservância do direito fundamental à saúde individual e coletiva. Significa que os riscos afetos à falta de eficácia, de acurácia e de segurança devem ser avaliados quando da ingerência judicial, sob pena de agravamento da vulnerabilidade decorrente da enfermidade em suposto apreço à autonomia decisória.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Cartilha de vigilância sanitária: cidadania e controle social*. 2. ed. Brasília: Anvisa, 2002. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha\\_vigilancia.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_vigilancia.pdf)> Acesso em: 28 dez. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução – RDC nº 38, de 12 de agosto de 2013. Aprova o regulamento para os programas de acesso expandido, uso compassivo e fornecimento de medicamento pós-estudo. *Diário Oficial da União*. 2013. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038\\_12\\_08\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038_12_08_2013.html)>. Acesso em: 28 dez. 2017.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de Brasília, *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 28 de dez. 2017.

BRASIL. Decreto n. 3.961, de 10 de outubro 2001. Altera o Decreto n. 79.094, de 05 de janeiro de 1977, que regulamenta a Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 out. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3961.htm)> Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. Decreto n. 8.077, de 14 de agosto 2013. Regulamenta as condições para o funcionamento de empresas sujeitas ao licenciamento sanitário, e o registro, controle e monitoramento, no âmbito da vigilância sanitária, dos produtos de que trata a lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 ago. 2013a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8077.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8077.htm)> Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. Lei Federal n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 1990b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)> Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. Lei Federal no 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 1976. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. *Diário Oficial da União*. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Relatório de atividades do Grupo de Trabalho sobre a fosfoetanolamina*. 2015. Disponível em: <<http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1274125/22-12->

2015+-+Relat%C3%B3rio+de+Atividades+do+Grupo+de+Trabalho+sobre+a+Fosfoetanolamina/d73d9f0f-16e8-4983-bce9-b5e57dfa2164>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Resumo executivo – relatórios fosfoetanolamina*. 2016. Disponível em: <[http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1274125/SUM%C3%81RIO+ATIVIDADES+FOS+%E2%80%93%20RELAT%C3%93RIOS+FOSFOETANOLAMINA\\_v17-03-2016.pdf/ff0e98d3-6f7-46a4-8f7e-1ff5829c1f28](http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1274125/SUM%C3%81RIO+ATIVIDADES+FOS+%E2%80%93%20RELAT%C3%93RIOS+FOSFOETANOLAMINA_v17-03-2016.pdf/ff0e98d3-6f7-46a4-8f7e-1ff5829c1f28)>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS. Relator(a): Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 de nov. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163102&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proposta de afetação no Recurso Especial nº 1657156/RJ. Relator(a): Benedito Gonçalves. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 03 maio 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/455650784/proposta-de-afetacao-no-recurso-especial-proafr-no-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/relatorio-e-voto-455650809?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

CAVALCANTI, Ana Beatriz Vanzoff Robalinho; MACHADO, Bruno Amaral. Democracia e os paradoxos da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)*, v. 22, p. 624/652, 2017. DOI: 10.14210/nej.v21n2.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 01 57/63, 1988.

GOMES, Vanessa Santana; AMADOR, Tânia Alves. Estudos publicados em periódicos indexados sobre decisões judiciais para acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 03, p. 451-462. 2015. DOI: 10.1590/0102-311X00219113.

LUCCHESI, Geraldo. A vigilância sanitária no Sistema Único de Saúde. In: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Cadernos de textos: eixo II*. Brasília: Anvisa, 2001, p. 53-69. [Cadernos de textos da Conferência Nacional de Vigilância Sanitária].

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NOGUEIRA, Roberto Porto Henrique. *Prescrição off label de medicamentos, ilicitude e responsabilidade civil do médico*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 5. ed. Napoli: ESI, 2005.

PIOVESAN, Márcia Franke. *A construção política da Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. 2012. 102f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://portaldeseres.icict.fiocruz.br/trans.php?script=thes\\_cover&id=000098&1ng=pt&nrm=iso](http://portaldeseres.icict.fiocruz.br/trans.php?script=thes_cover&id=000098&1ng=pt&nrm=iso)> Acesso em: 28 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI nº 2122571-17.2015.8.26.0000. Relator(a): Leonel Costa; São Carlos, 17 set., 2015. Disponível em: <<https://justotal.com/diarios/tj-sp-30-03-2016-judicial-1a-instancia-interior-parte-iii-pg-2145>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI nº 2180679-39.2015.8.26.0000. Relator(a): Carlos Eduardo Pachi; São Carlos, 14 out., 2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254304031/agravo-de-instrumento-ai-21806793920158260000-sp-2180679-3920158260000/inteiro-teor-254304050?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI nº 2008113-84.2015.8.26.0000. Relator(a): Paulo Dimas Mascaretti; São Carlos, 08 abr., 2015. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180931788/agravo-de-instrumento-ai-20081138420158260000-sp-2008113-8420158260000/inteiro-teor-180931804>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI nº 2172669-40.2014.8.26.0000. Relator(a): Heloísa Martins Mimesi; São Carlos, 15 dez., 2014. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159000610/agravo-de-instrumento-ai-21726694020148260000-sp-2172669-4020148260000/inteiro-teor-159000620>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap. nº 10116912320158260566. Relator(a): Paulo Barcellos Gatti; São Paulo, 10 fev. 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/429278249/apelacao-apl-10116912320158260566-sp-1011691-2320158260566/inteiro-teor-429278264?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial de dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEODORO, Cristiane Roberta dos Santos Teodoro; CAETANO, Rosângela. O caso da fosfoetanolamina sintética e a preocupante flexibilização das normas sanitárias no Brasil. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 26 [3]: 741-746, 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Esclarecimentos à sociedade*. Instituto de Química de São Carlos (IQSC-USP). 2015. Disponível em: <<http://www5.iqsc.usp.br/esclarecimentos-a-sociedade/>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

---

**Recebido em:** 08/01/2018

**Aprovado em:** 14/09/2018

### **Como citar este artigo (ABNT):**

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; FERREIRA, Paula Camila Veiga. A opção pelo uso e a autorização para produção e fornecimento de fosfoetanolamina sintética. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.57-72, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



# IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: INDEVIDA CONCESSÃO OU APLICAÇÃO DE BENEFÍCIO FINANCEIRO OU TRIBUTÁRIO INERENTE AO ISSQN

## ADMINISTRATIVE IMPROBITY: IMPROPER CONCESSION OR APPLICATION OF FINANCIAL OR TAX BENEFIT INHERENT TO ISSQN

José Antonio Remedio<sup>1</sup>  
Thiago Henrique Teles Lopes<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Lei Complementar n. 157/2016 promoveu, entre outras modificações, a inclusão do artigo 10-A na Lei de Improbidade Administrativa, contemplando a existência de uma conduta ímproba relacionada à concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário concernente ao ISSQN. Nesse panorama, a pesquisa tem por objeto analisar essa nova espécie de ato ímprobo e as ramificações eficazes daí decorrentes. A prática de improbidade administrativa implica na responsabilização dos agentes públicos no âmbito de um regime republicano. A Lei 8.429/1992, disciplinando o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, trata do combate à improbidade administrativa, inclusive por meio do processo coletivo. Tal disposição legal acarretou diversas irradiações na Lei 8.429/1992, inclusive com críticas doutrinárias inerentes à inobservância do modelo estrutural até então adotado e à prescindibilidade da nova disposição normativa. O método utilizado é o indutivo, por meio de pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial. Em conclusão, tem-se que a inserção do novo art. 10-A à Lei 8.429/1992, acabou por beneficiar os infratores dessa modalidade de improbidade, que já se encontrava contemplada no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa com previsão de sanções mais severas e com admissibilidade da figura culposa.

**Palavras-chave:** Improbidade administrativa; benefício financeiro; benefício tributário; aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; issqn.

**Abstract:** The Complementary Law No. 157/2016 promoted, among other modifications, the inclusion of article 10-A in the Administrative Improbability Law, contemplating the existence of a improbity conduct regarding the granting or improper application of financial or tax benefit concerning the ISSQN. In this regard, the research aims to analyze this new kind of improbity and its resulting ramifications. The practice of administrative impropriety implies the accountability of the public agents within sphere of a republican regime. Law 8.429/1992, disciplining article 37, § 4º, of the Federal Constitution, deals with the administrative impropriety, including through the collective proceeding. This legal provision led to many irradiations in Law 8.429/1992, including doctrinal criticism regarding the failure to comply with the structural model adopted until now and the dispensability of the new normative provision. The method used is the inductive, through legal, doctrinal and jurisprudential research. In conclusion, the insertion of the new article 10-A to Law 8.429/1992, ended up benefiting the violators of this form of improbity, which was already contemplated in article 10 of the Law of Administrative Improbability with prediction of more severe sanctions and with admissibility of the guilty figure.

**Keywords:** Administrative improbity; financial benefit; tax benefit; improper concession of financial or tax benefit; issqn.

1 Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo Aposentado. Advogado.

2 Mestrando em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Juiz de Direito em São Paulo.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado, enquanto instrumento de expressão da vontade geral da coletividade, apoia-se na supremacia das normas, entre as quais as leis, princípios, decretos, regulamentos, portarias, costumes, jurisprudência e decisões judiciais, para explicitar seu poder e simultaneamente legitimá-lo (MACHADO; SILVA, 2015, p. 27).

Diferentemente dos regimes monárquicos absolutistas, que proclamavam a absoluta e total irresponsabilidade pessoal do Rei ou do Imperador (BUENO, 1857, p. 206), num sistema constitucional democrático e de poderes limitados, a responsabilidade dos agentes estatais caracteriza-se como uma das cláusulas essenciais à configuração do primado da ideia republicana.

O Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do Agravo Regimental na Ação Cautelar n. 3.585-RS pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2014), expôs com precisão que a imposição de consequências jurídicas aos agentes públicos, inclusive dos agentes políticos, em razão de seus atos, é inerente e consubstancial ao regime republicano, tratando-se de uma das mais relevantes decisões políticas fundamentais levadas a efeito pelo constituinte originário, o qual conferiu existência ao princípio da responsabilidade.

Ao assumir compromissos que são compartilhados por todos, a probidade administrativa protege não só o patrimônio público isoladamente considerado, mas também a própria coletividade, inclusive a sociedade estatal considerada em sua integralidade, motivo por que pode ser protegida por instrumentos de tutela coletiva ou através do processo coletivo.

Nesse desiderato, como consectário lógico de uma República, a responsabilização dos agentes públicos por eventuais atos viciados é um efeito inderrogável a ela inerente, razão pela qual o ordenamento jurídico brasileiro conta “com vários meios dispostos nos princípios e regras jurídicas que estruturam um arcabouço próprio para a tutela da probidade administrativa” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 11), entre eles a Lei n. 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa.

Todavia, o Estado não só busca resguardar o patrimônio público relativamente aos agentes estatais que desrespeitam suas funções em benefício próprio ou alheio dissociado do interesse público, como também não admite que sejam extirpados “direitos previstos constitucionalmente em prol dos administrados sem que sejam observadas todas as exigências preconizadas em lei para tanto”, sob pena de se ultrapassar a linha da ética e moral protegidas pela probidade administrativa e pela razoabilidade (VEDOVATO; TELLES, 2017, p.289-290).

Com essa finalidade protetiva, tal como se dá na maioria dos diversos sistemas jurídicos estatais existentes, o legislador procurou sistematizar a Lei de Improbidade Administrativa visando otimizar sua aplicação e compreensão, até para que pudesse ser cumprida a contento por todos os seus destinatários, diretos e indiretos.

Buscou-se formular uma estruturação genérica, embora não exaustiva, apta a atrelar os modelos de condutas ímprobas em regra previsíveis, com as normas materiais existentes na Lei n. 8.429/1992, aferindo concomitantemente os critérios adotados para fins de estabelecer a necessidade da demonstração do elemento volitivo ínsito aos atos de improbidade, até porque oriundos de uma vontade humana voluntária.

Entretanto, com a modificação legislativa promovida na Lei n. 8.492/1992 pela Lei Complementar n. 157/2016, sobreveio a inclusão do novo artigo 10-A à Lei de Improbidade Administrativa, que em essência qualificou uma espécie de ato ímprobo destoante da sistemática até então existente nas disposições legislativas previstas originariamente a esse título.

Também houve irradiações legislativas na própria Lei de Improbidade Administrativa, inerentes à aplicação do novo comando normativo em foco, além do que surgiram diversas críticas relacionadas à prescindibilidade da nova disposição legal, da sua autonomia frente ao artigo 10 da Lei n. 8.429/1992,

bem como em relação à topologia.

Ainda nessa acepção introdutória voltada ao que será abordado no tocante aos pontos de diferenciação da nova roupagem conferida à Lei de Improbidade Administrativa pela Lei Complementar n. 157/2016, de se ressaltar a inclusão de novas hipóteses sancionatórias no *novo* inciso IV do artigo 12 da Lei n. 8.429/1992 e a probabilidade de exegese que estabeleça um abrandamento da legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de improbidade por outros Municípios lesados, como corolário do que dispôs o § 13º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

A pesquisa, assim, tem como objeto analisar criticamente o novo art. 10-A da Lei n. 8.429/1992, inserido pela Lei Complementar n. 157/2016, em especial a estrutura lógico-racional estabelecida na Lei de Improbidade Administrativa, com ênfase à inserção do novo artigo 10-A, os reflexos legislativos daí irradiados, bem como as críticas surgidas de tais alterações.

Tem-se, como hipótese, que o objeto protegido pelo novo art. 10-A da Lei 8.429/1992 já possuía proteção pelo disposto no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa em sua redação originária, e que a disposição normativa em questão é menos benéfica ao combate à improbidade administrativa que a legislação anterior sobre a matéria.

O método adotado é o indutivo, com base em pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial.

A estruturação do trabalho é composta por sete títulos: inicia-se pela apresentação de notas introdutórias, em seguida trata dos atos de improbidade administrativa da Lei n. 8.429/1992 e das técnicas legislativas a eles inerentes, a seguir aborda o elemento subjetivo dos atos de improbidade administrativa, na sequência enfoca os atos de improbidade administrativa do novo artigo 10-A da Lei n. 8.429/1992, em seguida trata de outras irradiações na Lei n. 8.429/1992 decorrentes das modificações introduzidas pela Lei Complementar n. 157/2016, a seguir apresenta críticas ao novo artigo 10-A da Lei n. 8.429/1992 e analisa a prescindibilidade do novo dispositivo normativo e, por fim, apresenta a conclusão da pesquisa.

## **2 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DA LEI N. 8.429/1992 E AS TÉCNICAS LEGISLATIVAS A ELES INERENTES**

Daniel Mitidiero (2015, p.24-25), citando Michel Villey, aduz que a cientificidade reside justamente no campo da exatidão e certeza ligadas à mensurabilidade e, nessa linha, o Direito passa a adquirir uma feição mais técnica no decurso temporal da história, atrelando-se gradualmente às ciências ligadas à pesagem e contagem, ou seja, às ciências exatas.

Com efeito, a compreensão da população sobre a produção legislativa, notadamente daqueles sem qualquer ligação direta ou próxima com a ciência jurídica, pressupõe a formulação de textos constitucionais claros e objetivos, aptos a permitir uma leitura sem maiores dificuldades. Nesta senda, faz-se necessária a ausência de prolixidade e redundância para tal mister.

A respeito, elucida Kildare Gonçalves Carvalho (2007, p.8-9) que, em observância ao princípio democrático, impõe-se que as normas jurídicas possam ser dotadas de atributos ínsitos a tanto, tais como a precisão, determinabilidade, clareza e densidade, estabelecendo límpidas definições das posições juridicamente protegidas objetivamente e a integralidade do seu cumprimento, inclusive com inequívoca dosagem proporcional entre a linguagem comum e a técnica.

Com tais considerações, todo o ordenamento jurídico trilha por um sentido lógico quando de sua confecção e tecnicidade. Destarte, a Lei de Improbidade Administrativa também foi dotada de técnicas legislativas que lhe emprestam particular caracterização, interpretação e aplicação racional no âmbito fático, até sob pena de resultar em ineficiência metodológica em sua ulterior utilização.

Não se pode imaginar qualquer acepção emergida de um sistema legal, independentemente de qual seja e da relação jurídica pretensamente a ser regulada, sem a existência de uma racionalidade

redacional, mesmo que por vezes não exista integralidade na coerência. Nessa vertente, é possível verificar a existência de três técnicas legislativas distintas levadas a efeito pelo legislador na formulação estrutural da Lei de Improbidade Administrativa.

Muito se discute na doutrina “a respeito do sentido de probidade e moralidade administrativa, visto que a própria Constituição da República e a Lei n. 8.429/92 não conceituaram o que seja ato de improbidade administrativa” (SILVA; PAULA, 2015, p. 40).

Todavia, a Lei n. 8.429/1992 e suas ulteriores modificações previram os atos de improbidade administrativa em seu capítulo II, os quais foram divididos em quatro categorias distintas, arregimentadas em semelhante número de seções, todos eles sujeitos a sanções civis isoladas ou cumulativas, a depender da gravidade do fato (artigo 12).

No artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa estão previstos os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. Já no artigo 10 encontram-se as condutas que causam prejuízo ao erário. Na sequência, o novo artigo 10-A tipifica os atos decorrentes de concessão, aplicação ou manutenção indevida de benefício financeiro ou tributário (acrescentado após a edição originária da Lei n. 8.429/1992). E o artigo 11 trata dos atos atentam contra os princípios regentes da Administração Pública.

Originariamente, a metodologia da Lei n. 8.429/1992 se deu com a divisão em três blocos de condutas ligadas entre si por um sentido ímpar, conferindo-lhe uma forma de sistema normativo (arts. 9º, 10 e 11).

Ao mesmo tempo em que a Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu originariamente esses conjuntos de atos ímprobos, verifica-se a existência de relações internas inequívocas entre eles. Além disso, como explica Fábio Medina Osório (2013, p. 384), a Lei n. 8.429/1992 “perfectibiliza-se a partir de normas sancionadoras em branco”, que se integram e a complementam, e não pela sua incidência direta.

Nesse prisma, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 97), uma das técnicas adotadas, embora não muito usual, optou por mencionar no *caput* dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, as condutas genéricas básicas inerentes aos bens jurídicos tutelados. Logo se vê, nesse particular, o uso de conceitos jurídicos indeterminados a serem subsumidos em cada caso concreto, em virtude da inviabilidade de se prever todos os ilícitos praticáveis.

É válido expor, como evidenciado por Luís Otávio Serqueira de Cerqueira (2014, p. 58), a existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.295-DF, ajuizada pelo Partido da Mobilização Nacional (PMN), em trâmite perante do Supremo Tribunal Federal, cujo relator é o Ministro Marco Aurélio Mello, visando a declaração de inconstitucionalidade substancial dos artigos 2º, 3º, 9º, 11, 12, 13, 15, 17 e seu § 3º, parágrafo único do artigo 20, inciso I, do artigo 21, 22 e inciso II do artigo 23, todos da Lei n. 8.429/1992, entre outros aspectos e no que interessa ao tema em foco, por afronta ao princípio da legalidade, sob o fundamento, em síntese, de incompatibilidade dos conceitos jurídicos indeterminados nela previstos. É bem verdade que, de acordo com José Antonio Remedio e Vinicius Pacheco Fluminhan (2013, p. 294-295), a teoria da *overbreadth doctrine* do Direito Norte-Americano, utilizada como fundamento para o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.295-DF, não se aplica no Brasil à Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Outra técnica levada a efeito pelo legislador, na dicção de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 369), relaciona-se à inclusão de incisos nos artigos 9º, 10º e 11 da Lei n. 8.429/1992, prevendo a prática de condutas específicas ali enquadráveis a situações que cotidianamente se identificam com a improbidade ligada à cabeça dos citados dispositivos legais que, por seu turno, facilitam a compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados e ostentam natureza meramente exemplificativa.

Esse, aliás, tem sido o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça, como se pode ver, a título exemplificativo, no julgamento do Recurso Especial n. 1.275.469-SP, ao externar o caráter exemplificativo, e não em regime *numerus clausus*, dos dispositivos legais relativos aos atos

de improbidade administrativa existentes na Lei n. 8.429/1992 (BRASIL, 2015).

Levando-se em conta o novo dispositivo normativo acrescentado pela Lei Complementar n. 157/2016, outra técnica utilizada, conforme explicam Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017, p. 76), refere-se ao novo artigo 10-A da Lei de Improbidade Administrativa, que não se constitui caracterizado por um rol aberto de condutas e não prevê incisos a ele relacionados definindo de forma detalhada as condutas que o constituirão como ato de improbidade administrativa, corolário da concessão, aplicação ou manutenção indevida de benefício financeiro ou tributário.

Feitos os delineamentos decorrentes das condutas ímprobadas previstas na Lei n. 8.429/1992 e das técnicas legislativas a elas concorrentes, visando uma coerência lógica da pesquisa ora desenvolvida, faz-se impositiva a aferição do elemento subjetivo dos tipos relativos aos arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei n. 8.429/1992.

### **3 ELEMENTO SUBJETIVO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

A conduta ímproba do agente público ou de terceiros a ele relacionados está atrelada a uma atividade humana que se expressa externamente num ato de improbidade administrativa, acarretando, por isso, a exigência de análise do elemento subjetivo daí adveniente, até porque ausente previsão legal para fins de responsabilização objetiva.

No que se refere ao âmbito interno do ato considerado ímprobo, o legislador buscou se enveredar por um critério valorativo lógico para fins de permitir uma límpida perquirição do elemento subjetivo ínsito à caracterização dos atos de improbidade administrativa na esfera volitiva.

Na dicção de Waldo Fazzio Junior (2016, p. 139), o critério adotado levou em consideração a mesma sistemática utilizada na legislação penal, na medida em que os atos ímprobos foram diferenciados entre dolosos e culposos. Evidencia-se, na visão de Fernando Capez (2015, p. 192-194), a nítida relação existente entre a tipicidade penal e aquela concernente aos atos de improbidade administrativa, tendo em vista a existência de graves penalidades em ambos os textos legais igualmente aptas à restrição de garantias individuais dos cidadãos, cuja opção pelo Direito Penal respaldou-se apenas numa opção estritamente de política criminal.

Decorrente do critério enveredado pela norma, necessário pontuar o conceito de tais elementos normativos, valendo-se para tanto das lições de Arnaldo Rizzardo (2014, p. 518), para quem “o dolo equivale à vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito (dolo direto), e, inclusive, à mera aceitação do risco de produzi-lo (dolo direto ou eventual)”, ao passo que a culpa “existe quando se dá a prática voluntária de um ato sem a atenção ou o cuidado que normalmente são dispensados a fim de evitar um resultado ilícito e lesivo”.

Com efeito, de acordo com a Lei n. 8.429/1992, nas hipóteses de incidência dos atos de improbidade administrativa relativas ao enriquecimento ilícito e de afronta aos princípios da Administração Pública (arts. 9º e 11), a modalidade dolosa seria a única permitida. Já nos casos em que se acarreta lesão ao erário público (art. 10), seria possível a responsabilização na forma culposa, sem prejuízo da concorrente responsabilização a título de dolo.

Importante destacar que a sistematização aludida pelo critério legal outrora delimitado advém do próprio comando normativo expressamente previsto nas normas em referência, já que a tipicidade decorrente da conduta culposa apenas constou no *caput* do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, além da modalidade dolosa, ao passo que na cabeça dos artigos 9º e 11 restou permitida a atuação do direito sancionador tão somente a título doloso, um vez que inexistente qualquer referência à modalidade culposa.

Esse entendimento de responsabilização subjetiva para fins de tipificação do ato como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa foi integrado, de forma bastante solidificada, pelo

Superior Tribunal de Justiça, como pode ser extraído do julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 778.907-MT (BRASIL, 2016).

Quanto à improbidade delineada no novo artigo 10-A, Calil Simão (2017, p. 299) aduz com propriedade que ela é exclusivamente dolosa, sem a admissão de culpa, pois diversamente do que dispõe o artigo 10 em relação à possibilidade de responsabilização pela figura culposa, não há previsão legal no texto do art. 10-A a esse respeito, tratando-se, em linha de princípio, sem prejuízo do que será ulteriormente delimitado pelo presente estudo, de tipos que ostentariam um certo grau de independência entre si.

Ademais, se o intuito do legislador realmente se direcionasse a permitir que a forma culposa fosse sancionada para a hipótese do art. 10-A da Lei n. 8.429/1992, conforme semelhante técnica legislativa levada em consideração para os demais artigos que preveem os tipos legais atinentes à improbidade, por certo, teria preconizado expressamente a referência a título de culpa na redação do novo dispositivo legal. Em síntese, se a intenção do legislador fosse sancionar a forma culposa, certamente teria havido remissão redacional clara e expressa no respectivo dispositivo legal.

Apontadas as técnicas legislativas aptas a permitir a compreensão lógica-racional do texto legislativo em estudo, bem como os aspectos objetivos e subjetivos das condutas ímprobas expressamente previstas na Lei n. 8.429/1992, torna-se possível o estudo voltado especificamente à figura típica do art. 10-A da Lei de Improbidade Administrativa, bem como o seu amoldamento no texto legal respectivo.

#### **4 OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO NOVO ARTIGO 10-A DA LEI N. 8.429/1992**

O artigo 4º da Lei Complementar n. 157/2016, entre outras modificações, incluiu a Seção II-A no Capítulo II da Lei n. 8.429/1992 (Capítulo esse intitulado “Dos atos de improbidade administrativa), adicionando um novo dispositivo normativo (art. 10-A), denominado “Dos atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário” (BRASIL, 1992).

A referida Seção II da Lei n. 8.429/1992 possui apenas um artigo (10-A), com a seguinte redação (BRASIL, 1992): “constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003”.

Assim, constata-se a existência de três condutas vedadas no referido mandamento legal, arregimentadas pelos atos de conceder, aplicar e/ou manter benefícios financeiros ou tributários contrários à norma proibitiva.

A manutenção do benefício irregular relaciona-se com uma situação jurídica já existente e, conseqüentemente, deverá ser afastada do plano jurídico de acordo com o aspecto temporal de vigência da norma *sub examine* – plano eficaz a ser examinado mais a frente -, ao passo que as condutas de conceder ou aplicar estão relacionadas ao exercício em momento anterior ao reflexo externo do ato (visível), cuja situação jurídica não é pré-existente à nova proibição normativa, e sim concomitante ou ulterior.

Quanto à concessão de benefícios tributários, em razão do disposto no artigo 150, § 6º, da Constituição Federal, sua concretização pressupõe a edição de lei específica que pode ser condicionada a um ato administrativo, assumindo o benefício, no caso, a característica de um ato complexo, ou já advém da própria lei, sem necessidade de complementação por qualquer outra forma (heterônoma ou homogênea).

Embora a improbidade administrativa seja matéria regulada por lei ordinária, na medida em que a técnica legislativa erigida pela Carta Magna se incline no sentido de que somente será necessária a edição de lei complementar para regular determinada matéria quando houver disposição expressa no texto constitucional e o artigo 37, § 4º, da CF/88 assim não o fez, conclui-se que, no

aspecto substancial, que as modificações levadas a efeito na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei Complementar n. 157/2016 podem ser consideradas como lei complementar formalmente ordinária. Não há, portanto, necessidade de lei complementar para futuras modificações.

A esse respeito, conforme alude Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017):

No caso em tela, contudo, a lei complementar foi utilizada para tratar do ISS, na forma do art. 156, III e § 3º da CRFB, aproveitando-se o legislador do mesmo diploma para abordar a improbidade.

Nesse ponto, portanto, as normas de improbidade inseridas na LIA pela LC 157/2016 são formalmente normas complementares, mas materialmente normas ordinárias, motivo pelo qual poderão ser alteradas, no futuro, por lei ordinária (Sobre a possibilidade de lei formalmente, mas materialmente ordinária, ser alterada por lei ordinária, vide, por exemplo: STF, RE 377.457/PR, Rel. Min. Gilmar mendes, Tribunal Pleno, DJe-241 19.12.2008).

A conduta ímproba em exame coíbe a não observância da Lei Complementar n. 116/2003, que por sua vez rege o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), especialmente no que tange ao que restou estabelecido no *caput* e § 1º do artigo 8º-A, também inseridos pela Lei Complementar n. 157/2016.

Os pressupostos fáticos e jurídicos para a configuração da conduta ímproba em estudo são a concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário no âmbito da relação jurídica-tributária do ISSQN, em afronta ao preconizado pelo anteriormente citado artigo 8º-A e seu respectivo § 1º, da Lei Complementar n. 116/2003, conforme a seguinte transcrição (BRASIL, 2003):

Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no *caput*, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.

Segundo Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2017, p. 764-765), o ISSQN é de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e o seu fato gerador (prestação de serviços) encontra-se taxativamente listado na Lei Complementar n. 116/2003, de modo que, apesar de possível a edição de lei local por cada um desses entes públicos sobre o referido tributo, o texto normativo não poderá contrariar as regras gerais obrigatórias constantes na Lei Complementar antes citada, quais sejam: a) alíquotas mínimas e máximas; e b) regulação da forma e condições para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, cuja essência é dificultar a “guerra fiscal” entre os entes federados anteriormente aludidos.

De acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017, p. 90),

trata-se, desta forma, de ato de improbidade direcionado, basicamente, a Prefeitos e Vereadores dos Municípios, bem como ao Governador e Deputados Distritais do Distrito Federal, que são responsáveis pela fixação de alíquotas do ISS e respectivos benefícios financeiros ou tributários. Nada impede, todavia, que terceiros também sejam responsabilizados quando contribuírem para o ato de improbidade ou dele se beneficiarem, direta ou indiretamente.

Quanto a tal ponto, é bom repisar a necessidade ainda mais evidente de comprovação do elemento subjetivo (*dolo*) viciado oriundo da atividade tipicamente legislativa dos parlamentares para a configuração da conduta ímproba em apreço.

Nesse sentido, por aplicação analógica, como ressaltado pelo Ministro Teori Zavascki, no voto condutor do Recurso Extraordinário n. 405.386-RJ, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013):

Com maior razão se mostrava indispensável um juízo sobre o elemento subjetivo da conduta, para fins de atribuir responsabilidade civil, relativamente aos demandados que exerciam o cargo de vereador, investidos, constitucionalmente, da proteção de imunidade material (=inviolabilidade) pelos votos proferidos no exercício do mandato (CF, art. 29, VIII). Se é certo que tal imunidade, inclusive para efeitos civis, é assegurada até mesmo em caso de cometimento de crime, não se há de afastá-la em casos como o da espécie, que de crime não se trata e em que sequer a intenção dolosa foi aventada.

Em termos de consumação da infração e como já evidenciado, Calil Simão (2017, p.301), com quem concordamos, obtempera que somente a aprovação legislativa não é suficiente para tanto, sendo necessário, de forma adicional, que tenha ocorrido o desvio de poder ou de finalidade, além da precedente sanção ou promulgação do ato normativo como forma de ingresso no mundo jurídico. Registra, ainda, que não se deveria punir o ato político, mas sim o ato administrativo de aplicação ou manutenção do benefício irregular.

Insta salientar que na seara volitiva relativa ao novo artigo 10-A da Lei n. 8.429/1992, já houve o silogismo explicativo anteriormente aduzido nesta pesquisa, tendo em vista o estudo sistemático do tema de acordo com a estrutura integral da Lei de Improbidade Administrativa, de onde se vê a possibilidade de sanção apenas a título doloso.

Em continuidade, a vedação estabelecida pela norma em epígrafe não é absoluta, pois no final do dispositivo legal há previsão expressa de exceção referente aos serviços prestados nos subitens 7.02, 7.05 e 16.01 existentes na lista anexa a LC 116/2003, com o seguinte teor (BRASIL, 2003):

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

(...)

7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

(...)

16.01 - Serviços de transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros.

Conclui-se, assim, que por absoluta exceção normativa, ou seja, calcada em clara e inequívoca opção legislativa, os serviços acima delineados não precisam observar os limites atinentes às alíquotas mínimas e máximas, além do que podem ser objeto de isenções, incentivos ou de benefícios fiscais, ao contrário dos demais itens constantes na listagem irrogada na Lei Complementar examinada.

Vale asseverar que o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.618.478-PB, reiterou o entendimento já emanado em outros recursos, nos seguintes termos (BRASIL, 2017): “não há que se falar em julgamento *extra petita* na hipótese de decisão que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, pois a defesa atém-se aos fatos, cabendo ao juiz a sua qualificação jurídica”.

Sob esse raciocínio, torna-se inquestionável que a conduta apta a causar prejuízo ao erário



(arts. 10 e 10-A) ou a acarretar enriquecimento ilícito (art. 9º), sempre afrontará os princípios da Administração Pública (art. 11), daí porque, desde que adequadamente descritos os fatos na inicial, nessa concorrência de subsunção normativa em relação ao ato ímprobo, deverá haver preferencialmente subsunção nos artigos 9º, 10 ou 10-A, porque se tratam de condutas “configuradoras de atos de improbidade administrativa mais graves” (PAZZAGLINI, 2015, p. 226). Ou seja, o amoldamento legal é regido em observância à gravidade da conduta.

Importante assinalar, como aludido por Maria Sylvia Zanella di Pietro (2017, p.1.089), que apesar da possibilidade de aplicação ou concessão indevida de benefícios tributários relacionados a outras espécies tributárias, se não houver relação com o ISSQN previsto na Lei Complementar n. 116/2003, o artigo 10-A torna-se inaplicável a essa conduta, sendo, no caso, aplicável o artigo 10 ou 11 da Lei de Improbidade Administrativa, a depender, respectivamente, da existência de dano ao erário ou de afronta aos princípios da Administração Pública, sem prejuízo dos demais requisitos legais exigidos para tanto.

No plano eficaz, por força do disposto nos artigos 6º e 7º, § 1º, da Lei Complementar n. 157/2016, o artigo 10-A da Lei de Improbidade Administrativa tem vigência a partir de 30 de dezembro de 2017 (efeitos prospectivos). Por tais dispositivos legais, impõe-se, ainda, que os respectivos entes federados, como o Distrito Federal e os Municípios, revoguem os dispositivos que contrariarem o previsto no *caput* e § 1º do artigo 8º-A da LC n. 116/2003.

Nesse panorama, conforme afirmado, a conduta atinente à manutenção irregular dos benefícios aqui estudados está ligada aos efeitos prospectivos acima evidenciados, cuja hipótese de incidência, assim, se dará após o início da vigência da figura típica em comento, ou seja, quando esta vier a possuir total eficácia no âmbito fático.

Estudado o novo artigo 10-A da Lei n. 8.429/1992, necessário um apontamento concernente às irradiações acarretadas na Lei de Improbidade Administrativa em razão das demais modificações introduzidas pela Lei Complementar n. 157/2016 e ínsitas ao novo dispositivo normativo.

## **5 OUTRAS IRRADIAÇÕES NA LEI N. 8.429/1992 DECORRENTES DAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR N. 157/2016**

Além da inclusão do artigo 10-A na Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Complementar n. 157/2016 também promoveu duas outras significativas modificações no âmbito normativo da Lei n. 8.429/1992, relacionadas à nova figura típica em exame. Houve uma verdadeira irradiação de reflexos decorrentes da citada Lei Complementar, visando adequar as sanções e a legitimidade ativa oriundas da recém-criada norma.

A primeira novidade refere-se à inclusão do inciso IV do artigo 12 à Lei de Improbidade Administrativa, no que concerne às sanções cabíveis, nos seguintes termos (BRASIL, 1992): “na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido”.

Observa-se que a aludida alteração abrandou formalmente as sanções anteriormente previstas na redação originária do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, para a hipótese atualmente prevista no artigo 10-A e, como contrapartida, aumentou a possibilidade de imposição da multa civil em patamares mais elevados (em até três vezes do benefício irregularmente concedido), cuja essência ontológica afia-se ao próprio prejuízo causado em desfavor do erário público. Ressalta-se ser vedada a inclusão *ex officio* pelo Estado-Juiz, da reparação do dano causado e da perda dos bens adquiridos ilícitamente, por não serem hipóteses preconizadas expressamente nas sanções específicas do novo

tipo legal, isso em decorrência do princípio da legalidade.

Com os olhos voltados a essa temática, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 411) esclarecem:

Ainda que a conduta seja enquadrada no art. 10-A, não há qualquer óbice a que os legitimados ao ajuizamento da ação postulem a aplicação das sanções previstas no inciso IV do art. 12 e, cumulativamente, formulem o pedido de reparação dos danos causados ao patrimônio público em razão da concessão irregular do benefício financeiro ou tributário. Neste caso, o contribuinte que enriqueceu às custas do ilícito inicial terá o dever jurídico de concorrer solidariamente para a sua reparação, o que se dá com a perda dos valores obtidos. Uma vez integralizado o valor indevidamente subtraído dos cofres públicos, quer promovido pelo agente público, quer pelo contribuinte, cessa o dever de reparar.

Não obstante a existência de anteriores dissensos doutrinários e jurisprudenciais acerca da cumulatividade ou não das sanções previstas na lei de improbidade administrativa para o caso de condenação, “a Lei 12.120/2009, ao dar nova redação ao *caput* do art. 12 da Lei 8.429/1992, dirimiu a controvérsia antes existente, ao estabelecer que as sanções por improbidade administrativa podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato” (REMEDIO, 2015, p. 756), o que também vale para o novo artigo 10-A.

