



Teoria e Prática em Direitos Humanos nas Instituições de Direito Público e Privado

Organizadores

José Péricles de Oliveira

Rodrigo Cogo

Rogério Nogueira Guimarães

**Teoria e Prática em Direitos Humanos
nas Instituições de Direito
Público e Privado**

O presente livro foi realizado com apoio da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul (FUNDECT) – Brasil



Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino,
Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul

**José Péricles de Oliveira
Rodrigo Cogo
Rogério Nogueira Guimarães
(Organizadores)**

**Teoria e Prática em Direitos Humanos
nas Instituições de Direito
Público e Privado**


Pedro & João
editores

Copyright © Autoras e autores

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos das autoras e dos autores.

José Péricles de Oliveira; Rodrigo Cogo; Rogério Nogueira Guimarães [Orgs.]

Teoria e Prática em Direitos Humanos nas Instituições de Direito Público e Privado. São Carlos: Pedro & João Editores, 2023. 393p. 16 x 23 cm.

ISBN: 978-65-265-0187-0 [Impresso]

978-65-265-0377-5 [Digital]

1. Teoria e prática. 2. Direitos humanos. 3. Instituições de direito público. 4. Instituições de direito privado. I. Título.

CDD – 340/370

Capa: Petricor Design

Ficha Catalográfica: Hélio Márcio Pajeú – CRB - 8-8828

Diagramação: Diany Akiko Lee

Editores: Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

Conselho Científico da Pedro & João Editores:

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/ Brasil); Hélio Márcio Pajeú (UFPE/Brasil); Maria Isabel de Moura (UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil); Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil); Ana Cláudia Bortolozzi (UNESP/ Bauru/Brasil); Mariangela Lima de Almeida (UFES/Brasil); José Kuiava (UNIOESTE/Brasil); Marisol Barenco de Mello (UFF/Brasil); Camila Caracelli Scherma (UFFS/Brasil); Luís Fernando Soares Zuin (USP/Brasil).



Pedro & João Editores

www.pedroejoaoeditores.com.br

13568-878 – São Carlos – SP

2023

PREFÁCIO

Você, caro (a) amigo (a) leitor (a) tem em mãos uma obra sobre defesa e garantia dos Direitos Humanos.

Tratar dessa temática em tempos sombrios e de incertezas, como os que estamos vivendo nesse momento, em que o velho governo ainda está morrendo e o novo governo está nascendo, e, portanto, num momento delicado de transições; e em que a nação brasileira está literalmente dividida: de um lado vociferando raivosos os denominados bolsonaristas e de outro, temerosos e atentos os chamados lulistas, é, no mínimo, um ato de coragem, resistência e esperança.

Coragem, porque o contexto é totalmente desfavorável para a defesa de direitos e garantias fundamentais, principalmente porque o fantasma de golpe ditatorial ronda nosso inexperiente exercício de Democracia. Resistência, porque os ataques, as provocações, as humilhações foram, - principalmente nos últimos seis anos -, insuportáveis! E só foi possível resistir por conta de uma esperança inquebrantável na Justiça, que como dizem “tarda, mas não falha”. Esperança esta, de um povo que ao fim e ao cabo, sempre acaba compreendendo com a alma e o coração aquilo que é o melhor para todos.

É justamente nesses momentos mais difíceis, quando uma nação vive a insegurança do porvir, tanto em razão do medo de como podem reagir os vencidos, quanto em razão da incerteza das futuras decisões dos vencedores, que os Direitos Humanos, como um conjunto de normas universais, inalienáveis e indivisíveis, que protegem e garantem os direitos fundamentais de cidadãos e cidadãs em face ao Estado se tornam indispensáveis e imprescindíveis.

Independente do tempo, do contexto e do lugar em que a pessoa humana esteja vivendo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) proclama, e no Brasil, a Constituição Federal de 1988 determina, a todos e todas que os direitos civis e políticos, devem ser respeitados e garantidos.

Assim, superar esse momento delicado, de transição governamental, para além da normalidade cotidiana, alicerçados nos Direitos Humanos torna-se direito e dever de cada brasileiro (a).

E como fortalecer mentes, raciocínios, convicções, direitos, deveres, sentimentos, com conhecimento da verdade, com a compreensão e o tirocínio autônomo e empoderado, em meio a tantas informações e notícias falsas, ameaças, medos e incertezas? Somente debruçando-se sobre a leitura e o estudo desses direitos e deveres, comentados, esmiuçados, refletidos e argumentados por *experts* do assunto!

Nesse propósito, asseguramos-lhes que os estudiosos dos Direitos Humanos aqui reunidos possuem as maiores e melhores competências para orientar-vos nesse caminho, pois são pesquisadores experientes, capazes e sensíveis.

Nesta obra, o (a) leitor (a) observará a preocupação legítima e pontual, dentre os mais caros e importantes temas em Direitos Humanos, tais como: o acesso à Justiça, a questão das cotas raciais, a segurança jurídica, a seguridade social, a exceção de pré-executividade (uma forma de defesa), a felicidade como um direito humano, a cultura do *compliance*, criança e adolescente, a teoria denominada de “cegueira deliberada” em direito penal, a educação indígena, o poder familiar, democracia, sistemas de direito internacional de direitos humanos, fenômenos políticos e saúde pública.

Só lhes pedimos uma única atitude: leia os trabalhos aqui expostos, eles são fruto de muito estudo, dedicação, reflexão, seriedade e ponderação; mas sobretudo, leia-os com a mente e o coração abertos, buscando compreender o que realmente os

pesquisadores quiseram transmitir. Garanto-lhes que se sentirão mais fortalecidos e com conhecimentos ampliados!

Boa leitura e boa reflexão!

Dra. Angela Aparecida da Cruz Duran
Professora aposentada dos cursos de Direito da
UEMS/Paranaíba/MS
Rubinéia/SP

APRESENTAÇÃO

A obra coletiva intitulada “Teoria e Prática em Direitos Humanos nas Instituições de Direito Público e Privado” é fruto do trabalho científico dos docentes do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, em parceria com outros pesquisadores, contando, pois, com artigos que versam sobre as exigências e emergências dos Direitos Humanos nas searas pública e privada.

O pensamento em se dotar de efetividade os mais fundamentais direitos e liberdades é tema que acompanha a humanidade desde 1948, quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) alterou todos os paradigmas existentes até então, proclamando, já em seu preâmbulo, o respeito, a proteção e a promoção desses direitos como ideais comuns a serem almejados, e, por conseguinte, perseguidos por todos os povos e todas as nações.

Antonio Enrique Pérez Luño¹ define a teoria geral dos Direitos Humanos como o “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas”. E, é exatamente nesta perspectiva que os capítulos que dão forma à presente obra intentarão contribuir para que não apenas a teoria dos direitos humanos continue a se avigorar, mas, de forma concomitante, sejam difundidos entendimentos essenciais sobre o tema e seus desdobramentos no campo prático, com a atualidade necessária no trato de cada questão, respeitando as particularidades dos assuntos abordados e as individualidades de seus autores.

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 5. ed. Madrid: Editora Tecnos, 1995, p. 48.

Absolutamente conscientes do papel de destaque que as ciências jurídicas ocupam na missão plural de efetivar os Direitos Humanos, os autores reunidos nesta obra propiciarão postulados, informações e experiências aos leitores, que contribuirão para o saber científico, apresentando mecanismos jurídicos de concretização e desenvolvimento desses fundamentais direitos no âmbito das instituições de direito público e privado na contemporaneidade, corroborando o ideário urgente da primazia dos Direitos Humanos, alertando, dialogando, ratificando ou vislumbrando os esforços comuns preconizados de forma imperativa pela DUDH.

Deste modo, por mais diversos que os temas que integram este livro sejam, levando em consideração a inegável amplitude de alcance do Direito e de suas áreas, guardam entre si uma importante similaridade no que tange às inquietações pertinentes à busca pela necessária efetividade dos Direitos Humanos nos ambientes onde se desenvolvem as relações - sempre humanas - de Direito Público e de Direito Privado.

Por fim, grifa-se a relevância do suporte financeiro recebido da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul (FUNDECT), essencial para que esta obra coletiva fosse desenvolvida e publicada.

Desejamos boa leitura a todos e todas!

José Péricles de Oliveira
Rodrigo Cogo
Rogério Nogueira Guimarães
Organizadores

SUMÁRIO

ACESSO À JUSTIÇA: A CONTRIBUIÇÃO DA LEI N. 14.382/2022 PARA A EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	15
Léia Comar Riva Luisa Comar Riva	
ACESSO E PERMANÊNCIA DE ESTUDANTES NEGROS NA UNIVERSIDADE PÚBLICA: ANOTAÇÕES SOBRE A (IN)EFETIVIDADE DE UM DIREITO HUMANO	33
Rodrigo Cogo Galivaldo Rogério Lero de Oliveira	
A COISA JULGADA E SUA RELATIVIZAÇÃO FRENTE AO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	51
Waldir de Freitas Chaves Neto José Péricles de Oliveira	
A CONCESSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA E A CONTAGEM DO PERÍODO DE AFASTAMENTO À TÍTULO DE CARÊNCIA E TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	79
Christiano Francisco da Silva Vitagliano Isael José Santana	
A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM EXECUÇÃO FISCAL COMO UM MECANISMO LEGITIMADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EXECUTADO CONTRA AS ARBITRARIEDADES DO FISCO	95
Luiz Gustavo Boiam Pancotti João Luiz Barbosa Neto	

**A FELICIDADE COMO UM DIREITO HUMANO
FUNDAMENTAL(?) E O PAPEL DO ESTADO EM SUA
CONCRETIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA MÁXIMA
EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E
FUNDAMENTAIS POR MEIO DE CONCEITOS
FILOSÓFICOS**

117

Pedro Henrique Ferrari Carvalho
Claudia Karina Ladeia Batista

**A IMPORTÂNCIA DO MECANISMO DE *DUE
DILIGENCE* NA CULTURA DO COMPLIANCE E SEUS
ASPECTOS PENAIS NA PREVENÇÃO DE RISCOS DE
TERCEIROS**

135

Isael José Santana
Lisandra Moreira Martins
Pedro Henrique Hernandes Argentina

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: PARENTALIDADE
SOCIOAFETIVA**

157

Léia Comar Riva
Luisa Comar Riva

**A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E OS RISCOS
DE SUA “IMPORTAÇÃO” PELO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

173

Rodrigo Cogo
Rebeca Jordão Silva Alencar

**BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA:
UMA PERSPECTIVA SUL-MATO-GROSSENSE**

201

Elisabeth Maria de Mendonça Silva
Marília Rulli Stefanini

DA REELEITURA DA PERDA DO PODER FAMILIAR EM VIRTUDE DA SÍNDROME DO BEBÊ SACUDIDO	225
Raquel Rosan Christino Gitahy Francislaine de Almeida Coimbra Strasser	
DEMOCRACIA NO BRASIL: BOLSONARO A HISTÓRIA JAMAIS TE ABSOLVERÁ	241
Carlos Augusto de Oliveira Diniz Dabel Cristina Maria Salviano Rogério Nogueira Guimarães	
DIRETO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: PRINCIPAIS SISTEMAS REGIONAIS E TEMÁTICOS DE PROTEÇÃO	271
Mário Lúcio Garcez Calil Robson Martins	
LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA: RESISTÊNCIA, REDENÇÃO E TRANSCENDÊNCIA.	285
Christofer Filgueira Martins Carlos Augusto de Oliveira Diniz Rogério Nogueira Guimarães	
O SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	315
Juliano Gil Alves Pereira	
PANDEMIA E MISTANÁSIA NO BRASIL: REFLEXÃO SOBRE AS CAUSAS ESTRUTURANTES DA LETALIDADE DO COVID-19.	337
Danielle Bogo Juliana Alves Ferreira Juliano Gil Alves Pereira	
PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO: UM DIREITO HUMANO CHAMADO PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INTEGRAL E SATISFATIVA	365
Marcos Custódio Freitas José Pércles de Oliveira	

ACESSO À JUSTIÇA: A CONTRIBUIÇÃO DA LEI N. 14.382/2022 PARA A EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Léia Comar Riva-UEMS¹

Luisa Comar Riva-EPD²

INTRODUÇÃO

Há muito tempo se discute sobre o excesso de processos em trâmite junto ao Poder Judiciário. No entanto, somente há pouco mais de uma década o ordenamento jurídico brasileiro conta com uma legislação capaz de desafogá-lo, o que, por consequência, conduz ao cumprimento do preceito constitucional de acesso ao Poder Judiciário e à Justiça.

O presente artigo, que faz parte das pesquisas desenvolvidas junto ao Grupo de Estudo e Pesquisa de Direito de Família e Sucessões, devidamente cadastrado no Diretório dos Grupos de

¹ Pós Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra – *Ius Gentium Conimbrigae* - Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito (UC-FD) Portugal. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); mestre em Ciências (FFCLRP-USP); especialista em Violência Doméstica contra Criança e Adolescente (IP-USP). Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pesquisadora e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa GREDIFAMS. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro-associado da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Celular (67) 99902-5352. E-mail: lcriva@uems.br

² Mestranda em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais – EPD – Escola Paulista de Direito; especialista em Gestão Pública – AVM – Faculdade Integrada e Administração de Empresas – FGV – Fundação Getúlio Vargas. Celular (17) 99662-4313. E-mail: contato@luisacomar.com.br

Pesquisa no Brasil “Lattes” e certificado pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, busca analisar, sob o viés do acesso à justiça, a extrajudicialização de alguns procedimentos judiciais e o impacto trazido pela Lei n. 14.382/2022 para o Direito Privado.

O procedimento metodológico constitui-se de pesquisa bibliográfica e documental; a análise interpretativa fundar-se-á “na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas”. (SEVERINO, 1979, p. 60-62; ECO, 2010, p. 42; MARCHI, 2009, p. 66).

Para a investigação, que tem como fundamento a doutrina e a legislação em vigor, num primeiro momento, far-se-ão algumas considerações no que diz respeito ao direito de ter acesso à justiça e à desjudicialização de alguns procedimentos judiciais e, num momento seguinte, buscar-se-á refletir sobre a tendência do atual sistema jurídico de resolver algumas questões sem acesso ao Poder Judiciário. Ao final, serão apresentados os últimos resultados do presente estudo.

1. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA: JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

A garantia do acesso à jurisdição ou à tutela jurídica efetiva está prevista no artigo VIII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A garantia judicial ou o direito ao acesso à justiça conhecido como o direito de jurisdição, no âmbito do sistema regional interamericano de proteção dos Direitos Humanos, tem raízes próximas na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, conhecida como “Pacto de São José”, que em seu artigo 8.1, dispõe sobre garantias judiciais tanto da pessoa quanto de seus direitos: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. (RIVA; RIVA, 2021, p. 103).

Wlasic (2011, p. 392) assevera que os direitos previstos acima se complementam com o disposto no artigo 25 da mesma Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1962, que prevê acerca da proteção judicial: “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção” e se unem ao direito de ser ouvido em conformidade com as regras do devido processo judicial (acesso à jurisdição) enquanto meio processual hábil que deve ser um recurso simples e rápido.

No Brasil, a garantia do acesso à justiça é um direito fundamental previsto no inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse direito garante a todos os brasileiros a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário e à Justiça.

Contudo, a garantia de acesso à justiça também é estudada sob o ponto de vista de outros ramos, tal como no Direito Processual Civil, no qual essa questão tem sofrido várias transformações e não significa somente “o direito *formal* do indivíduo de propor ou contestar uma ação” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9, itálico dos autores), nem se identifica com a “mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo”, pois para que ocorra “o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente”. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 33).

Cappelletti e Garth (1988, p. 8-9, itálicos nosso), após asseverar que a “expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”, a primeira é que “o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”, afirmam ser preciso reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; “*que as cortes não são a única*

forma de solução de conflitos a ser considerada”, que “qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva” e que é preciso ampliar as pesquisas para além dos tribunais.

O acesso à justiça não se dá apenas perante o Poder Judiciário formal porque o processo judicial pode ser dispensado, em se tratando de matéria de divórcio, quando forem “observados e respeitados os direitos dos cônjuges e dos filhos, segundo a moldura legal”. (LÔBO, 2017, p. 147).

No Direito de Família, o acesso à justiça não ocorre apenas e tão somente quando a ação é submetida ao órgão judicante, pois é possível que ocorra o acesso à justiça pelo meio administrativo ou extrajudicial perante o Cartório de Registro Civil, desde que preservada a autonomia privada das partes.

2. DESJUDICIALIZAÇÃO³ NO DIREITO DE FAMÍLIA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 14.382/2022

Em atenção aos clamores da sociedade e da comunidade jurídica brasileira, “para desjudicialização das separações conjugais quando não houvesse litígio”, foi introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007 (LÔBO, 2017, p. 146), a qual, além de dar nova redação aos artigos 982, 983, 1.031 e criar o artigo 1.124-A, também revogou o parágrafo único do art. 983, todos do Código de Processo Civil/1973. (RIVA; RIVA, 2021, p. 106)

³ O termo desjudicialização diz respeito à propriedade de facultar às partes comporem seus conflitos fora da esfera judicial, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis. A chamada extrajudicialização dos processos e procedimentos judiciais corresponde a uma vertente da conhecida “desjudicialização”, tendência cada vez mais forte no sistema jurídico brasileiro, que busca desafogar as vias judiciais, na mesma medida em que tem como finalidade garantir o acesso à Justiça indiscriminadamente.

Medida do projeto de reforma do Judiciário, a referida lei foi mais uma alteração legislativa que visou à diminuição do volume de processos nas comarcas do País em busca de garantir prioridade à solução de demandas mais importantes e, realmente, necessitam do pronunciamento jurisdicional.

A Lei prevê procedimentos extrajudiciais aos casos de separação e divórcio consensuais e inventários, que preenchidos os requisitos legais, poderão ser realizados pela via administrativa, mediante escritura pública.

Para desafogar o Poder Judiciário, Diniz (2018, p. 376) mostra que a Lei n. 11.441/2007, a qual possibilitou “o divórcio consensual por meio de procedimento administrativo, dando ao interessado o direito de, se quiser, optar por esse procedimento, que não requer homologação judicial nem participação do Ministério Público”, não viola “a garantia constitucional do amplo acesso ao Judiciário, pois, ocorrendo conflito de interesses entre as partes, estas poderão socorrer-se da via judicial”. Na sequência, a Resolução n. 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça regulamentou os atos notariais decorrentes da Lei n. 11.441/2007.

Em 2013, a Lei n. 12.874 acrescentou dois parágrafos ao artigo 18 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) para constar que as “autoridades consulares brasileiras também poderão celebrar a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, devendo constar da respectiva escritura pública as disposições relativas à descrição, à partilha dos bens comuns, à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento”; “indispensável a assistência de advogado, devidamente constituído, que se dará mediante a subscrição de petição, juntamente com ambas as partes, ou com apenas uma delas, caso a outra constitua advogado próprio, não se fazendo necessário que a assinatura do advogado conste da escritura pública”.

Posteriormente, em 2015, a Lei n. 11.441/2007 foi incorporada ao novo Código de Processo Civil, o rol dos procedimentos aumentou e passou a englobar a extinção consensual de união estável segundo se lê na redação do artigo 733: “O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituros ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública [...]”.

A Resolução n. 326/2020 deu nova redação a vários artigos da Resolução n. 35/2007 e passou a disciplinar “a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa”.

Outro exemplo de desjudicialização dos interesses e conflitos vem expresso no artigo 1.526 do Código Civil/2002, modificado pela Lei n. 12.133, de 17.12.2009. Essa Lei determinou que a habilitação para o casamento fosse feita perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público e, em caso de “impugnação do órgão oficial, do Ministério Público ou de terceiros” fosse submetida ao Juiz e retirou, portanto, a necessidade de o processo de habilitação para o casamento ser homologado pelo juiz, como constava na redação anterior do mesmo artigo. Sobre essa questão, Tartuce (2019, p. 70-71), após demonstrar que esse entendimento variava em algumas unidades da Federação, anota que a Lei 12.133, de 2009 “vem em boa hora e está de acordo com a “tendência de *desjudicialização* ou *fuga do judiciário*”.

No Código Civil, o artigo 1.577 dispõe sobre a reconciliação do casal separado judicialmente, “por ato regular em juízo”. Parcialmente, esse dispositivo perde sentido diante da possibilidade de o casal, por meio de escritura pública, restabelecer a sociedade conjugal, como reconhecida pela Resolução n. 35/2017, que em seu artigo 48 prevê: “O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste caso, é necessária e suficiente a

apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento”. (RIVA; RIVA, 2021, p. 109).

No tocante à conversão da união estável em casamento, observa-se que nos termos do artigo 1.726, do Código Civil, “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. Embora a lei não possibilite expressamente a conversão administrativa, pois há necessidade de autorização judicial, alguns “Estados da Federação regulamentaram essa conversão mediante provimentos das corregedorias dos Tribunais de Justiça”, como é o caso do Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul e São Paulo. Tartuce (2021, p. 1.479) aduz, também, que embora o procedimento desobedeça ao Código Civil ele não está em desacordo com o Texto Maior, o qual determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Além disso, em apoio doutrinário a essas normas administrativas, destacam-se o Enunciado n. 31 do IBDFAM, aprovado no XII Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e das Sucessões, realizado em outubro de 2019, em Belo Horizonte e o Projeto de Lei de Desburocratização, o qual “pretende afastar a necessidade de ação judicial para que a conversão da união estável em casamento ocorra”.

Na doutrina o Enunciado n. 608 aprovado na VII Jornada de Direito Civil, promovida em 2015 e o Enunciado n. 12 do IBDFAM, aprovado no seu X Congresso Brasileiro, em outubro de 2015 e o Provimento 63/2017 do CNJ, “ora em vigor, que igualmente trata e regulamenta o registro dos filhos havidos de técnica de reprodução assistida nas hipóteses de casais homoafetivos, o que já era admitido pelo Provimento 52/2016, do mesmo órgão”, “possibilitam o registro dos filhos havidos de técnica de reprodução assistida engendrada por casais homoafetivos, sem ação judicial, o que é um passo decisivo para a saudável *desjudicialização* das contendas, um dos nortes principiológicos do Novo CPC”. (TARTUCE, 2019, p. 458, *itálico do autor*).

Com foco no Direito de Família, observa-se a tendência da desjudicialização de alguns procedimentos consensuais e, por isso,

a via extrajudicial ou administrativa deve, cada vez mais, passar a englobar vários de seus institutos.

3. A CONTRIBUIÇÃO DA LEI N. 14.382/2022 PARA A EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DE INSTITUTOS DO DIREITO PRIVADO

A busca para que a celebração do casamento fosse realizada por meio de ferramenta eletrônica visando sua desburocratização já era realidade, sobretudo, durante e após a pandemia do Coronavírus para a efetivação de medidas de distanciamento, junto a projetos de leis em nosso País.

Em razão da pandemia do Coronavírus, Tartuce (2021, p. 1.255) comenta que algumas unidades da Federação passaram a admitir o casamento por vídeo por meio de normas das Corregedorias dos Tribunais de Justiça editadas no ano de 2020. Foi o caso de Minas Gerais (Portaria n. 6.405/CGJ, de abril de 2020), de Pernambuco (Provimento n. 18 de maio de 2020), de Alagoas (Provimento n. 15, de abril de 2020) e de Santa Catarina (Provimento n. 22, de março de 2020). O autor afirma que, segundo “Mário Luiz Delgado, essas normas concretizam o princípio da presença virtual, segundo a qual ‘a presença física e o comparecimento da pessoa por meio dos mecanismos de comunicação em tempo real se equivalem e produzem os mesmos efeitos jurídicos”. Ao final, conclui: “Aguarda-se, nos próximos anos, se tais normas passarão a ser definitivas, inclusive com possibilidade de alteração do Código Civil no mesmo sentido”. O que não demorou para ocorrer.

Originária da MP n. 1.085/2021, surgiu a Lei n. 14.382/2022, promulgada em 28.07.2022, tratando principalmente do SERP – Sistema Eletrônico dos Registros Públicos. Além disso, a norma emergente altera e traz acréscimos a várias leis importantes do país no tocante à incorporação imobiliária (Lei 4.591/1964), registros públicos (Lei 5.015/1973) e Código Civil/2002.

As modificações já estão em vigor desde a publicação, com exceção do seu artigo 11, a respeito do artigo 130 da lei de registros públicos e do registro público eletrônico, cuja regulamentação entrará em vigor em 01.01.2024, a fim de que os cartórios, as corregedorias dos tribunais e o CNJ façam as necessárias adequações e adaptações.

No Direito Civil, em geral, e no Direito de Família, em particular, os novos procedimentos visam “a evitar que o conflito seja levado ao Poder Judiciário de imediato, sendo a extrajudicialização uma das marcas da norma emergente”. (TARTUCE, 2022, p. 2).

Diversas normas estabelecidas na Lei de Registros Públicos foram revogadas ou modificadas pela entrada em vigor da Lei n. 14.382/2022. Com as alterações alguns dispositivos do Código Civil de 2002, também foram revogados de forma tácita.

Determina o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB) que “quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior” (DINIZ, 2012, p. 89). Assim, quando a lei superveniente tiver disposições incompatíveis com a anterior, acarreta revogação tácita. Sendo isso o que ocorreu com a entrada em vigor da nova Lei que dispôs sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos, a qual expressamente revogou vários artigos da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) e, tacitamente, dispositivos artigos do Código Civil/ 2002.

A seguir, comentar-se-ão alguns dispositivos modificados, revogados ou inseridos que dizem respeito ao procedimento de habilitação para o casamento e a união estável.

3.1 Procedimento de casamento: revogações de modo tácito

A Lei do SERP, com vista a desburocratização da fase de habilitação e a fase da celebração do casamento, promoveu ajustes nos artigos 67 e 69, da Lei de Registros Públicos. (OLIVEIRA, TARTUCE, 2022, p. 3). As novas modificações trazidas pelas

normas estabelecidas pelo SERP, embora tenham revogado normas constantes na Lei de Registros Públicos, não revogaram, expressamente, nenhum dos dispositivos do Código Civil.

O que ocorreu foi a revogação tácita de alguns dispositivos do Código Civil/2002. A revogação tácita das normas previstas no Código Civil ocorre em razão de sua incompatibilidade com a Lei do SERP que revogou, expressamente, artigos da Lei de Registros Públicos.

No Código Civil, entre os artigos revogados, tacitamente, estão os 1.517, 1.526 e 1527, os quais preveem, respectivamente, a desobrigação de duplo registro e de dupla publicação do edital, a desnecessidade de manifestação do Ministério Público nos procedimentos de habilitação de casamento sem impugnação⁴ e o banimento da obrigação de afixação do edital de proclamas na serventia e da exigência de publicação de proclamas na imprensa local.

Nos casos previstos em lei, quando provada a urgência do casamento, aos contraentes continua sendo facultado o pedido de dispensa da publicação dos proclamas, agora de forma eletrônica. “O oficial de registro, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, com base nas provas apresentadas, poderá dispensar ou não a publicação eletrônica e caberá recurso da decisão ao juiz corregedor”, nos termos da nova redação dada ao artigo 69, da Lei de Registros Públicos. No tocante à dispensa de proclamas, o atual Código Civil já o dispensava em caso de urgência (1.527, § único) ou de formas especiais de casamento (artigo 1.540 e 1.541 – casamento nuncupativo e em caso de moléstia grave). Oliveira e Tartuce (2022, p. 3) entende que “o ideal teria sido que a norma fosse além, e extinguisse a publicação de proclamas, dada a sua inutilidade pelo que se observa na prática”.

⁴ “O incidente de impugnação no procedimento de habilitação é esmiuçado pelo § 5º do art. 67 da LRP, que deve ser lido em conjunto com os arts. 1.527 e 1.531 do CC”. (TARTUCE, 2022a, p. 2).