Também houve a inclusão do § 13 no artigo 17 da Lei n. 8.492/1992, que possui a seguinte redação (BRASIL, 1992): “Para os efeitos deste artigo, também se considera pessoa jurídica interessada o ente tributante que figurar no polo ativo da obrigação tributária de que tratam o § 4º do art. 3º e o art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003”.

Como decorrência dessa alteração legal, há vozes doutrinárias propalando o entendimento de que o legitimado para o ajuizamento da ação de improbidade, na hipótese, não seria apenas do ente federado no qual o benefício irregular foi concedido, mas também de outros Municípios eventualmente prejudicados pela conduta ímproba em epígrafe que, desse modo, seriam igualmente “pessoa jurídica interessada” (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2017, p. 769-770).

Essa concepção indica ser a mais acertada, pois nada mais adequado do que conferir legitimidade ativa a qualquer outro ente federado prejudicado, e não apenas ao Município em que a hipótese de incidência vedada se efetivou, em virtude da prática da conduta ímproba preconizada no artigo 10-A da Lei de Improbidade Administrativa. Se assim não fosse, seria redundante a alteração normativa levada a efeito, pois a própria cabeça do artigo 17 da Lei n. 8.429/1992 já concebe legitimidade ativa concorrente ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada.

Com as concepções aptas à caracterização da conduta ímproba em estudo, bem como verificados os demais reflexos que resultaram em irradiações no sistema normativo existente na Lei n. 8.429/1992, é impositivo examinar criticamente a alteração legislativa objeto da pesquisa, ou seja, o novo artigo 10-A da lei em questão.

## **6 DAS CRÍTICAS AO NOVO ARTIGO 10-A DA LEI N. 8.429/1992 E DE SUA PRESCINDIBILIDADE**

Conforme antes delineado, a *ratio essendi* da Lei de Improbidade Administrativa, em sua redação originária, entrelaça-se na existência de três espécies diferentes de atos de improbidade administrativa, ou seja, aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

No entanto, sobreveio a inclusão do artigo 10-A na Lei n. 8.429/1992 que, ontologicamente, está diretamente relacionada à conduta que implica em lesão ao patrimônio público que, por sua vez, já se encontra inserida no originário artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, importando do ponto de vista técnico numa autonomia relativa do novo tipo legal.

Ora, se a estrutura legislativa ocorrente na Lei de Improbidade Administrativa já prevê hipóteses de atos ímprobos que causem prejuízos ao erário, seja de forma direta (incisos), seja por conceitos jurídicos indeterminados (*caput*), não se vê razão a conferir autonomia para contemplar uma nova hipótese de incidência que contém resultado semelhante, porém em outro dispositivo legal.

Sobre a questão, Simão Calil (2017, p. 298), com algumas ponderações, explica as reais intenções legislativas ao externar que:

apesar do novo tipo estar inserido, aparentemente, como um complemento do art. 10 que trata da lesão ao erário, a legislação acabou conferindo autonomia frente as demais figuras. Trata-se a nosso ver de um desacerto, pois era possível inserir esse tipo como um inciso do art. 10. A proposta de autonomia está nitidamente vinculada ao fato de o legislador ter desejado estabelecer uma reprimenda menor para a infração contida no art. 10-A, bem como afastar a conduta culposa admitida pelo *caput* do art. 10 da LIA.

Logo, é possível delimitar que não se está diante de um tipo autônomo de improbidade e, substancialmente, sequer seria possível defender que se trata de uma nova modalidade de conduta ímproba, pois a mera formalidade legislativa destoante da sistemática já sedimentada no ordenamento jurídico específico atinente à regulação processual e material dos atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992) é insuficiente para tal caracterização. Vale dizer: mais vale a substância/essência da figura típica do que seu mero encaixe formal.

Nessa linha de pensamento, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2017, p. 769) defendem que a inobservância das técnicas legislativas para a descrição das hipóteses de improbidade, a presença da lesão ao erário e de dolo para fins de caracterização do tipo, tal como já exigido pelo artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, caracterizaria a inexistência de uma quarta modalidade de improbidade administrativa, na medida em que a nova conduta típica nada mais é que uma espécie de ato lesivo ao erário público, motivo pelo qual apontam se tratar de um ato anômalo lesivo ao erário originado de péssima técnica legislativa.

De fato, pelo contexto legislativo estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa e em razão da essência consubstanciada no novo dispositivo legal intimamente ligada a uma lesão ao patrimônio público, estar-se-ia caracterizada uma nova espécie de lesão ao erário, sancionada apenas na forma dolosa, e não propriamente em um tipo autônomo por mera imposição legislativa formal.

É válido mencionar que o pressuposto fático específico que motivou a alteração legislativa apenas em relação ao ISSQN foi instituir um incentivo negativo aos administradores públicos, responsabilizando-os pelo descumprimento do quanto determinado na norma, evitando-se, ainda, a perda de arrecadação decorrente da transferência da competência tributária prevista no artigo 1º da Lei Complementar n. 157/2016, que incluiu o § 4º no artigo 3º da Lei Complementar n. 116/2003, cujo teor abaixo se reproduz (BRASIL, 2003):

§ 4o Na hipótese de descumprimento do disposto no *caput* ou no § 1o, ambos do art. 8o-A desta Lei Complementar, o imposto será devido no local do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado.

Destarte, consoante aludido na justificção ínsita à originária tramitação do Projeto de Lei n. 386/2012 ulteriormente convertido na lei complementar alhures referenciada, “trata-se, portanto, de norma indutora a uma gestão fiscal responsável com foco em efetiva arrecadação do tributo, de competência do ente tributante, que tenha sido por este instituído” (BRASIL, 2016).

De todo modo, é possível afirmar que o artigo 10-A da Lei n. 8.429/1992, ao menos do ponto de vista prático, e não obstante as perspectivas legislativas que motivaram sua existência, seria dispensável, já que o inciso VII (“conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das

formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”), inciso X (“agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público”) e inciso XII (“permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente”), todos do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), seriam suficientes para reprimir a conduta nele coibida, até porque sempre haverá prejuízo ao erário (saída de recursos ou diminuição arrecadatória) decorrente do benefício irregularmente concedido, mantido ou aplicado.

Tal compreensão doutrinária também é compartilhada por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 410-411), os quais ressaltam, em acréscimo, no tocante ao inciso XII do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, que:

o enriquecimento ilícito do contribuinte, efeito igualmente necessário da concessão irregular do benefício financeiro ou tributário, não acarreta deslocamento da tipologia para o art. 9º, já que, ressalvadas as exceções ali existentes (*rectius*: incisos I e VII), o enriquecimento há de ser sempre do agente público, não do terceiro.

No mesmo sentido direciona-se o posicionamento de Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2017, p. 767), para quem “a criação desse novo tipo de improbidade era absolutamente desnecessária. Vale dizer, a conduta descrita no art. 10-A da LIA já encontrava abrigo no tipo de improbidade descrito no art. 10, VII”.

Importante considerar que por força da modificação legislativa ora estudada, havendo a concessão ilegal de benefício fiscal destoante do ISSQN, seja na modalidade culposa ou dolosa, a subsunção típica se dará no artigo 10, inciso VII, da Lei de Improbidade Administrativa. Por outro lado, sendo o benefício ilegal concedido atinente ao ISSQN e somente na forma dolosa, restará caracterizada a hipótese de incidência descrita no artigo 10-A da Lei n. 8.429/1992.

## 7 CONCLUSÃO

A pesquisa analisou o novo artigo 10-A da Lei n. 8.429/1992, incluído pela Lei Complementar n. 157/2016, e as demais irradiações legislativas daí decorrentes, correlacionando os atos de improbidade administrativa preconizados na Lei de Improbidade Administrativa e as respectivas técnicas legislativas, além de explicitar o critério adotado pelo legislador para fins de permitir a caracterização do elemento volitivo das condutas ímprobas, notadamente em relação ao novo dispositivo legal, inclusive com ênfase às críticas inerentes à anomalia estrutural causada.

A sistemática normativa focada na Lei de Improbidade Administrativa segue tradicionalmente uma trilha calcada no resultado da conduta ímproba, ou seja, nos efeitos da violação causada em relação à Administração Pública, também através da inclusão de conceitos jurídicos indeterminados.

Em relação ao elemento volitivo, o critério adotado é semelhante ao existente no Direito Penal, até em virtude das consequências graves das sanções impostas em ambos os ramos (culpa e dolo), ao passo que a sanção, em regra, pressupõe o dolo, salvo para a hipótese de prejuízo ao erário preconizado no artigo 10 da Lei n. 8.429/1992, que permite também a culpa.

Após o delineamento estrutural utilizado pelo legislador para fins de uma compreensão da Lei n. 8.429/1992, observa-se que o novo artigo 10-A da Lei de Improbidade Administrativa trilhou por uma linha sistêmica anômala, eis que destoante de todo o amoldamento originariamente levado a efeito no referido diploma normativo, notadamente porque não se utilizou de um conceito jurídico indeterminado para a sua configuração, mas sim de um conceito fechado, além do que não previu a inclusão de incisos.

O artigo 10-A da Lei n. 8.429/1992 visa sancionar o agente público e o terceiro a ele aderente que promoverem dolosamente a concessão, aplicação ou a manutenção de benefício referente ao ISSQN em contrariedade ao disposto no artigo 8º, *caput*, e seu § 1º, da LC 116/2003, excepcionando

os serviços estabelecidos nos subitens 7.02, 7.05 e 16.01 na lista anexa à citada norma complementar.

Todavia, trata-se, no caso, de hipótese totalmente integrada no originário artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, relativamente aos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, especificamente em seus incisos VII, X e XII, porém com nuances ligadas ao elemento volitivo (somente dolo) e concernentes ao uso de técnicas legislativas estranhas à estrutura original constante do texto da Lei n. 8.429/1992.

Ademais, como consectário lógico da alteração legislativa em epígrafe e também por força de modificação legal, sobrevieram outras irradiações na Lei de Improbidade Administrativa, tanto em relação à inclusão do inciso IV no artigo 12 visando imposições de sanções específicas, quanto no tocante à ampliação da legitimidade ativa (art. 17, § 13), para que qualquer ente federado prejudicado, e não apenas o Município lesado, possa integrar o polo ativo da ação civil por improbidade administrativa.

A falta de tecnicidade normativa quando da inclusão do novo artigo 10-A na Lei n. 8.429/1992, demonstrou que sua criação como um tipo autônomo era desnecessária, pois, a rigor, não ostenta autonomia frente ao originário artigo 10 da referida lei. Na verdade, a pretensão do legislador destina-se a abrandar as sanções legais que já ostentavam uma subsunção típica, bem como a excluir a caracterização da conduta ímproba na modalidade culposa.

Como restou evidenciado, idêntico ato de improbidade administrativa, a depender dos efeitos evidenciados em virtude da lesão ao erário causada (se relacionado ao ISSQN ou não), redundará na subsunção ao artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa (em um dos incisos VII, X ou XII), inclusive a título de culpa e com sanções mais graves (art. 12, inciso II), desde que não seja hipótese concernente ao ISSQN, ou então, na subsunção ao artigo 10-A da Lei n. 8.429/1992, que exige a conduta dolosa para sua caracterização e impõe a efetivação de sanções menos graves (artigo 12, inciso IV), caso se refira ao ISSQN.

Tem-se, em síntese, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que a inserção do novo art. 10-A à Lei n. 8.429/1992, incluindo como atos de improbidade administrativa os atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, acabou por beneficiar os infratores dessa modalidade de improbidade, que já se encontrava prevista no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, seja por não se enquadrar a conduta como infracional nos casos de culpa do agente, seja em razão das sanções menos severas previstas para o novo diploma legal.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp116.htm#art8a%C2%A71](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp116.htm#art8a%C2%A71)>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Lei Complementar n. 157, de 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp157.htm#art4](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp157.htm#art4)>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei n. 386/2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2938023&disposition=inline>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.618.478-PB. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Brasília: *Dje*, 19 jul. 2017. Disponível em <<https://ww2.stj>

[jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72373798&num\\_registro=201602058654&data=20170619&tipo=5&formato=PDF](http://jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72373798&num_registro=201602058654&data=20170619&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 778.907-MT. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília: *Dje*, 25 maio 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201502207987&dt\\_publicacao=25/05/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502207987&dt_publicacao=25/05/2016)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.275.469-SP. Relator p/o acórdão Ministro Sérgio Kukina. Brasília: *Dje*, 9 mar. 2015. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201101412873&dt\\_publicacao=09/03/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101412873&dt_publicacao=09/03/2015)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Cautelar n. 3.585-RS. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília: *Dje*, 28 out. 2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7044390>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 405.386-RJ. Relator p/ o acórdão Ministro Teori Zavascki. Brasília: *Dje*, 26 mar. 2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630000>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857.

CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa: limites constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 2. ed. São Paulo, 2016.

CERQUEIRA, Luís Otávio Serqueira de. *Comentários à lei de improbidade administrativa: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Danyele da Silva; SIVA, Michael César. Mídia e democracia: contrapontos sobre a construção da influência do poder midiático sobre o poder político. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 27, p. 26-34, set./dez. 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Breves considerações sobre o novo ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da Lei 8.429/1992, inserido pela LC 157/2016. *Revista Eletrônica Direito do Estado*, ano 2017, n. 324. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/breves-consideracoes-sobre-o-novo-ato-de-improbidade-administrativa-previsto-no-art-10-a-da-lei-84291992-inserido-pela-lc-1572016>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REMEDIO, José Antonio. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

REMEDIO, José Antonio; FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. Corrupção administrativa: inaplicabilidade da *overbreadth doctrine* à lei de improbidade administrativa. In: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; FERREIRA, Daniel; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo (Orgs.). *XXII Encontro Nacional do Conpedi – Propriedade Intelectual*. Curitiba: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 279-296.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Angélica Aparecida da; PAULA, Núbia Elizabete de Jesus. O assédio moral no serviço público: a configuração do assédio moral na avaliação periódica de desempenho como ato de improbidade administrativa. *Letras Jurídicas - Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 35-42, 2º sem. 2015.

SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2017.

VEDOVATO, Luís Renato; LOPES, Thiago Henrique Teles. Uma visão crítica da posição do STJ sobre o *periculum in mora* presumido nas ações de improbidade para fins da decretação da indisponibilidade de bens. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 4, p. 273-292, out./dez. 2017.

---

**Recebido em:** 20/02/2018

**Aprovado em:** 26/10/2018

### **Como citar este artigo (ABNT):**

REMEDIO, José Antonio; LOPES, Thiago Henrique Teles. Improbidade administrativa: indevida concessão ou aplicação de benefício financeiro ou tributário inerente ao ISSQN. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.73-87, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM UM MUNICÍPIO DO AGRESTE DE PERNAMBUCO: UM ESTUDO EMPÍRICO

## EFFECTIVENESS OF CHILDREN AND ADOLESCENT RIGHTS IN A MUNICIPALITY OF PERNAMBUCO AGRESTE: A EMPIRICAL STUDY

Fernando da Silva Cardoso<sup>1</sup>

Maria Alba da Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo analisar o panorama de efetivação dos direitos das crianças e adolescentes em um município do agreste de Pernambuco. A partir de um estudo empírico, de abordagem mista, no qual os dados documentais foram lidos à luz análise de conteúdo. A classificação dos casos foi realizada a partir da categorização de denúncias recebidas por um Conselho Tutelar do Agreste de Pernambuco, as quais envolvem 126 crianças e adolescentes e 70 casos denunciados. Os resultados do estudo apontam para a importância da atuação dos Conselhos Tutelares e da Rede de Proteção na defesa dos direitos e no fortalecimento de garantias a crianças e adolescentes no município estudado. Destaca que as violações ocorrem, majoritariamente, no espaço familiar e são protagonizadas, em sua maioria, por algum sujeito do próprio convívio das vítimas. Ainda, que as vulnerabilidades socioespaciais são recorrentes nas situações analisadas, assim como a ampla ocorrência de fatos que envolvem a violação à integridade física das crianças e adolescentes. Por fim, vê-se que a Rede de Proteção é recorrentemente acionada pelo Conselho Tutelar analisado, no entanto, é pouco articulada em se tratando da resolução das demandas.

**Palavras-chave:** Conselho tutelar; criança; adolescente; Pernambuco.

**ABSTRACT:** The objective of this study is to analyze the panorama of the effectiveness of the rights of children and adolescents in a municipality in the rural area of Pernambuco. From an empirical study, mixed approach, in which the documentary data were read into the content analysis. The classification of the cases was based on the categorization of complaints received by a Paternity Council of the Agreste of Pernambuco, involving 126 children and adolescents and 70 reported cases. The results of the study point to the importance of the actions of the Tutelary Councils and the Protection Network in the defense of the rights and the strengthening of guarantees for children and adolescents in the municipality studied. It emphasizes that the violations occur, mostly, in the family space and are carried out, for the most part, by some subject of the conviviality of the victims themselves. Also, socio-spatial vulnerabilities are recurrent in the analyzed situations, as well as the wide occurrence of facts that involve the violation of the physical integrity of children and adolescents. Finally, it is seen that the Protection Network is recurrently activated by the Guardianship Council analyzed, however, it is little articulated when dealing with the resolution of the demands.

**Keywords:** Guardianship council; child; teenager; Pernambuco.

---

1 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Assistente, Subcoordenador de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito da Universidade de Pernambuco (Campus Arcoverde).

2 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca/Pernambuco.



## 1 INTRODUÇÃO

A partir da implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) as crianças e adolescentes passaram a receber proteção normativa específica. Entretanto, mesmo com o Estatuto, muitos desses indivíduos não têm acesso a direitos, em decorrência, especialmente, da desigualdade social.

A tutela do Estado é, sobretudo, uma forma de transformar a vida desses sujeitos através da efetivação de seus direitos fundamentais, reconhecendo-os enquanto sujeitos de direitos. A responsabilidade pela efetivação dos direitos de crianças e adolescentes é da família, da sociedade e do Estado. Essas instituições devem assegurar o fortalecimento e a efetivação de garantias que são invioláveis à pessoa humana.

No entanto, alguns desafios ainda impedem que as engrenagens desse sistema de proteção funcionem de forma coesa. A dificuldade que as famílias ainda encontram em acessar órgãos públicos, a inclusão escolar de crianças que ainda estão fora da escola e a necessidade de se melhorar a qualidade dos serviços oferecidos na saúde, são apenas alguns exemplos de obstáculos que devem ser superados a fim de se garantir o cumprimento integral das disposições do Estatuto, a partir do qual a criança e o adolescente são assumidas/os como prioridade.

O Judiciário, o Ministério Público, os Conselhos Tutelares e os demais órgãos de defesa da cidadania formam a chamada Rede de Proteção à criança e ao adolescente. Em suas atuações buscam proteger esses sujeitos e garantir que não tenham seus direitos fundamentais ameaçados ou efetivamente violados. Afirmam em suas práticas direitos universais e agenciam a proteção especial aos que têm transgredidos seus direitos e/ou são ameaçados de ter, almejando promover, assim, uma proteção integral e eficaz a crianças e adolescentes.

Nesse cenário, é essencial a função do Conselho Tutelar (CT) na articulação da Rede de Proteção. Por ser um órgão chave em defesa dos direitos das crianças e adolescentes, o Conselho também afirma deveres à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público, pois é um órgão autônomo, não jurisdicional, que atua no cumprimento direto do ECA. Assegura, através da sua articulação com os demais órgãos, medidas de proteção.

Assim, a partir desse cenário, a pergunta que orienta este estudo consiste em questionar: qual o panorama de efetivação dos direitos das crianças e adolescentes em um município da região agreste de Pernambuco? Diante disso, é disposto como objetivo principal, identificar o panorama de efetivação de direitos de crianças e adolescentes em um município da região agreste de Pernambuco. Em relação aos específicos, tem-se a intenção de discorrer sobre violações de direitos humanos de crianças e adolescentes na contemporaneidade; discutir sobre a Rede de Proteção à criança e ao adolescente; e, por fim, identificar o panorama de efetivação de direitos de crianças e adolescentes em um município do agreste de Pernambuco. Neste estudo, discute-se sobre a consolidação dos direitos desse grupo na contemporaneidade, refletindo-se os principais desafios e dados que perfazem essa realidade no universo social eleito, as funções e prerrogativas do Conselho Tutelar na busca pela superação das desigualdades e afirmação dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

Nesse sentido, esse trabalho se justifica pela necessidade de se refletir os papéis dos órgãos que são essenciais à Rede de Proteção à criança e ao adolescente, principalmente o Conselho Tutelar, tendo o cotidiano apresentado a seguir como lócus à reflexão. Afinal, a compreensão e a identificação sobre as violações e proteção de crianças e adolescentes podem significar no aperfeiçoamento da política. Pressupõe-se que o princípio do melhor interesse<sup>3</sup> perpassa essas práticas e necessita ser

<sup>3</sup> O princípio do melhor interesse é refletido a partir da Constituição Federal e do ECA como garantia geral. Reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos (GAMA, 2008).

assegurado enquanto possibilidade de respeito aos direitos fundamentais desse grupo.

Esta pesquisa é instrumentalizada a partir de um estudo empírico (GIL, 1999), de abordagem mista (DIEHL; TATIM, 2004). Fez uso de pesquisa bibliográfica (CERVO; BERVIAN, SILVA, 2004) e exploratória (GIL, 1999). A técnica de coleta de dados foi a pesquisa documental (GIL, 1999), lidos à luz da análise de conteúdo (BARDIN, 2007).

## 2 DESENVOLVIMENTO

A fundamentação deste estudo aborda a discussão sobre violações de direitos de crianças e adolescentes na contemporaneidade. Também, acerca da atuação do Conselho Tutelar na articulação da Rede de Proteção. E, por fim, discorrer-se-á sobre alguns aspectos ligados à vulnerabilidade, direitos humanos e à infância e adolescência no Brasil.

### 2.1 Violações de direitos humanos de crianças e adolescentes na contemporaneidade

Por intermédio da doutrina de proteção integral, o Brasil tomou uma importante atitude em relação ao tratamento direcionado às crianças e adolescentes, garantindo-lhes prioridade irrestrita. O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) representa o avanço das leis voltadas às necessidades desse grupo, com o objetivo de construir relações com a sociedade, fortalecendo e amparando-os, promovendo políticas sociais em defesa de seus direitos.

O ECA originou-se da participação popular, com a proposta de transformar o contexto infanto-juvenil no Brasil, afirmando as diferenças e o respeito. É reconhecida a fragilidade desses indivíduos, que merecem apoio integral por parte da família, do Estado e da sociedade. Ressalta-se a importância da participação social a fim de se construir garantias, assegurando-lhes através de leis e de programas sociais, educação, saúde, esporte, lazer, cultura, segurança, assistência social, entre outros direitos. Em suma, o Estatuto é fruto das mobilizações sociais em prol da atenção, proteção e cuidado especial a esses indivíduos.

Alberton (2005) aponta que o Estatuto da Criança e do Adolescente ao determinar que crianças e adolescentes não podem, de forma alguma, serem vítimas de maus tratos nem violências, aduz os desafios a esta normativa. Deixa claro que eles são sujeitos de direitos em condições peculiares de desenvolvimento e que devem ter prioridade absoluta do Estado.

Não é apenas o ECA que introduz essa perspectiva de proteção. É por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>4</sup> e da Convenção Internacional sobre Direitos de Crianças e Adolescentes<sup>5</sup>, a questão dos direitos infanto-juvenis é introduzida na legislação brasileira por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora passados 27 anos da sua promulgação, as violações de direitos condenadas por essa lei ainda ocorrem de maneira significativa, tendo como casos mais crônicos, de acordo com Molaib (2006), a violência sexual, o trabalho infantil, a condição de pobreza nas ruas, os problemas familiares e o abandono.

Reforço ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal também alude ao respeito a direitos fundamentais e sociais. Dentre eles, o direito à vida, à dignidade, 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, condições que independem o desenvolvimento

4 A Declaração Universal de Direitos Humanos é um importante marco normativo em prol da defesa de direitos de criança e adolescentes. Constitui alicerce base na elaboração de tratados internacionais e formulação da doutrina da proteção integral, também proclamada pelas Nações Unidas para a Infância (UNICEF, 1959).

5 A Convenção Internacional dos Direitos da Infância, assinada pelo Brasil em 1990, foi promulgada em 1979, através da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

social e que, por conseguinte, todos possam ter os mesmos direitos (BRASIL, 1988; 1990).

Conforme Santos (2007), as etapas do crescimento de uma criança são únicas e cada momento deve ser destacado. O fato de ser um sujeito em condições peculiares de vida, esse período deve ser observado e reconhecido como uma fase única e de transição, visto que ainda estão em processo de formação e desenvolvimento, cuja plenitude será atingida em sua maioridade.

Para Faleiros e Faleiros (2008, p. 34): “[...] a negligência sofrida por crianças e adolescentes é um tipo de relação entre esses e os adultos, baseada na omissão, na rejeição, no descaso, na indiferença, na falta de interesse, na negação da existência”. Essa violência abarca principalmente as classes sociais menos favorecidas, em situação socioeconômica desfavorável. Assim, é vista com mais clareza no cotidiano de famílias em condição de pobreza, pois são elas as que mais acionam os serviços públicos. Vecina e Cais (2002, p. 60) afirmam que: “[...] no que compete às funções do Estado, o descaso é enorme. Os interesses econômicos e políticos são colocados em primeiro plano, em detrimento das necessidades fundamentais da população”. Dessa forma, torna-se cada vez mais difícil enfrentar as desigualdades, ao passo que se faz necessário atendimento multiprofissional, realidade aparentemente distante devido da que se vê, de ampla negligência do Estado.

A inserção desses sujeitos em ambientes marcados por violências seria de grande importância para que crianças e adolescentes se desenvolvam integralmente e tenham acesso a experiências cidadãs. Afinal, segundo Rego (2001), o desenvolvimento humano está intimamente relacionado ao contexto sociocultural em que a pessoa se insere, através de rupturas e mudanças provocadoras por contínuas reorganizações da subjetividade de cada um.

Vannuchi e Oliveira (2010) explicam que os direitos humanos, construídos através de muitas lutas e nos mais diversos espaços e momentos, fazem parte dessas transformações que repercutem nas relações humanas e sociais e que abarcam o público infante-juvenil. Esses processos de luta inserem esses sujeitos na agenda de ações do Estado.

Nesse cenário de desafios à implementação do que preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se, hoje, o problema da violência familiar como sendo um dos maiores entraves à proteção integral. Este fenômeno pode ser definido como todo ato ou omissão praticado por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes, sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima. Implica na infração ao poder/dever de proteção do adulto, por um lado, e, por outro, na coisificação da infância, isto é, na negação do direito que crianças e adolescentes têm de serem tratados como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento (AZEVEDO; GUERRA, 2001).

Na desconstrução de situações como essa, tão comuns no dia a dia, percebe-se a importância da ação dos Conselhos Tutelares, cuja função é mobilizar os órgãos da rede para que atuem na defesa de direitos desse público, assim como na construção e no fortalecimento da dignidade humana, ao pôr em prática a política disposta no ECA.

Nas mais diversas esferas, o quadro de violação de direitos desse grupo é gritante. A exploração no mundo do trabalho e a falta de acesso a escolas, além da violência física e psíquica, são apenas alguns exemplos extremamente recorrentes. Assim, um dos principais desafios da atualidade consiste no trabalho para que situações de violência sejam denunciadas pelas famílias, pelas próprias vítimas e pela sociedade, possibilidades que ainda esbarram no medo ou mesmo por negligência.

A omissão de denúncias torna de difícil concretização as políticas públicas voltadas a este grupo, visto que denunciar é um dos principais modos de assegurar a completude desses direitos. Essa constatação reafirma a negligência familiar, o abandono, a falta de respeito e o abuso sexual contra crianças e adolescentes, recorrentes nos dias atuais, colocando-os em situação de risco e vulnerabilidade social.

Sobre o percurso construído em relação à afirmação do ECA e levando em consideração os vários desafios destacados anteriormente, percebe-se que o principal entrave à afirmação desta

norma diz respeito a incompleta implementação do Sistema de Proteção instituído desde 1990 através do Estatuto, que garante a possibilidade não apenas de atendimento às crianças e aos adolescentes, mas, também, de responsabilização de agressores como previsto a partir dos mecanismos legais que formam a Rede de Proteção.

A seguir, discutir-se-á sobre os desafios enfrentados por esses órgãos, suas prerrogativas e funções, bem como seus principais objetivos de atuação neste universo.

## **2.2 O Conselho Tutelar e a Rede de Proteção a crianças e adolescentes**

Pode-se apontar a Rede de Proteção à criança e ao adolescente como sendo de caráter multidisciplinar, composta por órgãos do Judiciário, do Ministério Público, dos Conselhos Tutelares, dos Centros de Referência da Assistência Social (CRAS), do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), das Secretarias Municipais de Educação, Saúde, do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculo (SCFV), do Disque 100 (Disque Direitos Humanos) e outros órgãos que atuam na proteção integral dos direitos infanto-juvenis.

Pereira (1996, p. 604), em relação ao Conselho Tutelar, à luz do artigo 131 do ECA, o define como “órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente”. Trata-se de um órgão municipal, obrigatório, sendo necessário haver, ao menos, um Conselho por município, conforme institui o ECA no art. 132, exercendo suas atribuições específicas e, também, aquelas que visam articular a comunidade para solucionar os problemas dessa população.

Segundo Scheinvar (2008), o Conselho Tutelar é órgão fiscalizador de grande importância no cumprimento das normas instituídas na defesa dos direitos infanto-juvenis. Por meio das denúncias, o Conselho Tutelar atua, em diálogo com os demais órgãos da Rede, contra casos de violência como, por exemplo, os que envolvem negligência, interrompendo o ciclo de maus tratos e as sequelas advindas de episódios de desrespeito.

Assim, o Conselho Tutelar tem a função de deter situações de violações de direitos, agindo para que as disposições do ECA sejam cumpridas. Representa o canal direto para a afirmação da garantia desses direitos, sendo indispensável para que seja fortalecida a proteção integral, visando a promoção da dignidade humana e o pleno exercício da cidadania infanto-juvenil.

Pensando a noção de Rede de atuação do Conselho Tutelar, essa política deve ser construída na perspectiva participativa e solidária, em ações conjuntas baseadas na integração de cada cidadão/ã (BRASIL, 1990). Assim como, a Rede de Proteção também deve atuar de modo a destacar direitos contidos na Lei, tornando-os efetivos e com absoluta prioridade.

Para Oliveira et al (2006), cada pessoa tem o seu papel como participante desta Rede. Isso implica em mudanças de postura e práticas de envolvimento tanto nos serviços como na própria comunidade. Desse modo, a concepção de Rede permitirá que novos parceiros sejam agregados, ampliando alternativas de intervenção. Assim, envolvendo a participação direta da população nas suas ações, a Rede de Proteção se estrutura e se institui a partir de vários níveis de operacionalização, necessitando contar com profissionais diversos em sua atuação e demais Órgãos, interconectados em conjunto com o Conselho Tutelar, solidificando o Sistema de Garantia de Direitos.

Brancher (2000) expõe que quando se fala acerca do ‘Sistema de Garantia de Direitos’, pensa-se sobre o entendimento teórico e abstrato do conjunto de atendimentos instituídos em lei, ao passo que a expressão ‘Rede de Proteção’ proclama tal Sistema, consolidado de forma dinâmica e prática por meio de um conjunto de organizações interligadas no momento da prestação desses serviços.

Assim, segundo Aquino (2004, p. 328), a expressão Sistema de Garantia de Direitos denota, também, a impossibilidade “de se considerar isoladamente a atuação de quaisquer dos componentes

do conjunto, já que seus papéis e atribuições estão entrelaçados e apenas ganham efetividade se conduzidos de maneira integrada”.

Os episódios de violações de direitos, em qualquer esfera de gravidade, que venham a afetar física ou psicologicamente esses sujeitos, devem ser acompanhados pelos serviços que atendem à criança ou adolescente e sua família. Esses aparelhos se instituem como uma Rede de Proteção que tem sob seu monitoramento uma população determinada a partir de regiões demarcadas por áreas de alcance. Assim, a visão de trabalho da Rede deve ser voltada à integralidade dos vários setores, envolvendo as instituições que desenvolvem atividades com esse grupo, bem como suas famílias, para a suspensão do ciclo de violência sofrida pelos mesmos, assim como a superação de danos secundários e outras sequelas deixadas pela vivência da situação de violência (OLIVEIRA *et al.*, 2006).

Assim, no que diz respeito aos riscos, à omissão e aos direitos violados, o Conselho Tutelar e a Rede de Proteção assumem a responsabilidade de intervenção. São órgãos essencialmente políticos, inscritos na perspectiva de participação da sociedade civil, processo marcado pela democratização e diálogo. Por isso, “[...] assumem a responsabilidade por qualquer evento que viole ou importe ameaça de violação dos direitos de crianças e adolescentes em toda abrangência municipal” (MEIRELLES, 2005, p. 84).

Portanto, torna-se essencial a participação da Rede de Proteção e dos Conselhos Tutelares na superação de casos de violação de direitos infanto-juvenis. Esses órgãos contribuem para a proteção a qualquer forma de violência que ameace esse público.

Na sequência, será discutido sobre a necessidade de superação das desigualdades com vistas à afirmação dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

### **2.3 Vulnerabilidade, direitos humanos e infância e adolescência**

Os direitos humanos apontam para a necessária concretização da alteridade na sociedade e, por conseguinte, para o enfrentamento de qualquer forma de agressão às crianças e adolescentes, assim como determina o ECA. Para Brochado (2000), o conhecimento a respeito dos direitos humanos deve ser procurado e observado todos os dias, pois permitem a construção de uma cidadania ampla e plural.

A garantia de direitos a crianças e jovens não foi prevista apenas na Convenção<sup>6</sup> que institui direitos às crianças, mas, também, em um dado corpo de referências do Direito Internacional que prevê a atuação da Corte Interamericana dos Direitos Humanos<sup>7</sup> e as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>8</sup> neste universo.

Segundo Benevides (2009), os direitos humanos são direitos naturais porque existem antes das leis, e têm relação com o respeito à natureza humana. São universais porque se referem à pessoa humana, não apenas a um membro de um país ou de uma associação política. Os direitos humanos são o resultado de lutas históricas e têm por base o entendimento sobre humanismo. Torna-se inconcebível que o tratamento dado às crianças e adolescentes não faça jus ao seu status de sujeito em condições peculiares e que deve receber prioridade absoluta do Estado.

Digiácomo e Digiácomo (2013) fazem atenção aos problemas enfrentados por crianças e

---

6 Ratificada por várias Nações, a Convenção dos Direitos da Criança é o mais extenso tratado internacional de direitos humanos que protege esses sujeitos.

7 O Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi adotado pela Assembleia Geral da OEA em seu nono período ordinário de sessões, em 1979.

8 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é uma das duas entidades que integram o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário e deveria, em tese, ser submetido, apesar de diversos exemplos de descumprimento de recomendações deste órgão.

adolescentes e que não podem esperar, precisando serem arcados e resolvidos com urgência, evitando o agravamento dos prejuízos, sabendo-se que a omissão do Poder Público os põe em situação de grave risco. A negação desses direitos vitima grupos em situação de vulnerabilidade social. No entanto, seu reconhecimento e consolidação os liberta para a construção de sua dignidade. É a partir desses quadros que se pode pensar a relação entre a (não)afirmação dos direitos humanos e o quadro de desigualdade social que implica diretamente no desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Para Abramovay *et al* (2002) a vulnerabilidade agrava os problemas sociais, reconhecendo-se que os altos e baixos passados por esses sujeitos abarcam, na maioria das vezes, necessidades materiais e, assim, quando não supridas totalmente, revelam a falta de responsabilidade do Estado e da sociedade. A busca pela superação dessas desigualdades é crucial nesse processo de cumprimento de direitos, ao passo que, ao se superar essas disparidades, tem-se melhores condições de vida, incluindo maior acesso à educação, saúde, lazer e segurança, tal como disposto no Estatuto da Criança e Adolescente. Afinal, a desigualdade gritante que constitui o Brasil é antiga e as lutas contra ela nascem do esforço para proteger grupos vulneráveis.

Sierra e Mesquita, (2006) observam que a vulnerabilidade social exprime à ideia de fragilidade e de amarração de distintas naturezas: econômica, social, afetiva, intelectual, ainda mais severas sobre as crianças e adolescentes, especialmente as/os mais carentes. Apesar dos progressos frente à faixa etária infanto-juvenil, o Brasil apresenta quadros de transformação muito lentos. Por exemplo, a meta do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF)<sup>9</sup> é de advertir a nação para a importância de olhar diferenciado para com as futuras gerações.

Assim, para que as condições de vulnerabilidade social sejam combatidas, Oliveira (1995) afirma que o Estado deve assumir o protagonismo na busca pela plena promoção da cidadania de sujeitos em situação de vulnerabilidade. Para isso, é necessário que investimentos do Estado estejam voltados para a esfera social, dada a urgência desta pauta.