Além dessas mudanças, Oliveira e Tartuce (2022, p. 1) elencam outros dispositivos que foram modificados pela nova Lei, dentre eles, os parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 67, da Lei de Registros Públicos foram revogados. Em relação a esse artigo, o autor observa que ao artigo 67 foi acrescentado o § 4-A - para autorizar os nubentes apresentarem o requerimento de habilitação e a documentação pertinentes eletronicamente e o § 8º, também para autorizar que a celebração do casamento possa ser por videoconferência desde que sejam asseguradas ampla publicidade para terceiros acompanharem sincronamente e a manifestação de vontade dos nubentes, das testemunhas e da autoridade celebrante.

O artigo 68, § 8º, deve ser interpretado, de acordo com o artigo 1.534 do CC, que exige que a celebração seja pública e mediante testemunhas. Agora, no caso de celebração eletrônica do casamento, Tartuce (2022, p. 5) entende que deve ser garantida similar publicidade, o que pode ocorrer de diferentes formas, como “transmissão ao vivo da cerimônia em plataformas abertas e gratuitas de transmissão de vídeos (como YouTube ou uma live no Instagram) ou pela publicação na internet (como no site do cartório pertinente)” da data, dia e link do acesso. Também o doutrinador assevera que caberá “às normas de serviço locais regulamentarem esse aspecto, com olhos na preservação da ampla publicidade da cerimônia nos termos exigidos pelo art. 1.534 do Código Civil”.

3.2 União estável: mais um passo para sua regulamentação

Entre as principais medidas está a possibilidade de conversão da união estável em casamento sem a necessidade de ação judicial. Acerca dessa possibilidade, alguns Estados da Federação já haviam se adiantado e, embora contrariassem o Código Civil/2002 e estivessem de acordo com o Texto Maior, facilitavam a conversão pela via administrativa ou extrajudicial.

A novidade apresentada pela nova Lei passa a ser a regulamentação da união estável e sua extrajudicialização. À Lei de Registros Públicos foram acrescentados ao artigo 70, o artigo 70-A e ao

artigo 94, o artigo 94-A, que regulamentam, respectivamente, a conversão da união estável em casamento e a possibilidade da lavratura do termo declaratório de união estável formalizado perante o oficial de registro civil. Tal medida ainda não havia sido implementada na Lei de Registros Públicos, apesar de sua inserção na Constituição Federal de 1988, artigo 226, § 3º, há 34 (trinta e quatro) anos.

O artigo 70-A, seguido de 07 (sete) parágrafos, dispõe sobre a conversão da união estável em casamento, cujo requerimento deverá ser apresentado pelos companheiros perante o oficial de registro civil de pessoas naturais de sua residência. Interessante observar que o parágrafo sexto do citado artigo prevê a possibilidade de constar no registro civil a data do início e o período de duração da união desde que haja prévio procedimento de certificação eletrônica de união estável realizado perante oficial de registro civil.

A certificação eletrônica é uma das principais inovações na Lei de Registros Públicos. A inclusão do período da convivência da união estável sempre se mostrou relevante junto às questões relativas aos direitos patrimoniais quanto aos previdenciários. Antes do advento da Lei 14.382/2022, a mera declaração dos conviventes tomadas em instrumento público ou particular não era suficiente para comprovar o início da união estável e o período de convivência não poderia constar no assento de casamento. A única hipótese possível para que o tempo e início do período de duração da convivência de união estável constasse no assento de casamento era se houvesse o reconhecimento de união por sentença declaratória de reconhecimento. (SOUZA, 2022, p. 6).

Souza (2022, p. 6) anota também que a certificação eletrônica da união estável é o procedimento pelo qual o oficial de registro civil das pessoas naturais, atesta o início da união com base nas provas apresentadas pelos requerentes, que evidenciam de maneira inequívoca a data do início ou período de duração da união estável e poderá ser lavrada nos seguintes casos: - apresentação de sentença declaratória de reconhecimento de união

estável (sem necessidade de produzir provas) e apresentação de termo declaratório formulado perante o registrador civil ou escritura pública declaratória lavrada por tabelião de notas.

O autor complementa dizendo que a certificação eletrônica e o termo declaratório de união estável são diferentes. No segundo, “os companheiros pleiteiam que o Registrador formalize a declaração de união estável, sem pretensão de reconhecimento do tempo pretérito da convivência, ao passo que, naquele (certificação eletrônica), busca-se que o Oficial certifique o período de convivência iniciado no passado”, não somente para a concretização do matrimônio, como também perante órgãos previdenciários. Dessa forma, o termo declaratório não produz prova pretérita de convivência e a certificação eletrônica e a sentença declaratória produzem. (art. 70-A, § 6º, da Lei n. 6.015/73).

Tartuce (2022, p. 2) analisa a conversão antes e após a entrada em vigor da Lei do SERP. Segundo o autor, entre os Estados da Federação que regulamentaram a conversão extrajudicial, mediante provimentos das corregedorias dos Tribunais de Justiça estão: Rio Grande do Sul, Provimento n. 27/2003; Mato Grosso do Sul, Provimento n. 7/2003 e São Paulo, Provimento n. 25/2005; no âmbito da doutrina, também existiam manifestações no sentido de se dispensar a ação judicial e em outubro/2009, o Enunciado n. 31 do IBDFAM estabelece “a conversão da união estável em casamento é um procedimento consensual, administrativo ou judicial, cujos efeitos serão *ex tunc*, salvo nas hipóteses em que o casal optar pela alteração do regime de bens, o que será feito por meio de pacto antenupcial, ressalvados os direitos de terceiros”.

Antes das recentes alterações sofridas pela Lei de Registros Públicos de 1973, o registro da união estável no livro “E” vinha sendo regulado pelo artigo 2º, “caput”, do Provimento n. 37/2014, do CNJ. Ainda no livro “E”, em relação a união estável, podia ser objeto de registro: - sentenças declaratórias de reconhecimento e dissolução de união estável, - escrituras públicas declaratórias de união estável e - distratos envolvendo união estável. Com a nova Lei, foi acrescido ao artigo 94, o artigo 94-A, possibilitando que a

lavratura do termo declaratório de união estável formalizado perante o oficial de registro civil. Agora os companheiros podem “optar pela formalização do termo declaratório de união estável perante o oficial de registro ou pela lavratura de escritura pública declaratória de união estável perante o tabelião de notas, ambos os documentos possuindo a mesma natureza jurídica e com a finalidade de tomar a termos as declarações dos interessados acerca da união estável e as suas circunstâncias, tais como data do início da convivência, regime de bens e eventual alteração de nome dos companheiros”. (SOUZA, 2022, p. 2).

Assim sendo, a nova Lei inseriu a possibilidade da lavratura do termo declaratório de união estável pelo oficial do registro civil. Dessa forma, pode ser objeto do Livro “E”, além das sentenças declaratórias de reconhecimento e dissolução de união estável das escrituras públicas declaratórias de união estável e dos distratos envolvendo união estável, *os termos declaratórios de união estável*. (SOUZA, 2022, p. 2, itálico nosso).

Souza (2022, p. 2-5) ainda elenca outras questões que perpassam os relacionamentos decorrentes da união estável: I. o processo de habilitação para o casamento (celebração e registro) é realizado no registro civil e a escritura pública de separação ou divórcio consensuais é lavrada no tabelionato de notas. De modo semelhante, o registrador do registro civil é quem pode formalizar o termo de declaração de união estável e o seu distrato (dissolução) deve ser objeto de escritura pública lavrada pelo tabelião de notas, com a participação de advogado ou defensor público e II. o termo declaratório firmado perante o registrador civil não tem o condão de tratar de questões patrimoniais, por isso, o artigo 733, §§ 1º e 2º, do CPC, não foi revogado pela nova Lei; na conversão de união estável em casamento “o ato da celebração do matrimônio é dispensado, devendo constar tanto do edital de proclamas quanto no respectivo assento que se trata de conversão de união estável em casamento.

Diante das novas previsões legais, Tartuce (2022, p. 4) observa que o artigo 1.726 do Código Civil não foi revogado expressamente pela Lei n. 14.382/2022, nem houve a revogação tácita, nos termos

do artigo 2º da LINDB, “pois a Lei de Registros Públicos trata apenas da conversão extrajudicial da união estável em casamento. Sendo assim, penso que ainda restará aos companheiros a opção de efetivarem a conversão judicial”, apesar de que, na prática, essa solução “restará esvaziada”.

Além dessas alterações, a nova Lei do SERP, com o mesmo objetivo de desjudicializar outros procedimentos judiciais, traz mudanças no que concerne ao prenome e, em alguns casos, ao sobrenome da pessoa e a inclusão do sobrenome do padrasto/madrasta, na certidão de nascimento e/ou casamento do enteado/enteada o que repercute no Direito de Família. No primeiro caso, permite a alteração extrajudicial do nome por vontade imotivada da pessoa após sua maioridade e, no segundo, a alteração a respeito da inclusão do sobrenome, por enteado ou enteada, de padrasto ou madrastra. Embora já houvesse essa possibilidade antes da nova Lei, era necessário que o pedido fosse deferido pelo juiz competente; agora, basta requerer ao oficial de registro civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme determinada pelos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, a justiça social pode ser distribuída tanto por meio do processo administrativo como do judicial, pois ambos garantem o direito à liberdade, à igualdade de todos perante a Lei e o devido processo legal enquanto princípio que assegura todas as garantias constitucionais. (RIVA; RIVA, 2021, p. 111).

Há algum tempo é possível observar que os procedimentos extrajudiciais funcionam de forma ágil e segura e que o acesso à justiça por esse meio, se considerarmos os desgastes emocionais dos envolvidos, os custos para as partes e o tempo despendido na busca da solução judicial, mostra-se, sobretudo, junto a alguns institutos do Direito de Família, tão ou mais eficazes que os caros e morosos procedimentos judiciais.

A desjudicialização das separações conjugais, do divórcio e da extinção consensual de união estável já vinha atendendo aos clamores da sociedade por uma justiça mais ágil e eficiente. Verifica-se que outras Leis, Enunciados e Resoluções, além de ampliarem os casos de solução perante o Cartório, facultam que novos procedimentos passem a fazer parte dessa visão de extrajudicialização, a qual apesar de não ser nova, tem se mostrado mais aceita a partir das últimas décadas.

No Direito Civil, em geral, e no Direito de Família, em particular, extrajudicialização é uma das marcas mais marcantes da Lei n. 14.382/2022. Diante dessa nova Lei, diversos conflitos deixam de ser levados, de imediato, ao Poder Judiciário. Apesar desses procedimentos ocorrerem principalmente em relação ao casamento e a união estável, a nova Lei também, com o mesmo objetivo de desjudicializar outros procedimentos judiciais, traz alterações a respeito da mudança do prenome e, em alguns casos do sobrenome da pessoa e da inclusão do sobrenome do padrasto/madrasta, na certidão de nascimento e/ou casamento do enteado/enteada o que repercute no Direito de Família.

Dessa forma, os procedimentos extrajudiciais realizados pela via administrativa, mediante escritura pública, produzem impacto positivo para a extrajudicialização, sobretudo de vários institutos do Direito de Família; devem ser sempre acompanhados da assistência de um advogado; precisam ser objeto de reformas legislativas para ampliar o rol de incidência; se mostram um instrumento de defesa efetivo do direito à liberdade, à dignidade da pessoa humana precisam ser cada vez mais reconhecidos, promovidos e garantidos pelo Estado.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 15. ed. rev. E atual. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos E. de Oliveira; TARTUCE, Flávio. **Procedimento de casamento: como ficou após a Lei do SERP (Lei n. 14.382/2022)**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1872/Procedimento+de+casamento%3A+como+ficou+ap%C3%B3s+a+Lei+do+SERP+%28Lei+n%C2%BA+14.382+++2022%29>. Acesso em 06.09.2022.

RIVA, Léia Comar; RIVA, Luisa Comar. O Impacto da Desjudicialização para o Direito de Família sob a Perspectiva do Acesso à Justiça. In.: **Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil**. p. 101-112. v. 104 (set./out. 2021). Disponível em: <https://www.lex.com.br/produto-revista-magister-direito-civil-e-proce-ssual/10>

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes Ltda, 1979.

SOUZA, Carlos Magno Alves de. **A disciplina da união estável na lei 14.382/2022**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1854/A+disciplina+da+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+na+lei+n%C2%BA+14.382-2022>. Acesso em 21.07.2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5.

TARTUCE, Flávio. In.: SCHREIBER, Anderson [et al.]. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Lei 14382-22: A lei 14.382 e o tratamento da conversão da união estável em casamento** In. Publicação original Migalhas e disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/372608/lei-14.382-22-e-tratamento-da-união-estavel-em-casamento>. Acesso em 31.08.2022.

WLASIC, Juan Carlos. **Manual crítico de derechos humanos**. 2.ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

ACESSO E PERMANÊNCIA DE ESTUDANTES NEGROS NA UNIVERSIDADE PÚBLICA: ANOTAÇÕES SOBRE A (IN)EFETIVIDADE DE UM DIREITO HUMANO

Rodrigo Cogo (UEMS)¹
Galivaldo Rogério Lero de Oliveira (PG-UEMS)²

INTRODUÇÃO

Quando se discutia anos atrás a questão de se estabelecer ou não cotas de acesso às Universidades públicas, os seguimentos favoráveis apresentavam, em uma clara postura de justificação do óbvio, tudo aquilo que integrava a história do negro no Brasil, incluindo o sofrimento, a humilhação e a inequívoca usurpação de direitos vivenciadas desde a época da escravidão.

Foram necessários intensos debates e longas explicações em diferentes palcos sociais, especialmente pelo fato de que o racismo é um elemento estrutural que se encontra enraizado na cultura social brasileira.