Os dados do cenário brasileiro, como mostra o levantamento feito pela Fundação Abrinq<sup>10</sup>, revelam que 17,3 milhões de crianças e adolescentes até 14 anos, isso é, 40,2% da população da faixa etária, estão vivendo em domicílios de baixa renda. Destes, 5,8 milhões, 13,5%, vivem em situação de extrema pobreza (ABRINQ, 2017).

O avanço da violência, a falta de moradias dignas, uma pior qualidade na saúde, o trabalho infantil, entre outros acontecimentos, estão, em certa medida, ligados à vulnerabilidade social desse grupo. Afetam diretamente o desenvolvimento físico e intelectual de crianças e adolescentes. O Nordeste e o Norte do Brasil são as regiões que agrupam os piores indicadores para esses sujeitos que vivem em estado de pobreza extrema. Segundo dados o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), quase 60,5 milhões estão nessas condições (SOBREIRA, 2015).

Dados divulgados pelo Ministério dos Direitos Humanos, por meio do Disque 100 (Disque Direitos Humanos)<sup>11</sup>, mostram que as violações mais comuns são as situações de negligência, violência psicológica, física e sexual. Só no ano de 2016, soma-se 144.580 casos envolvendo crianças e adolescentes de 0 a 17 anos (BACCI, 2016).

Nesse sentido, conforme cita Oliveira (1995), na sociedade brasileira, os grupos mais vulneráveis são aqueles que estão situados na linha da pobreza. Aduz que as consequências das disparidades sociais, da exclusão e da miséria estrutural são sentidas diariamente por inúmeras crianças e adolescentes.

Costa (2005), afirma que se convive em uma sociedade onde a violência, em seu sentido mais

9 Este órgão iniciou seus trabalhos em dezembro de 1946 e se faz presente no Brasil desde 1950.

10 A Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente é uma fundação de direito privado, sem fins lucrativos, fundada 1990.

11 O Disque Denúncia foi fundado em 1997. Em 2003 passou a ser de responsabilidade do Governo Federal, por meio da Secretaria de Direitos Humanos. No entanto, os desmontes promovidos por Governos neoliberais nos país têm ameaçado e desmantelado este serviço.

abrangente, faz parte da vida cotidiana dos indivíduos, e que acontece em todos os segmentos sociais. Enfim, está implícita nas relações entre as pessoas e legitimada, muitas vezes, por discursos e práticas. A desigualdade social, em termos gerais, está associada à falta de investimento em educação, a condições de cidadania, à falta de investimentos nas áreas socioculturais e na saúde, além da não destinação de recursos para este campo.

Destarte, esses fatos fomentam as disparidades sociais no Brasil, contribuindo com o quadro de miséria e pobreza dos quais parte significativa de famílias é vítima, refletindo de forma direta na vida da população infanto-juvenil, conforme articula Souza (2001). Para Behring e Bosquetti (2007) a afirmação de direitos têm a capacidade de diminuir o fosso social. No entanto, ainda não se conseguiu desconstruir o maquinário de reprodução de tais desigualdades, representado pela permanência da estrutura de classes sociais no Brasil.

É necessário priorizar um atendimento absoluto ao público infanto-juvenil. A efetividade da proteção integral – ainda simbólica e frágil – ordena um atendimento marcado “pela celeridade e pela especialização” (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2010). Ainda conforme Digiácomo e Digiácomo (2010), a busca pela superação da desigualdade está firmada com a aprovação do ECA, correspondendo à concretização dos compromissos adotados pelo Estado brasileiro na defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes, a que requer, tão-somente, comprometimento com a pauta.

### 3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Tendo como finalidade discutir os casos de violações dos direitos de crianças e de adolescentes, foram analisados os Relatórios dos atendimentos feitos por um Conselho Tutelar de um município<sup>12</sup> do Agreste de Pernambuco. Com isso, discorrer-se-á, em primeiro plano, a respeito da caracterização dos sujeitos envolvidos nas denúncias do Conselho Tutelar analisado. Em seguida, apresentamos a caracterização das violações a direito de crianças e de adolescentes, com base nos dados colhidos no período de janeiro a agosto de 2017 no referido órgão. Por fim, discorreremos sobre a atuação da Rede de Proteção a crianças e adolescentes no município do Agreste de Pernambuco estudado. Os subitens apresentados a seguir são correspondentes a cada uma das categorias de análises que elegemos para categorizar as informações coletadas.

#### 3.1 Caracterização dos sujeitos envolvidos nas denúncias a um Conselho Tutelar de um município do Agreste de Pernambuco

Através da pesquisa e coleta de dados, os resultados alcançados revelaram aspectos de violência que se apresentaram nas mais diversas esferas.

A classificação dos casos foi realizada a partir das 70 denúncias recebidas por um Conselho Tutelar de um município do Agreste de Pernambuco, os quais envolvem, no universo geral de informações, 126 crianças e adolescentes. Fora observado a partir dos dados coletados informações sobre a faixa etária, sexo e bairros dos envolvidos, seja em relação às vítimas ou quanto aos agressores, além das características das localidades das ocorrências.

Através da pesquisa consta-se que, quanto à totalidade dos casos denunciados, 54,76% corresponde a situações que envolvem crianças, enquanto 45,24% adolescentes.

Por outro lado, 50,72% das crianças são do sexo feminino, ao passo que 49,27% são crianças do sexo masculino. Percebe-se que meninas estão mais vulneráveis a violações de direitos. Esse dado, em relação ao sexo das crianças, corrobora os estudos desenvolvidos por Assis *et al.* (2012) os

<sup>12</sup> Opta-se, neste estudo, por se tratar de informações que envolvem crianças e adolescentes, em se referir de forma genérica ao universo da pesquisa analisado. O processo de descrição adotado opta pela descrição do universo eleito sem nomina-lo.

quais também apontam que crianças vitimadas são preponderantemente do sexo feminino.

Em relação aos adolescentes incluídos no Relatório analisado – faixa etária de 12 anos a 18 anos – 61,44% são do sexo masculino e 38,56% são do sexo feminino. Nota-se que os adolescentes do sexo masculino são o grupo que tem, com maior frequência, seus direitos violados. Certamente, esse dado se relaciona à exposição social precoce a qual sujeitos do sexo masculino são colocados – sexo, drogas, criminalidade, violência urbana, armas e etc.

A apresentação dos aspectos que caracterizam as crianças e adolescentes registradas/os nesse universo é bastante superficial, o que não permite apontar, com precisão, aspectos relacionados à etnia<sup>13</sup> e escolaridade dos sujeitos envolvidos e de seus agressores. Tais dados não são especificados nas denúncias coletadas junto ao Conselho estudado.

No entanto, a partir da análise das informações descritas, infere-se que as vítimas estão envolvidas em uma esfera de violência que perpassa toda a infância e se perpetua até a adolescência. Nesse contexto, é válido destacar que esse panorama manifesta o descaso e o desrespeito com relação às crianças, aos adolescentes e ao ECA no município em questão.

Passaremos a analisar o contexto social no qual as violações de direitos se configuram nas denúncias analisadas.

Nos Relatórios pode-se, também, perceber que a conjuntura socioespacial na qual estão inseridos as vítimas e os agressores, observando-os sob uma perspectiva ampla, parece ser decisiva no contexto de agressões e violações de direitos. Segundo os dados coletados, parte majoritária das violações ocorre em localidades nas quais as condições de vida são, por vezes, precárias. Reafirmando esse achado da pesquisa, segundo Neves (2008), o público infanto-juvenil e suas famílias que, de certa forma, são desassistidos por políticas públicas, constroem um cenário que pode ser ampliado para a realidade do país. Inúmeras crianças e adolescentes têm sua infância e adolescência tomadas à assalto. Esse dado, em relação à questão socioespacial na qual crianças e adolescentes estão inseridas e são vítimas, é também constatado por Rebotier (2010).

Tal panorama torna-se explícito ao ressaltar as três localidades analisadas em que existem os maiores índices de violações: os bairros A, o B e o C<sup>14</sup>. O bairro A apresenta 65,71% dos registros de violações, à medida que no B os casos somam 24,28%, e, no C, os percentuais integram 10% de todas as ocorrências do Conselho Tutelar exibidas nas denúncias. Presume-se que, no universo da pesquisa, as violações de direitos infanto-juvenis são maiores na região do bairro A, aonde a maior parte da população carente do município estudado está localizada e no qual as condições de cidadania são mais precárias e inacessíveis. O bairro B, no entanto, é uma localidade onde os sujeitos têm mais oportunidades de emprego, educação, lazer e serviços de saúde, compreendendo o que poderíamos denominar de um espaço razoavelmente privilegiado em termos de ações de cidadania. Apesar de serem notados casos de descumprimentos e violações de direitos em relação a crianças e adolescentes o referido bairro, não coincidentemente, apresenta menos que a metade de registros que o anterior. A região C também não apresenta números preocupantes de casos de violações. Aqui, destaca-se o aspecto de ser uma zona afastada das periferias do município e pouco povoada. De tal modo, entendemos que a desigualdade social, a partir da vulnerabilidade socioespacial, interfere na ocorrência e no aumento de casos de violação de direitos infanto-juvenis no município estudado. Em outras palavras, crianças e adolescentes expostos à múltiplas vulnerabilidades são mais propícios/os a serem vítimas de diversas violências.

13 Entretanto, a partir de outros estudos analisados, pode-se afirmar que a situação de violação de direitos contra crianças e adolescentes mostra que a violência e a vitimização seguem um padrão étnico. Negros, pardos e brancos são atingidos de formas distintas, sendo os primeiros as principais vítimas (NORONHA et al., 1999).

14 Os nomes dos bairros utilizados nessa pesquisa são de caráter fictício, como forma de manter o sigilo das informações.



Nos Relatórios que descrevem as denúncias os sujeitos denunciados pelas violações de direitos de crianças e adolescentes são, em sua maioria, os seus responsáveis legais. No mesmo sentido que as denúncias feitas, de modo geral, se dão por meio de algum familiar próximo às vítimas, mesmo também sendo expressivo o percentual de denúncias realizadas pela sociedade como um todo. Veja-se:

**TABELA 1 – NÚMERO DE DENÚNCIAS E DE SUJEITOS DENUNCIADOS (JANEIRO A AGOSTO DE 2017)**

Denúncias		Denunciados	
Mães	40%	Mães	36,26%
Demais Parentes	12,85%	Adolescentes	28,96%
Anônimo	11,42%	Pais	13,04%
Vizinhos	10%	Outro Responsável	5,79%
Pais	9,99%	Estranho	4,34%
Outro Responsável	5,71%	Pais	2,89%
Disque 100	5,71%	Crianças	2,89%
Próprios Adolescentes	4,28%	Demais Parentes	2,89%

**Fonte:** Dados provenientes da pesquisa.

As queixas, deveras sortidas, são realizadas pelas próprias vítimas, por membros do círculo familiar, assim como por estranhos. Aquelas feitas pelas mães representam 40% dos casos analisados. Essa característica da proteção materna é o que se sobressai nos registros de denúncias analisado, ressaltando-se o aspecto ligado ao amparo afetivo, como informa Habigzang *et al.* (2005), ao aduzir que as mães são pessoas que estão mais próximas da criança ou do adolescente vivendo algum tipo de violência.

Nota-se que os parentes mais próximos também contribuem para fazer cessar o quadro de violências: 12,85% tiveram essa atitude ao procurar o Conselho Tutelar. Se somado este percentual ao anterior, têm-se a constatação de que a rede familiar ainda é o espaço do qual provém o maior número de denúncias, o que leva, por outro lado, ao possível quadro de casos não denunciados.

Em 11,42% dos registros não se sabe a fonte das informações. Trata-se de pessoas que não têm coragem de se identificar, mas que, mesmo assim, tomam, por meio dos canais de denúncia aos órgãos da Rede, uma postura ativa no sentido de combater as violações sofridas por esse grupo. Vê-se que é preciso reafirmar os espaços de denúncia como estratégicos ao enfrentamento à violência contra esses sujeitos. Somado a esse dado, vizinhos representam 10% de denunciadores. Trata-se de sujeitos que conseguem observar as situações cotidianas, mesmo ainda sendo poucos os que denunciam.

Por outro lado, apenas 9,99% dos casos que chegaram ao CT analisado são levados pelo pai de alguma criança ou adolescente. No mesmo sentido, outros responsáveis por elas denunciaram eventos de agressão em apenas 5,71% dos casos.

O Disque 100 recebe, todos os dias, queixas diversas sobre muitos tipos de violações envolvendo crianças e adolescentes (BRASIL, 2013). No entanto, apenas 5,71% foram equivalentes ao das denúncias dos Disque 100 no Conselho Tutelar eleito. Para Carvalho (2011) as denúncias efetuadas através do Disque 100 atestam o quadro de violência contra crianças e adolescentes é mais amplo que o vivenciado cotidianamente.

Atenta-se, também, ao número de queixas realizadas pelas próprias vítimas, adolescentes, cujo percentual é de 4,28% dos registros. Esse número mostra que a maioria de crianças e adolescentes que são vítimas de violência não conseguem denunciar à Rede de Proteção, pois, em muitas

situações, não conseguem romper com o ciclo de violência vivido.

Ainda, com base no material analisado, teve-se a possibilidade de analisar quantas denúncias foram realizadas nos meses de janeiro a agosto de 2017, bem como o perfil de quem é apontado/a como agressor/a.

As informações presentes nos registros indicam que a procedência das agressões ocorre, predominantemente, por parte das próprias mães – 36,26% dos casos de algum tipo de violência. Isso mostra que ao mesmo tempo em que a figura materna é a que mais age no sentido de proteger crianças e adolescentes, muitas delas, por outro lado, são as que mais são denunciadas por alguma situação de violência. Vive-se, nesse quadro, entre a proteção e a perpetuação da violência familiar.

Em outro contexto, 28,96% dos adolescentes são denunciados, geralmente pelos próprios pais, vizinhos e responsáveis legais, por algum tipo de ato infracional supostamente cometido, rebeldia ou por colocarem suas vidas em situação de risco e/ou vulnerabilidade social. Como reforça Giancaterino (2007), a indisciplina juvenil ainda acarreta, na maior parte das vezes, a delinquência e, depois, o crime. Em suma, os laços socioafetivos – ou sua ausência – são um dado a ser considerado neste contexto que foi analisado.

Constatamos que 13,04% das agressões são protagonizadas pelos pais. Na maioria das situações estudadas, se trata de agressões contra os próprios filhos. No entanto, também são percebidas nas denúncias violências psicológicas. Além disso, as agressões não se limitam à família parental, como revela os 5,79% dos fatos ligados a outros responsáveis, e, também, os 4,34% do total de pessoas estranhas às famílias.

Os pais, as crianças e os parentes, representam, cada um, 2,89% do total dos sujeitos denunciados ao Conselho Tutelar como sendo protagonista de algum tipo de agressão. Assim, segundo Dias (1993), dentre as diversas consequências para esse grupo, pode-se apontar problemas como o ingresso no mundo do crime e das drogas, distúrbios psicológicos, emocionais e muitos outros que podem afetar o desenvolvimento infanto-juvenil. Tais aspectos têm consequências danosas não apenas para as vítimas, mas para toda a família.

### **3.2 Caracterização das violações a direito de crianças e de adolescentes, no período de janeiro a agosto de 2017, no município analisado**

Foram considerados enquanto parâmetro à análise dos dados sobre as violações aspectos que ferem garantias expressas no ECA. Tornou-se evidente que a abrangência das violações não se resume apenas a um padrão, podendo ser observadas de diversas formas. Afinal, a violência nesse contexto, conforme aponta Philippi (1996), se expressa por meio de atitudes que objetivam coagir o outro, sua individualidade, liberdade, autonomia e suas vontades.

A seguir apresenta-se os principais tipos de violação e/ou atos infracionais descritos e/ou presentes nas denúncias analisadas, referentes ao período de janeiro a agosto de 2017.

**TABELA 2 - QUADRO GERAL DAS VIOLAÇÕES (JANEIRO A AGOSTO DE 2017)**

Negligência familiar	40%	Conflito - relacionamento familiar	2%	Exploração sexual	0,80%
Situação de risco e vulnerabilidade social	17%	Indisciplina	2%	Prática de infração por descumprimento da escola/ creche negando matrícula	0,40%
Necessidades alimentar	8%	Exploração de trabalho infantil	1,2%	Ameaça	0,40%
Agressão física	6,8%	Ato infracional	1,2%	Posse de munição/ adolescente	0,40%
Violência psicológica	5,6%	Desvio de conduta	1,2%	Furto	0,40%
Maus-tratos	4%	Abuso sexual	0,80%		
Estupro de vulnerável	2,4%	Pais ou responsáveis ou familiares dependentes químicos/álcool	0,80%		
Uso de drogas	2,4%	Rebeldia	0,80%		

**Fonte:** Dados provenientes da pesquisa.

Constata-se a partir da análise dos números que nos meses de janeiro a agosto de 2017 teve-se a caracterização de um quadro de negligência familiar bastante expressivo e que representou 40% das violações a direitos de crianças e adolescentes, muitos dos quais vivem em situação de risco e vulnerabilidade social, outro quadro que contabiliza 17% do total de violações recebidas pelo Conselho Tutelar analisado.

Seguindo com a análise desses números, constata-se que 8% padecem por necessidades alimentares, número que reflete a precária condição das famílias. Além de questões ligadas à subsistência, essas famílias são marcadas por situações de agressão física e familiar, 6,8%, e por casos de violência psicológica que, nos meses analisados, também foi perceptível num percentual de 5,6%, das situações. Em suma, trata-se de um conjunto de violências que refletirão na subjetividade desses sujeitos, conforme aduz Malho (2006).

Os maus tratos denunciados representam 4% das agressões. São situações que ocorrem dentro de casa, na comunidade, ou outro lugar. Ao se analisar os Relatórios, nota-se que 2,4%, dos casos representam situações de estupro de vulneráveis. Trata-se de um dado preocupante, pois, como afirma Nantes (1999), no contexto de abusos sexuais, o atentado violento ao pudor e o estupro

aparecem como as formas de violência mais nocivas, sendo o agressor alguém em que a vítima geralmente confia, como também é observado nos casos analisados.

Ainda, chama atenção o fato de que 2,4% das crianças até os 12 anos já faz uso de drogas. Os casos das drogas continuam fazendo muitas vítimas e não escolhendo idade. Crianças e adolescentes são exploradas por adultos, como visto nos relatórios, no que tange ao comércio da droga e ao vício. A exposição a essa situação os põe em um estado de risco pessoal e social. Assim, muitas dessas crianças e adolescentes são, por isso, indisciplinadas/os, fato que contabiliza 2% das ocorrências registradas.

Quanto ao contexto da exposição a situações de exploração do trabalho infantil foi apontado que 1,2% delas tiveram que trabalhar de alguma forma para ajudar nas despesas de casa ou para suprir suas necessidades básicas. Percebe-se, portanto, que a sistemática de violações de direitos continua a acontecer no município em questão. Ferrari e Vecina apud Silva (2002) corroboram que a existência das violações é decorrente de diversos problemas sociais.

Problemas relacionados à conduta de crianças e adolescentes apontados nos registros no Conselho Tutelar analisado somam 1,2%. Certamente, as políticas sociais de lazer e cultura (ou sua ausência) são determinantes nesse contexto. Conforme o artigo 5º do ECA: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (BRASIL, 1990, grifo nosso). Afinal, como menciona Zipf apud Veronesse (1998), o processo de violência se inicia a partir do momento em que é negado ao ser humano o seu desenvolvimento pleno. Quando essa realidade é comum, tornando-se sistemática, cabe ao Conselho Tutelar, junto com a Rede desconstruí-la, atuando na proteção de crianças e adolescentes.

A coleta dos dados mostra, também, que 0,80% dos abusos sexuais aconteceram no ambiente doméstico, com alguém da família, com conhecidos ou com estranhos. Esse percentual pode parecer pequeno, mas não representa o real número de casos, se trata de crianças e adolescentes que se encontram em processos múltiplos de violência, agravadas por esse terrível crime.

A partir das análises é evidente que problemas no relacionamento e convivência familiar marcam as ocorrências. Queixas de pais, responsáveis ou familiares dependentes químicos/álcool relacionam-se com os conflitos. Várias crianças e adolescentes convivem com pais ou parentes que fazem o uso de álcool ou de outras drogas, quando não se trata das próprias crianças e/ou adolescentes que estão nesta condição, o que representa 0,80% dos casos recebidos pelo Conselho Tutelar analisado.

Crianças e adolescentes, em 0,80% das ocorrências têm suas condutas registradas como rebeldia, havendo, em decorrência dessa atitude, outros problemas na família, escola e na sociedade que são levados ao conhecimento do referido órgão. Percebe-se, no entanto, a imagem policlesca que cerca o Conselho Tutelar. Conforme Adorno (1988), a criança e o adolescente metaforizam o meio em que vivem, são vítimas de atitudes dos adultos que ocasionam revoltas devido aos abusos de desrespeito e maus-tratos.

Durante o período de análise dos casos presentes nos relatórios do Conselho Tutelar eleito foi descoberto que, além dos estupros de vulneráveis e abusos sexuais, 0,80% das crianças e adolescentes são exploradas sexualmente. Essa situação é marcada por completa agressão física e emocional. Como reforça Faleiros (1997), a atuação da Rede é de grande importância no combate à exploração, estupro e violência sexual de crianças e adolescentes. É fundamental a atuação da polícia, do Judiciário e do Ministério Público na responsabilização legal das pessoas envolvidas.

Também fora observado que crianças e adolescentes sofrem em decorrência de alguma prática de infração administrativa por parte de escola/creche, ao negar direito à matrícula, num total de 0,40% de violações. Conforme Elias (2005) a educação é um direito que todos têm e que contribui fatalmente para que possam desenvolver a sua personalidade. E, conforme o Capítulo IV do ECA, em

seu artigo 53, é assegurado a toda criança e a adolescente o direito à educação (BRASIL, 1990).

Crianças e adolescentes também são ameaçados por adultos, estranhos e até mesmo por outros adolescentes, além de estarem, por outro lado, estarem envolvidos em furtos. Cada uma dessas ocorrências totaliza 0,40% das situações registradas nos relatórios do Conselho Tutelar. Conforme Amaral e Silva (2006), esses adolescentes responderão pelos delitos que praticarem conforme o ECA, se submetendo a medidas socioeducativas.

Na análise feita em relação às notificações de advertências e medidas protetivas aos responsáveis e adolescentes, a atuação do Conselho Tutelar se dá, principalmente, com fundamento nos artigos 11, 18, 18-A, 22, 101, II, III, IV, 129, I, IV, VII, 136, VII e 194 da lei n. 8.069/90, conforme estabelece o ECA.

Este órgão, consoante o artigo 131, é encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente para que se cessem quaisquer tipos de contravenções aos direitos infanto-juvenis. Dessa forma, fica claro que o Conselho Tutelar é o órgão de entrada na luta em prol dos direitos das crianças e adolescentes. Barudy (2000) admite que, tanto para as vítimas quanto para os responsáveis, a agressão se estende, gera sofrimento.

Por fim, notamos que o Conselho Tutelar, em conjunto com a Rede de Proteção, de acordo com a pesquisa analisada, acionou em 65,71% dos casos as mães com termos de advertência, enquanto que os pais representam 20,0% desses ocorridos. Avós somam 8,57%, e, com 4,28%, tem-se responsáveis pelas crianças e/ou adolescentes. Também, 1,44% dos termos de advertência foram entregues aos adolescentes, como forma de repasse a seus responsáveis.

### 3.3 Atuação da Rede de Proteção a crianças e adolescentes em um Município do Agreste de Pernambuco

Em relação à tramitação dos Relatórios de denúncias recebidos no período de janeiro a agosto de 2017 pelo Conselho Tutelar analisado, apresenta-se a seguir a porcentagem de casos direcionados para cada um dos órgãos da Rede que atuam no referido município.

**TABELA 3 - ACOMPANHAMENTO E ENCAMINHAMENTOS À REDE DE PROTEÇÃO (JANEIRO A AGOSTO DE 2017)**

Acompanhamentos e encaminhamentos a Rede no período de janeiro a agosto de 2017 do Conselho Tutelar					
Conselho Tutelar	49,77%	SCFV	1,80%	Programa Bolsa Família	0,45%
CRAS	20,36%	Secretaria de Educação	1,80%	Poder Judiciário	0,45%
CREAS	11,31%	Creche	1,80%	Defensoria Pública	0,45%
DEPOL	3,61%	Hospital	0,90%	Cartório de registro civil	0,45%
Secretaria de saúde	3,16%	CT de outro município	0,90%		
Ministério Público	2,26%	Secretaria de desenvolvimento social	0,45%		

**Fonte:** Dados provenientes da pesquisa.

Na análise dos Relatórios dos casos denunciados ao Conselho Tutelar, identificou-se que foram acompanhados e encaminhados à Rede de Proteção à criança e ao adolescente diversos casos, permitindo o conhecimento da sua dinâmica diante do universo eleito.

Cada Relatório tem a atuação dos conselheiros tutelares, centrados em torno da efetivação dos direitos dos sujeitos atendidos. Este item das análises confere um panorama de atuação do Conselho Tutelar em questão com relação à infância e a adolescência no município escolhido nesta

pesquisa. De forma mais detalhada, será explicado todo o contexto de atuação da Rede de Proteção através dos percentuais levantados.

O Conselho Tutelar<sup>15</sup> do Município acompanhou de forma isolada 49,77% das denúncias e, também, encaminhou diversos dos casos denunciados para outros órgãos.

O Centro de Referência de Assistência Social atendeu 20,36% das crianças e adolescentes envolvidos em desvios de conduta, indisciplina, negligência familiar, situação de risco e vulnerabilidade social, violência psicológica, agressão física, conflito familiar, violência física, maus tratos, falta de alimentação e exploração por trabalho infantil. O ECA, em seu Capítulo V, expressa nos artigos 60 a 69 a profissionalização e a proteção de direitos fundamentais desses sujeitos como eixos base da política.

Observa-se que o Centro de Referência Especializado de Assistência Social teve 11,31% das demandas enviadas pelo Conselho Tutelar, acolhendo geralmente as vítimas de violência psicológica, física, sexual, negligência familiar, desvio de conduta, situação de risco e de vulnerabilidade, ato infracional, rebeldia, maus tratos e carência alimentar. Constata-se a atuação no sentido de afirmar a proteção social especial a partir da Assistência Social, notando-se a importância destes Centros, os quais fazem trabalho dirigido a todas as famílias que convivem com algum tipo de violação ou situação de risco pessoal e social, como o abandono, cumprimento de medidas socioeducativas, além do trabalho infantil, entre outras situações (PNAS, 2004).

A Delegacia de Polícia Civil recebeu 3,61% dos acontecimentos de violação infanto-juvenil que sofre de abuso sexual, estupro de vulnerável, exploração sexual, agressão física, ameaça, negligência familiar e situação de risco e vulnerabilidade. Vê-se que o número de atos com essa dimensão, tendo adolescentes enquanto atores, é pouco expressivo em relação às situações nas quais são vítimas de alguma violência.

Por outro lado, a Secretaria de Saúde acompanhou 3,16% do total de violações, atuando, especialmente, em relação ao atendimento psicológico e médico, laudos médicos em relação a circunstâncias de negligência familiar, maus tratos e situação de risco e vulnerabilidade social vividas por crianças e também por adolescentes. A responsabilização, a preocupação e o atendimento expressam cuidado para com crianças e adolescentes, uma atitude de envolvimento no cuidado da saúde do outro.

Consta-se que apenas 2,26% foram enviados ao Ministério Público<sup>16</sup>, através de ofício, visando, principalmente, a solução dos descumprimentos e infrações atribuídas através da negligência familiar, falta de alimentação, agressões físicas, situação de risco e vulnerabilidade social, pais ou familiares diagnosticados como dependentes químicos, atos infracionais, uso de drogas, furto e prática de infração administrativa, decorrente de descumprimento, por um Hospital.

Conforme Saraiva (2010), quando um adolescente comete ato infracional de forma coletiva ou mesmo em conjunto com outros, poderá ocorrer a necessidade de o juiz impor medidas que advertirão o adolescente. Enfatizamos que a convivência e a interação no âmbito familiar, onde a existência dos laços afetivos e sociais são firmados, de fundamental importância para socializar o adolescente, efetivando e interagindo entre eles o conhecimento na formação de sujeito.

Na realização de atendimentos em grupos, ao reerguer a dignidade através de estímulos e orientações, o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos, no período de janeiro a agosto de 2017, atuou em 1,80% dos atendimentos a crianças e adolescentes a partir do gerenciamento dos Conselheiros Tutelares, agindo contra a exploração sexual, negligência familiar, maus tratos e falta de

15 O artigo 136 da Lei nº 8069/1990 regulamenta a competência e atribuições do Conselho Tutelar sobre o atendimento direcionado a criança e ao adolescente, e também suas penalidades impostas àqueles que deixarem de alguma forma de respeitá-las.

16 O Estatuto em seu inciso IV, no artigo 136, certifica que o Conselho Tutelar deve encaminhar ao Ministério Público notícia de fato e representação, que retrate infração administrativa e/ou penal contra os direitos infanto-juvenil.

alimentos, especificamente.

Também constatamos que a Secretaria de Educação agiu em um percentual de 1,80% de direcionamentos dos casos, especialmente em infração administrativa por descumprimento de estabelecimento escolar em negar conceder transferência, em casos de notificação de negligência familiar, indisciplina, situação de risco e de vulnerabilidade social e quanto ao uso de drogas por crianças e adolescentes na escola. Trata-se de um órgão de evidenciada importância, visto que a educação é indispensável para o sujeito, ao passo que possibilita o desenvolvimento da formação de crianças e adolescentes. Conforme ressalta Barbosa (2006), as instituições exercem um papel determinante na construção da educação infanto-juvenil. Por outro lado, 1,80%, dos prosseguimentos do Conselho Tutelar também se deram à Creches, devido a prática de infração administrativa por negativa de vaga para a criança, sob o argumento de não ser época de matrícula. No entanto, como afirma Kramer (2006), toda criança tem o direito de ser escolarizada, sendo dever do Estado garantir esse processo.

O Hospital municipal também foi acionado pela Rede. O percentual de 0,9% dos casos representa essa situação, por ter sido praticada infração administrativa devido a negar conceder segunda via de declaração de nascido vivo a uma mãe.

Nota-se também que em 0,9% dos encaminhamentos foi enviado para outros Conselhos Tutelares de outros Municípios para acompanhamento de adolescentes que fugiram de suas residências e que se encontravam em estado de risco e vulnerabilidade social. Os meninos e meninas em conflitos familiares e que foram direcionados à Secretaria de Desenvolvimento Social, em um percentual de 0,45%.

A Assistência Social, através de ações, direciona o grupo familiar ou a pessoa vivendo nas condições de vulnerabilidade para a Rede de Proteção ou tenta, de imediato, suprir as suas necessidades, amenizando-as, conforme cita Couto *et al.* (2010). E, com a intenção de responder aos problemas de maus tratos, necessidade alimentar, exploração do trabalho infantil e a negligência familiar, foram direcionadas ao Programa Bolsa Família através de ofícios, 0,45% no total para que fossem inseridas no Programa com o objetivo de amenizar a situação de carência alimentar das famílias, evitando assim, o trabalho infantil.

Por fim, ao analisarmos os Relatórios, vê-se 0,45% dos encaminhamentos foi feito ao Poder Judiciário de crianças e adolescentes em situação de risco e vulnerabilidade, uso de drogas e negligência familiar. Ao mesmo tempo, a Defensoria Pública também recebeu 0,45% dos encaminhamentos de solicitação em ações de pensão alimentícia por indiligência dos pais.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo foi elaborado tendo como ponto de partida a seguinte questão: qual o panorama de efetivação dos direitos das crianças e adolescentes em um município do agreste de Pernambuco? As considerações finais acerca dos resultados obtidos a partir desse determinado problema serão explanadas neste item.

A presente pesquisa possibilitou analisar as principais ocorrências e a sua localização socioespacial por meio da coleta dos dados registrados nos relatórios mensais de janeiro a agosto de 2017 de um Conselho Tutelar do agreste de Pernambuco. Neste estudo, foi possível atingir os objetivos estabelecidos ao explicar o panorama de violações de direitos das crianças e adolescentes, ajudar a conhecer perfil da família e do agressor, assim como a compreender a atuação do Conselho nos diversos casos.

Assim, através da análise dos dados, pudemos conhecer melhor, por meio de números reais, o perfil de agressores e vítimas. Sob uma perspectiva geral, as agressões estão quase que uniformemente distribuídas entre crianças e adolescentes, independentemente do sexo, com uma ressalva aos números de adolescentes do sexo masculino e crianças do sexo feminino, que se

sobressaíram levemente em relação aos demais. Tais agressões são representadas majoritariamente por negligência familiar e situações de risco e vulnerabilidade social. Dessa forma, aqueles que se encontram em regiões periféricas, nas quais as condições de vida são, por vezes, precárias, convivem com os maiores índices de agressões, assim como em relação ao número de registros de ocorrências.

As violações de direitos existem em todas as classes sociais, mas a recorrência é maior entre as famílias com menos recursos e educação, das quais grande parte localiza-se em lugares nos quais não se há maiores políticas públicas que visem a uma melhor condição de vida da sua população, tornando-se um lugar mais violento e sem infraestrutura adequada para moradia digna que possa disponibilizar para a população acesso à cultura, cidadania, educação, assistência, saúde e lazer, expressando claramente as desigualdades sociais.

Ressalta-se a importância da Rede de Proteção, a qual é de fundamental para a sociedade em geral, famílias, crianças e adolescentes, garantindo o acesso e efetivação de direitos, oferecendo soluções que garantam uma condição de vida mais digna à classe infanto-juvenil.

Os dados analisados apontam, também, que uma criança ou um adolescente pode ser vítima de mais de um tipo de agressão e, na maioria das vezes, os seus agressores são pessoas muito próximos, como a família.

Concluímos, portanto, que durante os meses estudados, de janeiro a agosto de 2017, houve flutuações nos números de queixas. Tal quadro de oscilações fica claro ao observar que o mês de março apresentou os maiores índices de denúncias, 78 casos, contrastando com os meses de junho e agosto que somam 8 casos cada um.

Pelos resultados obtidos no presente estudo compreendeu-se que, através do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Conselho Tutelar é um órgão garantidor desses direitos e que luta pela classe infanto-juvenil objetivando alcançar o respeito e a dignidade para todos em conjunto com a Rede de Proteção. No entanto, devido a diversos fatores – como a falta de denúncias e o desconhecimento sobre a sua função, problemas com a preparação dos conselheiros e as condições precárias de atuação – esse órgão acaba por não possuir a independência necessária para exercer seus papéis.

Pode-se citar, como um dos problemas que permeiam o ambiente estudado, a necessidade de um relatório mais completo que apresente um melhor entendimento do perfil das vítimas e dos agressores. Com o atual modelo de relatório para a notificação das ocorrências no município estudado, não há a possibilidade de se conhecer a escolaridade nem a cor das vítimas e agressores, por exemplo.

Tal quadro compromete o melhor entendimento da dinâmica social dos envolvidos. Além disso, deve-se atentar ao fato de que, em alguns momentos, diversos casos são enviados a Órgãos aos quais os determinados tipos de ocorrências não competem, o que acarreta uma sobrecarga. Esse pode ser um ponto chave para se entender a morosidade em se solucionar os problemas.

A partir do quadro analisado, pode-se inferir que o ECA se apresenta, na contemporaneidade, como uma conquista, cujo grau de importância na garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes ainda não é bem compreendido por diversos atores sociais. Percebe-se, ainda, que, nos dias de hoje, os desafios a sua aplicação são extensos. O caminho é, de certa forma, desafiante e requer esforços de todas as pessoas e instituições envolvidas.



## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, M. et al. *Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas*. Brasília: Unesco/BID, 2002.
- ABRINQ. *Cenário da Infância e Adolescência no Brasil 2017*. Disponível em: <<https://observatoriocrianca.org.br/>> Acesso em: 16 set. 2017.
- ADORNO, S. *Os aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- ALBERTON, Mariza Silveira. *Violação da infância, crimes abomináveis humilham, machucam, torturam e matam!* Porto Alegre: AG, 2005.
- AMARAL, J; SILVA, A. F. do. O estatuto da criança e do adolescente e o sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.
- AQUINO, L. M. C. A rede de proteção a crianças e adolescentes, a medida protetora de abrigo e o direito à convivência familiar e comunitária: a experiência em nove municípios brasileiros. In: SILVA E. R. A. (orgs.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: Ipea/Conanda, 2004, p.325-365
- AYRES, J. R. C. M. O cuidado, os modos de ser (do) humano e as práticas de saúde. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 13, n. 3. dez. 2004.
- ASSIS S. G., et al. Notificações de violência doméstica, sexual e outras violências contra crianças no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, 2012, vol. 17, n. 9.
- AZEVEDO, Maria Amélia e GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Mania de bater: a punição corporal doméstica de crianças e adolescentes no Brasil*. São Paulo: Iglu, 2001.
- BACCI, I. K. *Ouidora Nacional de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/disque100/balancos-e-denuncias/balanco-disque-100-2016-apresentacao-completa/>> Acesso em: 16 set. 2017.
- BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2007
- BARUDY, Jorge. Violencia agresiva y violencia ideológica em la fenomenologia humana. *Violencia em la cultura: riesgos y estrategias de intervencion*. Chile: Ediciones Sociedad Chilena de Psicologia Clínica, 2000.
- BARBOSA, M. C. S. *Por amor e por força: rotinas na educação infantil*. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- BENEVIDES, Maria Victoria. *Cidadania e direitos humanos*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. 2009. Disponível em: <[www.iea.usp.br/artigos](http://www.iea.usp.br/artigos)> Acesso em: 28 set. 2017.
- BEHRING, E. R.; BOSQUETTI, I. *Política social: fundamentos e história*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

- BRANCHER, L. N. Organização e gestão do Sistema de Garantia de Direitos da Infância e da Juventude. In: KONZEN et al. *Pela Justiça na Educação*. Brasília: MEC, 2000.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069 de 13/07/1990. Brasília, DF.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BRASIL. SDH. Relatório Disque Direitos Humanos: *Módulo Criança e Adolescente*. Brasília-DF, 2011. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/disque100/disque-direitos-humanos> Acesso em: 06/11/17.
- BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente*: Lei 8069/90. Brasília, 1990.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes*: Faça Bonito. Brasília, maio 2013.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Política Nacional de Assistência Social. Brasília: 2004.
- BROCHADO, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- CARVALHO, Márcia S. Jovens e Violência na Cidade de Londrina. *Revista da ANPEGE*, v.7, n. 7, p. 31-48, jan./jul. 2011.
- CERVO, Amado L., BERVIAN, Pedro A., DA SILVA, Roberto. *Metodologia Científica*. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004.
- CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: <<http://www.unicef.org>> Acesso em: 20 set. 2017.
- COSTA, Ana Paula Motta, Adolescência, violência e sociedade punitiva. *Revista Serviço Social e Sociedade*, n. 83, São Paulo: Editora Cortez, 2005.
- COUTO, B. R. et al. *O Sistema Único de Assistência Social no Brasil: uma realidade em movimento*. São Paulo: Cortez, 2010.
- DIAS, Terezia. Violência dentro de casa. *Revista Família Cristã*, ano 59 n. 693 - Paulinas, São Paulo, set. 1993.
- DIEHL, A. A.; TATIM, D. C. *Pesquisa em ciências sociais aplicadas: métodos e técnicas*. São Paulo: Prentice Hall, 2004.
- DIGIÁCOMO, M.J.; DIGIÁCOMO, I.A. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado*. 6. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná - Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013.
- ELIAS, R. J. *Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005
- FALEIROS, V. P.; FALEIROS E. S. *Escola que protege - enfrentando a violência contra crianças e adolescentes*. 2. ed. Brasília: Ministério da Educação, 2008.

- FALEIROS, V. P. *Fundamentos e políticas contra a exploração e abuso sexual de crianças e adolescentes*. Brasília: CECRIA/M.J., 1997.
- FERRARI, D. C. A., VECINA, T. C. C. *O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática*. São Paulo: Agora, 2002.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008
- GIANCATERINO, Roberto. *Escola, professor, aluno: Os participantes do processo educacional*. São Paulo: Madros, 2007.
- GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1999.
- HABIGZANG, L. F. et al. Abuso sexual infantil e dinâmica familiar: aspectos observados em processos jurídicos. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 21, n. 3, São Paulo, 2005.
- IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Síntese de indicadores 2009 – PNAD. Rio de Janeiro, 2017.
- KRAMER, Sônia. As crianças de 0 a 6 anos nas políticas educacionais no Brasil: Educação Infantil e / é fundamental. *Educ. Soc., Campinas*, vol. 27, n. 96 – Especial. Out. 2006
- MALHO, Maria João. *Criança, Família, Escola, que Relação?* Boletim do IAC. Disponível em: <http://www.iacrianca.pt/boletim/pdf/Separata81.pdf>. Acessado em: 07 set. 2009
- MEIRELLES, Giselle Ávila Leal. As relações político-administrativas entre os conselhos tutelares e a prefeitura de Curitiba. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 83, 2005.
- MOLAIB, Maria de Fátima Nunes. Crianças e adolescentes em situação de risco e suas relações com a instituição Conselho Tutelar. *Teresina*, ano 10, n. 1015, 2006.
- MORAIS, Roque. Análise de conteúdo. *Revista Educação*. Porto Alegre, v.22, n. 37, 1999.
- NANTES, Denir de Souza. - Abuso Sexual. *Cadernos caminhos para cidadania*. Série Escola de Conselhos, nº 1, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, 1999.
- NEVES, Paulo Rogério da Conceição. *As meninas de agora estão piores do que os meninos: gênero, conflito e violência na escola*. São Paulo, 2008.
- NORONHA C. V. et al. Violência, etnia e cor: um estudo dos diferenciais na região metropolitana de Salvador, Bahia, Brasil. *Rev Panam Salud Pública*, 1999; 5:268-77.
- OLIVEIRA, M. L. M. et al. atenção a mulheres, crianças e adolescentes em situação de violência: Redes de Atenção – A Experiência de Goiânia. In: LIMA C.A. (Coord.) et al. *Violência faz mal à saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.
- OLIVEIRA, F. *A questão do Estado: vulnerabilidade social e carência de direitos*. São Paulo: Abong, 1995. (Caderno Abong, n. 8)
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A natureza da violência: uma abordagem crítica. *Sequencia, Estudos Jurídicos e Políticos*. vol. 33, ano 17. Florianópolis, UFSC, dez. 1996.

- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes. *Revista Brasileira: Adolescência e Conflitualidade*. São Paulo, 2011.
- REBOTIER, Julien. A fábrica da insegurança: Entre lenda urbana e gestão (Caracas). Tradução de Fernando de Luiz Brito. *Revista de Sociologia Tempo Social, USP*, São Paulo. ano 22, nº 2, novembro de 2010.
- REGO, Teresa Cristina. *Vygotsky: uma perspectiva histórico-cultural da educação*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- SANTOS, E. A. Criança e adolescente: sujeitos de direito. *Revista IBICT – Inclusão Social*, v. 2, n. 1, 2007.
- SARAIVA, João Batista Costa Saraiva. *Compêndio de Direito Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SIERRA, V. M.; MESQUITA, W. A. Vulnerabilidades e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 20, n. 1, 2006
- SILVA, Maria Amélia de Souza e. Violência contra crianças – quebrando o pacto do silêncio. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza Cristina Cruz. (org.). *O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Ágora, 2002.
- SCHEINVAR, Estela. Conselhos Tutelares e Escola: *A individualização de práticas políticas*. Rio de Janeiro. 2008. Disponível em: <<http://www.infancia.juventude.uerj.br/pdf/estela/conselhostutelareseescola.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.
- SOBREIRA, Vinícius. Infância: *Relatório alerta para vulnerabilidade das crianças e adolescentes no Brasil, 2015*. Disponível em: <<http://www.mirimbrasil.org/2015/06/29/relatorio-alerta-para-vulnerabilidade-das-criancas-e-adolescentes-no-brasil/#prettyPhoto>> Acesso em: 17 set. 2017.
- SOUZA, Maria de Fátima Arruda. El Estado de la Paz y la Evolución de las Violencias La Situación de América Latina. *Revista Diálogo Educacional*, v. 2, n. 4, p. 281-284, jul./dez. 2001.
- UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)>. Acesso em: 15 set. 2017.
- VANNUCHI, P. de T.; OLIVEIRA, C. S. de. *Direitos humanos de crianças e adolescentes: 20 anos do Estatuto*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.
- VECINA, Tereza Cristina Cruz; CAIS, Ana Carolina Fontoura da Silva. Infância e adolescência: uma realidade que precisa de intervenção. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza Cristina Cruz (org.). *O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Ágora, 2002.
- VERONESSE, J. P. Criança, família e violência: a necessária formulação de políticas públicas. In: *Texto e Contexto: família e violência*. vol. 8, n. 2, Florianópolis.

---

**Recebido em:** 10/02/2018

**Aprovado em:** 26/10/2018

### **Como citar este artigo (ABNT):**

CARDOSO, Fernando da Silva; SILVA, Maria Alba da. Efetivação de direitos de crianças e adolescentes em um município do agreste de pernambuco: um estudo empírico. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.88-108, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ATRAVÉS DA ARBITRAGEM: O AFASTAMENTO DO POSITIVISMO CLÁSSICO

## THE CONFLICT RESOLUTION THROUGH ARBITRAGE: THE WITHDRAW OF CLASSIC POSITIVISM

Carlos Alberto Ferri<sup>1</sup>  
Estevão Campos<sup>2</sup>  
Jonatas Roberto de Oliveira<sup>3</sup>

**RESUMO:** Muito se tem debatido sobre as contribuições do Positivismo, Pós-positivismo, e as alterações que o atual Código de Processo Civil trará ao ordenamento Jurídico. É inegável que um Código que pretenda trazer celeridade para uma quantidade gigantesca de processos merece ser celebrado, mas, com a devida cautela. O uso de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos - ADRs, em especial a Arbitragem, também sofreu alterações com o Código e, em um primeiro momento analisa-se o contexto atual para ocorrência desta mudança, quais benefícios do positivismo, pós-positivismo, esse momento de transição e impactos causados no instituto da Arbitragem.

**Palavras chave:** positivismo; métodos alternativos de solução de conflitos; arbitragem.

**ABSTRACT:** A lot has been debate about the contribution of Positivism, post positivism, and the modifications brought by the Process Civil Code in our Legal System. Without doubt that a Code that pretends to bring more dynamic to solve a great number of process can be celebrate but with caution. The use of ADRs (Alternative Dispute Resolutions), in special Arbitrage will have some impacts by the Code and the main goal of this article is analyze first of all the legal environment for this change to happens, which benefits of positivism, post positivism, the transition moment that we are living and the impacts cause on the Institute of Arbitrage.

**Keywords:** positivism; alternative dispute resolution; arbitrage.

---

1 Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pela Unimep. Professor e Coordenador-Adjunto no Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp) e Pesquisador do Grupo de Pesquisa de diagnóstico da tutela jurídica dos impactos ambientais do parcelamento do solo urbano do município de Engenheiro Coelho/SP. Advogado. Conciliador Judicial e membro da comissão de Direitos Humanos da OAB/Campinas. E-mail: carlos.ferri@ucb.org.br;

2 Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Bolsista CAPES/PROSUP. Advogado. Email: steve-camp@hotmail.com

3 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo. E-mail: jonatasoliveira-@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Dados do Conselho Nacional de Justiça datado de 2018 revelaram que a quantidade de processos alcançou o monte 80 milhões de processos tramitaram no Poder Judiciário em 2017, destes, 94% estão concentrados no primeiro grau<sup>4</sup>.

Na atualidade, diversas medidas são tomadas pelo do Poder Judiciário ou fora dele para tentar solucionar o problema do excesso de processos e morosidade da Justiça e, tanto a Arbitragem como a introdução de um novo Código de Processo Civil – CPC - se apresentam como alternativas razoáveis para minimizar o problema de forma eficaz.

A mudança de paradigma introduzida pelo novo Código de Processo Civil resulta em visibilidade aos sistemas de arbitragem e precedentes, como giro que se entende a produção de justiça eficaz de modo seguro, alcançando celeridade na pacificação social.

A arbitragem, instituto privado que sofreu impactos da mudança no CPC e objeto deste artigo, visa analisar a luz de novos paradigmas para interpretação da lei ocorrida na fase pós-positivista, onde ocorre à flexibilização da lei a ser aplicada a cada caso concreto<sup>5</sup>.

## 2 POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO: UMA LIGAÇÃO COM O NOVO MODO DE JURISDIÇÃO DA ARBITRAGEM

O primeiro pilar do positivismo consiste na visão de que a lei é mais relevante do que os princípios, tendo os Códigos como fonte primária do direito. Colocam-se ao lado os princípios não positivados, sem qualquer força normativa<sup>6</sup>.

O segundo faz referência à elaboração do diploma legal. Os estatutos foram confeccionados a partir da hipótese atual de acontecimentos, afastando-se qualquer matiz de transcendente ao direito positivado<sup>7</sup> e, não mais construções teóricas expressando um padrão de comportamento obrigatório, traduzido entre uma hipótese abstrata e a consequência.

Por fim, outro pilar de sustentação do positivismo, refere-se ao modo de aplicação das leis, pois, considera-se a existência da solução prévia no Código, utilizando-se o método de subsunção<sup>8</sup> do fato a norma, pela existência do comando abstrato e com força de coerção, sendo impensáveis soluções posteriores à norma.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números 2018*, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2018

5 Nos dizeres de Georges Abboud, sobre o conceito de pós positivismo “O genuíno pós-positivismo imprime significantes mudanças nos conceitos elementares para se decidir uma questão jurídica. Esse paradigma oferece novo conceito de norma que passa a ser concretizada e a subsunção é eliminada como mecanismo para aplicar o direito, deixa-se de perquirir por uma vontade (lei ou legislador) para se alcançar a correta interpretação dos enunciados jurídicos.” (ABBOUD, 2014, p. 52)

6 “O *Code* devia ser concebido em primeiro lugar, e sobretudo, como um texto de direito positivo, e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado; os termos do estatuto não deviam ser obscurecidos por teorias e considerações. Esse ponto de vista está de acordo com a noção de primazia absoluta do estatuto como fonte de direito. A interpretação doutrinária, a jurisprudência (em que o juiz é reduzido a um papel passivo como a voz do estatuto) e o costume encontram-se subordinados à autoridade do estatuto. Embora o costume tenha sido a fonte mais importante e a expressão do direito (um ponto a que iremos voltar), agora está relegado a um papel residual e marginal. O estatuto que, em certos estágios da evolução do direito, fora inteiramente eclipsado, agora era a fonte por excelência do direito. O Código Napoleão restabeleceu o direito e os tribunais em seu pleno rigor, mas agora o sistema era mais racional e seu funcionamento mais controlável e previsível do que no ancien régime. A eliminação do direito natural como fonte do direito positivo pertence à mesma linha de pensamento. No século XVIII, o direito racional (*Vernunftrecht*) fora um instrumento poderoso na luta contra o antigo regime político.” (CAENEGEM, 1999, p. 12)

7 “[...] o positivismo jurídico exclui de sua esfera de análise qualquer conteúdo transcendente ao direito positivo [...]” (ABBOUD, 2014, p. 55)

8 “A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.” (BOBBIO, 1995, p. 80)

Neste primeiro momento, notamos a inviabilidade da flexibilidade da norma; há que se ponderar a inexistência da elaboração de norma para garantir proteção aos negócios jurídicos aos casos concretos respeitados as pormenoridades.

O positivismo surge em contraste ao jusnaturalismo com pretensão a um sistema jurídico mais objetivo, equiparando o direito à lei. Ainda, afirma-se que o positivismo clássico, sob a batuta de Napoleão, surge em meio ao caos teórico decorrente do fechamento das faculdades de direito da época e a tentativa de afastamento de incorreções aplicadas pelos corruptos magistrados dessa época (CAENEGEM, 1999, p. 4-6).

No entanto, a aplicação da lei de forma objetiva sem a devida margem interpretativa, não abarcaria todos os casos concretos, ocasionando tremendas injustiças além de provocar verdadeiras aberrações jurídicas<sup>9</sup>.

A sociedade apercebeu-se que “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei (...), o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos” (MARMELSTEIN, 2008, p. 10).

Na Segunda Guerra Mundial a tentativa de extermínio dos judeus pelos nazistas foram amstras do quanto o Direito pode ser distorcido para propósitos no mínimo nefastos.

Neste contexto o pós-positivismo surge com o fito de reconectar à função interpretativa o sistema jurídico de lei<sup>10</sup>, em resposta a algumas críticas ao positivismo<sup>11</sup>.

O pluralismo na sociedade pós-moderna, onde uma grande diversidade de pessoas e opiniões, juntamente, com a complexidade de situações nos mais variados contextos, mostrou a impossível tarefa de codificar todas as situações, sendo necessárias alterações no sistema.

Diante deste novo quadro parece inevitável à flexibilização da aplicação das normas como corroborou o Novo Código de Processo Civil. Sem dúvida essas diversas mudanças também atingiram frontalmente o instituto da arbitragem.

Embora seja complexo unirmos princípios, leis e ética, a doutrina consegue nos dar uma luz a respeito e, em nosso contexto doutrinário Miguel Reale (2015, p. 42), ao expor a teoria do mínimo ético, informa que o direito “representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver”. Nessa visão, o direito seria constituído de fatos, valores e normas que não seriam estáticas e absolutas, mas, sujeitas a alterações conforme o avanço ou retrocesso de pensamentos sociais.

No positivismo clássico não existe uma obrigatoriedade de elaboração de normas em critérios morais e, sim a análise dos critérios de validade e formalidade, devendo o juiz atuar como boca da lei, em que se retira a competência da análise da lei como injusta ou justa, que por vezes prejudicial à sociedade<sup>12</sup>.

9 “Reconhecer a obsolescência do silogismo equivale a constatar que não se pode produzir uma norma em abstrato que permitirá a solução de multiplicidade de casos por subsunção. A subsunção cai por terra juntamente com a existência de norma abstrato. A norma é concreta e coconstitutiva do caso concreto, logo ele nunca pode ser subsumida ao caso de forma mecânica.” (ABBOUD, 2014, p. 56)

10 “Não é possível cindir interpretação da aplicação. Não podemos decidir e depois buscar fundamento. Decidir e interpretar não são momentos distintos.” (ABBOUD, 2014, p. 59)

11 “A partir das premissas supracitadas, pode-se concluir que, em face do pós-positivismo, a norma não se confunde com o texto legal (enunciado), ela surge somente diante da problematização do caso concreto, seja real ou fictício. Com efeito, consiste em equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em um enunciado da súmula vinculante. A lei e a súmula vinculante são *ante casum* com o objetivo de solucionarem casos pro futuro.” (ABBOUD, 2014, p. 65)

12 Fica portanto claro que, segundo a escola da exegese, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplica-la, mas ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei. (BOBBIO, 1995, p. 87)

Com isso, a visão pós-positivista abre o sistema de valores relacionados ao direito transcendental, desde a elaboração da norma até sua aplicação. Os valores serviriam de guia para todo o sistema, por isso a importância de um sistema que atue no mínimo ético como afirmou Miguel Reale.

Nesse contexto pós-positivista que se deu o desenvolvimento do mais recente Código de Processo Civil; a Arbitragem, Conciliação e Mediação estão em destaque de forma muito mais destacado comparado com o código anterior. A lei permite a criação da norma ao caso concreto não somente pelo Estado; mas, também pelos particulares na forma recomendada e sedimentada pela legislação. Talvez seja o maior contrassenso entre o positivismo clássico<sup>13</sup> e a abertura do sistema aos novos parâmetros do pós-positivismo, aplicáveis aos institutos extras estatais de resolução do conflito.

Tanto assim que a lei deve-se respeitar o acesso à linguagem no giro antológico, promovendo-se a aplicação dos princípios norteadores da vontade entre as partes, renegando a rigidez sistêmica, ou ainda, às partes deve-se garantir a possibilidade do estabelecimento de negócios jurídicos processuais<sup>14</sup> que afastam a tutela do Estado. A autonomia privada será privilegiada e interpretada de dentro dessa mudança do positivismo – inaplicabilidade incontestada de qualquer vontade das partes – para o pós-positivismo.

Essa proposta para o deslinde dos problemas que envolvam a necessidade de intervenção e a aplicabilidade da arbitragem significa a i) abertura da interpretação das normas privadas estabelecidas entre as partes, tornando-se lei, ou seja, texto normativo a partir do qual a solução será proposta; ii) retirada do Estado Juiz a singularidade na possibilidade de resolução do conflito, ora, essa é a completa revolução e reinterpretação do positivismo clássico.

Após essa primeira análise, resta-nos verificar a forma pela qual foi recepcionada a arbitragem em nosso ordenamento pela Lei n.º 9307/96 – a qual denominaremos Lei de Arbitragem – e as referências no Novo Código de Processo Civil, sem esgotar o tema e sim abordar de forma sistemática e pontual os efeitos jurídicos.

### 3 ARBITRAGEM

A Arbitragem, já consolidada em outros países, ainda é vista no sistema jurídico brasileiro com certa desconfiança. Ao analisar a Arbitragem no contexto latino americano Stephen D. Mc Creary (1991, p. 17-18) afirma em seu livro *International Arbitration in Latin*, que a arbitragem se desenvolve de forma lenta devido a uma hostilidade quanto a Arbitragem Internacional, também conhecida como doutrina Calvo (CARMONA, 2009, p. 2).

Na concepção de Strenger (*apud* CRETELLA NETO, 2004, p. 5), a arbitragem consiste no “sistema de solução de pendências, desde pequenos litígios pessoais até grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação”<sup>14</sup>.

Ainda, podemos afirmar ser a arbitragem “um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instaurada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiros, expressamente autorizado pelos litigantes” (CRETELLA NETO, 2004, p.11).

Interessantemente a Arbitragem necessariamente terá pontos de intersecção com as esferas públicas e privadas, e em especial com a mediação e a conciliação. “A conciliação trata de um relacionamento meramente circunstancial, pois inexistente uma relação contínua que envolva as partes,

13 “Um segundo aspecto é representado pela concepção rigidamente estatal do direito, segundo a qual jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado, ou, de qualquer forma, que conduzam a um reconhecimento por parte dele. Tal concepção implica no princípio da onipotência do legislador, do qual já falamos outras vezes, este princípio não coincide com a negação genérica do direito natural, porque importa também a negação de todo tipo de direito positivo diferente daquele posto pela lei, como o direito consuetudinário, o direito judiciário e principalmente o direito científico.” (BOBBIO, 1995, p. 86)

14 Nessa perspectiva, para demonstrarmos os fundamentos do paradigma pós-positivista, será necessário analisarmos três pontos primordiais: (a) a diferença entre texto e norma; (b) interpretação do direito deixa de ser ato revelador da vontade ou do legislador; (c) a sentença deixa de ser processo silogístico: ou seja, as questões jurídicas não podem mais ser aplicadas por subsunção.” (ABBOUD, 2014, p. 75)



o que permite ao conciliador sugerir diversas propostas de acordo.” (HABERMANN, 2016).

A arbitragem entende as partes como responsáveis por suas ações e traz uma liberdade procedimental e material, inclusive dando ao árbitro a possibilidade do julgamento por equidade, ou a partir de outros ordenamentos jurídicos (CARMONA 2009, p. 64).<sup>15</sup>

Ao comentar sobre a natureza da arbitragem, Freddie Didier Jr (2013, p. 1), em referência ao então Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, que a Arbitragem foi entendida pela concepção majoritária, a arbitragem é jurisdição. Ainda comentando o mesmo autor, o caput do artigo terceiro indica o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, enquanto que a jurisdição civil estatal será regulada pelo Código de Processo Civil, o processo civil será regulado por um microsistema jurídico próprio, tendo o Código de Processo Civil, aplicação subsidiária. (DIDIER JR., 2013, p.1)

É interessante notar que diversos princípios do ordenamento jurídico processual e material também são compartilhados pela arbitragem, tais como princípio da igualdade, contraditório, ampla defesa, devido processo legal entre outros<sup>16</sup>.

Um dos princípios adotados pela arbitragem é o princípio da Autonomia da Vontade das partes, há liberdade para que tanto o direito material e processual, sejam escolhidos, acrescentando-se a equidade, princípios gerais do direito, usos, costumes e direito estrangeiro (CARMONA 2009, p.15). A aplicação do princípio da autonomia na resolução do conflito representa clássica viragem interpretativa e de aplicação do pós-positivismo, uma vez que se reconhece a produção da norma não pelo texto de lei e sim, pela interpretação. A autonomia nas escolhas dos princípios de formação da sentença seria das partes, contrariando, frontalmente a autonomia da lei<sup>17</sup>.

Diferentemente do Poder Público, por estar na esfera privada, os usos e costumes e até a *LEX MERCATORIA*, poderá ser utilizada na solução de um caso concreto. Ao se negociar no âmbito internacional poderá ocorrer impasses que poderão ser resolvidos a partir da *LEX MERCATORIA*, que segundo Carmona (2009, p. 73) seria o conjunto de princípios gerais e regras geradas pelos costumes do comércio internacional sem referência a sistema legal específico.

Uma das áreas que o Código de Processo Civil trouxe alterações a respeito da arbitragem foi quanto ao momento de instauração da Arbitragem que se faz através da Convenção Arbitral. A convenção arbitral é composta de cláusula arbitral<sup>18</sup> e compromisso arbitral. A mudança no momento de sua

15 Afirma Didier que a arbitragem “É técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e ‘imparcial’ (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É, portanto, heterocomposição. ‘Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrados pelos interessados’.” (DIDIER JR, 2017, p. 169-170)

16 Ainda: “A arbitragem é antiga forma de solução de conflitos fundada no passado, na vontade das partes de submeteres a decisão a um determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo, por isso, extremamente valorizadas suas decisões. Assim, surge a arbitragem, figurando como árbitro o ancião ou o líder religioso da comunidade, que intervinha no conflito para resolvê-lo imperativamente.” (NEVES, 2017, p. 77)

17 “Atualmente, a arbitragem mantém as principais características de seus primeiros tempos, sendo uma forma alternativa de solução de conflitos fundada basicamente em dois elementos: (i) as partes escolhem um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito de interesses e, (ii) a decisão desse terceiro é impositiva, o que significa que resolve o conflito independentemente da vontade das partes.” (NEVES, 2017, p. 77)

18 O positivismo, ao contrário do paradigma pós-positivista, admite a concepção autônoma da norma jurídica, nesse modelo, ela pode ser anterior à atividade interpretativa necessária para o deslinde do caso concreto. Essa concepção abstrata e semântica da norma é consentânea com o procedimento de aplicação do direito no positivismo que é o silogismo. Para o positivismo, é possível admitir que o direito possua um significado já pronto no passado (mens legis ou legislatoris) que mecanicamente pode ser utilizada para se aplicar o direito ao caso concreto. Nesse modelo subsuntivo de aplicação do direito, a norma jurídica não é concretizada e estruturada mediante a fusão dos dados linguísticos e extralinguísticos, pelo contrário, ela é simplesmente revelada a partir de uma vontade da lei ou do legislador. A concepção da decisão judicial como simples silogismo formulado a partir de um procedimento lógico-formal apresenta-se plenamente defasada, isso por que a sentença não pode mais ser concebida como silogismo em que se formula a norma por meio de um método lógico-formal. Todavia, a sentença no bojo da qual é produzida a norma para solucionar o caso concreto (real ou ficto), ocorre de maneira estruturante, afinal, não existe um descobrir a norma (como se ela correspondesse à vontade da lei ou do interprete) o que de fato existe é um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização. (ABBOUD, 2014, p. 82)

instauração, sendo uma anterior a ocorrência da lide, e outra posteriormente<sup>19</sup>.

Nada mais emblemático para entendermos a transição do positivismo para nosso atual cenário e possíveis desdobramentos do que a análise da convenção arbitral que teve a visão sobre sua importância vinculativa alterado ao longo dos anos, acompanhado a evolução do próprio instituto e da aplicação moderna da lei<sup>20</sup>.

Em opinião contrária a atual, Washington de Barros Monteiro (2016, p. 319) foi peremptório ao afirmar, com apoio em antiga orientação jurisprudencial, que a cláusula compromissória, não teria qualquer valor vinculativo (CÂMARA, 2009, p.23), reafirmando a posição unilateral para produção do Direito, único e exclusivamente, pelo o Estado.

Essa mudança de paradigma trouxe funcionalidade e eficácia muito maior ao entender que ambas as cláusulas, compromissória e compromisso arbitral, tem poder para estabelecer a convenção arbitral, mostrando claramente a flexibilização do instituto de forma a atender as demandas de casos concretos onde não mais são encarados como formas de pré-contratos e sim formas de estabelecimento da arbitragem para produção de norma.

Outro importante princípio - sigiliosidade, por muitas vezes foi entendido pelo Poder Público, sem um estudo mais aprofundado, como conflitante com o princípio da publicidade. O artigo 189, IV do Novo CPC, destina autonomia às partes garantindo o sigilo, não apenas na esfera privada, mas adentrando na esfera pública, protegendo o sigilo se houver acordado pelas partes, através do segredo de justiça.

O árbitro embora detendo poder de decisão, não possui poder de coerção, devendo-se procurar cooperação com o judiciário para atingir seus objetivos de apreensão de objetos ou condução coercitiva conforme expresso no artigo 237 IV.

Marco Tullio Zanzachi em sua obra *Diritto Processuale Civile I* (1964, p. 15) dispõe da seguinte maneira sobre competência do árbitro:

*Notio*- Faculdade de decisão.

*Imperium*- Faculdade de coerção”

O jurista atribui ao árbitro ainda uma terceira faculdade que seria a faculdade de *documentação*, e sob este enfoque o árbitro teria a faculdade de decisão e documentação, mas não poderes de *coerção* (CARMONA, 2009, p.318)<sup>21</sup>.

De forma clara é expresso que a convenção arbitral em conjunto com a cláusula compromissória, formas de instituição da arbitragem, não poderão nas matérias abordadas serem reconhecidas de

19 “Cláusula compromissória é a convenção em que as partes decidem, prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem; as partes, antes do litígio surgir, determinam que, uma vez ele ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja o conflito, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem.” (DIDIER JR., 2017, p. 170)

20 “*Compromisso arbitral* é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. Trata-se pois, de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional estatal, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável.” (DIDIER JR., 2017, p. 170).

21 A Lei Arbitral Brasileira rompeu com um velho preconceito existente no Direito Brasileiro ao equiparar a cláusula compromissória ao compromisso arbitral, sendo ambos capazes de ter como efeito a instauração da Arbitragem. Abandonou-se assim, a ideia de que o descumprimento da cláusula compromissória só seria capaz de gerar o direito a percepção de uma indenização por perdas e danos. A Lei de Arbitragem cria a figura genérica da convenção de Arbitragem, ato jurídico privado cujo efeito é a instauração da arbitragem. (CÂMARA, 2009, p. 23)

22 Nas decisões relativas a competência do árbitro e do juiz o doutrinador Giuseppe Saredo (1887, p. 198), *Incluzioni di Procedura Civile apud* Carmona (2009, p.230) divide a competência em cinco partes distintas, sendo elas:

- a) *Notio*- que seria a faculdade de conhecer uma causa
- b) *Vocatio*- faculdade de fazer intervir no juízo aqueles que sejam útil a justiça para que se chegue ao conhecimento da verdade
- c) *Coertio*- direito de fazer-se respeitar e de reprimir ofensas no exercício da função.
- d) *Iudicium*- direito de julgar e pronunciar sentenças.
- e) *Executio*- direito de tornar obrigatório às decisões

ofício pelo juiz conforme artigo 337, parágrafo 5º, do CPC.

Ainda, de acordo com o Novo CPC a extinção do processo judicial sem resolução de mérito, ocorrerá quando estiverem presentes os requisitos da convenção de arbitragem como também na hipótese do estabelecimento da competência pelo árbitro, através do princípio *Kompetez-Kompetez*, traduzido pela determinação do próprio árbitro da sua competência, conforme lei de arbitragem vigente, art. 485 VII.<sup>23</sup>

Em diversos momentos devido aos poderes limitados do árbitro, já abordados anteriormente, o Poder Judiciário poderá ser acionado, como auxiliar em caso de medidas cautelares, determinadas decisões que fogem da alçada do árbitro como coerção de testemunhas.

O entendimento jurisprudencial vê a escolha da utilização da arbitragem como logicamente excludente do Poder Judiciário, não funcionando a Arbitragem como uma primeira etapa para posterior acionamento do Poder Estatal.

O poder Estatal deverá ser acionado em casos emergenciais e em casos pontuais, não devendo haver invasão de competência de ambas as partes devendo sempre haver um tratamento de respeito mútuo e urbanidade entre juízes, árbitros e advogados.

Quanto a anulação parcial da sentença, não há posicionamento jurisprudencial dominante e a questão ainda não foi pacificada. A partir do momento da alegação da ação de anulação, começara a contar um prazo decadencial de 90 dias. Segundo interpretação de Carmona 2008, do artigo 38, IV da lei arbitral seria cabível a anulação parcial, que se comparado com o artigo 34, parágrafo 2º, a, III, chega-se a mesma conclusão (CARMONA, 2009, p. 426).

Ainda sobre a relação existente entre o Poder Judiciário e a Arbitragem, Maia Neto (2015, p.19) indica que o assunto fez parte dos tópicos de discussão do Projeto de Lei que pretendeu melhorar este quesito, especialmente referente ao ajuizamento de demandas anulatórias e tutelas de urgência.

É interessante notar como regra geral, a impossibilidade na Arbitragem da apresentação de recurso, podem as partes acordarem recursos similares ao do Poder Público por exemplo. Uma vez prolatada a sentença poderá ocorrer apenas embargos de declaração, e o recurso de apelação sem o efeito suspensivo, devendo o árbitro começar seu trabalho antes do trânsito em julgado da sentença referente ao compromisso arbitral, conforme artigo 520, VI, Código de Processo Civil (CARMONA, 2009, p.165).

Na esfera arbitral não existe recurso, a não ser que as partes assim acordem para que o laudo seja revisado, sendo que o juiz estatal não entrará em contato. No caso de contratos multilaterais, as competências se dividirão e parte será resolvida pelo árbitro e parte pelo juiz togado, existindo dúvidas contratuais deverão ser solucionadas pelo meio arbitral (CARMONA, 2009, p.120). O Novo CPC determinou ainda que o instrumento a ser utilizado no caso de negatória de convenção arbitral será o agravo de instrumento conforme artigo 1015, III.

Uma vez prolatada a sentença poderá ocorrer apenas embargos de declaração, e o recurso de apelação, sem o efeito suspensivo, os árbitros começarão os trabalhos antes do trânsito em julgado da sentença referente ao compromisso arbitral, conforme artigo 1012, §1º, IV, do Código de Processo Civil (CARMONA, 2009, p.165).

Em relação aos Embargos à Execução, se a matéria a ser tratada for de ordem processual caberá ao juiz togado e, quando o tema a ser tratado for validade, eficácia e extensão a competência será do árbitro (CARMONA, 2009, p.120).

---

23 É necessário, portanto que o árbitro seja pessoa física e seja capaz. Continuando sobre a capacidade, Magistrados, membros do Ministério Público e falidos não poderiam atuar como árbitros nem aqueles que sejam suspeitos ou impedidos conforme o Código de Processo Civil (ROCHA, 2008, p. 52).

De forma objetiva as sentenças poderão ser classificadas segundo Rocha (2008, p. 104):

- a) meramente declaratórias, positivas ou negativas, b) constitutivas, c) condenatórias, d) declaratórias negativas da pretensão das partes. [...].  
Quanto ao corpo da sentença arbitral, ela seguirá este procedimento: a) decisão, b) redação, c) subscrição.

Percebe-se uma nova dinâmica positivada em nosso ordenamento jurídico através do Novo CPC, objetivando junto com outras medidas a celeridade dos procedimentos, sem, contudo, perder a segurança processual.

Quanto a impugnação de sentenças, tema também tratado no Novo Código de Processo Civil temos a visão do processualista José Barbosa Moreira (2013, p.100-103), em que o direito a impugnação das sentenças poderá:

[...] dar continuidade ao processo, perante o mesmo ou diverso órgão, reexaminando a decisão. Se porem há a instauração de um novo processo, mais o objeto a ser tratado é a decisão proferida em processo anterior é uma ação de impugnação e não um recurso que será utilizado. A ação de impugnação de sentença arbitral tem natureza de ação autônoma e não recurso.

Os artigos 34 e 36 tratam dos requisitos procedimentais para a sentença estrangeira e a execução sejam homologadas, fazendo-se referência ao art. 960, do Código de Processo Civil.

A lei de arbitragem trata a respeito da sentença arbitral estrangeira e o seu reconhecimento em território nacional. O direito na visão de Vicente Greco Filho (2013, p. 381) é a decorrência de que os atos jurisdicionais se internacionalizem e diante de tal pressuposto afirma que “o direito estrangeiro, neste caso, apresenta-se não como disposição geral, mas como norma já aplicada a uma hipótese concreta pelo Poder Judicial.” (GRECO, 2013, p. 381).

Basicamente a sentença arbitral não será homologada, quando, ferir a Ordem Pública Nacional. Sobre a ordem pública, Ramalho Almeida (2007, p.129) discorre afirmando que “é considerada o princípio mais importante do Direito Internacional Privado”. Mais uma vez é possível desmistificar vários mitos em relação à arbitragem, onde a ordem pública também é princípio caro para o instituto.

Ao comentar a respeito das alterações da Arbitragem incorporadas no Novo Código de Processo Civil em seu artigo 485, fica claro que o juiz não resolverá o mérito quando seja acolhido a existência de alegação de convenção arbitral ou juízo arbitral for competente, o jurista Joaquim de Paiva Muniz entende que o efeito da cláusula é negativo quanto a convenção arbitral devendo o juiz extinguir o processo judicial sem julgamento de mérito. (MAIA NETO, 2015, p.169).