No entanto, após ser cumprida dificultosa missão, restou fincada, ao menos no campo teórico, a necessidade de implementação das chamadas ações afirmativas, que têm como princípio fundamental dirimir as discriminações injustas e suas

¹ Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (FADIR/UFU). Professor Efetivo dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). E-mail: rcogo@uems.br

² Pós Graduando em Direitos Humanos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade de Paranaíba. Sócio do Escritório de Advocacia Lero & Nicolete. E-mail: galivaldorogério@hotmail.com

respectivas consequências, a fim de que o princípio da igualdade possa se impor, dotado de maior efetividade.

Feitas as considerações acima, nos dias atuais, mister se faz analisar os passos posteriores às ações afirmativas, em um estudo que se dirija à verificação dos caminhos trilhados na direção de um projeto de educação superior mais democrático, pautado na efetivação do pleno desenvolvimento da personalidade humana em conformidade com o que preconiza o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Deste modo, a presente pesquisa, de cunho bibliográfico, por meio do método dedutivo-indutivo, tem por escopo realizar um estudo sobre os desdobramentos do direito humano à educação superior no Brasil, com especial destaque para a temática do acesso e permanência de indivíduos negros nas Universidades Públicas brasileiras.

1. A EDUCAÇÃO SUPERIOR COMO DIREITO HUMANO

É inegável o papel desempenhado pela educação na formação e no desenvolvimento dos seres humanos, potencializando habilidades e fomentando transformações.

A esse respeito cumpre trazer à baila a lição de Claude (2005, p. 37), para quem a educação é:

(...) valiosa por ser a mais eficiente ferramenta para crescimento pessoal. **E assume o status de direito humano, pois é parte integrante da dignidade humana e contribui para ampliá-la com conhecimento, saber e discernimento.** Além disso, pelo tipo de instrumento que constitui, trata-se de um direito de múltiplas faces: social, econômica e cultural. Direito social porque, no contexto da comunidade, promove o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Direito econômico, pois favorece a autossuficiência econômica por meio do emprego ou do trabalho autônomo. E direito cultural, já que a comunidade internacional orientou a educação no sentido de construir uma cultura universal de direitos humanos. Em suma, a educação é o pré-requisito

fundamental para o indivíduo atuar plenamente como ser humano na sociedade moderna. (grifo nosso)

No sentido de conceituar Direitos Humanos para fins de compreensão da relevância do tema, tem-se:

(...) os princípios ou valores que fazem com que a pessoa assegure sua condição humana e participe plenamente da vida em si e na sociedade, e desse modo, possa vivenciar na totalidade sua condição biológica, psicológica, econômica, social, cultural e política, com completa proteção de tudo o que possa negar sua condição humana, além de que servem para assegurar ao homem o exercício da liberdade, a preservação da dignidade e a proteção de sua existência (TREVISAN, 2011, p. 2).

Dentre os diferentes documentos internacionais que preveem a educação como um direito humano, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que no bojo de seu artigo 26 assim preleciona:

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; **o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade**, em função do seu mérito. (grifo nosso)
2. **A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais** ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. (grifo nosso)

No âmbito interno, reconhecendo o direito à educação como fundamental, o legislador o esculpiu na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, na categoria dos chamados direitos sociais, prevendo-o, ainda, em seu artigo. 205 como “um direito de todos e

dever do Estado e da família”, nos termos em que “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Nesta linha de pensamento, nos dizeres de Schilling (2008) é preciso constatar que o direito à educação consiste em um direito humano que se faz fundamental para a consecução de outra série de direitos, indo muito além de um direito vinculado à escola ou aos conteúdos curriculares, devendo, outrossim, ser valorizado e compreendido por todos como um verdadeiro projeto de vida, tornando-se instrumento para a busca e conquista dos demais direitos humanos.

Ocorre que a educação protegida pelo texto constitucional não abrange, ao menos de forma clara, o ensino superior, não recebendo do constituinte, portanto, o nível de relevância defendido por Schilling (2008).

Nota-se do indicado pelo artigo 208, I e V da Carta Magna brasileira, a primazia à educação básica, dos quatro aos dezessete anos, sendo firmado o entendimento pelo texto constitucional de que o acesso aos níveis mais elevados do ensino deve se dar segundo a capacidade de cada um, conforme se expõem os fragmentos legais *in verbis*:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

Das disposições supra surge o ponto de análise inicial da presente pesquisa, qual seja o fato de que o legislador constitucional, ao ofertar prioridade à educação básica ter adotado a meritocracia como o critério de acesso ao ensino superior,

dispensando outras análises, desprezando o contexto de desigualdade que historicamente assola o país, fomentando, assim, a não consecução de um direito humano.

A respeito do que fora indicado pela Constituição no artigo 208, I e V, para Carvalho e Vieira (2019, p. 15):

A história já demonstrou que a meritocracia não é o suficiente para a produção de igualdade. Em todos os modos de produção capitalista, não foi possível reivindicar que apenas o mérito pudesse ser o diferencial para que a igualdade fosse aplicada de forma plena. (...) Sem a inclusão social, o estudante de escola pública não terá as mesmas possibilidades de ingressar no sistema público de ensino superior que os estudantes de escola particular, que puderam se aplicar ao longo de sua vida escolar sem se preocupar com outros problemas que não fossem os decorrentes da vida acadêmica.

Nesta mesma direção:

O constituinte aplicou de modo inquestionável as diretrizes para o que seria a possibilidade de garantia pelo Estado e o que poderia ser considerado aplicável às disputas sociais necessárias entre os cidadãos. O entendimento é que, ao proporcionar as mesmas garantias para todos, na educação básica, haveria o mesmo nível de igualdade de conhecimento, para que os méritos individuais fossem honrados em período específico da vida do cidadão. Ou seja, o ensino superior seria para aqueles que, por seus próprios méritos, lutassem pelo ingresso na vida acadêmica (inciso V do art. 208). (CARVALHO e VIEIRA, 2019, p. 14)

Acerca do tema, é possível asseverar ainda que:

A Constituição Federal, de forma indireta, estabelece essa forma de meritocracia para aqueles que se destacarem nos estudos e no desenvolvimento, e que terão maiores condições de ingresso no ensino superior gratuito e fornecido pelo Estado. Por outro lado, tem-se as questões de igualdade de posições, que não se trata apenas dos “méritos pessoais” como ensina Hachem, mas de uma resposta

à igualdade formal arraigada, desencadeando a necessidade de aplicação de políticas públicas para a diminuição das desigualdades, e que podem ser vistas nas lutas operárias ao longo do século XX. A igualdade de posições se estabelece no sentido de “reduzir as distancias entre as posições sociais, e, de outro, fixar as posições e assegurar-las, o que é uma maneira indireta de produzir a igualdade. (CARVALHO e VIEIRA, 2019, p. 15)

Santos (2009, p. 61) enfatiza que o critério da meritocracia deve ser questionado em seu significado numa sociedade que “oferece condições desiguais de ensino e/ou de acesso a um bem público”.

Nesta linha de raciocínio, apresenta-se a seguinte metáfora: É como se um negro se dispusesse a atravessar um rio a nado enquanto um branco andasse de barco a motor em alta velocidade e ao chegarem à outra margem suas capacidades pessoais fossem calculadas apenas pela diferença de tempo gasto na tarefa. (CARVALHO, 2002, apud SANTOS, 2009, p. 61)

Deste modo, percebe-se que muito embora exista uma gama de dispositivos normativos versando sobre o direito à educação, a oportunidade de acesso ao ensino superior não alcança a todos, desaguando, pois, na inefetividade de um direito humano. (ANDRADE e SIMÕES, 2020)

Nesta senda, de acordo com as concepções de Candau (2012) e Zenaide (2001) vivemos em uma sociedade que recebeu como herança do período colonial grandes marcas de desigualdades, exclusões e preconceitos, e por vezes, esses direitos consagrados no ordenamento jurídico são violados e até desconhecidos da maioria. Isto é, apesar de muito se falar em direitos humanos, e por conseguinte de um de seus corolários, o direito a educação, a sua inobservância está distante de garantir o êxito de tal preceito constitucional. (ANDRADE e SIMÕES, 2020, p. 399)

Neste momento, em função do recorte a que se direciona o presente estudo, torna-se imperiosa uma abordagem sobre a desigualdade racial no ambiente universitário no intuito de serem

expostas ferramentas capazes de “combater as discriminações que impedem os indivíduos de competirem em igualdades de condições iniciais para alcançar as melhores posições” (DUBET, 2003 apud CARVALHO e VIEIRA, 2019, p. 15), fazendo valer, assim, exclusivamente o critério meritocrático de acesso preconizado pelo artigo 208, V da Constituição brasileira.

2. A (DES)IGUALDADE RACIAL E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

No que diz respeito à ausência de igualdade racial no ambiente universitário, Gonçalves e Ambar (2015, p. 206) grifam que:

São pouco(a)s o(a)s estudantes negro(a)s nas universidades brasileiras e quando examinamos o número de o(a)s professore(a)s negro(a)s nestes ambientes, a situação é ainda mais grave. As universidades se constituíram e se consolidaram como espaços institucionais brancos e não vislumbraram a necessidade de reparar esta discrepância.

É neste palco que, segundo Cavalcante (2016, p. 930-931):

A mobilização contra injustiças provocadas por práticas discriminatórias tornou-se uma bandeira a favor da igualdade material de direitos sociais, do reconhecimento cultural, da oportunidade de acesso a postos, a bens materiais e simbólicos e de redistribuição econômica. A cultura e a educação ganharam visibilidade nesse cenário, por meio de medidas de reconhecimento e redistribuição voltadas para estudantes negros, indígenas, deficientes, quilombolas, entre outros, em um campo marcado por disputas pelas carreiras profissionais mais valorizadas e hegemônicas para determinadas frações das elites dominantes.

Sobre o tema, tem-se que:

A pressão pela igualdade de oportunidade do negro no ensino superior não tem sido uma reivindicação somente interna, mas também externa, durante a Conferência das Nações Unidas contra

o Racismo e a Intolerância realizada em Durban, na África do Sul, em setembro de 2001, o Brasil foi acusado de ser um país racista devido as desigualdades existentes no Ensino Superior e no mercado de trabalho, onde uma parcela matriculada de afrodescendentes é proporcionalmente inferior à existente na população. (JUSTINO, 2002, p. 3-4)

De forma específica,

No âmbito racial, há de se destacar o documento oficial brasileiro apresentado à Conferência das Nações Unidas contra o racismo, ocorrida em Durban – África do Sul em 2001 e que defendeu a adoção de medidas de ações afirmativas para a população afro descendente nas áreas de educação e trabalho. Este documento propôs as ações afirmativas objetivando garantir um maior acesso de afro-descendentes às universidades públicas. (SANTOS, 2009, p. 55)

Nesta mesma linha:

Desde a III Conferência contra o racismo, a xenofobia e as intolerâncias, ocorrida em 2001 em Durban, África do Sul, o governo brasileiro se comprometeu a estabelecer ações afirmativas com vistas a reduzir a desigualdade racial entre negro(a)s e branco(a)s no país. Algumas universidades (UERJ, UENF, UNEB, UnB) saíram na frente e implementaram as primeiras cotas para o ingresso de estudantes negro(a)s ao ensino superior. Ao mesmo tempo, em 2002, o Congresso Nacional brasileiro, pressionado pelos movimentos sociais de luta antirracista e pelo acordo de Durban, aprovava a “Lei de Cotas” como mecanismo de promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos desfavorecidos, especialmente os afrodescendentes e os indígenas. No ano seguinte, em 2003, foi criada a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR). (GONÇALVES e AMBAR, 2015, p. 207)

Assinala Piovesan (2008, p. 892) que “foi no processo pós-Durban que, por exemplo, acentuou-se o debate sobre a fixação de cotas para afrodescendentes em universidades, bem como sobre o chamado Estatuto da Igualdade Racial”.

Resta consignado, portanto, que o inequívoco valor dos direitos humanos, *in casu*, o direito à educação, aliado à participação decisiva dos movimentos sociais em prol de sua efetivação teve importância fundamental no processo de formulação de políticas públicas de acesso dos negros à educação superior no país, em um caminho onde o processo de promoção da igualdade merece destaque.

Ao adentrar na questão atinente às ações afirmativas, em que pesem a existências de dilemas e tensões, cumpre mais uma vez explicitar que não é objeto desta pesquisa o debate sobre ser ou não favorável a elas. Isso, para o estudo em tela, já está superado ante a implementação de diferentes práticas no país ao longo dos últimos anos.

Cabe aqui expor o que fundamenta as ações afirmativas, no sentido de dotar de maior lastro tal conceito, e, por conseguinte, valorizar o seu papel enquanto ferramenta de salvaguarda do direito humano à educação superior enquanto mecanismo de igualdade.

Bem por isso, nos dizeres de Santos (2009, p. 54) “as ações afirmativas constituem-se como medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade”.

Segundo Flávia Piovesan (2005, p. 39),

As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, entre outros grupos.

Em uma visão mais ampla,

as ações afirmativas não podem e nem devem ser pensadas somente como sinônimo de cotas nas Universidades, mas aocontrário, como uma política que busca corrigir distorções sociais, garantindo a equidade de direitos a grupos social e historicamente discriminados. (SANTOS, 2009, p. 53)

Nesse sentido, as ações afirmativas têm como objetivo eliminar as discriminações injustas e suas respectivas consequências, a fim de dar maior efetividade ao princípio da igualdade.

Acerca do princípio da igualdade, Piovesan (2008, p. 888) leciona sobre suas concepções, arguindo que:

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e **c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios)**. (Grifo nosso)

Dos pensamentos erigidos até aqui, corroborados pela lição trazida pela autora, parece evidente o pensamento de que a igualdade material deve ser o objeto essencial das práticas erigidas na direção de um ensino superior democrático sem espaço para discriminações.