Ainda sobre a Convenção de Arbitragem, no artigo 337 do Novo Código de Processo Civil a existência da convenção arbitral deverá ser alegada pela parte na contestação e se não alegada nesse momento, será entendido pelo Poder Judiciária a renúncia ao foro arbitral. (MAIA NETO, 2015, p.192).

Ainda sobre o tópico apresentado Freddie Diddier Jr. comunga a ideia apresentada anteriormente, ao comentar o artigo 249 do Projeto de Lei do Novo Código, afirma caber ao réu alegar na primeira oportunidade a existência de convenção arbitral, e a não alegação será entendida como aceitação da jurisdição estatal (DIDDIER JR., 2013, p. 5)

Continuando, Ramalho Almeida (2007, p. 131), acrescenta “Na confluência das duas vertentes Direito Internacional Privado e Direito Civil, a arbitragem comercial internacional é um campo onde a ordem pública desempenha um papel fundamental”. A ordem pública desempenhará um papel ainda mais relevante quando mais de um ordenamento jurídico está envolvido, sendo de relevância na utilização da Arbitragem.

Quando se analisa o Instituto da Arbitragem e sua relação com o Poder Público ou com o Código de Processo Civil entramos em uma seara delicada, mas não impossível de ser navegada. Embora diversas ideias do instituto sejam concorrentes a diversas ideias do Poder Público, não necessariamente significa serem contrárias.

Existem diversas vantagens na arbitragem, e Rocha (2008, p. 9-10) lista algumas, dentre as quais, destacou “rapidez, simplicidade, informalidade procedimental, melhor qualidade da decisão, mais opções de julgamento, discricção, sigilo e eficácia”.

Cooley e Loubet (2001, p. 27) a respeito das vantagens da Arbitragem em relação ao poder Judiciário, pondera da seguinte maneira:

Com relação a natureza do foro, o julgamento por tribunal ocorre num foro público onde os processos são distribuídos aleatoriamente a juízes para sua supervisão e decisão, juízes que são responsabilizados por suas decisões. Tanto a Arbitragem, quanto a mediação, são não públicas, característica que é vantajosa para a solução de certos tipos de disputa em que as partes desejem privacidade, quanto aos procedimentos e aos resultados. Ademais, tanto na mediação, quanto na arbitragem, as partes escolhem, mediante acordo mútuo, partes neutras qualificadas, que as vezes tem conhecimentos e experiência especializados específicos. No entanto na Arbitragem, as partes normalmente têm controle significativo sobre o processo de solução.

A jurisdição é uma forma de expressão de soberania do Estado e a grande questão referente à Arbitragem é se a mesma não iria contra o monopólio estatal jurisdicional. Segundo Rocha (2008, p.16) no cerce da questão, está o conceito de Poder e Exercício de Poder.

Portanto, com esse quadro em mente, o Poder Judiciário poderá intervir na Arbitragem de três maneiras distintas.

A primeira é de natureza auxiliar como a que consta no art. 7º, da Lei de Arbitragem, para formalizar de forma judicial a convenção arbitral, auxílio judicial para produção de prova (art. 22, §2º, Lei de Arbitragem), nomeação de árbitros (art. 13, § 2º, Lei de Arbitragem).

A segunda maneira de intervenção são as de natureza complementar, para execuções de medidas cautelares (art. 22, § 4º, Lei de Arbitragem), execução de sentença (art. 31 e 584, III CPC), reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras (art. 34 Lei de Arbitragem).

O terceiro tipo de intervenção é de natureza revisora, como mandado de segurança contra ato de arbitro que viole direitos fundamentais (ROCHA, 2008, p.100).

Não há diferenciação entre impedimento e suspeição em relação aos árbitros, art. 14, da Lei de Arbitragem, opostamente ao Código de Processo Civil que faz distinção entre impedimento e suspeição, isso não ocorre na Arbitragem, obrigando em ambos os casos o arbitro a se afastar do caso, porém, prevalecera o princípio da autonomia de vontade, e uma vez que as partes acordem em relação ao impedimento ou suspeição, não haverá prejuízo para instituição da arbitragem. O impedimento ou suspeição, na arbitragem, deverão ser alegados na primeira oportunidade (CARMONA, 2009, p. 252-254).

Na arbitragem poderá ser acionada a Justiça, sem adentrar o juiz no mérito da questão e sem com isso desmerecer o procedimento arbitral ou Poder Judiciário, por exemplo, em relação à antecipação de tutela, Candido Rangel Dinamarco, em sua obra, coloca como “ferramenta para minimizar os males corrosivos do tempo no processo (DINAMARCO, 1995, p.138)

Uma outra questão que merece ser abordada é em relação ao sigilo (princípio arbitral) e o princípio da transparência e publicidade dos atos administrativos, sendo resolvido de forma que o princípio da transparência deva ser considerado e respeitado, sendo garantido o acesso a dados importantes do processo arbitragem (CARMONA, 2009, p. 52).

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando as diversas mudanças ocorridas nos ordenamentos legais no período positivista, percebe-se que o mesmo atendeu por um tempo as necessidades locais de cada Estado, principalmente se levarmos em conta o aspecto da objetividade e segurança jurídica, mas devido as transformações intensas na sociedade não é seguro afirmarmos que o mesmo possui respostas dedutivas para cada caso concreto.

Percebeu-se também que a mudança do Código de Processo Civil ocorre em um momento em que há uma quantidade gigantesca de processos, e diversas medidas estão sendo tomadas para que a Justiça se torne mais célere, eficiente e justa.

Conclui-se que o Instituto da Arbitragem sofreu diversas alterações pelo Código de Processo Civil, mas que se analisarmos as diversas mudanças ocorridas tanto no Código, como no Instituto, perceberemos que essas mudanças fazem parte de um processo muito mais amplo, de mudanças para tornar o Poder Judiciário e o exercício da Jurisdição mais eficientes, objetivando a pacificação social.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial. O Ato Administrativo e a Decisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALMEIDA, Ricardo. Ramalho. *Arbitragem interna e internacional*. Rio de Janeiro, 2007.

ALVES, Rafael. Francisco. *A Inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José. Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

BRASIL. *Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Publicada no Diário Oficial da União em 24 de setembro de 1996.

CAENEGEM, Raoul. Charles. *Uma História ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CÂMARA, Alexandre. Freitas. *Arbitragem Lei 9307 de 1996*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARMONA, Carlos. Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números 2015, 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

COOLEY, John. W.; LUBET, Steven. *Advocacia de arbitragem*. Brasília: Editora UnB, 2001.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

D. MCCREARY, Stephen, *International Arbitration in Latin America*, Business America, February 11, 1991, p.17-18.

DIDIER JR., Fredie. A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica Ad Judicia*, Ano I, número I, 2013, Porto Alegre RS, Brasil.

- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil. Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 20. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2017.
- DINAMARCO, Candido. Rangel. *Breve Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995. v.1.
- DINAMARCO, Candido. Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.
- DINAMARCO, Candido. Rangel. Limites da Sentença Arbitral e de seu controle jurisdicional. In: MARTINS, Pedro. A. Batista.; GARZEZ, José. Maria. Rossani. (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, Volume 2*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HABERMANN, Raira. Tuckmantel. *Mediação e Conciliação no Novo CPC*. Leme: Editora Habermann, 2016.
- MAIA NETO, Francisco. *Reforma da Lei de Arbitragem. Comentários ao texto completo Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, com as alterações da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas. 2008.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 39.ed. São Paulo: Editora Forense, 2016.
- MONTEIRO, W. B.; PINTO, A. C. B. M. F. *Curso de direito civil*. 43. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil, Volume Único*. 9. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2017.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. 6. ed. Imprenta: Milano, A. Giuffre, 1964.

---

**Recebido em:** 21/07/2017

**Aprovado em:** 14/12/2018

**Como citar este artigo (ABNT):**

FERRI, Carlos Alberto; CAMPOS, Estevão; OLIVEIRA, Jonatas Roberto de. A resolução de conflitos através da arbitragem: o afastamento do positivismo clássico. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.109-119, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-07.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# A RESSIGNIFICAÇÃO DA FUNÇÃO JUDICIAL NA PROTEÇÃO DAS MINORIAS: CONTRIBUTOS DAS TEORIAS DA INTEGRIDADE DE DWORKIN E DA INTERPRETAÇÃO DE GADAMER

## THE RESSIGNIFICAÇÃO OF THE JUDICIAL FUNCTION IN THE PROTECTION OF THE MINORITIES: CONTRIBUTIONS OF THE THEORIES OF THE INTEGRITY OF DWORKIN AND THE INTERPRETATION OF GADAMER

Letícia Mousquer Ritter<sup>1</sup>  
Thami Covatti Piaia<sup>2</sup>

**RESUMO:** A ressignificação da função judicial, que ocupa papel protagonista nos quadros da contemporânea democracia, merece um olhar atento na medida em que pode ser vista como um mecanismo benéfico na tutela de direitos. Em uma sociedade calcada no pluralismo de valores, o artigo aborda a ideia de que a ressignificação da função judicial possa ser capaz de atender aos desafios de uma hermenêutica voltada para a proteção de grupos vulneráveis, que demandam reconhecimento público. Para tanto, o estudo tem como fio condutor a tese da Integridade do Direito desenvolvida por Ronald Dworkin, associada à teoria desenvolvida por Hans-Georg Gadamer. Em Dworkin, a ideia de integridade é um mecanismo voltado para conciliar o pluralismo de valores. Já em Gadamer tem-se que a atividade interpretativa se inicia sempre com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados e que os pré-conceitos vão sendo paulatinamente afastados, dando lugar a conceitos mais adequados em que os sentidos vão ser confirmados, se compatíveis com o texto, ou afastados, se insuficientes. Diante dessas premissas, o artigo busca compreender como estas teorias podem inspirar a ressignificação do poder judiciário, como forma de promoção do direito de igualdade, ao dar voz e proteção de grupos vulneráveis, para que alcancem a vida digna e produtiva em igualdade de oportunidades em sociedade. Do que se extrai, que em demandas que repercutem em promoção de direitos sociais pelo Estado, o Poder Judiciário, a partir da imbricação destas teorias, estará apto a criar o Direito de modo antipositivista, na medida em que cumprirá uma dupla jornada: reforçar o comando constitucional de fundamentação da decisão (integridade) e afastar os juízes arbitrários (horizonte histórico). Com isso resguarda-se a autonomia do Direito conquistada, principalmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito e assegura-se o Direito, também às minorias. Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método utilizado é o fenomenológico, compreendido como uma hermenêutica universal, propondo uma revisão crítica dos temas centrais.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário; Função contramajoritária; Proteção de minorias; Integridade; Pré-conceitos.

**ABSTRACT:** The redetermination of the judicial function, that temporarily occupies paper protagonist in the pictures of the democracy, deserves a intent look in the measure where it can be seen as a beneficial mechanism in the guardianship of rights. In a society sidewalk in the pluralism of values, the article approaches the idea of that the redetermination of the judicial function can be capable to

---

1 Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos). Professora na Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* de Santo Ângelo/RS. Membro do Projeto de Pesquisa “Novas formas de proteção dos direitos culturais e do patrimônio cultural: aproximação entre direito, inovação e política” e do Grupo de Pesquisa “Conflito, Cidadania e Direitos Humanos.” Advogada.

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Visiting Scholar na Universidade de Illinois, *Campus* de Urbana-Champaign, EUA. Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* de Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Novas formas de proteção dos direitos culturais e do patrimônio cultural: aproximação entre direito, inovação e política.” Membro do Grupo de Pesquisa “Conflito, Cidadania e Direitos Humanos.”



take care of to the challenges of a hermeneutics come back toward the protection of vulnerable groups, that demand public recognition. For in such a way, the study it has as conducting wire the thesis of the Integrity of the Right developed for Ronald Dworkin, associate to the theory developed for Hans-Georg Gadamer. In Dworkin, the integrity idea is a directed mechanism to conciliate the pluralism of values. Already in Gadamer it is had that the interpretative activity if always initiates with previous concepts that will be substituted by other more adjusted and that the preconceptions go being gradually moved away, giving to place the adjusted concepts more where the directions go to be confirmed, if compatible with the text, or moved away, if insufficient. Ahead of these premises, the article searches to understand as these theories can inspire the redetermination of the judiciary power, as form of promotion of the equality right, when giving voice and protection of vulnerable groups, so that they reach the worthy and productive life in equality of chances in society. Of what it is extracted, that in demands that re-echo in promotion of social rights for the State, the Judiciary Power, from the imbrication of these theories, will be apt to create the Right in no positivist way, in the measure where it will fulfill a double day: reinforce the constitutional command of the grounds of the decision (integrity) and dismiss arbitrary judges (historical horizon). With this it is taken shelter autonomy of the conquered Right, mainly, in the paradigm of the Democratic State of Right and is made sure the Right, also to the minorities. For the attainment of the results longed for for the research, the method of to be followed boarding will be the empiricist-dialético, using itself of bibliographical and jurisprudencial research.

**Keywords:** Judicial Power; Countermajority function; Protection of minorities; Integrity; Preconceptions.

---

## 1 INTRODUÇÃO

A incorporação dos Direitos Fundamentais no atual cenário da democracia vem exigindo uma ampliação da atuação do Poder Judiciário a fim de cumprir as promessas albergadas na Constituição. No atual cenário, analisar as ações do Estado indispensáveis à concretização do bem-estar social de minorias estigmatizadas, é repensar o sistema de tutela dos Direitos Fundamentais. Com o propósito primordial de identificar se a ressignificação da atuação do Poder Judiciário é meio que possibilite uma vida digna, com ênfase na tutela dos direitos humanos e na igualdade de oportunidades de vida em sociedade das minorias, é o que o texto se propõe.

Sob a perspectiva da sociologia jurídica, a Justiça tornou-se um espaço de exigibilidade da democracia, indagar acerca da legitimidade desta esfera de poder na concretização de direitos é visualizar se a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o pleno acesso à cidadania é alcançada aos grupos estigmatizados. Entretanto, para repensarmos o Direito em termos democráticos, exige-se que os agentes públicos com poder de decisão atuem com cautela, na medida em que é tênue a linha entre o ativismo discricionário e a criação judicial do Direito. Especialmente quando o Poder Judiciário desloca-se de sua competência, ou seja, quando sua atuação implique em desconfirmar o Direito enunciado, visualizar a atuação do juiz, a partir da função desempenhada pelo Estado, é maneira mais profícua para se promover um debate acerca da legitimidade do Estado e das instituições sociais que detêm e exercem o poder decisório.

Com base nestas premissas o objetivo do presente trabalho é verificar quando e de que forma o protagonismo judicial pode ser visto como um mecanismo benéfico para tutelar os interesses de uma sociedade calcada no pluralismo de valores. De forma especial no que tange a possibilidade de tutela dos Direitos das minorias étnicas, sexuais e de gênero, ilustradas no texto através de demandas objetivas, tais como: a ação sobre a interrupção da gestação do feto anencefálico; ação sobre a política de ações afirmativas em universidades públicas; ação sobre o reconhecimento de união estável homoafetiva; bem como o posicionamento do Ministério Público acerca da criminalização específica das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Estes tipos de demanda repercutem em promoção de direitos sociais pelo Estado, ocasião em que o Poder Judiciário faz às vezes de Poder Legislativo.

Para solver a problemática, o método utilizado é o fenomenológico, compreendido como uma hermenêutica universal, uma revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica

por meio da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e faticidade, onde a linguagem não é analisada num sistema fechado de referências, mas no plano da historicidade.

O texto, assim, procura não se desligar da existência concreta e da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada, reconstruindo o papel da jurisdição no Brasil. Assim o método é determinado a partir da coisa mesma, pois não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto. Para tanto, no primeiro momento o texto analisará a promoção da igualdade através da judicialização do Direito. Ou seja, analisa que a ressignificação da função judicial, em especial na configuração do Direito criado pelos juízes, tornou-se campo para a visualização de um novo paradigma interpretativo.

No segundo momento, como forma de se auferir em que medida a participação dos juízes na criação do Direito será realizada em termos democráticos, o debate proposto tem como fio condutor a Teoria da Integridade do Direito desenvolvida por Ronald Dworkin, associada à teoria desenvolvida por Hans-Georg Gadamer, as quais ocupam-se os tópicos seguintes. Com isso, busca-se com o ensaio, analisar se a judicialização do Direito, realizada através de uma argumentação que prime pela utilização da Integridade do Direito, consolidando ainda mais o comando constitucional de fundamentação da decisão, bem como e afastar os juízes arbitrários, através do conceito de horizonte histórico da hermenêutica gadameriana, pode servir como meio para dar voz a minorias estigmatizadas, indo além das formas tradicionais da efetividade do Direito, servindo, inclusive, como mecanismo de criação judicial do Direito.

## **2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO NA PROMOÇÃO DA IGUALDADE**

Sob a perspectiva da sociologia jurídica, a Justiça tornou-se um espaço de exigibilidade da democracia, observando-se o crescente poder que, a partir do final do século XX, os juízes e tribunais passaram a exercer sobre a vida coletiva. Tal perspectiva se vislumbra em razão dos efeitos da crise geral que assola a sociedade moderna e, também como fenômeno social mais amplo, onde a justiça encarna o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política e o juiz, torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política, enquanto a lei torna-se um produto semiacabado que deve ser concluído pelo juiz, ou melhor, o juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um colegislador (GARAPON, 1996, p. 28-44).

Diante deste cenário, o Poder Judiciário passou a ocupar papel protagonista nos quadros da democracia, o que lhe ocasiona o exercício de um papel político, desenvolvendo-se o fenômeno do ativismo judicial. Entretanto, este fenômeno vem sendo recepcionado na cultura jurídica brasileira como a afirmação de um necessário protagonismo judicial discricionário. Consoante leciona Perfecto Andrés Ibáñez (2007, p. 20-35), diante da inquietude social pelos possíveis abusos desse poder, que é particularmente incisivo, assiste-se hoje a uma mudança significativa do modo de ser do juiz e da jurisdição: as inovações de cariz constitucional estabelecidas num sistema de garantias, de que não se abdica, até à emergência de novas questões, onde os conflitos de transcendência frequentemente política conferem conotações à própria decisão assiste-se hoje a um caminho inevitável onde a cultura profissional dos juízes é posta à prova

Consoante magistério de Larenz (1997, p. 521) tem-se que, quando decide, todo juiz sempre cria Direito, assim, somente em uma época que identifique o Direito com a lei e esta com a vontade do legislador (assim como uma concepção instrumental do Direito ou uma concepção para a qual valem mais a segurança jurídica e a calculabilidade das resoluções do que a justiça), é que haverá a possibilidade de redução da faculdade do juiz em relação à interpretação das leis ou mesmo a negar

o desenvolvimento aberto do Direito.

Segundo Kaufmann e Hassemert (2002, p. 315-316), a aplicação do Direito é também um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do Direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna Direito real. O Direito é histórico. À margem do processo metódico de descoberta do Direito aplicável não pode existir uma correção objetiva do Direito.

Nesse contexto de se salientar que a finalidade da lei democraticamente produzida não é outra, senão criar a diretriz a conduzir o magistrado quando da prolação da decisão judicial,

[...] a finalidade da lei é criar para as pessoas uma regra de conduta mais segura ao mesmo tempo que vale como diretriz ao juiz quando este é chamado a criar o Direito para o caso concreto, vale dizer, uma vez que a regra de conduta esteja positivada no ordenamento jurídico ela pode, de forma mais direita, determinar e influir nas condutas das pessoas em sociedade, e ao mesmo tempo servir de pauta para que o juiz crie, frente a um caso concreto, o Direito através de uma norma individual. (RIBEIRO, 2011, p. 98)

Ainda, consoante leciona Garapon (1999, p. 40), a legislação não se confunde com o Direito na medida em que não é mais tão essencial ou mesmo eficiente para guiar um juiz em suas decisões. Para o autor o juiz deve apelar para fontes externas antes de proferir suas sentenças:

A lei não se confunde mais com o Direito: ela ainda guarda, certamente, uma importância essencial, mas não pode mais pretender fundamentar sozinha, todo o sistema jurídico [...] Este descrédito da lei deve-se principalmente à sua forma: a lei parece anacrônica no limiar “mundo tecnológico”: não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condena um Direito doutrinário, afastado da realidade. O recurso à regulamentação legislativa, da qual o político usa e abusa, ameaça exaurir o sistema jurídico. É preciso que o Direito reencontre sua elegância não apenas com um conjunto de regras, mas também com um conjunto de princípios.

Sendo a lei sempre dependente da realidade social que busca ordenar e a ela funcionalmente se vincula, objetivando emprestar-lhe segurança através da predeterminação de modelos, de se inferir que nem sempre o legislador conseguirá abarcar todos os acontecimentos futuros, especialmente na sociedade contemporânea multicultural como a nossa, tal perspectiva acarretará lacunas legislativas a serem preenchidas pelo juiz. Nesse contexto, o juiz transforma-se no mais importante ator do cenário sócio jurídico, passando a ser protagonista da realidade que lhe é imposta pela democracia. Cappelletti (1999, p. 42) já alertava que mais cedo ou mais tarde os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do Direito e da nova função do Estado, quando, então, se tornará difícil que lhes impeça dar sua própria contribuição à efetivação dos programas sociais.

Ainda, consoante lição de José Igreja Matos (2007, p. 125), o desempenho do juiz deve continuar a ser repensado, procurando enquadrar a eficácia e a celeridade da decisão, com a outorga de poderes alargados de gestão e agilidade processual. Segundo o autor, assente na necessidade de um procedimento célere, “[...] reflecte-se na mutação do tradicional papel do juiz de terceiro imparcial e distante a interveniente activo na gestão do litígio” (MATOS, 2007, p. 104), sendo que:

Ao juiz impõe-se, assim, um poder-dever de dirigir o processo não apenas zelando pelo cumprimento de normas gerais abstractamente definidas para os distintos trâmites processuais, mas, sobretudo, impondo ao juiz a responsabilidade de encontrar, de forma criativa, a norma entendida como casuisticamente adequada ao problema causado por cada concreto processo. (MATOS, 2007, p. 126).

Deste modo, discutir a resignificação da função judicial, em especial na configuração do Direito criado pelos juízes, é algo que torna possível a visualização à necessidade de um novo paradigma interpretativo que crie um novo horizonte, já que não se pode crer que existam respostas *a priori*

acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação. O essencial é, então, saber se o juiz pode ou deve assumir um papel ativo e autônomo na elaboração do Direito e de que maneira, e em que limites se dará essa colaboração. Até porque, via de regra, toda lei precisa de interpretação judicial, de uma espécie de juízo de validação do Judiciário para que se tenha como efetivamente em vigor. Como forma de se auferir em que medida a participação dos juizes na criação do Direito será realizada em termos democráticos, o debate proposto tem como fio condutor a Teoria da Integridade do Direito desenvolvida por Ronald Dworkin, associada à teoria desenvolvida por Hans-Georg Gadamer, as quais ocupam-se os tópicos seguintes.

### 3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A UNIDADE DE VALOR DE RONALD DWORKIN

O eixo central da teoria do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, que é direcionada à concretização e preservação de direitos preferenciais/fundamentais, se centra na ideia de integridade do Direito, que conecta Direito e política, agora associada à moralidade e à ética, sedimentada na tese da unidade do valor seu último livro: *Justiça para Ouriços*.

O ponto de partida do supracitado livro é uma frase do filósofo grego Arquíloco<sup>3</sup>: “a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa”, tornada conhecida pelo filósofo Isaiah Berlin ao apresentar o ouriço como um monista, ou seja, como um pensador movido por uma ideia central, que explica a diversidade do mundo por referência a um único sistema. Já a raposa, por sua vez, é mostrada como um pensador pluralista, que entende que a diversidade do mundo, com seus fins vários e incompatíveis, não autoriza um único sistema explicativo. Neste contexto, Dworkin, intuindo-se um ouriço anuncia: “o valor é uma grande coisa.” (DWORKIN, 2012, p. 13).

Para Dworkin uma teoria filosófica do direito deve começar por um certo entendimento da prática jurídica como um todo, buscando identificar as verdadeiras proposições de direito interpretando os dados jurídicos de modo construtivo, com a finalidade de ajustar os dados e justificá-los. Os conceitos políticos fundamentais que devem ser explorados são os que remetem à imparcialidade processual (dimensão de ajuste) e à justiça substantiva (dimensão da justificação) (DWORKIN, 2010, p. 243).

A teoria do Direito como integridade supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juizes divergem profundamente sobre seu significado (DWORKIN, 2002, p.164). Trata-se de compreender o direito como totalidade (completeza) sustentando que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo (DWORKIN, 2002, p.186).

Dworkin parte do pressuposto de que a integridade política (entendida como a necessidade de que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns) é uma virtude política e uma exigência específica da moralidade política do Estado, que deve tratar os indivíduos com igual consideração e respeito. Com isso Dworkin julga que a integridade está ligada a questão da intimidade da coerção oficial, ou seja, contribui para justificar o direito como uma fonte de obrigações genuínas (DWORKIN, 2002, p. 227).

Já na tese da unidade de valor Dworkin trabalha a ideia central de que os valores morais e

<sup>3</sup> Ao poeta grego Arquíloco é creditada a frase: “A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa”, onde poderiam ser referidos dois modos de pensar: o da raposa, que é fascinado pela variedade das coisas, e o do ouriço, que coloca tudo em relação com um sistema de validade geral, ou seja, em suma Isaiah Berlin, fez uma comparação entre pensadores do tipo ouriços – movidos por uma ideia central, que explicam a diversidade do mundo com referência a um único sistema – e pensadores do tipo raposas – que entendem que a diversidade do mundo, com seus fins vários e incompatíveis, não autoriza o uso de um único sistema explicativo. No embate entre Dworkin e Berlin, este seria uma raposa; aquele, um ouriço

éticos dependem uns dos outros. E para defender esse argumento, Dworkin parte do ponto de que há harmonia e não conflito nestes valores. Ele não nega o fato de que valores políticos como liberdade, igualdade, democracia e justiça acabem conflitando entre si. Dworkin sublinha a possibilidade de ameaça tanto na perspectiva do ouriço como na da raposa, pois “o fato de o perigo do ouriço ser maior do que o da raposa, como pensava Berlin, parece depender, em grande parte, da questão de lugar e tempo.” (DWORKIN, 2012, p. 152).

É verdade que há perigos no ouriço, mas não devemos nos esquecer que também os há na raposa. Assim como os tiranos têm tentado justificar grandes crimes apelando à ideia de que todos os valores morais e políticos se unem em uma visão harmoniosa, de importância tão transcendental que o assassinato se justifica quando está a seu serviço, também outros crimes morais têm sido justificados pela atração pela ideia oposta, a de que valores políticos importantes entram necessariamente em conflito, que não se pode defender escolha entre eles como a única escolha correta, e que sacrifícios em algumas das coisas que nos são caras são, portanto, inevitáveis. (DWORKIN, 2012, p. 150-151).

Do supracitado trecho se extrai que o autor propõe que a comunidade esteja engajada na tarefa de formular concepções que unifiquem, de alguma forma, os valores políticos importantes, preservando-os naquilo que há de bom em cada um deles. Ou seja, que haja harmonia e coerência entre a melhor definição do que seja a justiça e a democracia, por exemplo, mediante uma atuação moralmente virtuosa (DWORKIN, 2012, p. 24). Ou ainda, segundo Martins (2017, p.147), de “uma ligação necessária entre o direito e as convenções sociais.” Com isso Dworkin faz um trânsito do campo que ele define como moral (nossas obrigações com os outros) para o âmbito da ética (como devemos reconhecer a humanidade dos outros), em que se articulam as exigências ligadas à realização de uma vida desejável.

Nesse cenário, uma comunidade de princípios aceita a integridade, pois há a promessa de que o direito somente será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado caso esteja fundado em princípios. O direito vale não em função de uma norma fundamental, mas em razão de um sistema de princípios que está na base e confere legitimidade às decisões das instituições políticas.

Na verdade, o direito como integridade pede que os juízes admitam que o direito é estruturado por um conjunto coerente de valores sobre a justiça, equidade e devido processo legal, competindo-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Ou seja, “os juízes realizam a leitura moral dworkiniana da Constituição quando interpretam os princípios abstratos da carta maior levando em conta a ideia de igual respeito e consideração para com todos os indivíduos” (BORGES, 2018, p. 86). E isso exige que o juiz pusesse a prova sua interpretação da decisão política da comunidade, perguntando-se se a sua interpretação poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse o todo (DWORKIN, 2002, p. 291).

O que se extrai é que a linha argumentativa de Dworkin o conduz a uma circularidade de que temos um dever moral de acreditar em nossas convicções morais, sustentando claramente que as suas categorias morais “são interpretações de conceitos morais básicos, e testamos essas interpretações colocando-as numa moldura mais extensa do valor para ver se se ajustam e se são sustentadas por aqueles que consideramos serem as melhores concepções [sic] de outros conceitos” (DWORKIN, 2012, p. 24).

Nesta ordem de ideias, repensar a resignificação da função judicial para além das formas tradicionais, objetivando-a como mecanismo de criação judicial do Direito, pautado na argumentação que prime pela utilização da Teoria da Integridade do Direito, pode ser vista como uma forma de efetivação dos direitos de minorias estigmatizadas. Da mesma forma, se observa a associação do

pensamento de Dworkin à hermenêutica de circularidade gadameriana, objeto do item que segue.

#### **4 O CÍRCULO INTERPRETATIVO DE HANS-GEORG GADAMER**

O filósofo alemão Hans-Georg Gadamer defende a tese de que toda forma de compreensão é situada em algum lugar da história, e que a possibilidade de realização se dá no contexto do horizonte daquele que busca o conhecimento. Com isso, ao mesmo tempo em que reconhece a importância dos momentos históricos e a sua influência sobre os seres humanos, Gadamer afirma que o compreender está moldado na tradição, no horizonte histórico, sendo que este processo se dá dentro de um espaço instaurado pelo intérprete, ao qual ele nomina círculo hermenêutico.

Para Gadamer (1997, p. 400), a atividade interpretativa está vinculada ao conjunto de experiências históricas e se inicia sempre com “conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados”. Os pré-conceitos vão sendo paulatinamente afastados, dando lugar a conceitos mais adequados, em que os sentidos vão ser confirmados, se compatíveis com o texto; e, afastados, se forem insuficientes.

No entanto, como o próprio autor ressalva (1997, p. 451), “o tornar-se consciente de uma situação é uma tarefa que em cada caso reveste uma dificuldade própria”, principalmente pelo fato de que já nos encontramos nela. Conforme reforça Pereira (2001, p. 27) “toda forma de compreender é enraizada na situação hermenêutica do sujeito, nessa espécie de espaço de que todos partimos, conscientes, ou não, na medida em que conhecemos”. Assim, para a hermenêutica filosófica de Gadamer, a compreensão humana não pode ficar alheia aos acontecimentos históricos, ao tempo e às experiências de vida. A herança cultural não se apaga e, por isso, influencia diretamente na forma como o indivíduo compreende o momento e também o futuro.

A noção de círculo hermenêutico tem um conceito mais profundo na medida em que pressupõe uma dialética entre a carga histórica e a abertura interpretativa pelo objeto a partir do seu mundo particular. Nas palavras do autor, é um espaço onde “nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios” (GADAMER, 1997, p. 440).

Conforme esclarece Raimundo Falcão (1997, p. 175), a noção de círculo hermenêutico decorre da evidência de que o ato de compreender é um ato referencial: “compreendemos alguma coisa quando a comparamos com alguma coisa já conhecida. O que compreendemos agrupa-se em unidades sistêmicas. Esses círculos compostos de partes permitem a definição das partes e, ao mesmo tempo, a formação do todo, que é o círculo.”. O que se extrai é que o círculo hermenêutico acontece a partir do momento em que o indivíduo, carregado de seus preconceitos, procura construir o sentido do objeto ao mesmo tempo em que o objeto, durante o processo hermenêutico, modifica o entender do intérprete. Ou seja, para a teoria Gadameriana a determinação do sentido do texto legal se dá no instante de sua aplicação:

Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica [...] se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar. (GADAMER, 1997, p. 407)

Nota-se que em Gadamer há uma tensão positiva entre texto legal e a interpretação que lhe é dada. Assim, compreender corretamente seria estabelecer uma nova interpretação para o texto jurídico de acordo com cada situação concreta apresentada. A cada nova aplicação há também uma nova interpretação. Com isso, por base dos preceitos hermenêuticos filosóficos da teoria Gadameriana, pode-se inferir que toda prestação jurisdicional requer uma nova interpretação da lei posta, ou seja,

cada sentença judicial é uma nova interpretação.

Em sua atividade jurisdicional, a cada nova interpretação reclamada pela sentença, o juiz deve considerar inúmeras variáveis do sistema jurídico tais como: a lógica interna do texto normativo, a organização da legislação infraconstitucional, a jurisprudência, a supremacia constitucional, os tratados internacionais e a equidade, dentre outros. Cada um desses elementos pode ser considerado como parte integrante de um todo, que, caso ignorado pode se inferir que a compreensão não logrou êxito:

[...] o movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou (GADAMER, 1997, p. 386).

Disso se extrai que a compreensão do todo acarreta uma espécie de revisão da compreensão de cada uma das partes, ou seja, os pré-juízos tornam-se juízos. Assim, ao transpor tais conhecimentos para o campo jurídico, percebe-se que uma lei não possui o mesmo sentido quando lida isoladamente. Ou seja, o magistrado deve conhecer o todo sistema jurídico, o qual requer o conhecimento de cada uma das partes e suas inter-relações. Esse conjunto deve ser analisado hermeneuticamente para a prolação da sentença, partindo de uma noção preliminar do processo judicial e sua possível solução (pré-juízo) percorrendo cada uma das partes para verificar sua compatibilidade com o todo. Existindo compatibilidade o pré-juízo transforma-se em juízo, caso contrário o juízo deve ser uma retificação do pré-juízo. Dessa forma,

[...] compreender não é compreender melhor, nem sequer no sentido de possuir um melhor conhecimento sobre a coisa em virtude de conceitos mais claros, nem no sentido da superioridade básica que o consciente possui com relação ao caráter inconsciente da produção. Basta dizer que, quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente. (GADAMER, 1997, p. 392).

Ainda dentro do processo de compreensão dois fatores devem ser especialmente frisados: primeiro, que a tradição influencia no processo de compreensão (isso significa que Gadamer considera o caldo cultural no qual o intérprete está imerso); e, segundo, para este filósofo, inexistente a compreensão como uma única possibilidade verdadeira, mas, sim, posições e interpretações.

Para Gadamer, a compreensão, a interpretação e a aplicação são consideradas um processo unitário. Assim, na teoria de Gadamer soluções divergentes entre juízes ou tribunais, ou demandas posteriores com resultados diversos (com outras partes, em sistema jurídico diferente, com julgador cujas idiosincrasias já levemente modificadas ou até mesmo com a tradição já alterada) são, apenas, uma questão de interpretação adotada, não havendo certo/errado. Isso porque, na teoria Gadameriana a nova decisão também passará a integrar o sistema jurídico e, portanto, o modificará, instituindo-se naquilo que o autor estrutura como horizonte histórico (GADAMER, 1997, p. 452). Assim, de se concluir que todo o esforço empreendido para compreender e interpretar só faz sentido porque o intérprete precisa aplicar a norma jurídica ao caso concreto.

Partindo destas premissas, Gadamer entende que o Direito se constrói por meio da vivência, eis que não se pode dissociar a realidade da obra da realidade do observador, na medida em que fazemos parte do mesmo mundo, ou seja, a possibilidade de compreensão se dá exatamente no encontro entre os horizontes em comum. Dessa forma, o sentido do Direito pode não mais ser aquele que se entendia por ocasião de sua vigência, ou de épocas intermediárias em sua trajetória. Assim, o Direito posto deve ter o sentido do dever ser descontextualizado, tendo em vista que todo texto não pretende alcançar um ser determinado, mas o poder ser como possibilidade de manifestação do ser.

## 5 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO E AS MINORIAS: A RESSIGNIFICAÇÃO DA FUNÇÃO JUDICIAL

Nesse contexto, a ressignificação do papel da Justiça em um espaço de exigibilidade da democracia alavancou a figura do juiz ao status de guardião das promessas, trazendo consigo tarefa do magistrado de atualizar a obra do legislador (GARAPON, 1996, p. 28-44). Esse fenômeno é compreendido na expressão judicialização do Direito, o qual, segundo Streck (2016, s. p.), sempre existirá em algum grau em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa:

[...] Por vezes, para a preservação dos Direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência — por motivo de inconstitucionalidades — de poderes ou instituições. A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições.

Nocivo ou não, a judicialização do Direito representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, ou mesmo de buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos. Trata-se de uma patologia constitucional, uma conduta que deveria ser a exceção à regra converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em 'esfera pública' de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano (TEIXEIRA, 2012, p.50). Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, servindo como forma de concretização de Direitos fundamentais e manutenção da regra democrática. Há situações em que a judicialização do Direito exsurge como forma de garantir Direitos Fundamentais, especialmente quando se fala em minorias.

Assim, minorias étnicas, sexuais e de gênero descobriram no Judiciário uma via possível para efetivação de seus direitos constitucionalmente assegurados, na medida em que o Poder Judiciário e as instituições que exercem funções essenciais à Justiça têm correspondido, em maior ou menor medida, aos anseios desses grupos. Recentes julgamentos confirmam essa hipótese, tais como os que declararam a constitucionalidade da interrupção da gestação do feto anencefálico (como, por exemplo, na ADPF nº 54, onde o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada com fundamento de que o Brasil é uma república laica) (STF, 2012) e da política de ações afirmativas em universidades públicas, como ocorreu na ADPF nº 186 cuja decisão, em atenção ao princípio da igualdade material, tutelou a possibilidade de o Estado lançar mão de políticas de ação afirmativa, com o entendimento de que

[...] o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso país, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro [...] de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de [...] Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. (STF, 2014)



A efetivação de direitos constitucionalmente assegurados também ocorreu com o reconhecimento de união estável homoafetiva pela ADI nº 4277 e ADPF nº 132. Reconhecendo como entidade familiar da união estável entre pessoas do mesmo sexo, expressou-se entendimento de que a Constituição aceita a diversidade sociocultural da sociedade e veda discriminações, principalmente quando se trata de algo que o texto constitucional se propôs expressamente a proteger:

[...] a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. [...] Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistigavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo — data vênha de opinião divergente — é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. (STF, 2011)

Sobre este caso, Mendes (2014, p.152) assevera que mesmo com “o intuito de argumentar para resolver essa questão dos homossexuais no Brasil, o STF aplicou, com efeito, os princípios presentes, tanto na Constituição Federal, quanto nos Tratados Internacionais assinados pela República Federativa do Brasil.” Em especial, segundo o autor, atendeu a Corte Suprema a sua função contra majoritário, na medida em que a corte atuou “contra as maiorias ocasionais em defesa de uma minoria protegida constitucionalmente pelos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta-Magna de um País.” (MENDES, 2014, p. 152).

Da mesma forma, a mudança no posicionamento do Ministério Público Federal revela o crescente compromisso desta instituição com a proteção dos direitos das minorias. O Mandado de Injunção no 4.733, interposto para “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima” (STF, 2013), em face da injustificada omissão do Congresso Nacional em editar a legislação pertinente, posicionou-se pelo deferimento do pedido para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo até que o Congresso Nacional edite legislação específica.

A legitimação da judicialização dos direitos das minorias encontra guarida no pensamento de John Hart Ely (2002, p. 138), para quem os direitos de participação política e os direitos das minorias derivam do mesmo princípio democrático. Assim, a Justiça Constitucional, ao defendê-los dos abusos aos quais estão expostos, não lesa, mas, antes, reforça, o próprio princípio democrático. A proposta do autor está calcada numa interpretação procedimental, com a ideia de que o Tribunal deveria dedicar-se à maioria governada, assegurando ao mesmo tempo a proteção dos direitos das minorias. Com isto, o Tribunal deve assegurar o processo democrático.

No atual estágio da democracia brasileira, segundo Borges (2018, p. 86) “as chamadas teorias argumentativas vêm ganhando cada vez mais destaque no cenário jurídico.” As decisões ativistas do Poder Judiciário brasileiro relativas a defesa das minorias, com fundamento no princípio da isonomia, por exemplo, que visem garantir que os direitos que a maioria se concede sejam garantidos às minorias, seriam legítimas por reforçar o processo democrático e as minorias das violações a que estão sujeitas pela maioria no Parlamento. As referidas decisões em defesa do procedimento democrático e das minorias reforçariam, em vez de violar, o princípio democrático.

Pode-se dizer que os Tribunais assumiriam dupla função: de manter abertos os canais de

mudança política e de manter a ampla representação das minorias, ao passo que se reconhece a centralidade do governo e do legislativo e, ao mesmo tempo, atribui-se importância à atividade dos tribunais enquanto vigilantes da democracia. Cumpre, portanto, e como parte final do estudo, debater de que forma o Poder Judiciário estaria legitimado a criar o Direito, assunto para a conclusão.

## 6 CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi verificar quando e de que forma o protagonismo judicial passou a ser visto como um mecanismo benéfico para tutela de grupos vulneráveis, para que alcancem a vida digna e produtiva em igualdade de oportunidades em sociedade. Ou seja, a grande pergunta que se buscou debater no presente ensaio, tendo por base a premissa de que a judicialização do Direito é benéfica, quando se fala em minorias culturais, foi: como é que se faz isso?

Para solver a problemática o texto propôs que a decisão judicial que crie o Direito, nestes casos, seja proferida de acordo com o que desenvolve a Teoria da Integridade do Direito de Ronald Dworkin, associada à teoria da interpretação de Hans-Georg Gadamer.

De acordo com Dworkin, quando diante de uma controvérsia desse tipo, o juiz estaria obrigado a argumentar com princípios, ou seja, com argumentos de natureza moral que favorecessem os direitos em disputa, essa seria a responsabilidade política do juiz: procurar, nos princípios que compõem o Direito como um todo, a melhor solução para o caso. Dworkin colocou a dignidade humana como centro de sua teoria moral, calcando-a no respeito próprio e no respeito pelos outros.

Dworkin defende que o juiz não dispõe de uma margem de liberdade para aplicar o Direito como lhe parece mais justo, ou mais razoável. Ele não concebe que possa haver um momento em que o juiz deixasse o Direito de lado e entrasse em campo, na falta de outra solução melhor, com seus próprios juízos pessoais. Para ele, o Direito é um sistema tão complexo e abrangente que seria altamente improvável que o próprio Direito não estivesse suficientemente apto a fornecer padrões suficientes para que o caso fosse resolvido. Bastava que ele fosse corretamente interpretado. Assim, o juiz deveria encontrar a solução para o caso (mesmo o mais difícil, pois) no próprio Direito, por mais que seja sempre controvertido o que exatamente o Direito, interpretado na luz de um caso específico, prescreve como correto.

Nesse sentido é possível afirmar que quando o juiz atua dentro da integridade não pratica inovações decisivas, mesmo quando decide casos difíceis. Ele simplesmente desvela/descobre qual é o direito apresentado, justamente porque tal direito foi socialmente construído através de um sistema de princípios historicamente formado e assumido. Caso uma decisão judicial inove (quebrar/alterar) as convicções anteriores, estará tornando efetivo os direitos políticos já existentes, simplesmente porque as circunstâncias variaram e os princípios mudaram de peso com o decorrer do tempo. Em suma: a integridade incentiva o juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental aplicável ao caso, que justifique o direito como um todo.

Neste contexto, os princípios elencados no texto constitucional assumem papel central, pois além de expressarem o resultado da tutela jurisdicional postulada, quando passam a integrar a fundamentação da decisão tornam-se fonte do Direito e solidificam a imagem do espiral de circularidade da teoria de Gadamer. A circularidade em Gadamer salienta que o sistema jurídico não está completo, tampouco é fechado; ao contrário, está em permanente formação (correção do Direito abstrato) com a mutabilidade do Direito.

Destarte, a interpretação em Gadamer tem o condão de uma natureza construtiva, em face da impossibilidade de reprodução de um sentido. Sempre haverá a possibilidade de ocorrerem novas (ou ainda, mais adequadas) interpretações. Nunca haverá uma interpretação melhor ou superior à outra, pois, toda interpretação estará de acordo com a compreensão da época em que vive o intérprete (em

consonância ao horizonte histórico em que foi elaborada) e por fundamentar-se em seus preconceitos e pré-compreensões. Em outras palavras, a tradição acumulada e desenvolvida no processo histórico condiciona a compreensão de um texto. Por isso, as impressões, experiências e existência do intérprete, bem como o momento histórico em que a obra foi produzida, devem ser levadas em consideração no instante em que analisamos o resultado de uma interpretação.

Com isso a atenção sobre a estrutura de pré-compreensão de que é dotada a interpretação jurídica, de seu condicionamento histórico, traz à lume o fato de que o operador do Direito não pode interpretar a lei senão desde e para uma situação concreta. Assim, a concretização da lei não pode ser isolada da pré-compreensão do intérprete, das suas experiências e pré-juízos decorrentes de sua circunstância histórica.

A imbricação da teoria da integridade dworkiniana se apresenta em intertextualidade com Gadamer. Desse modo, o juiz ao tutelar Direitos das minorias (exemplificadas no texto através das decisões que versam sobre o direito da mulher em interromper a gestação; sobre a política de ações afirmativas étnico-raciais; acerca do direito homoafetivo à união estável e, também sobre a necessidade de tipificação específica no tocante às agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero), deve pôr em dúvida suas pré-compreensões, numa interpretação que se pretende alheia à discricionariedade pessoal. Isso porque o horizonte histórico que se apresenta neste tipo de demanda está em processo de constante formação, o que forçará sempre o magistrado a por à prova todos os pré-conceitos, pondo em fusão de horizontes o encontro do passado e a compreensão da dimensão que tais direitos alcançam no presente.

Naquilo que a teoria gadameriana se destaca, no fato de que compreender é sempre o processo de fusão de horizontes presumivelmente dados por si mesmos, tem-se que a fusão se dá constantemente na vigência da tradição. Nesse passo somando-se à teoria da integridade dworkiniana, possibilita-se a superação da dicotomia sujeito-objeto, comprometendo o julgador com uma teoria hermenêutica condizente com o giro linguístico, capaz de pôr em dúvida suas pré-compreensões, bem como realizar o movimento da fusão de horizontes. É a partir da imbricação destas teorias que se falará da possibilidade de responder corretamente, na medida em que esta fusão de teses funcionará como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes. Mais do que isso, a decisão que assim criar o Direito será antipositivista, na medida em que cumprirá uma dupla jornada: reforçar o comando constitucional de fundamentação da decisão e afastar os juízes arbitrários. Com isso resguarda-se a autonomia do Direito conquistada, principalmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito e assegura-se o Direito, também às minorias.

## REFERÊNCIAS

BORGES, Adriano Souto. A Leitura Moral da Constituição: entre Dworkin e Waldron. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.29, p.85-96, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2016/12/DIR29-06.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. A profissão de juiz, hoje. *Revista Julgar da Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, n. 1. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 20-35.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MATOS, José Igreja. O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário). *Revista Julgar da Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, n. 2. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p.78-97.

MATOS, José Igreja. A gestão processual: um radical regresso às raízes. *Revista Julgar da Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, n. 10. Portugal: Coimbra Editora, 2010, p.123-137.

MARTINS, João Vítor. As Obrigações Associativas do Império do Direito à Justiça para Ouriços. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.31, p.138-148, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/02/DIR31-10.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

MENDES, Renat Nureyev. O princípio contramajoritário e a união homoafetiva: a fundamental importância do Poder Judiciário na solução de um debate hodierno. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.22, p.150-156, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2014/05/D22-12.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo. *Revista da AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul)*, ano 38, n. 121. Porto Alegre: AJURIS, 2011.

STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 do Supremo Tribunal Federal*. Publicada no Diário Oficial da União em: 05 de maio 2011. Rel. Min. Ayres Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 54 do Distrito Federal*. Publicada no Diário Oficial da União em: 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 186*. Publicada no Diário Oficial da União em: 21 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

STF. *Mandado de Injunção no 4.733/DF*. Publicado no Diário Oficial da União em: 28 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=4923201&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? *Senso Incomum, CONJUR*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1 São Paulo, 2012.

---

**Recebido em:** 03/08/2018

**Aprovado em:** 09/11/2018

**Como citar este artigo (ABNT):**

RITTER, Letícia Mousquer; PIAIA, Thami Covatti. A resignificação da função judicial na proteção das minorias: contributos das teorias da integridade de Dworkin e da interpretação de Gadamer. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.120-133, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-08.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# CRIMINOLOGIA VERDE E ABUSO ANIMAL: UMA INTRODUÇÃO NECESSÁRIA

## GREEN CRIMINOLOGY AND ANIMAL ABUSE: A NECESSARY INTRODUCTION

Bruna da Rosa Jung<sup>1</sup>  
Fernanda Dalla Libera Damacena<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo aborda o conceito de Criminologia Verde e enfatiza como a vulnerabilidade e o abuso dos animais se inserem nesse contexto. Através de metodologia qualitativa e exploratória, embasada em pesquisa bibliográfica e documental, demonstra-se que a Green Criminology permite uma abertura de horizontes de reflexão à criminologia ambiental clássica. Busca estender a discussão focada no homem, realçando um importante espaço para demonstrar sua concentração em possíveis soluções para a desorganização ecológica produzida pela ação humana. Ou seja, o somatório da abordagem teórica proposta pela Criminologia Verde, com os princípios de Direito Ambiental e a criminologia tradicional, pode ser um caminho legal e ético para ampliar as soluções existentes em torno dos conflitos sobre a tutela animal no País.

**Palavras-chave:** Abuso animal; criminologia; direito; vulnerabilidade.

**ABSTRACT:** The article addresses the concept of Green Criminology and emphasizes how vulnerability and abuse of animals fit into this context. Through qualitative and exploratory method of research, it is possible to demonstrate that Green Criminology allows the opening of horizons of reflection to classical environmental criminology. It seeks to extend the discussion focused on man, highlighting an important space to demonstrate his concentration on possible solutions to the ecological disorganization produced by human action. That is, the sum of the theoretical approach proposed by Green Criminology, with the principles of Environmental Law and traditional criminology, can be a legal and ethical way to extend existing solutions around the conflicts over animal protection in the country.

**Keywords:** Animal abuse; criminology; law; vulnerability.

---

1 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais

2 Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/Berkeley Law School. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito pela UFRGS. Professora de Direito Ambiental. Pesquisadora visitante na Berkeley Law School (2017). Pesquisadora visitante na Faculty of Law University of Western Australia (2017). Advogada

## 1 INTRODUÇÃO

No decorrer dos últimos vinte anos, mais especificamente nos anos 90 (WHITE; HECKENBERG, 2014) a problemática relacionada ao meio ambiente e sua preservação passou a ser objeto de recorrentes debates mundiais. Devido ao crescimento dos riscos ambientais e, sobretudo, à gravidade de algumas condutas, ganhou corpo a investigação sobre a necessidade da criação de uma ciência criminológica específica, voltada a uma análise mais ampla dos crimes ambientais. A esse ramo científico denominou-se Criminologia Verde ou *Green Criminology*.

A Criminologia Verde busca prover um espectro de estudos voltados à análise entre os danos ambientais e definição de crimes e suas vítimas. Uma de suas principais características é a promoção de uma política de justiça criminal com ênfase na tutela dos animais. (STRETESKY; LONG; LYNCH, 2014). Nessa medida, seu objeto de estudo abrange os danos causados aos animais, considerados partes integrantes do sistema ambiental (tal qual os humanos e os recursos naturais).

Diante do diferencial promovido por essa abordagem epistemológica, o presente artigo pretende apresentar o conceito de Criminologia Verde e destacar em que sentido a vulnerabilidade e o abuso dos animais se inserem nesse contexto. Nessa linha, o problema de pesquisa correlato busca responder à pergunta: “o que é Criminologia Verde e o que ela articula a respeito da vulnerabilidade e o abuso animal?”

Nessa linha, em um primeiro momento serão abordados o conceito e o objeto de estudo da Criminologia Verde. Na sequência, destacar-se-á a relação da criminologia verde com a justiça das espécies, ecológica e ambiental. Considerando que as questões comportamentais são muito relevantes no âmbito dessa abordagem criminológica, o quarto tópico desenvolve a ideia de ecofilosofia e as inter-relações entre as pessoas e a natureza. Por fim, apresenta-se de que forma o abuso animal se insere no contexto da Criminologia Verde. Para tanto serão demonstradas quais as espécies de abuso e vulnerabilidade animal a Criminologia Verde estuda, buscando fazer breves considerações acerca de cada conduta.

Estabelecidas as premissas iniciais, esse artigo firma sua relevância, primeiramente, pela atualidade do tema e escassez de estudos acadêmicos brasileiros correlatos no Brasil. Ademais, um dos pontos fundamentais deste trabalho está na apresentação da perspectiva do pensamento criminológico verde, que vai além das fronteiras da criminologia comum, principalmente no que tange a seu foco ser voltado com maior ênfase à tutela do animal e da natureza, sem, contudo, desconsiderar a humana.

A pesquisa foi orientada por metodologia qualitativa e exploratória, embasada em pesquisa bibliográfica e documental.

## 2 CRIMINOLOGIA VERDE: CONCEPÇÕES INICIAIS E OBJETO DE ESTUDO

A evolução socioeconômica dos anos 90 resultou em diversos danos e riscos ambientais. Nesse contexto, o termo Criminologia Verde foi introduzido nos debates da agenda mundial, por meio do pesquisador por Michael J. Lynch em seu artigo intitulado *The greening of criminology: a perspective on the 1990*. Assim, o termo “criminologia verde” passou a ser consolidado no âmbito científico, iniciando-se uma nova fase para o Direito Criminológico que, pela primeira vez, passou a destacar a necessidade de uma ênfase “verde” ser levada em consideração quando da resolução dos problemas ambientais. (STRETESKY; LONG; LYNCH, 2014).

Essa abordagem teórica diferencia-se das anteriormente desenvolvidas no âmbito do direito pela essência dos seus elementos de base. Explorar de que maneiras as estruturas de classe, raça e gênero geram comportamentos que, posteriormente prejudicariam o ambiente como um todo (BEIRNE; SOUTH, 2013).

A perspectiva verde é considerada a “representante mais proeminente do ramo concentrado no estudo da criminalidade contra o meio ambiente e os fenômenos a ela associados”. (COLOGNESE, 2017). Visa prover uma análise transdisciplinar, permitindo o diálogo entre o social e o criminológico. E atua como um reforço para melhorar a teoria criminológica preexistente, visando proporcionar uma análise ampla acerca das origens, vítimas e prevenções do crime ambiental.

Tendo em vista que a criminologia tradicional tem suas raízes arraigadas aos aspectos mais dogmáticos, uma problemática foi observada: os aspectos econômicos, sociais e históricos que moldavam comportamentos não eram levados em consideração no momento da aplicação e criação das leis, por exemplo. Assim, com o intuito de alterar essa condição e explorar as estruturas que originam o dano ambiental, o conceito de Criminologia Verde foi desenvolvido. (STRETESKY; LONG; LYNCH, 2014).

O objetivo principal da criminologia verde é o de prover, somado à criminologia comum, um espectro de estudos voltados à análise entre os danos ambientais, a definição de crimes ambientais e suas vítimas, além de demonstrar a necessidade de uma política de justiça criminal voltada especificamente a tutela do meio ambiente em sentido mais amplo. (STRETESKY; LONG; LYNCH, 2014).

Para essa linha de raciocínio, os crimes “verdes”, assim como os demais são construções sociais influenciados por relações de poder e classe social. (LYNCH; STRETESKY, 2003). Ou seja, aspectos sociais, econômicos e políticos são características determinantes para o desenvolvimento do pensamento crítico na Criminologia Verde.

Michael J. Lynch e Paul B. Stretsky (2014), no artigo intitulado *Exploring green criminology: Toward a green criminological revolution*, afirmam que a Criminologia Verde pode ser considerada uma revolução que busca se distanciar da noção de que os seres humanos são os únicos objetos de estudo. (LYNCH; STRETESKY, 2014).

Ademais, a Criminologia Verde pode ser definida como uma ciência que adota abordagens científicas baseadas em ciências e culturas, de caráter inter e multidisciplinar. Segundo Avi Brisman e Nigel South (2016), essa disciplina refere-se a um campo de estudos que une pessoas interessadas, visando compartilhar e debater ideias que se aprofundam na compreensão de crimes ambientais, desde níveis individuais, até infrações empresariais e corporativas.

Carrabine *et al.* (2009) destacam que a criminologia ortodoxa está diante de uma atualização de pensamento crítico no que se refere a questões ambientais, e não produz estudos e teorias que se entrelaçam com campos filosóficos, políticos, sociais, econômicos e científicos.

A Criminologia Verde, por sua vez, é um campo de estudos multifocal que utiliza a ciência política, economia, psicologia, teoria organizacional, bem como as ciências ambientais (RUGGIERO; SOUTH, 2013) como auxiliares do Direito Ambiental. Assim, proporciona uma análise aprofundada das circunstâncias fáticas, atuando como um mecanismo de desenvolvimento científico de identificação de técnicas de prevenção e punição em face de atos danosos à natureza.

Enquanto a Criminologia Verde atua como uma ferramenta para estudar os crimes ambientais, a criminologia penal se desenvolve por meio de noções restritivas de crime, predeterminadas por instituições estatais e pela lei criminal. (NATURE, 2018). Ademais, a Criminologia Verde não considera como crime apenas aquelas condutas definidas por uma concepção normativa do direito penal, “mas examina questões relativas a direitos, justiça, moral, vitimização, criminalidade e uso de recursos administrativos, sistemas de justiça civil e regulatória”. (NATURE, 2018).

Em contraste ao pensamento do homem como centro do universo, dominante na criminologia penal clássica, a *Green Criminology* baseia-se na natureza e no ambiente, lugares onde estão inseridos tanto animais, quanto seres humanos. Isto é, a partir do momento em que se afasta da abordagem focada na figura do ser humano, se aproxima de um conjunto mais abrangente de crimes. (WHITE; HECKENBERG, 2014). Um dos pontos fundamentais da expansão da perspectiva



criminológica verde é o apelo voltado a uma maior conscientização de danos e atos criminosos cometidos contra animais. (LIEBLING; MARUNA; MCARA, 2017). Nesse ponto, a chave para a diferenciação da Criminologia Verde da criminologia convencional é seu foco voltado com maior ênfase à tutela do animal e da natureza, sem, contudo, desconsiderar a humana.

Para a Criminologia Verde, todas as formas de vida devem ser igualmente protegidas, visando, sobretudo a proteção integral da natureza e de todos os ecossistemas dependentes desta (CARRABINE, E. et al., 2009). Ao aplicar este entendimento, esta disciplina visa desvendar fontes e formas de diferentes danos causadas pelo exercício injusto do poder ou pela persistência da desigualdade social. (CARRABINE *et al.*, 2009).

A *Green Criminology* questiona os problemas relacionados aos crimes, danos e desastres ambientais, assim como formas de injustiça ambiental e injustiça ecológica. (NATALI, 2014). Pode-se afirmar que este campo criminológico considera aspectos sociológicos como características importantes para o entendimento da forma como se deu o prejuízo ambiental. Nesse sentido, essa abordagem teórica analisará intrinsecamente o crime ambiental, explorando desde a origem social, histórica e cultural até seu resultado final, qual seja, o crime ambiental, suas vítimas, punições e remediações.

Pode-se afirmar que um dos objetivos da *Green Criminology* é também ressignificar a noção de crime/dano ambiental para um entendimento alargado, visando, sobretudo um aprofundamento e uma modernização das práticas de identificação e punição contra os atos danosos ao meio ambiente, sugerindo um “reexame de comportamentos prejudiciais além da noção tradicional de crime, a começar pelo papel das sociedades (inclusive governos e corporações) na geração da degradação ambiental”. (BOEIRA; COLOGNESE, 2017, p.160).

Resumidamente, pode-se dizer que a proposta estruturante da Criminologia Verde tenciona o debate no que tange a responsabilidade humana diante da fragilidade da natureza e da garantia das próximas gerações herdarem um mundo capaz de ser habitado de forma equilibrada. O que contribui sobremaneira para a materialização da previsão forma da constituição de tutela e preservação das presentes e futuras gerações.

Visando a efetividade de sua proposta, a *Green Criminology* propõe mecanismos que efetivam a aplicação do entendimento de que o animais e a natureza, em conjunto com o homem, são partes formadoras de um ecossistema complexo. (BEIRNE; SOUTH, 2013). Estes mecanismos podem ser compreendidos através de concepções apresentadas pela ecojustiça, onde busca-se dirimir questões correlatas as vítimas afetadas.

### **3 CRIMINOLOGIA VERDE: JUSTIÇA DAS ESPÉCIES, ECOLÓGICA E AMBIENTAL**

Da perspectiva criminológica verde extrai-se três conceituações importantes: Justiça das Espécies, Ecológica e Ambiental. Cada uma delas é interpretada conforme noções particulares de direitos e justiça com foco variável em animais, ambiente e seres humanos, respectivamente. Assim sendo, “a justiça dentro de uma perspectiva de ecojustiça é inicialmente enquadrada em termos de assunto ou vítima suscetível de ser prejudicada”. (WHITE; SPAPENS; KLUIN, 2014, p. 88). Este artigo enfoca com maior detalhe a Justiça das Espécies.

Enquanto para a Justiça Ecológica os seres humanos são considerados partes formadoras de todo o ecossistema, sendo asseverado um caráter de interdependência entre toda a forma de vida, o entendimento apresentado pela Justiça Ambiental possui suas distinções: os direitos ambientais são compreendidos como uma extensão dos direitos humanos ou sociais para melhorar a qualidade da vida humana. (WHITE; SPAPENS; KLUIN, 2014, p. 89).

A justiça ambiental refere-se a correta distribuição do meio ambiente entre as pessoas, seja em termos de acesso ou do uso dos recursos naturais nele inseridos. Outrossim, refere-se ao impacto

de práticas sociais e danos ambientais em face de uma população específica em razão de classe, ocupação, gênero, idade ou etnia (BEIRNE; SOUTH, 2013), buscando discutir sobre a distribuição equitativa de qualidade ambiental. (BEIRNE; SOUTH, 2013). Assim, possui como antro de análise a preocupação com a saúde e o bem-estar dos humanos e da forma como estes são afetados por determinados tipos de produções e consumos (WHITE; HECKENBERG, 2014), possuindo seu foco no pensamento antropocêntrico.

Portanto o foco, conceitos e ênfase da Justiça Ambiental, conforme preceituam os autores White, Spapens e Kluin (2014, p. 89) serão:

Foco: os direitos ambientais como extensão dos direitos humanos ou sociais para melhorar a qualidade da vida humana.

Conceitos: responsabilidade intergeracional. A geração atual é responsável pela garantia da equidade ambiental para as gerações futuras. Justiça global - Todos têm direito a um ambiente saudável, deve haver equidade ambiental para as gerações presentes.

Ênfase: o dano ambiental é construído em relação a noções de valor centradas no ser humano.

No contexto da *Green Criminology*, a proteção animal está enraizada na Justiça das Espécies e direciona-se à vedação de práticas discriminatórias. A afirmação justifica-se na medida em que no restante das concepções de Justiça animais são considerados inferiores à espécie humana, estando em uma posição desprivilegiada no que se refere a sua classificação como vítimas.

A Justiça das Espécies diz respeito a situações em que o dano (seja individualizado ou institucionalizado) é direcionado ao lugar onde os animais estão inseridos no mundo, ferindo o seu direito de não sofrerem abusos e maus tratos. (BEIRNE, SOUTH, 2013).

Importante salientar que no âmbito da Justiça das Espécies é que se encontram temas correlatos ao abuso e a vulnerabilidade animal, sendo o debate criminológico deslocado para um sentido mais amplo: animais possuem o direito essencial a não serem vítimas de maus tratos, de degradação de seus habitats ou de quaisquer meios que os façam sofrerem qualquer forma de violações. (WHITE; HECKENBERG, 2014).

Assim, enquanto na *Green Criminology* a vulnerabilidade e o abuso animal são estudados concentrando-se em vítimas animais e humanas, excluindo o *status* ímpar do homem como a única vítima de transgressões e conduzindo as indagações para uma ótica não especista, a criminologia penal desenvolve-se por meio do pensamento antropocêntrico, compreendendo o homem como a única e principal vítima.

Para os autores White, Spapens e Kluin (2014, p. 89), a Justiça das Espécies possui foco, conceitos e ênfase nos termos abaixo colacionados:

Foco: Os animais têm direitos baseados em noções utilitárias (maximizando o prazer e minimizando a dor), valor inerente (direito a um tratamento respeitoso) e uma ética de conceitos responsáveis.

Conceitos: Anti-especismo e direito dos animais, abordando os tratamentos discriminatórios aos animais (...). Bem-estar animal, lidando com problemas de abuso e sofrimento animal, e a criação de relacionamentos respeitosos.

Ênfase: os danos ambientais construídos em relação ao lugar dos animais dentro de ambientes, não podendo sofrerem abusos, seja este um dano individual ou dano institucionalizado a partir de ações humanas que afetam e devastam o clima e o ambiente em escala global.

No que tange às necessidades ambientais, a ênfase verde busca estudá-las no âmbito da Justiça Ecológica. Piers Beirne e Nigel South (2013) asseveram que esta justiça busca compreender a interação e relação do ser humano com o restante do mundo natural, referindo-se à qualidade do meio ambiente e da vida das espécies presentes neste.

Logo, essa noção de justiça busca questionar como atos humanos podem apresentar riscos

para a totalidade do meio ambiente, a qual engloba seres humanos, animais, natureza e o restante da biosfera. (BEIRNE; SOUTH, 2013). E visando um correto entendimento acerca da temática, os autores White, Spapens e Kluin (2014, p. 89) apresentam o foco, conceitos e ênfase da Justiça Ecológica:

Foco: os seres humanos são um componente de ecossistemas complexos que devem ser preservados por seu próprio bem através da noção dos direitos do meio ambiente.

Conceitos: os cidadãos ecológicos são responsáveis pela preservação e conservação da natureza, a usabilidade ecológica - quanto à qualidade da biosfera e aos direitos das espécies não humanas.

Ênfase: danos ambientais são construídos em relação a noções ou danos ecológicos e técnicas destrutivas de intervenção humana.

Em suma, seu objetivo é avaliar frequentemente a maneira com que os seres humanos interagem com seu ambiente, no que se refere a danos e riscos para seres e locais específicos, bem como o ambiente terrestre em geral. (BEIRNE; SOUTH, 2013).

Diante deste contexto, o dilema da Criminologia Verde está ligado a como mover o debate para além das abordagens antropocêntricas dos crimes ambientais, e criar práticas e políticas mais eficazes do que as formas convencionais de regulação ambiental. (BEIRNE; SOUTH, 2013). Uma tentativa de resposta à problemática é proposta por White e Heckenberg (2014), assim como por Piers Beirne (2013). Para os autores deve-se ter como objetivo na Criminologia Verde a criação de uma forma de cidadania ecológica que vise somar as concepções de todas as justiças resultando em uma perspectiva que busque explorar uma relação dialética entre humanos e animais. (FAIRWEATHER, 1993).

É exatamente nesse âmbito que surge o campo de estudos denominado ecofilosofia.

#### **4 ECOFILOSOFIA: INTER-RELAÇÕES ENTRE AS PESSOAS E A NATUREZA**

Rob White e Diane Heckenberg (2014, p. 129) afirmam que a ecofilosofia “gera um impacto significativo na maneira como os criminologistas definem o crime e as diferentes maneiras pelas quais eles entendem a vitimização de humanos, ambientes específicos e animais”. Logo, é uma disciplina destinada ao estudo das inter-relações entre pessoas e o ecossistema, refletindo em uma análise desde atos criminosos previstos em leis, até situações cotidianas que acarretam em danos ambientais. (HALSEY; WHITE, 2015).

A ecofilosofia busca compreender o contexto filosófico que envolve as relações entre a humanidade e o restante do mundo natural. (HALSEY; WHITE, 2015). Para a concretização disso, vale-se de análises e estudos que permeiam paradigmas antropocêntricos, biocêntricos e ecocêntricos, os quais, usualmente são o ponto de partida para uma análise filosófica da relação social *versus* natural, cada qual com noções diferentes a respeito da interação humana com o meio ambiente. Em síntese, a ecofilosofia concentra suas atenções no eixo da relação “humano-ambiente”. (HALSEY; WHITE, 2015, p. 367).

Desta maneira, a ecofilosofia divide-se em quatro grandes grupos de estudo: o biocentrismo, ecocentrismo, antropocentrismo e o antropocentrismo alargado.

A visão biocêntrica entende a natureza como sujeito de direitos, rejeitando toda e qualquer diferença no tratamento entre seres humanos e animais, ocasionando a sociedade deveres de proteção e respeito aos ciclos naturais do ecossistema.

Em termos de conservação o biocentrismo determina que não haja qualquer tipo de intervenção humana na natureza (seja em caráter maléfico ou benéfico), uma vez que o ecossistema possui grandes chances de ser fragilizado após qualquer tipo de ingerência externa. Em suma, direciona o ser humano a respeitar “os interesses de qualquer ente vivo na sua dimensão puramente biológica” (SARGENTO, 2010, p.194), devendo ser respeitado o curso natural da vida de cada organismo, desde o seu nascimento até sua morte, deixando com que a natureza de cada indivíduo busque as melhores

condições para o cumprimento desse ciclo. Portanto, pode-se concluir que a o biocentrismo afirma que a natureza deve ter sua simbiose<sup>3</sup> assegurada.

A perspectiva ecocêntrica, por sua vez, foi desenvolvida por Aldo Leopold, em 1887, que, visando a opor-se ao pensamento antropocentrismo, apresentou o entendimento filosófico-ecológico de valores centrado na natureza. (TONELLA; CONCEIÇÃO; TONELLA, 2016). Pelo ecocentrismo, entende-se que todo o ecossistema é parte formadora de um processo evolutivo de criação da vida. (TONELLA; CONCEIÇÃO; TONELLA, 2016).

Assim sendo, a perspectiva ecocêntrica possui como seu principal objetivo o de “encontrar um equilíbrio entre a necessidade de utilizar recursos para a sobrevivência humana e a necessidade de desenvolver regras que facilitem o uso benigno da ecosfera”. (WHITE; HECKENBERG, 2014, p.132).

O ecocentrismo, de igual maneira, busca defender formas de produção que protejam o bem-estar do ecossistema sobre as demandas econômicas de curto prazo, evitando métodos que unicamente se relacionem ao crescimento econômico e ao acúmulo de riqueza, uma vez que a relação entre humanos e natureza tem consequências materiais no mundo real da política ambiental. (WHITE; HECKENBERG, 2014).

Desta forma, enquanto o biocentrismo visa bloquear qualquer interferência humana sobre o ecossistema, deixando que o mesmo se autorregule e se autorregenere, o ecocentrismo permite que o ser humano atue ativamente na natureza desde que respeitados os seus limites de preservação.

Compreendendo que os paradigmas filosóficos atuam polarizando os debates acerca dos tratamentos dispensados ou direcionados à natureza, verifica-se que o pensamento da superioridade humana prepondera ao longo da evolução social, dado a capacidade de criação de princípios morais e éticos que reafirmam o domínio humano sobre a natureza e todos os animais. (CHALFRUN, 2014).

O entendimento da vida humana como o centro do universo e como a única vítima de problemas ambientais está enraizada no pensamento antropocentrismo, o qual, ao longo do desenvolvimento histórico foi se desenvolvendo e ramificando-se no antropocentrismo alargado.

O antropocentrismo foi a primeira corrente de pensamento que viabilizou a reflexão acerca do domínio humano sobre a natureza. A posição tradicional do antropocentrismo situa o homem como centro do universo, acarretando em toda a atenção e preocupação ser voltada apenas a ele. Este sistema entende que o único sujeito legítimo de valoração é o animal humano, perfazendo pelo entendimento de que ele será o centro e a medida de todo o universo, restando a todo o resto nenhum valor em si. (CHALFRUN, 2014). Logo, tal compreensão assevera a natureza como mera fornecedora de recursos para o homem, estando, em conjunto com os animais, a disposição deste. (CHALFRUN, 2014).

Para o antropocentrismo, a intervenção humana não somente é permitida, como é vista como essencial para o desenvolvimento socioeconômico. Neste sentido, a dominação de novas técnicas industriais deu surgimento a Revolução Industrial, momento em que o homem passou a adquirir um potencial destruidor, se concretizando como a ameaça mais perigosa à homeostase ambiental do planeta. (MACÊDO, 2015). Concomitante ao desenvolvimento industrial questionamentos acerca dos malefícios humanos à Terra igualmente eram debatidos. Fora dado início a um processo de reflexão acerca da necessidade de um enfoque para além da figura humana e da infundada idealização de que os recursos naturais eram inexauríveis, conforme afirma Maria Alexandra de Aragão. (ARAGÃO, 1998).

Portanto, para o antropocentrismo, a natureza apenas será resguardada quando inserida nos limites de proteção do bem-estar humano “havendo uma visão utilitária do direito ambiental e dos animais; e todas as suas necessidades, interesses e valores são subjugados em favor dos interesses humanos”. (CHALFRUN, 2014).

---

3 Simbiose, em biologia, é uma associação de dois seres vivos, duas plantas ou uma planta e um animal, na qual ambos os organismos recebem benefícios, mesmo que em proporções desiguais. (SIGNIFICADOS, 2018.)

Em síntese, a compreensão antropocêntrica utilitária compreende todas as necessidades, interesses e valores da natureza em benefício daqueles que se referem à humanidade. Ou seja, as vítimas, em última análise, sempre serão os seres humanos, e não o meio ambiente. (BOSELDMANN, 2001). Assim, o pensamento antropocentrismo promove a compreensão de que os bens naturais, são subordinados à livre violação do homem.