Sobre o enfrentamento às práticas discriminatórias, faz-se imprescindível o entendimento de que “a discriminação ocorre quando somos tratados iguais, em situações diferentes; e diferentes, em situações iguais”. (PIOVESAN, 2008, p. 890)

E, para enfrentar a problemática da discriminação, segundo Piovesan (2008, p. 890)

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacam-se duas estratégias: a) a estratégia repressiva-punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação); e b) a estratégia promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade). Na vertente repressiva-punitiva, há a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação. O combate à discriminação é medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais. Se o combate à discriminação é

medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. É fundamental conjugar a vertente repressiva-punitiva com a vertente promocional.

Neste campo, torna-se cogente ratificar o pensamento de que:

As ações afirmativas devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório –, mas também prospectivo – no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial prevê, no artigo 1º, parágrafo 4º, a possibilidade de “discriminação positiva” (a chamada “ação afirmativa”), mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. As ações afirmativas objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, entre outros grupos. (PIOVESAN, 2008, p. 890)

Em uma brevíssima alusão histórica sobre as ações afirmativas no Brasil, aduz Cavalcante (2016, p. 931) que:

Historicamente, no Brasil, as primeiras medidas afirmativas aparecem na década de 1940, um período constituído por períodos de grandes embates políticos e registros de incrementos no desenvolvimento industrial do país. À época, houve uma necessidade de garantir representação de cidadãos brasileiros nas indústrias, por conta da forte imigração para o trabalho e, também, romper com as disparidades entre homens e mulheres. Como estratégia de combate às desigualdades, foram estabelecidas cotas de dois terços para empregados brasileiros de empresas individuais ou coletivas e a adoção de medidas reparatórias de distorções de direitos entre homens e mulheres

Nesta esteira, de forma direcionada à defesa do direito de acesso dos negros à educação superior, no campo prático foram realizadas ações emblemáticas com o propósito de aproximar este

público de algo até então extremamente distante de suas aspirações, dentre as quais este estudo grifa a criação dos “cursinhos pré-vestibulares comunitários”.

Sobre o assunto, Justino (2002) explica que os cursos pré-vestibulares comunitários surgiram baseados no princípio da igualdade de oportunidades de acesso ao ensino superior, buscando democratizar o acesso às universidades de negros e carentes.

Acerca da importância não apenas de cunho educacional, mas também ideológico dos cursos pré-vestibulares comunitários, Bacchetto (2003, p. 140) expõe que:

ao mobilizar os seus alunos, aqueles com perfil desfavorável no ingresso, pela modificação dos sistemas seletivos, atuam como porta-vozes de uma população mais ampla que deseja a formação universitária; eles evidenciam a necessidade de modificação no acesso, o aumento da demanda e as transformações que serão necessárias no nível superior para incorporar um novo contingente de pessoas.

Nos dias atuais as ações afirmativas contribuem para o ingresso não só do negro, mas de índios e pessoas que fizeram o ensino fundamental e médio integralmente em instituições públicas de ensino, em evidente ratificação de um processo árduo onde o acesso aos bancos das Universidade Públicas colhe seus frutos lentamente.

Ocorre, porém, que muito embora se venha obtendo algum êxito na consecução do objetivo de proporcionar a oportunidade do acesso dos negros ao ensino superior em instituições públicas – com as ressalvas pertinentes ao tema, não se findam neste trecho do caminho os desafios impostos, e, a etapa posterior ao primeiro ato - o ingresso, que compreende a permanência destes cidadãos nas universidades, também se impõe como um árduo desafio, conforme será demonstrado a seguir.

3. A PERMANÊNCIA MATERIAL E SIMBÓLICA

Os alunos cotistas que ingressam no ensino superior atraem para si muitos olhares. E, neste sentido Santos (2009, p. 66-67) destaca que:

a presença de um maior contingente de estudantes negros, notadamente em cursos de maior demanda social, tem trazido efeitos ao universo acadêmico. Tais efeitos podem apresentar implicações no que concerne à permanência na universidade; às suas ambiências; à qualidade das interações entre os grupos (estudantes-estudantes; estudantes-professores; estudantes-funcionários) e possibilidades de novas convergências ou conflitos ora mais, ora menos definidos em termos de classe e raça.

Em uma via semelhante, aduz Justino (2002, p. 32) que:

As políticas de ação afirmativa, na sua modalidade de reserva de vagas ou cotas, têm se apresentado como uma alternativa emergencial frente ao problema da exclusão do negro no ensino superior, mas não basta somente facilitar ou democratizar o acesso, essas políticas têm que ser acompanhadas de mecanismos que permitam a permanência desses alunos no ensino superior.

Nota-se, portanto, que as mudanças paradigmáticas não devem se restringir à oferta do acesso às universidades públicas, mas também é preciso que ações sejam engendradas no sentido do acolhimento e da integração do aluno negro durante o período de desenvolvimento de seu curso de graduação.

O problema ocorre, nos dizeres de Gonçalves e Ambar (2015, p. 211-212), ante:

(...) o fato de as políticas de acesso ao ensino superior terem trazido um número significativo de estudantes negro(a)s e pobres para a comunidade universitária, não significa que a democracia racial deixou de ser mito. Muito pelo contrário, a universidade ainda não sabe o que fazer com a “chegada do estranho” e, longe de romper com a

reprodução de estereótipos, ela guarda estreitas relações com o que ocorre na sociedade. Apesar de inegáveis avanços, restam muitos desafios aos que lutam para que a universidade enfrente os problemas oriundos da dolorosa integração do(a) negro na sociedade de classes.

Neste momento, o desafio ultrapassa a temática do acesso à universidade e deságua também no campo da permanência deste sujeito de direitos nos bancos acadêmicos.

Nesta senda, intentando demonstrar o significado do termo “permanência” para fins de compreensão do desafio imposto,

pode-se dizer que a permanência é, pois, duração e transformação; é o ato de durar no tempo, mas sob um outro modo de existência. A permanência traz, portanto, uma concepção de tempo que é cronológica (horas, dias, semestres, anos) e outra que é a de um espaço simbólico que permite o diálogo, a troca de experiências e a transformação de todos e de cada um. (SANTOS, 2009, p. 68)

No Brasil, desde o ano de 2008, existe um programa destinado a apoiar a permanência de estudantes de baixa renda nas instituições públicas de ensino superior – o PNAES (Plano Nacional de Assistência Estudantil).

No entanto, muito embora o PNAES atue diminuindo as desigualdades e suprimindo dificuldades, atacando, via do aporte de recursos financeiros destinados aos estudantes os problemas de acesso à moradia, alimentação, transporte, saúde, creche, dentre outros, contribuindo para o bom desenvolvimento acadêmico em prol da conclusão dos estudos, ainda restam fileiras a serem enfrentadas em setores onde a atuação deve ser mais ampla.

Ante ao apresentado, resta claro o ideário de que não bastam ações de cunho econômico, sendo necessárias práticas de integração que transponham o aspecto puramente monetário.

Nesta direção, entende-se que:

Faltam nas universidades (...) outras estratégias de permanência que possibilite uma discussão qualificada sobre a questão racial e o

enfrentamento das desigualdades. Até quando a universidade vai ignorar a violência e o sofrimento psíquicos, simbólicos e/ou físicos a que este(a)s estudantes são submetido(a)s? Quando as referências negras na universidade deixarão de ser apenas a dos trabalhadore(a)s terceirizado(a)s nos postos mais precários? Em que momento intelectuais negro(a)s farão parte do referencial teórico dos cursos? Quando a temática étnico-racial será introduzida nas matrizes curriculares? Em que momento professore(a)s negro(a)s deixarão de ser uma raríssima exceção no corpo docente? (GONÇALVES e AMBAR, 2015, p. 211)

E, formulando seu entendimento sobre este ponto de tensão, Santos (2009, p.70-71) aduz que para a garantia da permanência do estudante negro na universidade pública,

Obviamente são necessárias condições materiais que permitam a subsistência. É necessário dinheiro para comprar livros, almoçar, lanche, pagar o transporte, etc. Mas é necessário também o apoio pedagógico, a valorização da auto-estima, os referenciais docentes, etc. Sendo assim, entendemos que a permanência na Universidade é de dois tipos. Uma permanência associada às condições materiais de existência na Universidade, denominada por nós de Permanência Material e outra ligada às condições simbólicas de existência na Universidade, a Permanência Simbólica. Antes vale dizer que entendemos por condições simbólicas a possibilidade que os indivíduos têm de identificar-se com o grupo, ser reconhecido e de pertencer a ele.

No campo da permanência simbólica o reconhecimento faz-se necessário, e Boaventura de Souza Santos (apud PIOVESAN, 2008) leciona que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o que fora objeto de análise nas linhas pretéritas é possível afiançar, sem o temor de se cometer qualquer equívoco, a existência nas últimas décadas de um gradativo processo de

implementação de mecanismos de redução de desigualdades raciais no país, e de forma detida no que tange ao acesso e permanência dos negros nas Universidades Públicas brasileiras.

Em igual sentido, também é fato que existe lentidão no desenvolvimento deste processo, e, por essa razão, tornam-se bem-vindos todos os estudos científicos direcionados no sentido de demonstrar a imperiosa necessidade de se dotar de maior celeridade qualquer prática que esteja sendo realizada com a finalidade de efetivar a educação, concretizando, deste modo, um Direito Humano.

Nesta linha de raciocínio, a presente pesquisa tentou demonstrar os caminhos que vem sendo percorridos para que, de fato, se construa um modelo de educação superior mais democrático, com o pleno desenvolvimento da personalidade humana em conformidade com o que preconiza o retro citado artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Deste modo, adotando um recorte voltado para o acesso e a permanência de cidadãos negros nas Universidades Públicas brasileiras, o estudo em tela teve por motivação uma breve apresentação do tema, visando, assim, contribuir para o despertar de novos olhares sobre o assunto, não esgotando, por óbvio, sua abordagem.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. de A. M.; SIMÕES, H. C. G. Q. Educação Superior: um direito de todos? **Práxis Educacional**, [S. l.], v. 16, n. 37, p. 393-407, 2020. DOI: 10.22481/praxisedu.v16i37.6190. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/praxis/article/view/6190>.

Acesso em: 1 jul. 2022.

BACCHETTO, João Galvão. **Cursinhos pré-vestibulares alternativos no município de São Paulo (1991-2000): a luta pela igualdade no acesso ao Ensino Superior**. São Paulo, Feusp, 2003. Dissertação de Mestrado.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2021.

CAVALCANTE, Cláudia Valente. Direitos humanos, educação superior e políticas de ações afirmativas. **Revista Educativa - Revista de Educação**, Goiânia, v. 19, n. 3, p. 927-942, 2016. ISSN 1983-7771. Disponível em: <<http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/educativa/article/view/5458/3016>> doi: <http://dx.doi.org/10.18224/educ.v19i3.5458>. Acesso em: 01 jul. 2022.

CARVALHO, M. G. G. de. VIEIRA, A. M. D. P. O Ensino Superior poderia ser considerado um direito fundamental? **Interacções**, nº 51, p. 1-19, 2019. Disponível em: file:///C:/Users/Win8/Downloads/15038-Texto%20do%20Trabalho-67690-1-10-20191130.pdf. Acesso em 28 jun. 2022.

CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para os direitos humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 36-63, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a03v2n2.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2022.

GONÇALVES, Renata. AMBAR, Gabrielle. A questão racial, a universidade e a (in)consciência negra. **Lutas Sociais**, São Paulo, vol. 19 n.34, p.202-213, jan./jun 2015. Disponível em: file:///C:/Users/Win8/Downloads/25767-Texto%20do%20artigo-74822-1-10-20160618.pdf. Acesso em: 28 jun. 2022.

JUSTINO, David Manuel Diogo. **Desigualdades raciais e ensino superior no Brasil**. O movimento negro e a luta pela democratização das universidades. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2002/edu/diogo.pdf>. Acesso em 29 jun. 2022.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas sob a perspectiva dos direitos humanos. In: Santos, Sales A. (Org). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: MEC, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *In: Estudos Feministas*. Florianópolis, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/JXPnmdcRhtfnnv8FQsVZzFH/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 27 jun. 2022.

SANTOS, Dyane Brito Reis. **Para além das cotas**: a permanência de estudantes negros no ensino superior como política de ação afirmativa. Salvador, Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Educação, 2009. Tese de Doutorado.

SCHILLING, Flávia. O Direito à Educação: um longo caminho. *In: BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.). Educação e metodologia para os direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 273-284.

TREVISAN, Elisaide. Educação em Direitos Humanos no ensino superior como garantia de uma cultura democrática. **Revista Acadêmica Direitos Fundamentais**, Osasco, SP, v. 5, n. 5, p. 49-63, 2011.

A COISA JULGADA E SUA RELATIVIZAÇÃO FRENTE AO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Waldir de Freitas Chaves Neto – UEMS¹

José Péricles de Oliveira - UEMS²

INTRODUÇÃO

A humanidade deseja segurança em todas as espécies de relações, seja social, profissional, ou, inclusive, jurídica, pois o genoma do ser humano carrega ainda hoje o instinto primitivo da sobrevivência, de modo que, enquanto os antepassados buscavam segurança para salvaguardar suas vidas propriamente ditas, hoje o ser humano almeja salvaguardar suas relações.

Em outras palavras, hoje o ser humano pressupõe que haverá vida no dia seguinte e que ao despertar terá um dia relativamente semelhante ao anterior, razão pela qual seu genoma já não faz com que foque em se proteger de possíveis ataques de animais selvagens ou potenciais inimigos, mas faz com que foque em, ao acordar no dia seguinte, ter seu cônjuge e seus filhos em casa, seu emprego, sua propriedade rural ou qualquer outra fonte de segurança que o faça sobreviver.

O historiador e escritor best-seller do livro “Sapiens – Uma breve história da humanidade”, Yuval Noah Harari (2018, p. 65), ao tecer comparações entre o Homo sapiens social de hoje e o Homo sapiens caçador-coletor da origem, escreve: “Hoje, podemos morar em apartamentos com geladeiras abarrotadas, mas nosso DNA

¹ Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela UNYLEYA/ESTRATÉGIA. Advogado. E-mail: waldirchavesadvocacia@protonmail.com

² Mestre em Constituição e Processo pela UNAERP. Advogado e docente do curso de Direito da UEMS em Paranaíba-MS. Email: jpericles.oliveira@gmail.com

ainda pensa que estamos em uma savana. É isso que nos motiva a comer um pote inteiro de sorvete quando encontramos um no freezer e fazê-lo descer com uma Coca-Cola grande”.