Dado o desenvolvimento mundial e a ação direta (e despreocupada) do homem sobre o meio ambiente, a sociedade está diante de um despertar para uma preocupação com natureza em seu sentido amplo. Através de conferências, congressos e debates, a agenda mundial ambiental está ajudando a estender o assunto para além do antropocentrismo, abrindo espaço para visões que questionam a necessidade do respeito à vida, independente da espécie que ela carrega. (CHALFRUN, 2014). Uma dessas visões intitula-se antropocentrismo alargado, o qual se classifica como “uma posição menos radical em relação à visão do homem como o centro de todas as preocupações”. (CHALFRUN, 2014, p. 216).

Enquanto o antropocentrismo entende que o homem possui o direito de utilizar toda a natureza para resultar em seu prazer, a visão alargada já não compreende como possível ignorar o meio ambiente e os demais seres vivos.

O antropocentrismo alargado atua como corretor e representa uma visão intermediária frente as visões antropocêntricas e biocêntricas. Desta maneira, a visão alargada não possibilita o pensamento de que qualquer vida presente no planeta pode ser encarada como sujeito de direitos e portador de uma dignidade própria e soberana. Em suma, o homem, a natureza e os animais atuam como sujeitos interdependentes, não sendo correta uma exploração ilimitada de qualquer um deles. (MACÊDO, 2015).

A partir da concepção antropocentrismo alargada vislumbra-se uma proteção direcionada tanto ao ser humano e seu desenvolvimento (social ou econômico), quanto e ao restante dos seres vivos. (LIMA; COSTA, 2015). É nesse liame em que se vislumbra a possibilidade de aprofundamento do estudo da proteção animal no contexto da Criminologia Verde.

## **5 O ABUSO ANIMAL NO CONTEXTO DA CRIMINOLOGIA VERDE**

A abordagem proporcionada pelo antropocentrismo alargado prioriza a ênfase criminológica verde, passando a compreender que o objeto de estudo pode e deve se deslocar para além de danos em face da humanidade e do meio ambiente. A Criminologia Verde permite que os danos causados aos animais sejam estudados com profundidade e veemência, posto que são parte integrantes do meio ambiente. Uma correta análise das ações que acarretem em vulnerabilidade e abuso animal requer a superação de uma série de preconceções. A primeira deles é a superação do especismo. (FRANÇA; COLOGNESE; BUDÓ, 2016).

O conceito de especismo foi inaugurado por Richard Ryde, no ano de 1970, na Universidade de Oxford. (FRANÇA; COLOGNESE; BUDÓ, 2016). De lá para cá, mais especificamente no ano de 2004, o termo ganhou força mundial ao ser referido pelo filósofo Peter Singer no livro *Libertação Animal* (FRANÇA; COLOGNESE; BUDÓ, 2016), que o conceituou como uma forma “preconceito ou atitude de favorecimento dos interesses dos membros de uma espécie em detrimento dos interesses dos membros de outras espécies”. (SINGER, 2009, p.6). Em suma, o especismo pode atuar de maneiras diversas, desde ignorar o sofrimento de um animal, até considera-los seres desprovidos de valor intrínseco.

Após o termo especismo ganhar notoriedade acadêmica, estudos acerca do abuso animal começaram a surgir. No ano de 1964, o abuso animal foi inicialmente definido como condutas de maus tratos, crueldade e indiferença na dor do outro. (WHITE; HECKENBERG, 2014). Outrossim, passou-se a refletir a respeito do abuso animal ser uma conduta socialmente inaceitável, que, se

valendo de intencionalidade, acaba por causar um sofrimento dispensável, e, em alguns casos até a morte de um animal.

O abuso de animais abrange um grande campo de atos que pode ir desde casos isolados de maus tratos ou negligência, até atos de abuso em grandes escalas.

Beirne, O'Donnell e Janssen (2018) relatam que na medida em que a Criminologia Verde é reconhecida como gênero distinto da criminologia, o interesse dos criminologistas em questões ambientais está aumentando e que questões relacionadas diretamente aos animais estão sendo aprofundadas. Nesse sentido, os abusos direcionados à fauna podem ser psicológicos ou físicos; aprovados ou reprovados socialmente; e se são práticas consideradas necessárias ou desnecessárias. (FRANÇA; COLOGNESE; BUDÓ, 2016).

Portanto, a Criminologia Verde possui uma atuação importante no que tange ao desenvolvimento de estudos a respeito da interação humana e animal, sendo sua contribuição principal aquelas análises voltadas aos abusos cometidos por humanos contra os animais. (BEIRNE, 2009). Da mesma forma, o debate versa sobre a relação e as diferenças existentes entre seres humanos e animais, “e em que condições, se houver, é justo privilegiar os interesses humanos sobre os animais”. (WHITE; HECKENBERG, 2014, p.233). Para alguns não existem diferenças, enquanto para outros, a saúde e o bem-estar de seres humanos devem ser consideradas específicas e por este motivo, mais importantes. (WHITE; HECKENBERG, 2014).

Por exemplo, Sollund (2013) alude que algumas práticas de abuso animal que deveriam ser socialmente reprovadas são aceitas por humanos, entre elas estão o uso de animais em experiências científicas, entretenimentos, consumo alimentício, bem como os abusos de animais domésticos e o tráfico de animais selvagens. Segundo o autor Sollund (2013) a vulnerabilidade animal pode ser constatada de várias maneiras na sociedade. Desde de atos socialmente aceitos até aqueles criminalmente puníveis. A Criminologia Verde busca apreciar todos eles, utilizando-se de questionamentos sobre os porquês de as sociedades respeitarem e protegerem simultaneamente determinados animais (especialmente os de companhia, como cachorros e gatos), permitindo e até consentindo com um tratamento inadequado a outros. (WHITE; HECKENBERG, 2014)

Um dos atos socialmente aceitos e considerados por criminologistas verdes<sup>4</sup> como abuso animal é a criação de animais para consumo humano, através da agricultura, pecuária, avicultura e pesca. White e Heckenberg (2014, p.230) esclarecem que o abuso animal tem suas origens “na produção em massa de animais para alimentação” os quais são submetidos a condições de vida e transporte precárias (como se pode observar no transporte de carga viva), técnicas, manejo e condições de matadouros cruéis. Da mesma maneira, prévio ao seu abatimento, estes animais estão expostos a situações precárias como privação de luz e alimentação que acarretam em automutilações e doenças. (SOLLUND, 2013).

Cumprir referir que os estudos sobre a questão animal apresentam opiniões relevantes e muitas vezes divergentes acerca do consumo de carne, por exemplo. Enquanto Singer (2009) acolhe que se mate um bovino para alimentação, desde que a criação e o abate não resultem em dor/sofrimento/ privação para o animal, Tom Regan não aceita a situação, vez que os considera como sujeitos-de-uma-vida, nome que emprega para afirmar que os animais são, segundo a sua opinião, titulares de direitos. (REGAN, 2004).

Peter Singer (2009) segue uma abordagem filosófica de bem-estar animal, também conhecida como abordagem reformista ou welfarista, baseada no utilitarismo de Jeremy Bentham. (DOS SANTOS FEIJÓ; DOS SANTOS; DE CAMPOS GREY, 2010). Por esta corrente, se defende que

---

4 Ao exemplo de Ragnhild Sollund, Diane Heckenberg e Rob White.

possam ser realizadas intervenções baseadas no bem-estar animal, não impedindo ou proibindo sua exploração. (DOS SANTOS FEIJÓ; DOS SANTOS; DE CAMPOS GREY, 2010). Nesse sentido, as compreensões welfaristas visam defender o bem-estar animal desde sua criação até seu uso, aceitando a alteração de determinadas condutas quando essas podem minimizar a dor e o sofrimento do animal. (DOS SANTOS FEIJÓ; DOS SANTOS; DE CAMPOS GREY, 2010).

De contraponto, Tom Regan, adepto da corrente abolicionista entende os animais como seres dotados de valor intrínseco, como fins em si mesmos, realizando uma abordagem voltada, inclusive, à mudança de caráter jurídico dos animais. (DOS SANTOS FEIJÓ; DOS SANTOS; DE CAMPOS GREY, 2010). Da mesma forma aqui.

Devido aos efeitos colaterais que a produção de alimentos de origem animal pode causar para o ecossistema, a *Green Criminology* a intitula como um abuso sistêmico, dado que os animais são considerados um meio para um fim – “transformar-se em comida”, (SOLLUND, 2013, p.9) mas que resultam em danos além da simples produção de alimentos<sup>5</sup>, quais sejam, poluição atmosférica, desperdícios de recursos hídricos, contaminação de solos, desmatamento, entre outros.

Além dos abusos animais resultantes da indústria alimentícia, as experiências laboratoriais que utilizam animais para a realização de pesquisas (SOLLUND, 2013, p.9) são estudadas na Criminologia Verde como uma forma de abuso. Também considerado uma espécie de abuso sistêmico, a utilização animal para pesquisas visa estabelecer toxicidade de cosméticos ou o desenvolvimento de medicamentos para humanos. Mas, conforme refere Sollund (2013), muitos dos experimentos realizados em animais, possuem efeitos inseguros, uma vez que humanos e animais são biologicamente diferentes.

Beirne (1999) salienta que a existência de controvérsias e debates sobre a moralidade do uso de animais na pesquisa científica é antiga<sup>6</sup>, perfazendo por discussões sobre justificativas da necessidade de avanços em termos científicos para curas e tratamentos de doenças que podem vir a afetar seres humanos e animais. Entretanto contra este argumento o autor possui o entendimento de que “nenhum utilitarismo antropocêntrico deve ser apropriado para determinar quais atos se constituem em abusos contra animais”. (BEIRNE, 1999, p.127).

As origens históricas a respeito do vestuário humano apresentam afinidades com o uso de peles de animais, narradas “como o primeiro elemento utilizado pelos humanos na cobertura do seu corpo enquanto instrumentos de proteção ou ornamentação”. (BORGES, 2013, p.20). E seguindo o estudo das espécies de abuso animal, o pensamento criminológico verde busca refletir sobre a utilização de animais para a produção de roupas.

O abuso ocorrente na indústria que utiliza animais como matéria prima da moda pode partir desde o próprio armazenamento do animal, privado de luz, alimentação e espaço até a própria extração da pele, que, em alguns casos, é feita com o animal ainda vivo.

5 “Recente relatório da Food and Agricultural Organization (FAO), intitulado *Livestock’s long shadow* (Steinfeld et al., 2006), relata que a produção pecuária mundial produz mais gás carbônico (ou equivalente) do que todo o sistema de transporte no mundo, quando se considera o desmatamento e a queimada de florestas, a produção de metano pela fermentação ruminal e a produção de metano pela fermentação de dejetos. Segundo esse relatório, os confinamentos em geral, mas sobretudo os de suínos, afetam direta e prioritariamente a qualidade ambiental em função do acúmulo de dejetos não adequadamente tratados ou do lançamento desses dejetos em corpos de água ou da sua manutenção por certo tempo em lagoas de decantação ou do seu acúmulo sem tratamento. Nesses dejetos existem condições de anaerobiose, onde há transformação de nitratos em óxido nitroso (N<sub>2</sub>O) e emissão de metano (CH<sub>4</sub>) em lugar de gás carbônico (CO<sub>2</sub>)”. (PRIMAVESI, 2007, p. 8).

6 No ano de 1995 uma pesquisa nos Estados Unidos indicou que 1,2 milhões de cães, gatos, primatas, coelhos, hamsters e porquinhos-da-índia são usados anualmente em laboratórios. Incluindo ratos e camundongos, o uso anual total de animais é de 20 milhões (ROWAN *et al.*, 1995).

O entretenimento envolvendo animais é outra forma de abuso. Múltiplas atividades intituladas como esporte (caça e pesca), parques aquáticos, zoológicos, circos, museus, são exemplos de situações que prejudicam e abusam de animais. Em termos sociais, humanos possuem hábitos de “colocar animais em competições de luta: rinha de galos, touro contra humanos, cães contra cães ou cães criados para caçar, e assim por diante”. (SOLLUND, 2013, p.11). Outras práticas de entretenimento que valem ser mencionadas são os rodeios, corridas de cavalos e cães além de “manter os animais como escravos e forçá-los a fazer truques em circos, espetáculos de papagaio e golfinhos”. (SOLLUND, 2013, p.11).

Quanto à esfera da vida privada, onde numerosos animais são mantidos presos com o objetivo de proporcionar companhia aos humanos, estão os chamados animais de estimação, que também podem ser intitulados como parte de coleções, ou como dispositivos de status. (SOLLUND, 2013, p.13). Manter animais como companhia é uma prática generalizada e socialmente aceita, mas a Criminologia Verde a compreende como uma espécie de abuso animal. (SOLLUND, 2013, p.13).

Cabe salientar que ao contrário do restante dos animais, os de companhia, quando vítimas de abusos, são vistos como seres negligenciados ou maltratados (SOLLUND, 2013), justamente pelo caráter afetivo que lhes foram direcionados.

No que tange ao tráfico da vida selvagem, Wyatt (2009, p.145) afirma que este é um crime verde que “envolve o comércio ilegal, contrabando, caça furtiva, captura ou coleta de animais ameaçados de extinção”. Portanto, o comércio ilegal de vida selvagem abarca inúmeras vidas selvagens, entre elas os “mamíferos, peixes, répteis, anfíbios, pássaros e até insetos”. (NGOC; WYATT, 2013, p.130).

De acordo com Ngoc e Wyatt (2013) o comércio ilegal de animais silvestres pode ser mencionado como um dos fatores impulsionadores para uma diminuição de espécies ameaçadas uma vez que nos últimos anos a venda ilegal de animais foi classificada “entre as economias ilícitas mais lucrativas do mundo, junto com drogas ilegais e possivelmente tráfico de seres humanos e armas”. (NGOC; WYATT, 2013, p.132).

Deste modo, para a realização do comércio ilegal os traficantes se valem de inúmeras técnicas para evitar a apreensão destes, os escondendo de maneira com que fiquem sem oxigênio, sem alimentação e sem as condições adequadas de um transporte seguro (NGOC; WYATT, 2013), inclusive levando-os a óbito. Neste sentido, o tráfico de animais é preponderantemente um problema ambiental causado por atos criminosos, sendo visto como problemático porque implica na perda de biodiversidade. (SOLLUND, 2013).

Sollund (2013) igualmente afirma que a *Green Criminology* pode ajudar na prevenção de crimes como estes uma vez que o foco da criminologia convencional está centrado apenas no que é criminalizado, “sendo uma visão inadequada para discutir os danos relacionados a tais práticas”. (SOLLUND, 2013, p.15). O abuso animal, no contexto verde, atenta as situações de sofrimento que a vítima (o animal) está inserida, afastando-se da abordagem centrada unicamente na ilegalidade criminal e na figura humana, entendendo a vulnerabilidade animal como o fator determinante para sua tipificação.

Portanto, das informações acima elencadas pode-se extrair o entendimento que Criminologia Verde considera o abuso animal como algo amplo e multifacetário. Para a *Green Criminology* o abuso animal vai muito além do conceito dogmático de crime presente na criminologia convencional, entendendo-o como desde os pequenos atos de maus tratos ou negligência até aqueles que causam maiores danos aos animais. A Criminologia Verde busca estudar o abuso animal para além da tipicidade. Visa aprofundar as questões morais e sociológicas correlatas à dominação humana sobre a figura do animal.



## 6 CONCLUSÃO

A *Green Criminology* permite uma abertura de horizontes de reflexão à criminologia ambiental. Busca estender a discussão focada somente no homem, realçando um importante espaço para demonstrar sua concentração em possíveis soluções para a desorganização ecológica produzida pela ação humana. (COLOGNESE, 2017). Assim, importante ressaltar que a abordagem apresentada ao longo deste artigo não é excludente. Ao contrário, o acoplamento da perspectiva da Criminologia Verde com os princípios de Direito Ambiental e a criminologia tradicional pode ser um caminho para ampliar as soluções existentes em torno dos conflitos sobre a tutela animal.

Ao atuar em aspectos prévios à formalização do crime, a Criminologia Verde poderá auxiliar no engajamento de prevenções e da conscientização social e jurídica sobre a figura do animal como a principal vítima dos crimes contra eles perpetrados, sendo possível “abandonar os paradigmas antropocêntricos que massacram e exterminam espécies de animais” (COLOGNESE; FRANÇA; BUDÓ, 2017, p.32). Por esse motivo, a criação da *Green Criminology* ampara a criação de técnicas alternativas para a resolução de conflitos do sistema de justiça criminal, as quais envolvem a tutela animal como um de seus objetos de estudo. (COLOGNESE, 2017).

A ênfase verde voltada ao abuso animal e o restante dos crimes ambientais poderá ultrapassar os contornos epistemológicos da criminologia. E, ao deixar de focar exclusivamente no tipo penal, pode reconhecer fatos extremamente importantes para a concepção de instrumentos jurídicos de tratamento, formas de resolução de conflitos e de respostas institucionais mais efetivas para questões que envolvam todas as formas de violações ambientais. (COLOGNESE, 2017).

Demandas que envolvam casos relacionados ao abuso e vulnerabilidade animal são de uma peculiaridade específica, que por consequência necessitam de um olhar diferenciado daquele pautado pela criminologia comum. Logo, para que a visão diferenciada diante do abuso animal seja aplicada, a existência de uma ênfase criminológica verde se faz de suma importância. Não por outra razão os criminólogos verdes vêm propondo ao Direito que volte as atenções para outros sofrimentos que não são inferiores ou menos importantes que o sofrimento humano. Dentre eles destaca-se o sofrimento animal e, sobretudo, o direito constitucionalmente garantido que os mesmos têm de não sofrer. (COLOGNESE; FRANÇA; BUDÓ, 2017).

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. Coimbra: Almedina, 1998.

BEIRNE, Pier. For a nonspeciesist criminology: animal abuse as an object of study. *Criminology*, v. 37, n. 1, p. 117-148, 1999.

BEIRNE, Pier; SOUTH, Nigel. *Issues in green criminology: Confronting harms against environments, humanity and other animals*. 1 ed. New York: Routledge, 2013. 290 p.

BEIRNE, Piers. *Confronting animal abuse: Law, criminology, and human-animal relationships*. Rowman & Littlefield Publishers, 2009. 256 p.

BEIRNE, Piers; O'DONNELL, Ian; JANSSEN, Janine. *Murdering animals: Writings on theriocide, homicide and nonspeciesist criminology*. 1 ed. Londres: Springer Nature, 2018.

BEIRNE, Piers; SOUTH, N. Animal rights, animal abuse and green criminology. *Issues in green criminology*, p. 55-83, 2007.

BOEIRA, Luis Francisco Simões; COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa. O papel da criminologia diante da devastação ambiental causada pela criminalidade dos poderosos. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali*, v.12, n.1, p. 155-179, 2017.

BORGES, Priscila Rodrigues. Cara de pele, efeito de pele: uma etnografia do debate sobre o uso de peles animais nas indústrias do vestuário e da moda a partir da campanha boicote Arezzo. *Dissertação de mestrado do Programa de Pós- Graduação em Antropologia Social do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. 2013. 200 p. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/168950/001048589.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: ago. 2018.

BOSELTMANN, Klaus. *Human rights and the environment: the search for common ground*. *Revista de Direito Ambiental*, n. 23, ano 6, p. 41, 2001.

BRISMAN, Avi; SOUTH, Nigel. *A green-cultural criminology: an exploratory outline*. *Crime media culture*, p. 2-21, jan. 2016. Disponível em: <http://cmc.sagepub.com/content/early/2013/01/01/1741659012467026> the online version of this article can be found at: >. Acesso em: 23 jan. 2018.

CARRABINE, E. et al. *Criminology: a sociological introduction: A Sociological Introduction*. 2. ed. New York: Routledge, 2009.

COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa. As Lamas da Samarco: um estudo sobre vitimização ambiental e dano social estatal-corporativo a partir da perspectiva das vítimas. *Dissertação em Direito – IMED*. Passo Fundo, 2017, p. 27.

DOS SANTOS FEIJÓ, Anamaria Gonçalves; DO SANTOS, Cleopas Isaías; DE CAMPOS GREY, Natália. O animal não-humano e seu status moral para a ciência e o Direito no cenário brasileiro. *Revista de bioética y derecho*, n. 19, p. 2-7, 2010.

FAIRWEATHER, P. G. Links between ecology and ecophilosophy, ethics and the requirements of environmental management. *Australian Journal of Ecology*, v. 18, n. 1, p. 3-19, 1993.

FRANÇA, Karine Agatha; COLOGNESE, Mariangela Matarazzo Fanfa; BUDÓ, Marília De Nardin. O sofrimento animal como objeto da criminologia. *Mostra de Iniciação Científica e Extensão Comunitária, Faculdade Meridional*, p. 27-34, Passo Fundo, 2016.

HALSEY, Mark; WHITE, Rob. *Crime, ecophilosophy and environmental harm*. *Theoretical criminology*, v. 2, n. 3, p. 345-371, 2015.

LIEBLING, Alison; MARUNA, Shadd; MCARA, Lesley. *The oxford handbook of criminology*. 6 ed. Reino Unido: Oxford University Press, 2017.

LIMA, Carolina Carneiro; COSTA, Beatriz Souza. A rinha de galos, o direito dos animais e o meio ambiente na ótica do STF: uma análise da ADI 1856/RJ. *Revista do direito público*, v. 10, n. 3, p. 91-118, 2015.

LYNCH, Michael J.; STRETSKY, Paul B. The meaning of green: Contrasting criminological perspectives. *Theoretical Criminology*, v. 7, n. 2, p. 217-238, 2003.

MACÊDO, Fabrício Meira. Vaquejadas e o dever de proteção ambiental. *Revista jurídica luso brasileira*, n. 1, p. 749-792, 2015.

NATALI, Lorenzo. Criminology, victimización medioambiental y social harm - El caso de Huelva (España). *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 7, p. 5-34 2014.

NATURE. *Green criminology: shining a critical lens on environmental harm*. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41599-017-0007-2>. Acesso em: 28 fev. 2018.

NGOC, Anh Cao; WYATT, Tanya. A green criminological exploration of illegal wildlife trade in Vietnam. *Asian Journal of Criminology*, v. 8, n. 2, p. 129-142, 2013.

REGAN, T. *The case for animal rights*. Los Angeles: University of California Press, 2004.

RUGGIERO, Vincenzo; SOUTH, Nigel. Green criminology and crimes of the economy: Theory, research and praxis. *Critical Criminology*, v. 21, n. 3, p. 359-373, 2013.

SARGENTO, Pedro. *Geofilosofia, biocentrismo e empatia*. 2010, p. 194.

SIGNIFICADOS. *Significado de simbiose*. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/simbiose/>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

SINGER, Peter. *Animal liberation: The definitive Classic of the Animal Moviment*. New York: Harper Collins Publishers, 2009. 311 p.

SOLLUND, Ragnhild. *Animal abuse, animal rights and species justice*. American Society of Criminology 69th Annual Meeting. Atlanta: American Society of Criminology. 2013.

STRETESKY, Paul B.; LONG, Michael A; LYNCH, Michael J. *The treadmill of crime: political economy and green criminology*. 1 ed. New York: Routledge, 2014.

STRETESKY, Paul B.; LONG, Michael A; LYNCH, Michael J. *The treadmill of crime: political economy and green criminology*. 1 ed. New York: Routledge, 2014. 155 p.

TONELLA, Livia Helena; CONCEIÇÃO, Eliezer De Oliveira Da; TONELLA, Celene. Filosofia do direito ambiental: os animais enquanto sujeitos de direito. *Actio revista de estudos jurídicos*, v. 2, n. 26, p. 120-140, 2016.

WHITE, Rob; HECKENBERG, Diane. *Green criminology: an introduction to the study of environmental*. 1 ed. New York: Routledge, 2014.

WHITE, Rob; SPAPENS, Toine; KLUIN, Marieke. *Environmental crime and its victims perspectives within green criminology: perspectives within green criminology*. 1 ed. New York: Ashgate, 2014.

---

**Recebido em:** 20/08/2018

**Aprovado em:** 16/12/2018

**Como citar este artigo (ABNT):**

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; JUNG, Bruna da Rosa. Criminologia verde e abuso animal: uma introdução necessária. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.134-147, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/01/DIR35-09.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# OS TÍTULOS DE CRÉDITO COMO INSTRUMENTOS NA OPERAÇÃO DE SECURITIZAÇÃO NO BRASIL

## CREDIT TITLES AS INSTRUMENTS IN THE SECURITIZATION OPERATION IN BRAZIL

Roberto Lincoln de Sousa Gomes Júnior<sup>1</sup>  
Alisson José Maia Melo<sup>2</sup>

**RESUMO:** As operações de securitização são consideradas como uma das mais relevantes estratégias empresariais para a captação de recursos no mercado de capitais. Sua estrutura negocial, ao promover a desintermediação do financiamento mediante a segregação de ativos e a cessão desses créditos para um veículo de propósito específico, reduz os riscos inerentes à atividade empresarial e facilita, com isso, a captação de recursos com a promessa de pagamento de recebíveis. Nesse sentido, o recurso a valores mobiliários submetidos ao regime jurídico cambial configura-se como um mecanismo para impulsionar a circulação do crédito. Propõe-se, lastreado em pesquisa dedutiva, com apoio na literatura especializada, avaliar a possibilidade de qualificação dos valores mobiliários na securitização como títulos de crédito e identificá-los nas legislações específicas do Direito brasileiro. Conclui-se que, a despeito da distinção conceitual entre títulos de crédito e valores mobiliários, a aproximação dos institutos possibilita o desenvolvimento de mercados mais dinâmicos, bastante carentes na realidade nacional.

**Palavras-chave:** Direito de empresa; securitização; títulos de crédito.

**ABSTRACT:** Securitization operations may be considered as one of the most relevant business strategies for raising funds in the capital market. Its business structure, by promoting the disintermediation of financing through the segregation of assets and the assignment of these credits to a specific purpose vehicle, reduces the inherent risks to the business and thus facilitates the raising of funds with the promise of payment of receivables. In this sense, the use of securities subject to the credit titles' legal regime shows up as a mechanism to boost the circulation of credit. It proposes, based on deductive research, with support in the specialized literature, to evaluate the possibility of qualifying securities in securitization as credit titles and to identify them in the specific legislations of Brazilian Law. It concludes that, in spite of the conceptual distinction between credit and securities, the approximation of the institutes makes possible the development of more dynamic markets, quite lacking in the national reality.

**Keywords:** Company law; securitization; credit titles.

---

1 Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Pós-Graduação *Stricto Sensu* e de Graduação no Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Coordenador e Professor de Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Presidente do Instituto de Pesquisas em Direito dos Negócios (IPDNegócios). Advogado.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor de Direito Empresarial do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7).

## 1 INTRODUÇÃO

A despeito de inúmeras questões controversas que podem ser suscitadas em matéria de títulos de crédito, seja quanto à sua disciplina geral, seja quanto às especificidades de cada tipo de título, há que se reconhecer que os títulos de crédito têm como grande valor, quase elevado à condição de existência possibilitar a circulação dos direitos nele mencionados (ASCARELLI, 1969, p.11). Tendo como destino a circulação, qualificam-se como documentos que “representam certos e determinados direitos e, mais que isso, que dão possibilidade a que esses direitos incorporados nos documentos circulem, se transfiram facilmente de pessoa a pessoa, revestidos de inúmeras garantias para os credores e todos quantos figurem nesses papéis” (MARTINS, 2010. p. 4;15).

Justamente por servirem de instrumentos jurídicos que proporcionam a mobilização de riqueza, os títulos de créditos podem se mostrar úteis à operação de securitização. A securitização de recebíveis, numa primeira vista, corresponde à atividade empresarial de emissão de valores mobiliários, feito por uma securitizadora ou fundo de investimento, representativos de créditos futuros de empresas originadoras e negociáveis no mercado de capitais, com o propósito de captação imediata de recursos de investidores com a expectativa de retorno. A grande vantagem da securitização é a redução do risco, pela desintermediação do processo de financiamento (TOMAZETTE, 2017, p. 552).

O presente artigo tem como objetivo avaliar a potencialidade de aplicação, à operação de securitização, do regime cambiário no Brasil, destacando o potencial papel dos títulos de crédito na sua estruturação e execução. Para isso, analisam-se nas seções seguintes a terminologia e a conceituação da operação de securitização, a estrutura “clássica” da securitização, as etapas da operação de securitização, a natureza jurídica da securitização, e o desenvolvimento da securitização no Brasil. Ao final, são apresentadas as conclusões. A pesquisa adota uma metodologia de abordagem dedutiva, configurando-se em pesquisa exploratória, com discussão sob diferentes pontos de vista acerca do tema, e baseada em recursos bibliográficos e documentais.

## 2 A OPERAÇÃO DE SECURITIZAÇÃO: CONCEITOS E NATUREZA JURÍDICA

Conforme apontam Lima Neto e Mattes (2007, p. 11), a história da operação de securitização de ativos guarda relação com o processo de surgimento e desenvolvimento do mercado de capitais, sendo possível detectar alguns exemplos de estruturas de securitização em um passado distante. Por exemplo, Meir Kohn, em seu artigo “*The Capital Market before 1600*” cita as *compera securitas* italianas do século XII, como um exemplo dos primórdios da securitização de ativos. As comunas italianas, sendo Gênova a pioneira nesse tipo de operação, quando precisavam levantar recursos para financiar uma guerra ou a construção de uma frota de navios, formavam um sindicato (*compera*) de investidores, os quais, em troca de seu investimento, recebiam ações (*luoghe*). Em troca desses recursos, as comunas repassavam à *compera* direitos creditórios relativos à arrecadação tributária, normalmente de uma taxa criada especificamente para esse fim. Todavia, foi somente na década de 1970, no mercado imobiliário norte-americano, que a securitização passou a ser aplicada e se desenvolver em moldes mais assemelhados aos empregados atualmente.

Segundo Lewis Ranieri (1996, p. 30), o termo “*securitization*” teria sido utilizado pela primeira vez como definição de um produto financeiro em uma entrevista dada pelo próprio Ranieri a uma repórter do *Wall Street Journal*, na coluna “*Heard on the Street*”. O curioso é que os editores do jornal, a princípio, não queriam utilizar esse termo, pois não representava uma palavra realmente existente, e sim um jargão utilizado pelos agentes de *Wall Street*.

O termo securitização pode ser entendido em duas acepções. Em sentido amplo, simboliza o acesso ao mercado de capitais como alternativa de financiamento e investimento, em substituição a

outras opções ofertadas no mercado financeiro tradicional. Significa, assim, desintermediação financeira. Em sentido estrito, representa a operação que tem por escopo a segregação de ativos em veículo próprio, com o fim de servirem de lastro à emissão de títulos por esse mesmo veículo, tratando-se de poderoso instrumento no processo de desintermediação (CAMINHA, 2007, p. 37-38). A operação de securitização, conforme analisada nesta pesquisa, reflete a aceitação estrita.

Inúmeras são as propostas de conceituação à operação de securitização, mostrando-se cabível apresentar algumas. Kendall (1996) define a securitização como um processo em que se agrupa em *pool* empréstimos e outros instrumentos de dívida, com a finalidade de converter ativos ilíquidos em títulos de valores mobiliários líquidos, para posterior venda a investidores. Para Fernando Gaggini (2003, p. 19-21), a securitização de recebíveis consiste em operação na qual uma empresa, denominada originadora, transfere créditos seus para uma outra empresa, chamada securitizadora, constituída especificamente para a execução deste projeto. Esta empresa:

[...] adquirirá os créditos da originadora e, tendo-os por lastro, emitirá títulos e valores mobiliários, que serão ofertados publicamente no mercado de capitais. Com os recursos obtidos por meio dessa oferta pública de títulos e valores mobiliários, a securitizadora pagará a originadora pelos créditos a ela cedidos. [...]  
[...] os ativos emitidos pela securitizadora encontrarão maior aceitação no mercado, pois não envolvem os riscos da empresa originadora (que, em decorrência de seu negócio principal, se envolve em um grande número de relações jurídicas, das mais diversas origens, e que influenciam sua classificação de risco), mas tão somente os riscos dos ativos adquiridos pela securitizadora e utilizados como lastro dos valores mobiliários emitidos no mercado de capitais.

Mantovani e Santos (2007, p.102), por sua vez, destacam a securitização como uma operação que, em linhas gerais, caracteriza-se pela:

[...] completa segregação do risco de crédito do originador (*sponsor*), por meio da venda definitiva (*true sale*) deste conjunto de recebíveis para um veículo de propósito específico (*Special Purpose Vehicle*), figura legal remotamente sujeita à falência, o qual emite o valor mobiliário (ou título), realizando o repagamento aos investidores com o fluxo de caixa futuro gerado por estes créditos.

Já Unie Caminha (2007, p. 38-39) defende que se analise a operação de securitização sob duas óticas, uma financeira e uma jurídica. Sob a ótica financeira, a securitização seria a operação por meio da qual se mobilizam ativos, presentes ou futuros, que, de outra maneira, não teriam a possibilidade de se autofinanciar ou gerar renda presente. Três seriam os aspectos marcantes da função econômica da securitização: a mobilização de riquezas; a dispersão de riscos, e a desintermediação do processo de financiamento. Com a securitização, o agente econômico originador dos créditos pode diluir os riscos de sua carteira de recebíveis, adiantando receitas a ela referentes ou financiando projetos, pela emissão de títulos lastreados nessa carteira. Trata-se de mecanismo pelo qual o risco (de crédito, principalmente) envolvido numa operação é fracionado e diluído, de forma que ele venha a se tornar irrelevante ou aceitável para cada parte envolvida, o que não ocorreria se estivesse concentrado em uma única instituição.

Sob a ótica jurídica, a securitização poderia ser definida como estrutura composta por um conjunto de negócios jurídicos – ou um negócio jurídico indireto – que envolve a cessão e a segregação de ativos em uma sociedade, ou um fundo de investimento, que emite títulos garantidos pelos ativos segregados. Os títulos são vendidos a investidores e os recursos coletados servem de contraprestação pela cessão de ativos (CAMINHA, 2007, p. 38-39).

Assim, como aponta Avelino (2014, p. 19-20), a securitização constituiria uma operação

financeira, composta por diversos negócios jurídicos individuais que se materializam em:

- a) contratos ou títulos;
- b) os quais são cedidos ou endossados; para
- c) uma sociedade ou condomínio, denominados “veículos”;
- d) que emitem títulos de participação, de dívidas ou, ainda, cotas representativas e uma fração de seu patrimônio líquido;
- e) circuláveis ou resgatáveis, formando, portanto, um novo negócio jurídico.

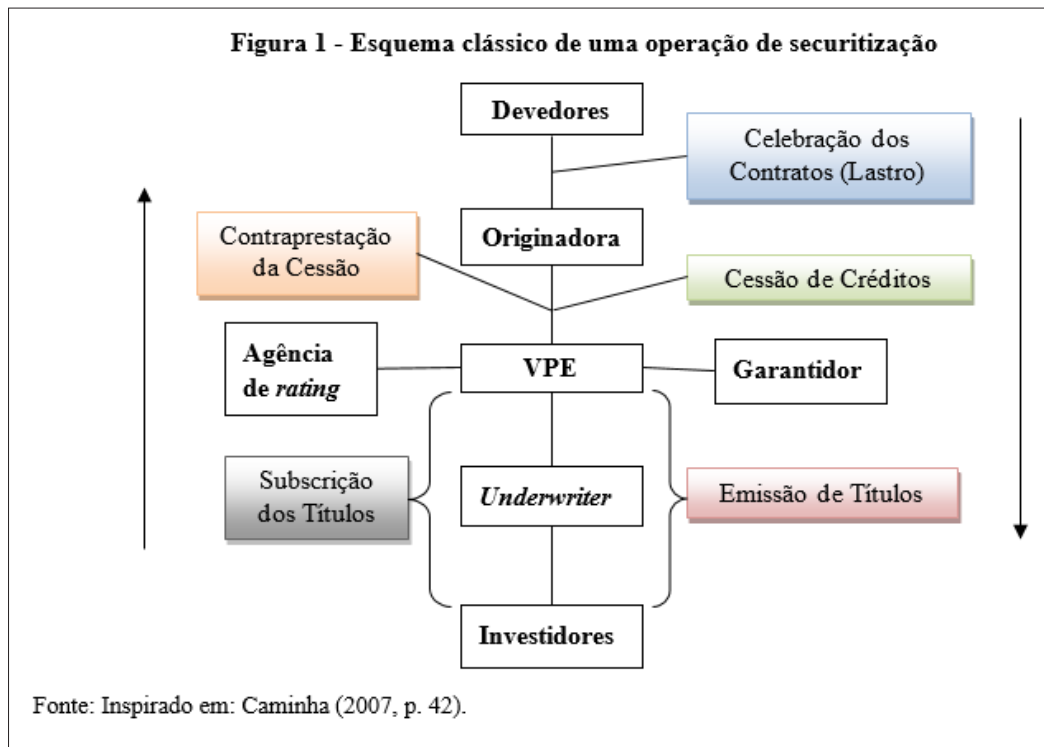
A securitização qualifica-se juridicamente como um negócio atípico, indireto e fiduciário. É negócio atípico porque, conquanto haja normas legais especificamente aplicáveis a algumas de suas espécies, o legislador brasileiro não se preocupou em inserir a operação de forma sistêmica em nosso ordenamento, advindo a unidade da estrutura antes da prática negocial do que de disciplina jurídica que a imponha. Nesse contexto, a natureza das atividades da originadora é que determina a natureza da operação de securitização e, conseqüentemente, a aplicabilidade de regras específicas disciplinadoras de cada tipo de operação. A securitização de créditos bancários e de exportações é estritamente regulada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil (BACEN). A securitização no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) também tem regramento próprio. As demais seguem as normas gerais de direito civil e comercial, onde não há previsão específica para a operação (CAMINHA, 2007, p. 127;140-141).