O supracitado autor, doutor em história pela Universidade de Oxford, especializado em história mundial e com linha de pesquisa em torno da relação entre a história e a biologia, corrobora a ideia de que a busca do ser humano por segurança ainda hoje está diretamente ligada com o instinto de sobrevivência do seu material hereditário (genoma), mas a vida em si já está segura aos olhos dos homens, agora a necessidade é de se assegurar o que gira em torno dela, as relações.

Inobstante os fatores históricos e biológicos que fazem da segurança um desejo para a humanidade, percebe-se atualmente um olhar atento do mundo todo para a segurança jurídica dos países, visto que as regiões com maior segurança jurídica são as que possuem maior estabilidade monetária, inflacionária e política, sendo assim um alvo a ser buscado e um exemplo a ser seguido, pois influencia diretamente o plano social de um país, da classe mais baixa até a mais alta.

Os sistemas jurídicos ao redor do mundo são hoje medidos justamente pela segurança que transmitem para as pessoas que dentro deles se relacionam e o Brasil, com seu sistema jurídico caracterizado pela *civil law*, sistema de origem romano-germânico, tutelou a segurança jurídica em sua lei maior, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando o Poder Constituinte Originário consagrou o princípio da segurança jurídica, princípio este implícito e com força normativa, no art. 5º, inciso XXXVI, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Assim a segurança jurídica, além de possuir valor de primeira grandeza ao Estado Democrático de Direito, passa a obter o poder de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, da Constituição da República de 1988, ou seja, tendo em vista ser direito e garantia individual, a segurança jurídica não pode ser excluída nem mesmo por via emenda constitucional, tamanha sua relevância.

De outro norte, o princípio da segurança jurídica não habita sozinho na cobertura do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual deve coexistir com outros princípios e garantias constitucionais de semelhante grandeza, como a justiça, coexistência esta equilibrada e harmônica, a partir da ideia de que os princípios e as garantias constitucionais existem para servir ao povo, proporcionando-o paz social.

Surgem então as premissas básicas que cercam o instituto da coisa julgada e a sua relativização, quais sejam nenhum princípio ou garantia é o fim em si mesmo e não há princípio, garantia ou direito absoluto. Assim, os princípios e as garantias existentes no ordenamento jurídico, bem como os institutos jurídicos, coexistem de modo harmônico e assim devem ser interpretados.

Desta maneira, faz-se necessário o estudo acerca da coisa julgada, instituto pilar da segurança jurídica no ordenamento brasileiro, razão pela qual o primeiro capítulo busca compreendê-la enquanto o segundo capítulo objetiva demonstrar que a coisa julgada já é um instituto relativizado, embora em caráter excepcional, bem como que devem existir instrumentos processuais previstos na legislação para além dos já previstos no Código de Processo Civil de 2015 e que isto não devalorizará ou abalará a segurança jurídica do Brasil.

Por seu propósito, este trabalho buscou analisar o instituto da coisa julgada no ordenamento processual civil brasileiro e demonstrar que a sua relativização não afeta a segurança jurídica, desde que com previsão legal e em caráter excepcional, tudo isto frente ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o Código de Processo Civil de 2015, a doutrina e a jurisprudência.

1. A COISA JULGADA

1.1 Por que tão polêmica?

O professor José Carlos Barbosa Moreira, o qual foi professor titular da matéria de direito processual civil da faculdade de

Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, escreveu um artigo, no ano de 1970, e o publicou na Revista dos Tribunais cujo título é “Ainda e Sempre a Coisa Julgada”, demonstrando em poucas palavras tamanha polêmica que cerca o instituto tratado.

A problemática da coisa julgada inicia-se desde o seu conceito, o que para o referido professor, profundo estudioso do tema, é a razão pela qual todas as outras divergências surgem, veja-se:

A razão fundamental desse desconcerto parece residir na equivocidade do próprio conceito a partir do qual se desenvolvem as elaborações dos doutrinadores. Não é de espantar que se chegue a resultados tão díspares quando se verifica quão longe se está de alcançar um consenso mínimo sobre a determinação mesma do ponto de partida. Impossível pretender, na problemática da coisa julgada, uma convergência de orientações, se não há sequer unanimidade de vistas quanto à delimitação conceptual do objeto pesquisado. Como esperar que se harmonizem as vozes, antes de ter-se a certeza de que tôdas se referem a uma única e definida realidade? (MOREIRA, 1970, p. 10).

Acerca da temática controvertida, o professor José Carlos Barbosa Moreira não foi uma voz isolada, o professor e livre-docente em direito processual civil pela PUC/SP, Cassio Scarpinella Bueno, também fez questão de diagnosticar as controvérsias e relatar que *“Um dos temas mais polêmicos do direito processual civil diz respeito à coisa julgada. Não só com relação aos seus ricos desdobramentos e aplicações práticas, mas, também, à sua própria definição e a de seus contornos”* (BUENO, 2009, p. 382).

Como visto, os conflitos não se restringem ao conceito do instituto e, assim, quanto a classificação da coisa julgada, o resultado não poderia ser outro, há também linhas de pensamentos divergentes e teses com fundamentações jurídicas consistentes que defendem pontos de vista distintos. Os doutrinadores,

costumeiramente, dividem a coisa julgada em duas espécies, quais sejam a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

O professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves, mestre pela PUC/SP, defende a tese de que a coisa julgada não se divide em espécies, mas possui dois aspectos de um só fenômeno, de modo que um aspecto de mero caráter processual caracteriza a coisa julgada formal e outro aspecto que impede a rediscussão da lide em qualquer outro juízo caracteriza a coisa julgada material, *in verbis*:

Não há propriamente duas espécies de coisa julgada, como preconizam alguns. Ela é fenômeno único ao qual correspondem dois aspectos, um de cunho meramente processual, que se opera no mesmo processo no qual a sentença é proferida, e outro que se projeta para fora, tornando definitivos os efeitos da decisão. Isso impede que a mesma pretensão seja rediscutida em juízo, em qualquer outro processo. Ao primeiro aspecto dá-se o nome de coisa julgada formal. Todas as sentença, mesmo aquelas em que não há resolução de mérito, tornam-se imutáveis em determinado momento, quando contra elas não cabe mais recurso. O segundo aspecto é denominado coisa julgada material, que recai apenas sobre as decisões interlocutórias e as sentenças de mérito, impedindo que a mesma pretensão venha a ser rediscutida posteriormente em outro processo. (GONÇALVES, 2017, p. 121).

Há também quem defenda a tese da existência de quatro espécies de coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015, é o caso do advogado e mestre em direito processual civil pela PUC/SP, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, o qual identifica a existência da coisa julgada material (art. 502 do CPC), da coisa julgada formal (artigo 486, §1º, do CPC), da coisa julgada sobre questão prejudicial (artigo 503, §1º e §2º, do CPC) e da coisa julgada sobre tutela antecipada antecedente (artigo 304, §5º, do CPC), conforme extrai-se do artigo que publicou na Revista Brasileira de Direito Processual e o intitulou como “As quatro espécies de coisa julgada no novo CPC”.

Eis o que torna o instituto da coisa julgada tão polêmico e, por sua vez, tão problemático, mas não o faz deixar de ter grande relevância para o Estado democrático de direito e para o sistema jurídico do Brasil, razão pela qual se faz necessário buscar seu devido conceito, sua classificação e seus limites ante o atual ordenamento processual civil da república brasileira.

1.2 Conceito

A doutrina, de forma majoritária, já entendeu ser a coisa julgada um efeito da sentença. Contudo, com a influência do jurista Enrico Tullio Liebman, o qual, ao incício da segunda guerra mundial e da Itália fascista, emigrou para a América do Sul e exerceu magistério na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), passou a compreender o referido instituto como uma qualidade atribuída aos efeitos da sentença, note-se:

(...) a doutrina mais recente – e para esta finalidade o papel de Enrico Tullio Liebman não pode deixar de ser referido – passou a entender a coisa julgada não como um efeito da sentença, mas, bem diferentemente, uma especial qualidade atribuída a seus efeitos; a quaisquer de seus efeitos e não somente os efeitos declaratórios. (BUENO, 2009, p. 383).

O Superior Tribunal de Justiça, através da Quarta Turma, possui decisão na qual diferencia a coisa julgada e os efeitos da decisão, de modo que revela a influência da teoria de Enrico Tullio Liebman, precursor no Brasil da mencionada distinção, observe:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DE FAMÍLIA. SENTENÇA QUE RECONHECEU VÍNCULO ENTRE PAI E FILHO. EFEITOS ERGA OMNES. RELAÇÃO AVOENGA. CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA DECISÃO. **COISA JULGADA**. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL PROPOSTA PELO AVÔ CONTRA O NETO. PRETENSÃO DE AFASTAR A RELAÇÃO DE PARENTESCO SOB

O EXCLUSIVO FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO. INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA. 1. **Os efeitos da sentença, que não se confundem com a coisa julgada e seus limites subjetivos**, irradiam-se com eficácia erga omnes, atingindo mesmo aqueles que não figuraram como parte na relação jurídica processual. 2. Reconhecida, por decisão de mérito transitada em julgado, a relação de parentesco entre pai e filho, a consecutiva relação avoenga (vínculo secundário) é efeito jurídico dessa decisão (CC/2002, art. 1.591), afigurando-se inadequada a ação declaratória incidental para a desconstituição do vínculo primário, sob o exclusivo argumento de inexistência de liame biológico. 3. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1331815 SC 2012/0133876-1, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 16/06/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2016). Grigo não original.

Não obstante, já sob a vigência do atual Código de Processo Civil, Fredie Didier Júnior, livre-docente pela Universidade de São Paulo, Paula Sarno Braga, professora de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, e Rafael Alexandria de Oliveira, professor do curso de especialização em Direito Processual Civil do JusPODIVM, definem a coisa julgada como um efeito jurídico decorrente de um fato jurídico composto.

Os professores acima citados, sob a óptica do Código de Processo Civil de 2015, se referem ao efeito jurídico como sendo a indiscutibilidade e a imutabilidade e sustentam que “A coisa julgada torna indiscutível e imutável a decisão – como está claro nos arts. 502 e 503 do CPC” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 515), bem como diagnosticam a existência de dois pressupostos para a formação da coisa julgada, quais sejam a decisão jurisdicional fundada em cognição exauriente e o trânsito em julgado, *ipsis litteris*:

Já se disse que a coisa julgada é um efeito jurídico. Como efeito jurídico, decorre de um fato jurídico, que, no caso, é composto. A coisa julgada é resultado da combinação de dois fatos: a) uma decisão jurisdicional fundada em cognição exauriente; b) o trânsito em julgado. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 516).

Percebe-se, desta maneira, que a doutrina moderna, frente ao Código de Processo Civil vigente, conceitua a coisa julgada como um efeito jurídico decorrente de fato jurídico composto, cujo efeito recai sobre a norma jurídica definida na decisão. Para melhor compreensão do que levou os estudiosos contemporâneos ao atual conceito, explicam:

Para compreender a coisa julgada, é preciso partir da premissa de que a decisão é fonte de norma jurídica; a norma jurídica concreta que decorre de uma decisão pode tornar-se indiscutível e imutável a partir de determinado momento; quando isso acontecer, há o fenômeno da coisa julgada. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 516).

Hoje, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente ao ordenamento processual civil, com o auxílio de construções doutrinárias e jurisprudenciais, é possível chegar a um consenso mínimo quanto ao conceito, a classificação e aos limites da coisa julgada, os quais amanhã podem mudar. É a beleza da ciência humana, seu caráter dinâmico e adaptativo, com o intuito de bem se adequar e servir aos interesses mais complexos e legítimos da humanidade. Permanece, assim, a máxima de José Carlos Barbosa Moreira: “Ainda e Sempre a Coisa Julgada”.

2. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

2.1. O dilema

A atual problemática acerca da relativização da coisa julgada frente ao ordenamento jurídico brasileiro não mais gira em torno da sua possibilidade ou da sua impossibilidade, esta é uma discussão vencida e pacificada, visto que a coisa julgada já é um instituto relativizado, conforme denota-se dos instrumentos processuais existentes no Código de Processo Civil, como a impugnação com base na existência de erro material (art. 494, inciso I, do CPC), a *querela nullitatis* (art. 525, §1º, inciso I, e art. 535, inciso I, ambos do

CPC), a revisão de sentença inconstitucional (art. 525, §12, e art. 535, §5º, ambos do CPC) e a ação rescisória (art. 966 do CPC).

Como se não bastasse a via legislativa, na via jurisdicional o Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de admitir a relativização da coisa julgada, inclusive desde antes da vigência do atual Código de Processo Civil, veja-se:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Processual Civil. Coisa julgada. Limites objetivos. Ofensa reflexa. **Relativização da coisa julgada. Possibilidade. Precedentes.** 1. É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que não se presta o recurso extraordinário à verificação dos limites objetivos da coisa julgada, haja vista tratar-se de discussão de índole infraconstitucional. 2. **Este Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de admitir, em determinadas hipóteses excepcionais, a relativização da coisa julgada.** 3. Agravo regimental não provido. (STF - RE: 508283 MA, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: **24/04/2012**, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 18-05-2012 PUBLIC 21-05-2012). Grifo não original.

Permanece na maior instância do Poder Judiciário brasileiro o referido entendimento, o que demonstra que é pacificada a possibilidade da relativização da coisa julgada também na via jurisdicional, não somente na via legislativa, conforme vislumbra-se do seguinte julgamento:

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE, CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. **RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.** IMPOSSIBILIDADE APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ADOTADO NO TEMA 392 DA REPERCUSSÃO GERAL. 1. Esta Corte já **pacificou o entendimento de que deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, nos termos do decidido no RE 363.889-RG, processo submetido à sistemática da repercussão geral, Tema 392,**

oportunidade em que se firmou a orientação de se admitir a relativização da coisa julgada apenas em hipóteses excepcionais, o que não se configura nos autos. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AgR-segundo RE: 1216309 SC - SANTA CATARINA 0017263-61.2012.8.24.0008, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: **27/03/2020**, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-091 17-04-2020). Grifo não original.

Quanto a via doutrinária, não seria diferente, Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga (2015, p. 556) ensinam que “a coisa julgada, no processo civil brasileiro, não é absoluta: há inúmeros instrumentos previstos em lei que permitem o controle do que foi decidido”.

Além desses, no sentido de reconhecer o espaço no ordenamento jurídico para a relativização do instituto discutido, perceba a lição de Cássio Scarpinalla Bueno:

A coisa julgada aceita impugnação. Embora sua proteção tenha assento constitucional expresso no art. 5º, XXXVI, é possível e, mais do que isto, desejável que o legislador possa estabelecer padrões de seu contraste diante do necessário prevalecimento de outros valores ou de outros ideais do mesmo ordenamento jurídico. (BUENO: 2009, p. 400).

O professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves também lida com a temática e ensina que a doutrina e a jurisprudência admitem a relativização excepcional da coisa julgada, além de que esta não pode imunizar violações, *in vebis*:

Atualmente, começa-se a admitir, tanto na doutrina como na jurisprudência, a possibilidade de, em circunstâncias excepcionais, mitigar-se a autoridade da coisa julgada material, quando ela contrariar valores que a ultrapassem em importância. Sua finalidade é dar segurança e estabilidade às relações jurídicas na busca da pacificação social. Mas ela não pode ser tal que imunize julgados violadores de garantias ou direitos constitucionais, ou que transgridam valores éticos ou jurídicos cuja ofensa fere gravemente o ordenamento jurídico. (GONÇALVES: 2017, p. 132).

Estabelecidas as premissas de que a coisa julgada não é absoluta e que já é um instituto jurídico relativizado no ordenamento jurídico brasileiro, o dilema acerca da relativização, desta maneira, passa a girar em torno do modo pelo qual se dá a relativização, pois o modo é que pode causar efeitos nocivos e prejudiciais à segurança jurídica do Brasil.

Dois são os modos pelo quais atualmente a coisa julgada pode ser relativizada, o primeiro é o modo típico, previsto na lei, e o segundo é o modo atípico, capitaneado pela teoria da relativização atípica da coisa julgada e posto em prática pelo Poder Judiciário. Cada qual com suas hipóteses de cabimento.

2.2 Relativização típica

O Código de Processo Civil de 2015, através do art. 505, dispõe acerca da relativização da coisa julgada e suas hipóteses, as quais, a princípio, são: “I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei”. Da leitura do referido dispositivo e seus incisos, surge logo uma questão: quais os demais casos prescritos em lei?

Os demais casos prescritos em lei, além do art. 505, inciso I, do CPC, são a impugnação com base na existência de erro material (art. 494, inciso I, do CPC), a *querela nullitatis* (art. 525, §1º, inciso I, e art. 535, inciso I, ambos do CPC), a revisão de sentença inconstitucional (art. 525, §12, e art. 535, §5º, ambos do CPC) e a ação rescisória (art. 966 do CPC). Dessa maneira, pode-se concluir que há 05 (cinco) hipóteses típicas de relativização da coisa julgada na legislação processual civil.

2.2.1 Modificação no estado de fato ou de direito nas relações continuativas

As relações jurídicas de trato continuado ou continuativas são várias, tendo como exemplos clássicos as relações locatícias e alimentícias. Nesses casos, quando há modificação no estado de fato ou de direito, poderá ser pedida a revisão ou até a exoneração da relação jurídica anteriormente decidida em juízo, consoante art. 505, inciso I, do Código de Processo Civil.

A doutrina majoritária entende que as decisões nesses casos possuem de forma implícita a cláusula *rebus sic stantibus* (estando assim as coisas), o que, em outras palavras, significa dizer que a relação será válida enquanto a situação que originou se mantiver. Escreveu sobre o aludido, o professor Ernane Fidélis dos Santos, note-se:

Acontece que a sentença, às vezes, regula relações jurídicas continuativas, ou seja, aquelas que não se esgotam com a decisão final, mas que prosseguem no tempo, como corre com a decisão que condena em alimentos, através de prestações periódicas. Pode, no passar do tempo, haver modificação no estado de fato ou de direito que não persiste o mesmo da ocasião da sentença, justificando-se, em consequência, nova regulamentação da matéria (art. 505, I). É o que se verifica quando as condições econômicas do alimentando ou as do devedor de alimentos se alteram, autorizando revisão. Ou ainda do estado de direito, quando, em ação autônoma, sentença negatória de paternidade foi proferida, provocando a perda do direito a alimentos. (SANTOS: 2017, p. 909).

Acerca da existência implícita da cláusula *rebus sic stantibus*, a doutrina não trabalha sozinha, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça entende haver a referida cláusula em casos de relação de trato continuado, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO OBJURGADO. URV. REESTRUTURAÇÃO DE

CARREIRA. LIMITAÇÃO TEMPORAL. PRECEDENTES DO STJ. **COISA JULGADA. CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS".** PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DO STJ. 1. Entende o STJ que "as diferenças remuneratórias decorrentes da conversão dos proventos dos servidores em URV, embora não possam ser compensadas com reajustes posteriores, ficam limitadas no tempo quando houver ocorrido a reestruturação da carreira, com a instituição de um novo regime jurídico remuneratório'. Precedentes: AgRg no REsp 1.333.769/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29/11/2013; AgRg no REsp 1.302.854/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 10/5/2013; AgRg no AREsp 294.130/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 29/4/2013; AgRg no AREsp 199.224/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2012' (STJ, AgRg no REsp 1.320.532/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 16/5/2014)." (AREsp 1196439/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 19/12/2017). **2. A Corte Especial, no julgamento do MS 11.045/DF, dispôs que a força da coisa julgada tem uma condição implícita: a da cláusula rebus sic stantibus, a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença.** 3. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no AREsp: 1396712 PE 2018/0296173-6, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 26/11/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2019). Grifo não original.

2.2.2 Impugnação com base na existência de erro material

O art. 494, inciso I, do CPC autoriza o juiz que proferiu a sentença a alterá-la, de ofício ou diante de requerimento de uma das partes, para corrigir inexatidões materiais ou erros de cálculos. Inclusive, pode alterá-la após o trânsito em julgado, pois o Superior Tribunal de Justiça entende que este erro não transita em julgado, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO. TERMO INICIAL

DA CORREÇÃO MONETÁRIA. INTERPRETAÇÃO DA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. "O descompasso entre a fundamentação da decisão e sua parte dispositiva, que estabelece o termo inicial da correção monetária de forma a negar o direito anteriormente conferido ao autor, autoriza o reconhecimento da ocorrência de erro material" (REsp 502.557/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, j. em 19/02/2009, DJe de 09/03/2009). 2. Na hipótese, a isolada e desmotivada menção, em única linha de item do dispositivo da sentença liquidanda, ao art. 1º, § 2º, da Lei 6.899/81, o qual prescreve a correção monetária das condenações judiciais somente a partir do ajuizamento da ação, não pode prevalecer sobre a fundamentação, em dez laudas, e os demais itens do dispositivo da mesma decisão, assegurando a completa reparação dos danos reconhecidos. Não é razoável compreender tenha a sentença, na motivação, assegurado aos ora recorrentes a recomposição dos prejuízos reconhecidos, para, no dispositivo, intencionalmente excluir a correção monetária plena daquela indenização, subtraindo a atualização monetária pelo período de dez anos havido desde a prática do ato ilícito até o ajuizamento da ação. Tem-se, portanto, evidente erro material, incapaz de impedir o direito à atualização monetária do quantum indenizatório a partir da data do ilícito (Súmula 43/STJ). **3. O erro material não transita em julgado, podendo ser corrigido a qualquer tempo pelo Juiz ou Tribunal prolator da decisão, tendo em vista que a sua correção não implica alteração do conteúdo do provimento jurisdicional (CPC/1973, art. 463, I; CPC/2015, art. 494, I).** 4. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1761375 RJ 2016/0065510-3, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 15/06/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/08/2021). Grifo não original.

2.2.3 *Querela nullitatis*

A *querela nullitatis* é a ação de nulidade de sentença, prevista no art. 525, §1º, inciso I, e art. 535, inciso I, ambos do CPC, onde a parte executada, inclusive a Fazenda Pública nesta condição, pode arguir a falta ou a nulidade da citação quando o processo correu sob revelia na fase de conhecimento.

Esta hipótese de relativização se dá em razão de que o ordenamento jurídico atual, com posição majoritária, entende que a citação é requisito de validade do processo. Entendimento adotado pelo Código de Processo Civil, visto que o art. 239 dispõe que “*para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado*”.

Dessa maneira, a ausência de citação válida gera uma nulidade absoluta no processo, de modo que pode ser alegada a qualquer tempo, inclusive após o prazo de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, razão pela qual se diz que a *querela nullitatis* é o meio de se impugnar vícios transrescisórios. Nesse sentido Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:

Já a *querela nullitatis* é meio de impugnação de decisão maculada por vícios transrescisórios, que subsistem quando: a) a decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por falta de citação; b) decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por ter sido defeituosa a citação. A *querela nullitatis* diferencia-se da ação rescisória, principalmente por ter outras hipóteses de cabimento e por não estar sujeito a prazo – não se submete a qualquer prazo decadencial. Trata-se de ação desconstitutiva que pode ser manejada, até mesmo, depois do decurso do prazo de dois anos previsto para a ação rescisória. (2015, p. 556).

2.2.4 Revisão de sentença inconstitucional

Nesta hipótese, dois são os instrumentos processuais que poderão ser manejados, a depender do momento em que houve a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal

Federal. O primeiro instrumento é a impugnação ao cumprimento de sentença, manejada nos casos em que houve a declaração de inconstitucionalidade antes do trânsito em julgado da sentença exequente, conforme extrai-se do art. 525, §§ 12 e 14, e do art. 535, §5º, ambos do CPC. O segundo é a ação rescisória, nos casos em que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal é posterior ao trânsito em julgado da sentença ora rescindenda, nos termos do art. 525, § 15, e 535, § 8º, ambos do CPC.

Quanto ao segundo instrumento processual, a ação rescisória, surge uma questão extremamente polêmica no que diz respeito ao termo inicial para a propositura. O Superior Tribunal de Justiça possuía entendimento sumulado, Súmula 401, onde estabelecia que *“o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”*, ou seja o termo inicial seria a partir do último pronunciamento judicial daquele processo cuja decisão se busca rescindir.

Porém, o atual Código de Processo Civil trouxe dispositivo onde, de forma expressa, estabelece que o termo inicial é o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, como denota-se do . 525, § 15. E, então, surge outra questão polêmica no que diz respeito ao limite temporal para a propositura da ação rescisória, visto que se ilimitado causaria insegurança jurídica, pois decisões transitadas em julgado a mais de 10 (dez) anos poderiam ser rescindidas.

Entra em cena o papel imprescindível da doutrina, a partir da qual passa-se a entender, via interpretação analógica, que o prazo máximo para a propositura da ação rescisória na presente hipótese é de 05 (cinco) anos, conforme art. 975, § 2º, do CPC. Em outras palavras, só poderá ser proposta a ação rescisória se o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade no prazo de 05 (cinco) anos contados a partir do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

Além do mais, as referidas decisões do Supremo Tribunal Federal devem ser decididas pelo plenário do mesmo, conforme ensina o Enunciado nº. 58 do Fórum Permanente de

Processualistas Civis, *in verbis*: “As decisões de inconstitucionalidade a que se referem os art. 525, §§ 12 e 13 e art. 535 §§ 5º e 6º devem ser proferidas pelo plenário do STF.”

2.2.5 Ação rescisória

A última hipótese tipificada na legislação para que se relativize a coisa julgada é a da ação rescisória, ação autônoma, com natureza jurídica de ação desconstitutiva, com o propósito de desconstituir decisão judicial transitada em julgado e, eventualmente, rejulgar a causa. O professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves descreve a ação rescisória, veja-se:

A lei prevê uma ação autônoma de impugnação, que visa desconstituir a decisão transitada em julgado, postulando eventualmente a reapreciação daquilo que já estava decidido em caráter definitivo. É a última oportunidade que se dá ao interessado para tentar desfazer a decisão. Não se trata mais de um recurso, por que estes já foram esgotados, mas de uma ação autônoma, de cunho cognitivo e natureza desconstitutiva, que procura desfazer o julgado. (2017, p. 133).

Além do cabimento nos casos supracitados de revisão de sentença inconstitucional, a ação rescisória é cabível nos casos do rol do art. 966 do CPC e do art. 159-A da Lei nº. 11.101/05, popular Lei de Falência. Perceba a literalidade dos dispositivos mencionados:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Art. 159-A. A sentença que declarar extintas as obrigações do falido, nos termos do art. 159 desta Lei, somente poderá ser rescindida por ação rescisória, na forma prevista na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a pedido de qualquer credor, caso se verifique que o falido tenha sonegado bens, direitos ou rendimentos de qualquer espécie anteriores à data do requerimento a que se refere o art. 159 desta Lei.

Parágrafo único. O direito à rescisão de que trata o caput deste artigo extinguir-se-á no prazo de 2 (dois) anos, contado da data do trânsito em julgado da sentença de que trata o art. 159 desta Lei.

Percebe-se, assim, a existência de requisitos para o cabimento da ação rescisória, quais sejam o trânsito em julgado, os pressupostos processuais gerais de validade, visto que é uma ação autônoma, e a decisão judicial rescindível, esta por sua vez determinada pela legislação. Importante destacar neste ponto que, embora seja necessário o trânsito em julgado, não é necessário o esgotamento da via recursal, vide Súmula 514 do Supremo Tribunal Federal, *ipsis litteris*: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos.”