Em segundo lugar, trata-se de negócio indireto, uma vez que, mediante contratos já tradicionais em nosso ordenamento, buscam-se formas jurídicas para atingir a um fim específico, qual seja a operação de securitização. Para Ascarelli (*apud* CAMINHA, 2007, p.129-130): “há, pois, um negócio indireto sempre que as partes recorrem, no caso concreto, a um negócio determinado, visando a alcançar através dele, consciente e consensualmente, finalidades diversas das que, em princípio, lhe são típicas.” Isso porque ao constituir o VPE, ao segregar os ativos e ao emitir os títulos, visa-se a uma estrutura única, devendo tais negócios jurídicos serem visualizados em conjunto. Daí ser também negócio único, pois há conexão dos vários fins almejados pela vontade das partes. A maior vantagem de se utilizar estruturas jurídicas para fins diferentes dos tradicionais é apropriar-se da disciplina jurídica dessas estruturas, já consagradas e conhecidas, não se afastando do terreno conhecido dos negócios nominados (CAMINHA, 2007, p. 129-131).

Em arremate, a securitização é negócio fiduciário, pois nela há uma cessão de bens ou direitos por parte do originador (fiduciante) a um VPE (fiduciário), em benefício dos investidores, com um escopo determinado, que não pode ser desvirtuado pelo cessionário (CAMINHA, 2007, p. 134). Caracteriza-se como um negócio fiduciário para administração, “em que um determinado direito sobre um bem é transmitido ao fiduciário para que este o gira em benefício de outrem, e depois retransmita o direito” (VASCONCELOS, 2007, p. 46-48).

### **3 ESTRUTURA “CLÁSSICA” DA SECURITIZAÇÃO E SUAS ETAPAS**

Pode-se dizer que, em uma operação padrão de securitização, uma sociedade que tem bens, direitos ou expectativas de direitos, que são representados por contratos ou títulos, a originadora, constitui uma sociedade sem atividade operacional ou um fundo, o veículo de propósito específico (VPE), a quem transferirá os ativos, devendo este emitir os títulos ou valores mobiliários lastreados nesses ativos. Os investidores adquirem os títulos emitidos pelo VPE, que paga ao originador pela cessão dos ativos com os recursos oriundos da venda dos títulos. Podem ser apostas garantias adicionais, bem como ser contratada agência de classificação de risco para avaliar a emissão (CAMINHA, 2007, p. 101). O esquema clássico de uma operação de securitização pode ser apresentado da forma constante na Figura 1.



Como bem indica João da Silva (2005, p. 10-11), às sociedades originadoras, cedentes dos créditos, a securitização permite:

- saída do ativo do balanço de uma massa de créditos (*off-balance sheet*), substituída pelo valor da sua cessão onerosa, pago pelo cessionário com os fundos dos subscritores dos títulos por ele emitidos;
- limpeza ou melhoramento da estrutura do balanço;
- realização imediata de liquidez em circulação, a facultar o autofinanciamento das empresas que, assim, podem pagar dívidas e diversificar investimentos sem terem de aumentar o capital próprio, constituir mais reservas ou recorrer a capital de crédito, capital externo ou capital alheio;
- forma alternativa de (re)financiamento (*funding*), com redução do custo de capital;
- melhoramento da rentabilidade dos capitais próprios (ROE – *return on equity*) e da rentabilidade do ativo (ROA – *return on assets*);
- redução da exposição ao risco de crédito (risco do seu inadimplemento), transferido com a titularidade pela venda (*true sale*) para investidores e garantes (*credit enhancers*) intervenientes na operação;
- gestão mais dúctil do risco da taxa de juros e do risco de câmbio;
- superação de eventuais crises e prevenção de insolvências ou falências de empresas; e
- desincentivação de eventuais ofertas públicas de aquisição hostis ou de *management buy-out*, pelo “esvaziamento” da empresa que cede créditos para titularização.

Especificamente quanto ao papel das agências de notas de crédito, ou simplesmente agências de *rating*, que “atribuem uma classificação de risco, por meio de um relatório independente, sobre a capacidade de uma empresa ou de um título de sua emissão honrar seus compromissos (juros e principal) ao longo do tempo” (SANTOS; CALADO, 2011, p. 81), importante enfatizar que, embora seja facultativa a sua atuação no processo de securitização, a classificação por elas realizada é de alta relevância, por dar ao investidor uma noção mais segura e imparcial do risco de crédito tangente à emissão (CAMINHA, 2007, p. 115).

A operação de securitização “clássica”, segundo Cássio Penteadó Jr. (*apud* NAJJRIAN, 2010, p. 32), estrutura-se em três etapas: a cessão de crédito pela originadora dos ativos, com a formação



do VPE, a quem são transferidos os créditos para fazer o lastro da emissão dos títulos; a colocação desses títulos junto aos investidores; e o recebimento pelo VPE (cessionário) dos recebíveis, transferindo tais montantes aos investidores. Entendemos por bem representar em quatro etapas o processo de securitização. São elas:

- 1) a constituição do VPE;
- 2) a segregação dos ativos;
- 3) a emissão e subscrição dos títulos;
- 4) a captação dos recebíveis pelo VPE, com o devido repasse aos investidores.

Pela sua relevância para a consecução da securitização, as três primeiras etapas merecem aqui análise acurada. Destaque-se que os títulos de crédito aparecem como instrumentos úteis à execução das etapas de “segregação dos ativos” e de “emissão e subscrição dos títulos”.

### 3.1 Constituição do VPE

O VPE é a figura jurídica constituída especialmente para a operação de securitização, tendo como escopo único a aquisição de ativos a serem securitizados e a emissão dos títulos lastreados nesses ativos. O VPE pode assumir a forma de *trust*, fundo de investimento e sociedade.

O *trust*, figura admitida no sistema anglo-saxão, mas não no sistema jurídico pátrio, o que impede que um VPE estruture-se sob tal forma no Brasil, configura-se pela “entrega de bens pertencentes a uma pessoa (*settlor*) a outra (*trustee*), para que deles faça uso conforme determinado encargo que lhe tenha sido acometido”. O instituidor do *trust* “efetivamente transfere a propriedade dos bens objeto ao *trustee*, que assume a obrigação de administrá-los conforme as orientações recebidas em benefício de um terceiro (ou do próprio instituidor), que seria o beneficiário do negócio”. A dicotomia de propriedade, dividida em “propriedade de garantia” e “propriedade de fruição”, faz do *trust* o VPE mais adequado à securitização, visto que promove clara segregação do patrimônio, além de gozar de tratamento tributário diferenciado (nos regimes jurídicos que o reconhecem) e total controle do patrimônio pelo administrador (CAMINHA, 2007, p. 102-103).

São identificados, no País, dois veículos macro como meios para a realização de operações de securitização, as companhias, ou sociedades, securitizadoras de crédito e os fundos de investimento (AVELINO, 2014, p. 67). Às sociedades securitizadoras se atribui a nomenclatura mais usualmente utilizada pela doutrina para se referir à securitização, qual seja, a de sociedade de propósito específico (SPE), que deve ser corretamente compreendida como espécie do gênero VPE, e não como termos sinônimos.

As sociedades utilizadas como VPE têm como objeto especificamente receber o ativo utilizado como lastro da securitização e emitir os títulos lastreados nesse ativo. Como assevera Uinie Caminha (2007, p. 107-108), a “maior diferença entre a sociedade VPE e as constituídas fora de securitizações não está nos aspectos formais, e sim no fim a ser alcançado”. A constituição da sociedade, nesses casos, não exaure o objetivo do negócio, sendo parte de uma série de contratos interligados por um escopo comum, qual seja a estruturação da securitização. Não há uma limitação quanto ao tipo empresarial exigido para a constituição da sociedade, havendo uma preferência pela modalidade de sociedade anônima, dada a possibilidade de emissão de debêntures (ALVES, 2010, p. 26).

Além disso, via de regra, as sociedades qualificadas como VPE não possuem atividade operacional. Os acionistas do VPE comumente são pessoas físicas ou jurídicas ligadas ao originador. Somente quando a securitização se dá por emissão de ações é que os próprios investidores são os acionistas da companhia (estrutura não muito usada, mas possível). No Brasil, há previsão expressa para as sociedades securitizadoras de créditos financeiros, em resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN), como a Resolução nº 2.686/00, para as sociedades securitizadoras de créditos imobiliários, na Lei nº 9.514/97 e, para as companhias securitizadoras de crédito agrário, na Lei nº 11.076/04.

A estrutura jurídica dos fundos de investimento, em que se emitem cotas, a serem adquiridas por investidores, gerando recursos que servirão à compra de novos créditos de um originador, por sua vez, demonstra-se mais vantajosa em comparação às companhias securitizadoras, na maior parte dos casos (LORIA, 2009, p. 85). Além de vantagens tributárias, por não incidirem impostos sobre a carteira do fundo, sua constituição é mais simples, pois o registro de distribuição das cotas é automático, sendo desnecessária a constituição e a abertura do capital.

No Brasil, existe previsão expressa para duas espécies de VPE sob a forma de fundos de investimento, quais sejam os Fundos de Investimento Imobiliários (FII) e os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC) (CAMINHA, 2007, p. 105-106). Os fundos de investimento possuem também suas dificuldades. Entre elas, a impossibilidade de emissão de debêntures, optando-se por outros valores mobiliários menos usuais no mercado (ALVES, 2010, p. 30).

### 3.2 Segregação dos Ativos

A segregação dos ativos que servem de lastro para os títulos emitidos num VPE é uma das maiores vantagens da securitização, trazendo benefícios para originadores e investidores. Aos originadores, permite uma operação que, a princípio, “[...] não será registrada em suas demonstrações financeiras; e que [...] pode ter classificação de risco melhor que a do próprio originador, o que tende a resultar em menores taxas exigidas pelos investidores e prazo mais longo de financiamento”. Aos investidores, “[...] o menor risco resulta em maior segurança em investimentos, que, em tese, serão mais rentáveis que aqueles tradicionalmente ofertados no mercado” (CAMINHA, 2007, p. 108-109).

Não há restrições quanto à natureza e modalidade do crédito que servirá para segregação e transferência ao VPE, podendo ser desde faturas de cartão de crédito e créditos bancários a créditos de arrendamento mercantil e créditos do agronegócio. Nesse contexto, a qualidade do ativo que servirá de lastro é relevante, ou seja, o histórico de performance e o nível de inadimplência do crédito, pois a emissão dos títulos tende a ter as mesmas características de tal ativo, especialmente quanto a termo, rendimentos e resgate. Ainda, quanto mais homogêneos os créditos cedidos, mais fácil seu agrupamento para posterior emissão dos títulos. Auditorias jurídicas podem ser feitas para avaliar a qualidade dos créditos, a correta constituição, a possibilidade e formalidades para a cessão, entre outros aspectos. A subordinação ao regime jurídico comum de vencimento, pagamento e cobrança também é importante para a constituição da carteira (TOMAZETTE, 2017, p. 553).

Nessa etapa podem aparecer figuras como a da agência de *rating* e a do garantidor. As agências de *rating* procedem à classificação do risco, como forma de minimizar eventuais custos de transação pelo mascaramento do verdadeiro risco dos créditos – embora esse risco não seja de todo afastado, haja vista a possibilidade de fraudes por conta das agências. A classificação do risco é obrigatória no Brasil, por força da Instrução CVM nº 404/04, mas vale muito mais como informação para a tomada de decisão pelo investidor do que propriamente uma garantia de saúde do investimento (ALVES, 2010, p. 23-25).

A efetiva e definitiva transferência ao VPE dos ativos que servem de lastro à securitização, o chamado *true sale*, é fundamental para a operação, uma vez que, caso não ocorra de fato e de direito, há o risco de consolidação do patrimônio do originador e do VPE, desconfigurando-se a securitização. Netto e Jabur (*apud* LIMA NETO; MATTES, 2007, p. 16), ao analisarem a *true sale*, definem-na como:

[...] cessão de créditos final e definitiva, de modo que, em caso de falência da cedente, os investidores que adquiriram títulos lastreados nos créditos securitizados não são afetados. No caso dos Estados Unidos, quem determina se a cessão configura ou não uma *true sale* é o juiz da falência, e essa decisão tem um relevante componente de subjetividade, ao passo que no Brasil, embora exista a possibilidade de questionamento de uma cessão de créditos, a desconsideração somente ocorre em situações específicas previstas em lei.

Na legislação falimentar brasileira, a importância da *true sale* está refletida no art. 136, § 1º, da Lei nº 11.101/05, que dispõe que “[...] na hipótese de securitização de créditos do devedor, não será declarada a ineficácia ou revogado o ato de cessão em prejuízo dos direitos dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizado” (BRASIL, 2005). A segregação dos ativos acarreta, no Direito Brasileiro, a segregação dos riscos, protegendo os investidores de prejuízos diante de eventual falência da originadora (TOMAZETTE, 2017, p.554). Embora se verifique que a maioria da doutrina manifeste-se favoravelmente à escolha do legislador pelo *true sale*, por promover as bases do Direito Empresarial, críticas são apontadas quanto a esse dispositivo, notadamente em relação a ausência de mecanismos de controle de fraudes e as dificuldades do manejo da ação revocatória nesse caso (MENDES, 2014, p.99).

Para a transferência dos ativos da originadora ao VPE, costuma-se utilizar o contrato de cessão de crédito, regulado pelos arts. 286 a 298 do Código Civil de 2002, que se mostra eficiente pelo fato de a operação não envolver um número grande ou indefinido de partes. Ressalte-se a possibilidade de cessão de créditos futuros, conforme já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Aplicam-se todas as características do instituto, sobressaindo-se, como inconveniente à operação de securitização, a necessidade de se notificar os devedores a respeito da cessão (que não ocorre nos casos de securitização de base imobiliária, por força do art. 35 da Lei nº 9.514/97), o que implica altos custos, principalmente em cessões de grande quantidade de créditos e que se dão de forma continuada. Um modo de mitigar tal inconveniente pode ser a delegação ao cedente das funções de agente arrecadador dos créditos cedidos, de forma que o pagamento possa ser feito pelo devedor ao credor originário, contanto que isso não afete a característica de *true sale* da cessão (CAMINHA, 2007, p. 79-83).

Poder-se-ia, também, usar como instrumento de segregação de ativos a cessão de posição contratual, negócio jurídico por meio do qual a posição contratual de uma das partes é assumida por terceiro, que passa figurar na relação contratual como se fosse a parte de quem tomou lugar. No entanto, a viabilidade disso esbarra na necessidade de anuência do devedor (CAMINHA, 2007, p. 83-84).

Há, ainda, a possibilidade de se utilizar a circulação de títulos de crédito como mecanismo de segregação de ativos. Para isso, necessário se mostra que os créditos que servirão de lastro à emissão dos títulos pelo VPE estejam representados em título de crédito válido, devendo ser respeitadas todas as regras de circulação atinentes à modalidade do respectivo título quando da transferência da originadora ao VPE.

### **3.3 Emissão e Subscrição dos Títulos**

Segregados os ativos, passa-se à fase de emissão e subscrição dos títulos neles lastreados. É nela que efetivamente se realiza a securitização, no seu sentido literal, pois os ativos lastreantes se transformam em títulos negociáveis (CAMINHA, 2007, p. 112).

Importante destacar que, na escolha dos ativos para servir de lastro à emissão, deve-se atentar para a demanda dos investidores, no que diz respeito a taxas, prazos e natureza. Por exemplo, se há mercado para títulos de longo prazo e remuneração prefixada, pode-se lastrear a emissão em ativos como os recebíveis oriundos de financiamento à habitação. É possível, ainda, que se transformem qualitativamente certos ativos de características diversas para que adquiram o perfil desejado para a operação, fazendo-se uso, por exemplo, da “transformação” de créditos de curto prazo em longo prazo, mediante a substituição constante desses por outros de mesma natureza, mas com termo de vencimento posterior (técnica do crédito rotativo) (CAMINHA, 2007, p. 111).

Pode o VPE ofertar aos investidores tanto títulos de crédito como valores mobiliários. Conceitualmente, títulos de crédito não se confundem com valores mobiliários. Nos termos do art. 2º da Lei nº 6.385/76, com a redação dada pela Lei nº 10.303/01:

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:  
I - as ações, debêntures e bônus de subscrição;  
II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II;  
III - os certificados de depósito de valores mobiliários;  
IV - as cédulas de debêntures;  
V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos;  
VI - as notas comerciais;  
VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários;  
VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e  
IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Destaque-se, de início, a completa ausência de relação gênero/espécie entre as figuras dos títulos de crédito e dos valores mobiliários, de modo que pode haver instrumentos que consistem simultaneamente em título de crédito e valor mobiliário, assim como instrumentos que são somente títulos de crédito ou somente valores mobiliários. Sobre isso, confira-se o entendimento de Najjarian (2010, p. 216-217):

Por maiores que sejam as eventuais analogias entre os títulos de crédito e os valores mobiliários, é mister deixar claro que elas nada têm a ver com o que se poderia chamar de análise funcional desses institutos jurídicos. Veja-se que uma ação da sociedade anônima tanto é definida como um título de crédito – já que é um documento necessário para o exercício de um direito literal e autônomo nele mencionado – como é, por expressa definição legal, considerada um valor mobiliário. Ela reúne, simultaneamente, portanto, as características essenciais de ambas as categorias jurídicas.

As duas categorias se distinguem essencialmente pela diferente função econômica. Enquanto os títulos de crédito foram concebidos para serem documentos individuais, cada título incorporando direito individual e singular, que circularia indefinidas vezes, os valores mobiliários têm vocação para a distribuição em massa (CAMINHA, 2007, p. 90-92). Waldírio Bulgarelli (1980, p. 110) reitera esse último ponto, assinalando que “[...] a configuração de valores mobiliários se deve à sua negociabilidade e enquanto títulos de massa”.

Tradicionalmente, os títulos de crédito fundamentais – a letra de câmbio e a nota promissória – foram concebidos como documentos que reforçavam o pagamento de alguma dívida entre emitente e beneficiário. Por se qualificarem como documentos *pro solvendo*, há a presunção de que são documentos acessórios para o adimplemento de determinada obrigação constituída entre partes para a qual, naquele momento específico, faltava numerário em moeda. Diversamente, os valores mobiliários originam-se da oferta ao público de títulos de investimento, não se amparando a princípio como reforço de um contrato, que seria firmado somente *a posteriori*.

Nesse sentido, as cédulas de crédito, por exemplo, são emitidas por ocasião da celebração de contrato de mútuo com instituição financeira ou a esta equiparada, e vinculada a esse contrato, nos termos das legislações específicas de cada modalidade cedular. No entanto, a CVM admitiu a cédula de crédito bancário (CCB) como valor mobiliário, com base no art. 2º, IX, da Lei nº 6.385/76, a despeito da incompatibilidade de finalidades, pois na CCB realiza-se uma tomada de empréstimo, e não a busca de recursos na economia popular (ALMEIDA, 2016, p. 96-97)

Observa-se que, embora títulos de crédito e valores mobiliários assemelhem-se conceitualmente pela finalidade circulatória, pode-se resumir as diferenças entre os institutos a três elementos: a abstração presente nos títulos de crédito, o que não ocorre no caso dos valores mobiliários – que,

em casos excepcionais, como se dá na securitização, uma tentativa de abstração é feita através da constituição do VPE –; a finalidade imediata dos valores mobiliários para captação de recursos, enquanto nos títulos de crédito se verifica o propósito de circulação prática de ordens ou promessas; e a forma de constituição desses documentos, já que os valores mobiliários não pressupõem a existência de obrigações pretéritas, mas numa oferta de títulos de investimento ao público, enquanto nos títulos de crédito presume-se a existência de uma relação contratual original (COELHO, 2007, p. 54). Mattos Filho (2015, p. 40), em contrapartida, sustenta que o critério distintivo seja a fungibilidade: “[...] todos os títulos emitidos em massa, por serem fungíveis, seriam valores mobiliários; a *contrario sensu*, todos os títulos não fungíveis, mesmo que emitidos em grande quantidade, seriam títulos de crédito”.

Um dos valores mobiliários mais comuns nas operações de securitização eram as debêntures. A despeito de entendimentos no sentido de que tais valores mobiliários não se poderiam configurar como títulos de crédito porque, sinteticamente, careceria às debêntures as características da incorporação – a facultatividade na emissão de certificados –, da literalidade – a ausência de definição precisa dos direitos de crédito, pela possibilidade de remuneração com base no lucro – e da autonomia – pois a vinculação entre as debêntures e o emitente persistem com a negociação – (RIBEIRO, 2006, p. 88-92), concorda-se com a visão de que “[...] devem se integrar à teoria dos títulos de crédito, não só para se manter a unidade conceitual e sistemática, mas porque estão impregnados senão de todo ao menos de vários requisitos característicos dos títulos de crédito” (BULGARELLI, 1980, p. 111).

Inicialmente, no Brasil, as debêntures se destacaram como títulos frequentemente emitidos em operações de securitização, o que se deve ao fato de se tratarem de títulos comumente de longo prazo e que contam com diversas possibilidades de estruturação e graus de preferência, podendo ser emitidas em diferentes séries e com diferentes níveis de garantia (CAMINHA, 2007, p. 111-115). Todavia, após o surgimento dos Fundos de Investimento em Direitos Creditório (FIDC), as debêntures foram perdendo espaço. Securitizações de base imobiliária e de ativos do agronegócio, por sua vez, contam com títulos específicos, abordados adiante.

Como dito, a esta etapa segue-se o recebimento dos recebíveis pelo VPE, com o devido repasse aos investidores.

#### **4 A SECURITIZAÇÃO NO BRASIL E A ADOÇÃO DO REGIME CAMBIÁRIO PARA OS VALORES MOBILIÁRIOS DA SECURITIZAÇÃO**

No Brasil, a securitização passou a ser implantada e se desenvolver na transição da década de 80 para 90. Uma das primeiras operações de securitização de que se tem notícia, além da Embratel e da Varig (ALMEIDA, 2015, p. 448) foi promovida pela rede de lojas Mesbla, através da Mesbla *Trust* de Recebíveis de Cartão de Crédito S.A (Mesbla *Trust*), sociedade criada para funcionar como VPE. Foram cedidos à Mesbla *Trust* direitos creditórios oriundos de operações comerciais realizadas com a utilização de cartões de crédito. Tal VPE captou recursos emitindo debêntures lastreadas naqueles recebíveis, de forma que os investidores não ficassem expostos ao risco Mesbla, que passava por dificuldades financeiras. Como forma de pagamento dos direitos creditórios, a Mesbla *Trust* repassou à Mesbla os recursos auferidos (FURIATI, 2009, p. 21-22).

Com o passar do tempo, foram emergindo regulamentações específicas para determinados tipos de securitização, distinguidos a partir da natureza dos créditos que servem de lastro à emissão de títulos pelo VPE. Destaca-se na presente seção o potencial papel dos títulos de crédito na sua estruturação e execução, empreendendo-se uma análise dos regimes relativos à securitização de ativos de exportação, de base imobiliária, empresariais em geral, financeiros e do agronegócio.

Primeiramente, tem-se a securitização de ativos de exportação, regida pela Resolução CMN nº 1.844/91 e pela Circular Bacen nº 3.027/01, consistente na emissão de títulos lastreada em ativos

específicos, quais sejam créditos oriundos da exportação de bens. A emissão dos títulos se dá no mercado internacional lastreada em vendas ao exterior a pagamento futuro ou mesmo expectativa de créditos. Na prática, a subsidiária estrangeira de uma sociedade brasileira cede, em favor de VPE (geralmente *trust*), os seus recebíveis de exportação contra os compradores/importadores. Esse VPE emite valores mobiliários (geralmente *trust certificates*) no mercado internacional, com lastro nos recebíveis adquiridos, captando, dessa forma, os recursos a serem repassados à matriz brasileira (CAMINHA, 2007, p. 142).

Na securitização de base imobiliária, por sua vez, destacam-se os Fundos de Investimento Imobiliário (FII) e a securitização de créditos imobiliários.

Quanto aos FIIs, regulados pela Lei nº 8.668/93, pela Instrução CVM nº 205/94 e pelas Resoluções CMN nº 2.248/96 e nº 2.686/00, tem-se que, enquanto nos fundos de investimento em geral os bens que compõem seu patrimônio são adquiridos pelo fundo em seu nome, no caso dos FIIs os bens e direitos de natureza imobiliária são adquiridos pela própria instituição administradora do fundo, com o intuito de evitar questionamentos quanto à legitimidade do condomínio para a aquisição e alienação dos bens imóveis. Estabelece-se, assim, a propriedade fiduciária do administrador com relação ao patrimônio do fundo, de modo que os bens, direitos, frutos e rendimentos não se comunicam com o patrimônio da administradora, não respondendo por obrigações desta (efetivamente uma modalidade de patrimônio separado apta a servir aos fins da securitização). Assim, mesmo os FIIs não sendo expressamente considerados mecanismos de securitização, conceitualmente apresentam suas mesmas características, já que há segregação de ativos específicos para posterior emissão de títulos neles lastreados (CAMINHA, 2007, p.145).

No que se refere à securitização de créditos imobiliários, disciplinada pela Lei nº 9.514/97 e regulamentada pela Resolução CMN nº 2.517/98, Lei nº 10.931/04 e Instrução CVM nº 284/98, destaca-se a figura das companhias securitizadoras, que são as responsáveis pela emissão dos Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI), simultaneamente títulos de crédito e valores mobiliários. Os CRIs são “títulos de crédito nominativos, de livre negociação, lastreados em créditos imobiliários, que representam promessas de pagamento, que podem ter até garantia flutuante (um privilégio geral sobre o ativo da emitente)” (TOMAZETTE, 2017, p.558).

Os créditos cedidos à securitizadora também podem ser representados por Cédulas de Crédito Imobiliário (CCI), os quais delimitam e padronizam os créditos imobiliários, facilitando a transferência ao VPE e a securitização como um todo. As CCIs podem ser cedidas por endosso, caso sejam cartulares, ou por meio de central de liquidação e custódia de títulos, no caso de emissão escritural. Necessário se faz discriminar as CCIs no termo de securitização (número, valor, série e instituição custodiante, mencionando o patrimônio separado a que estão afetadas). As companhias securitizadoras podem oferecer garantias adicionais, como, por exemplo, garantia flutuante sobre todo seu patrimônio, hipoteca, cessão fiduciária de direitos creditórios, caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis. Podem, ainda, instituir regime fiduciário sobre créditos imobiliários, a fim de lastrear a emissão de CRIs, passando os créditos submetidos a tal regime a constituir patrimônio separado. Importante aí a figura do agente fiduciário, instituição financeira ou autorizada pelo Bacen para tal atividade (CAMINHA, 2007, p. 146-149).

Destaque-se que agentes financeiros podem operar a securitização sem necessidade de companhia securitizadora, por meio da emissão de Letras de Crédito Imobiliário (LCI), que consistem em títulos nominativos, que podem ser transferidos mediante endosso em preto, emitidos e negociados independentemente de efetiva tradição, ou seja, que podem ser escriturais. Seu lastro corresponde a créditos imobiliários garantidos por hipoteca ou alienação fiduciária de bem imóvel (CAMINHA, 2007, p. 149).

Quanto à securitização de ativos empresariais em geral, a Resolução CMN nº 2.026/93 permitia

que instituições financeiras adquirissem títulos emitidos por VPEs, sendo os ativos lastreantes da emissão de caráter eminentemente comercial ou oriundos da prestação de serviços, ou seja, títulos representativos de créditos originários de venda no varejo, receitas de prestação de serviços, faturas de cartão de crédito, dentre outras. Tal normativo foi revogado pela Resolução CMN nº 2.493/98, que não regulou a matéria. Assim, não há disciplina legal específica que dê amparo à securitização de ativos empresariais em geral, o que propicia flexibilidade para estruturação da operação. Os ativos lastreantes podem ser quaisquer um passível de gerar renda, não havendo ativos específicos. Exemplos de setores que empregam esse tipo de securitização são os de cartões de crédito, automobilístico e aviação (CAMINHA, 2007, p. 154-156).

Em 2001, o CMN, por meio da Resolução nº 2.907/01, criou os FIDCs, regulamentados pela Instrução CVM nº 356/01, que se prestam à securitização de ativos empresariais. Sobre eles, importante apontar a restrição à participação de investidores qualificados, bem como a admissão de espécies diferentes de cotas, subordinadas e seniores, sendo que estas podem oferecer garantias maiores para seu resgate (CAMINHA, 2007, p. 155-156). Após sua criação, o FIDC passou a ser o principal instrumento de securitização empregado no mercado brasileiro.

Na securitização de créditos financeiros, disciplinada na Resolução CMN nº 2.686/00, as instituições financeiras cedem seus créditos (recebíveis bancários) a companhias securitizadoras, que emitem títulos lastreados nesses créditos. Pode-se emitir ações ou debêntures não conversíveis para distribuição pública, ou debêntures não conversíveis subordinadas para emissão privada, no mercado local, ou ainda outros valores mobiliários para distribuição no exterior. A emissão privada só é permitida no caso de a instituição cedente ser sua única adquirente. Permite-se a coobrigação da cedente pelo pagamento dos créditos (CAMINHA, 2007, p. 156-158).

Por fim, a securitização de ativos do agronegócio, regulada pela Lei nº 11.076/04, organiza-se conforme modelo similar ao introduzido para securitização de base imobiliária. Os antigos Certificados de Depósito de Mercadorias e *Warrants* não podem ser emitidos com lastro em produtos relativos ao agronegócio, tendo sido substituídos, a partir do citado diploma normativo, pelo Certificado de Depósito Agropecuário (CDA) e pelo *Warrant* Agropecuário (WA), que são emitidos simultaneamente e lastreados em produtos depositados em armazéns devidamente certificados por autoridades governamentais. Criaram-se, ainda, os Certificados de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA) e as Letras de Crédito do Agronegócio (LCA), de emissão exclusiva de instituições financeiras, e ainda os Certificados de Recebíveis do Agronegócio (CRA), cuja emissão é exclusiva para sociedades de securitização de recebíveis (CAMINHA, 2007, p. 159).

Ao que interessa à pesquisa, os CRAs, tais como os CRIs, qualificam-se como títulos de crédito nominativos – com emissão feita de forma escritural e negociação controlada –, com a estrutura de promessa de pagamento, de livre negociação e lastreados em créditos do agronegócio, como informa o art. 36 da Lei nº 11.076/04 (TOMAZETTE, 2017, p. 559-560). Também são valores mobiliários, porque ofertados e negociados publicamente no mercado de capitais. Segundo Favaretto (2015, p.103), o CRA “[...] foi criado com a finalidade de instrumentalizar a captação de investidores institucionais, considerados como tais o Estado, as instituições públicas, as instituições financeiras, as seguradoras, os fundos de investimento e de pensões”. A emissão do CRA não é independente, necessitando da presença do Termo de Securitização de Direitos Creditórios. A legislação permite a emissão de CRA de forma privada e, nesse caso, não se enquadraria como valor mobiliário e estaria dispensado seu registro na CVM (FAVARETTO, 2015, p. 108).

## 5 CONCLUSÃO

A partir da análise dos aspectos essenciais da operação de securitização, destacando o potencial papel dos títulos de crédito na sua estruturação e execução, verifica-se que os títulos de crédito podem ser utilizados em dois momentos na operação de securitização.

Primeiramente, quando se transfere ao veículo de propósito específico (VPE) a titularidade de créditos detidos pela originadora da operação. Embora seja comum lançar-se mão do contrato de cessão de crédito para tanto, é possível que se utilize a circulação de títulos de crédito como mecanismo de segregação de ativos. Necessário, no entanto, que os créditos que servirão de lastro à emissão dos títulos pelo VPE estejam representados em título de crédito válido, devendo ser respeitadas todas as regras de circulação atinentes à modalidade do respectivo título quando da transferência da originadora ao VPE.

O segundo momento é o da oferta aos investidores de títulos lastreados nos créditos cedidos. Ao lado dos valores mobiliários (lembrando que não há relação de gênero / espécie entre as duas figuras, havendo títulos de crédito que também são valores mobiliários), os títulos de crédito apresentam-se como alternativa de produto a ser destinado aos investidores. Conclui-se que, ao funcionarem como instrumentos jurídicos que proporcionam a mobilização de riqueza, atribuir aos valores mobiliários das operações de securitização o regime jurídico próprio dos títulos de créditos favorece a formação de mercados mais dinâmicos, ainda em muito necessários na ordem econômica brasileira.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carolina Catizane de Oliveira. As sociedades de propósito específico na condução das operações de securitização de créditos imobiliários. In: GREGORI, Isabel Christine Silva de; KNOER, Viviane Coêlho de Séllos; CATEB, Alexandre Bueno (Coord.). *Direito empresarial II*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

ALMEIDA, Jerfferson da Mata. A cédula de crédito bancário como valor mobiliário. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 28, p. 90-98, jan./abr. 2016.

ALVES, Gustavo de Aguiar Ferreira. *Segregação patrimonial e securitização de crédito*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Tradução de Nicolau Nazo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

AVELINO, Luiz Filipi de Cristofaro. *Aspectos jurídicos da securitização no Brasil*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 dez. 1976, p. 16037 e ss. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm)>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 fev. 2005, edição extra, p. 1 e ss. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em: 30 set. 2018.



- BULGARELLI, Waldírio. Os valores mobiliários como títulos de crédito. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 37, 1980.
- CAMINHA, Unie. *Securitização*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COELHO, Livia Alves Visnevski Fróes. *Securitização*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2007.
- FAVARETTO, Rodolfo Isper. *Securitização de recebíveis: aspectos jurídicos e econômicos da operação*. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2015.
- FURIATI, Bruno Pierin. *O Conceito de True Sale no Direito Brasileiro*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2009.
- GAGGINI, Fernando Schwarz. *Securitização de Recebíveis*. São Paulo: Livraria e Ed. Universitária de Direito, 2003.
- KENDALL, Leon T. “Securitization: a new era in American finance”. In: KENDALL, Leon T.; FISHMAN, Michael J. (edit.). *A Primer on Securitization*. Cambridge, Mass. : Massachusetts Institute of Technology, 1996.
- LIMA NETO, Lucas de; MATTES, Mauro. “Securitização de Ativos: histórico e estatísticas”. In: LIMA NETO, Lucas de. (Org.). *Securitização de Ativos: a era da desintermediação financeira*. Porto Alegre – RS: Zouk, 2007.
- LORIA, Eli. *Estrutura e função do capital social na companhia aberta*. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MANTOVANI, Pablo; SANTOS, Décio B. “Overview da Securitização”. In: LIMA NETO, Lucas de.; MATTES, Mauro. In: LIMA NETO, Lucas de. (Org.). *Securitização de Ativos: a era da desintermediação financeira*. Porto Alegre – RS: Zouk, 2007.
- MARTINS, Fran. *Títulos de Crédito*, 15ª ed., atualizada por Joaquim Penalva dos Santos e Paulo Penalva dos Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Direito dos valores mobiliários*. v. 1 (dos valores mobiliários), t. 1. São Paulo: FGV. 2015.
- MENDES, Hélio Rubens de Oliveira. *Securitização de créditos e a lei 11.101/05*. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronha. *Securitização de Recebíveis Mercantis*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- RANIERI, Lewis. “The origins of securitization, sources of its growth, and its future potential”. In: KENDALL, Leon T.; FISHMAN, Michael J. (edit.). *A Primer on Securitization*. Cambridge, Mass.: Massachusetts Institute of Technology, 1996.
- RIBEIRO, Milton Nassau. São as debêntures títulos de crédito? *Revista Imaes de Direito*, São Caetano do Sul, ano VII, n. 12, jan./dez. 2006.
- SANTOS, Cláudio Gonçalves do; CALADO, Luiz Roberto. *Securitização: novos rumos do mercado financeiro*. São Paulo: Saint Paul, 2011.
- SILVA, João Calvão da. *Titulização de Créditos: Securitization*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: títulos de crédito*. v. 2, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VASCONCELOS, Luís Miguel D. P. Pestana de. *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência: em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*. Coimbra: Coimbra, 2007.

---

**Recebido em:** 27/10/2018

**Aprovado em:** 05/11/2018

**Como citar este artigo (ABNT):**

GOMES JÚNIOR, Roberto Lincoln de Sousa; MELO, Alisson José Maia. Os títulos de crédito como instrumentos na operação de securitização no Brasil. A opção pelo uso e a autorização para produção e fornecimento de fosfoetanolamina sintética. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.141-155, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-10.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.







Quem se prepara, não para.