Nesta hipótese, importante destacar que, em regra, o prazo para a propositura da ação rescisória é de 02 (dois) anos, com termo inicial do trânsito em julgado da última decisão proferida no

processo, conforme art. 975, *caput*, do CPC. No caso de prova nova, a qual era ignorada ou de uso incapaz, o termo inicial é contado a partir da sua descoberta, contudo, com o limite de 05 (cinco) anos contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, conforme § 2º do dispositivo acima citado.

A ação rescisória é profundamente trabalhada pela doutrina e pela, contudo, tendo em vista que o presente trabalho não possui foco nesse instituto, mas sim no que tange ao seu papel para a relativização da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que é o necessário.

2.3. Relativização atípica

O modo atípico de se relativizar a coisa julgada surgiu no Brasil através da teoria da relativização atípica da coisa julgada, difundida pela doutrina com o propósito de evitar que injustiças ou inconstitucionalidades se concretizem, como bem observaram Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:

Como se viu, a coisa julgada, no processo civil brasileiro, não é absoluta: há inúmeros instrumentos previstos em lei que permitem o controle do que foi decidido; Há, porém, na doutrina, quem entenda que a decisão judicial não pode se cristalizar quando *injusta* ou *inconstitucional*. Nesses casos, a coisa julgada material poderia ser revista/rescindida, a qualquer tempo, por critérios e meios atípicos – não previstos em lei. Trata-se do movimento que vem propondo a chamada *relativização atípica da coisa julgada* – já que há hipóteses de revisão da coisa julgada que, dessa forma, já é relativa, como percebeu Barbosa Moreira. (2015, p. 556).

A relativização fora das hipóteses legais sofre severas críticas pela doutrina por duas razões, a primeira delas é que a relativização atípica pode se dar das mais variadas formas, visto a possibilidade de incontáveis interpretações judiciais, e a segunda é que é ilegal, visto que o Código de Processo Civil, consoante art. 505, inciso II, autoriza a relativização nos casos previstos na lei e

esse modo de relativização não se encontra prescrito na legislação. Dentro do viés crítico, Fredie Didier Júnior, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:

O principal problema dessa concepção é que admitir a relativização com base na existência de injustiça – que ocorreria com a violação de princípios e direitos fundamentais do homem, tal como acima exposto –, significa franquear-se ao Judiciário um *poder geral de revisão da coisa julgada*, que daria margem, certamente, a interpretações das mais diversas, em prejuízo da segurança jurídica. A revisão da coisa julgada dar-se-ia por critérios atípicos – em afronta clara ao inciso II do art. 505 do CPC, inclusive. (2015, p. 557).

Por outro lado, chegou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a tese da relativização da coisa julgada injusta inconstitucional através do caso de renovação de ação de investigação de paternidade, caso que consagrou-se emblemático, tendo em vista que no tempo da primeira ação de investigação de paternidade não houve a realização do exame de DNA sofisticado e preciso.

Quando o caso chegou aos supracitados tribunais estes entenderam ser possível a relativização atípica da coisa julgada material em favor do direito fundamental de personalidade, veja-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. Do regime formal da ação rescisória, decorre,

como já mencionado, a necessidade de respeito ao prazo decadencial de dois anos (CPC, art. 495). O referido prazo, como já dito, inspira-se no princípio constitucional da segurança jurídica: embora permitida a desconstituição da coisa julgada, tal resultado apenas pode ser validamente alcançado com uma provocação tempestiva, em um período pré-delimitado, impedindo o legislador, assim, que a justiça da decisão transitada em julgado permaneça passível de revisão a qualquer tempo, do que decorreria a instabilidade e a eterna incerteza nas relações sociais. Representa ele, portanto, a conciliação feita pelo legislador infraconstitucional entre os princípios que estão por detrás de cada hipótese de cabimento da rescisória e o princípio da segurança jurídica, em que se funda a garantia da coisa julgada. 76. In casu, operou-se o trânsito em julgado da demanda anterior em 1992, ao passo que o processo ora em exame foi instaurado apenas em 21 de outubro de 1996. **Por uma aplicação fria e rígida do referido prazo legal, portanto, haver-se-ia de concluir pela decadência do direito de propositura da ação rescisória, porquanto transcorridos quatro anos. Mas tal interpretação, caso prevalecesse, tornaria absolutamente ineficaz o direito fundamental à filiação, na medida em que não era sequer viável, do ponto de vista prático, a realização do exame de DNA até 1996, ano que entrou em vigor, no Distrito Federal, a Lei nº 1.097, de 05 de junho de 1996, segundo a qual cabe ao Poder Público distrital o custeio da referida prova técnica, e com isso superando o déficit de assistência jurídica até então configurado. Foi este fato, portanto, que fez surgir, do ponto de vista prático, a viabilidade do ataque à coisa julgada anterior, de modo que deve ser da data da promulgação dessa lei a contagem do prazo para a impugnação à coisa julgada, o que leva à conclusão, in casu, pela viabilidade da demanda. (STF, RE N. 363.889-DF. RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI - Info. 652).**

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL. É possível a flexibilização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade, na situação em que o pedido foi julgado improcedente por falta de prova. Assim, configurada a exceção, não se pode impedir o ajuizamento de nova ação destinada

a garantir o direito fundamental do interessado de investigar a ascendência genética, mediante a utilização do exame de DNA, que fornece elementos de convicção quase absolutos do vínculo de parentesco. Precedentes citados do STF: RE 363.889-DF, DJe 16/12/2011; do STJ: REsp 226.436-PR, DJ 4/2/2002, e REsp 826.698-MS, DJe 23/5/2008. REsp 1.223.610-RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 6/12/2012 (informativo 512). Grifo não original.

Abriu-se, assim, precedentes para que a coisa julgada seja relativizada sem expressa previsão na lei e sem o instrumento processual adequado, cabendo ao Juiz fazer o juízo de prevalência, ou seja, o Juiz decide se preserva a coisa julgada já antes formada ou não, em virtude do que entende ser justo prevalecer.

O problema não está em ser um Juiz fazer o juízo de prevalência, mas está em nos milhares de Juízes do Brasil que possuem suas convicções pessoais, suas visões de mundo e de sistemas jurídicos próprios. Esse fato é a fonte da insegurança jurídica.

2.4. O ponto de equilíbrio

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) disponibiliza em seu site relatórios anuais com dados relacionados ao Poder Judiciário e os intitulam de “Justiça em Números”. O relatório mais recente é o “Justiça em Números 2021”, com panorama referente ao ano de 2020, e deste extrai-se que há no Brasil 22.695 (vinte e dois mil e seiscentos e noventa e cinco) cargos existentes de magistrados, com 17.988 (dezessete mil e novecientos e oitenta e oito) cargos providos, ou seja, há no Brasil 17.988 (dezessete mil e novecientos e oitenta e oito) magistrados em exercício.

Dos magistrados em exercício, 12.282 (doze mil e duzentos e oitenta e dois) são da Justiça Estadual e 1.942 (um mil e novecientos e quarenta e dois) são da Justiça Federal. O relatório não para por aí, ele ilustra, através de gráficos, as classes processuais mais recorrentes com que esses magistrados lidam no cotidiano

judiciário e a classe processual predominante é a do “processo cível”. Desnecessário adentrar no quantitativo de demandas por magistrado, visto que o objetivo é demonstrar que o Poder Judiciário brasileiro lida, de forma majoritária, com o processo civil.

Somam-se com esses dados as características do Brasil, quais sejam as dimensões continentais, a diversidade cultural e a pluralidade de ideologias, para que se chegue no resultado: a relativização atípica da coisa julgada pode criar um caos no Poder Judiciário e, por consequência, elevar a insegurança jurídica do país. São milhares de juizes que lidam com a coisa julgada na esfera civil e que possuem convicções particulares do que é o justo.

Por outro lado, ignorar as injustiças, mesmo que excepcionais, em prol da autoridade da coisa julgada, essência da segurança jurídica, não converge com ordenamento processual civil atual, fortemente influenciado pelo viés constitucional e pelos valores esculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, a Lei Maior do ordenamento jurídico.

Há, desta maneira, um objetivo a ser alcançado, o ponto de equilíbrio entre dois valores constitucionais de primeira grandeza, a segurança jurídica e a justiça. Este ponto, por sua vez, reside na alteração das hipóteses legais de relativização da coisa julgada para que haja instrumentos processuais adequados e previstos na lei sem que se banalize a coisa julgada.

2.5. A proposta

Perceba que o caso em que o Supremo Tribunal Federal permitiu a relativização atípica da coisa julgada tratava de direito fundamental e, em razão de sua relevância, prevaleceu frente à imutabilidade. Em razão do lapso temporal entre a última decisão transitada em julgado e o acesso ao exame de DNA, a ação rescisória não podia ser proposta, pois não era cabível.

Por sua vez, o art. 975, § 2º, do CPC dispõe que “Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo de 5 (cinco) anos,

contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

O que vedou a propositura da ação recisória no caso emblemático foi simplesmente uma questão temporal, o que fez com que a ação proposta chegasse no Supremo Tribunal Federal para, a partir daí, se entrasse no mérito da questão, o que poderia ter sido feito pelo Juíz de Direito da 1ª instância.

Dito isso, propõe-se uma mudança no texto legislativo do art. 975, § 2º, do CPC, a qual poderá seguir com a seguinte redação: Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, exceto se tratar-se de direito fundamental. Assim, quando tratar-se de direito fundamental o prazo inicial será da descoberta da prova nova, limitado ao prazo de 02 (dois) anos do *caput* do art. 975 do CPC.

Interessante perceber que o art. 966, inciso VII, do CPC não permite qualquer prova nova, basta atentar-se para a literalidade que fica claro que esta prova deve ser capaz, por si só, de assegurar o pronunciamento favorável ao autor da ação. Neste momento entra em cena o papel do magistrado, o qual ao se deparar com a prova nova deve fazer o juízo acerca desta. A prova é capaz de assegurar o pronunciamento favorável, a demanda enquadra-se na hipótese de cabimento da ação recisória e segue seu rito procedimental. A prova não é capaz, extingue a demanda sem resolução do mérito nos termos do art. 485, inciso IV, do CPC (ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo).

Por fim, cabe esclarecer que a presente proposta não retira o caráter excepcional da relativização da coisa julgada e demanda a observância do devido processo legislativo, o que não é o tema do presente trabalho, além de que também depende da conveniência política, outro ponto problemático que o trabalho não busca aprofundar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto jurídico da coisa julgada é extremamente relevante para um Estado Democrático de Direito ao mesmo tempo em que é sensível e, em certas nuances, problemática. Seu conceito, sua classificação e seus limites dividem a doutrina até hoje, o que inclusive desperta os olhares do ambiente acadêmico.

É possível, dentre todas teses, encontrar a conceituação, a classificação e os limites que mais se adequam ao ordenamento jurídico brasileiro, o que não significa que os trabalhos devem parar por aqui. Evoluir é sinônimo de progresso. Por isso, este trabalho não buscou encontrar o conceito, a classificação e os limites ideais, mas visualizar quais são no atual ordenamento processual civil do Brasil, após a evolução das obras acerca do tema.

Uma nuance problemática da coisa julgada diz respeito a sua relativização, não quanto a possibilidade, mas ao modo em que se pode dar e aos instrumentos processuais usados para isso. Já existem instrumentos processuais com suas hipóteses específicas, porém, e em situações relevantes, as hipóteses atuais não são suficientes. Aumentar as hipóteses para atender as necessidades que já adentram no Poder Judiciário não retira o caráter excepcional da relativização e não atinge a segurança jurídica.

O que atinge a segurança jurídica é permitir que um magistrado relativize a coisa julgada sem previsão legal por somente sua convicção do que deva prevalecer. Não pela falta de competência de um magistrado, mas pela quantidade existente no Brasil, país de imensidões territoriais e culturais. Por essa razão é proposta a alteração no termo inicial do prazo para propositura da ação recisória quando versar sobre direito fundamental e houver prova nova capaz por si só de assegurar o pronunciamento favorável. O magistrado fará juízo somente acerca da prova.

Por fim, o presente trabalho busca evidenciar o importante trabalho simultâneo da doutrina, da jurisprudência, e da lei acerca do tema tratado, além de que o ponto de equilíbrio entre a Justiça e a segurança jurídica reside na lei, não sendo, desta maneira, um

instituto jurídico relativizado capaz de prejudicar a segurança jurídica do Brasil, desde que com previsão legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2021.** Disponível em: <relatorio-justica-em-numeros2021-051121.pdf (cnj.jus.br)>. Acesso em: 16 nov. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

_____. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Lei de Falência.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 11 nov. 2021.

. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I.** 2ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais.** 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – Uma breve história da humanidade.** Volume 1288. Porto Alegre, RS: L&PM, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e Sempre a Coisa Julgada.** Revista dos Tribunais • RT 416/9 • jun./1970.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **As quatro espécies de coisa julgada no novo CPC**. Volume 101, Revista Brasileira de Direito Processual, RBDpro.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil, volume 1: processo de conhecimento**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

A CONCESSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA E A CONTAGEM DO PERÍODO DE AFASTAMENTO À TÍTULO DE CARÊNCIA E TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Christiano Francisco da Silva Vitagliano¹

Isael José Santana²

INTRODUÇÃO

Este estudo surgiu a partir do contexto da análise da posição defendida pelo Instituto Nacional de Seguro Social-INSS em processos judiciais que atua pugnando pela desconsideração da contagem do período de afastamento a título de auxílio-doença (auxílio de incapacidade temporária) para fins de carência.

Nesta esteira o órgão autárquico defende distinção, entendendo pela não aplicação do caso parâmetro previsto no Recurso Extraordinário n.º 583834/SC. Portanto, o objetivo foi refletir acerca da justiça dessa tese autárquica pugnada em processos administrativos e judiciais, pois certamente se acatada pelo Estado Juiz poderá gerar impactos jurídicos totalmente desfavoráveis aos segurados, bem como ao que se entende por Estado Social, e Justiça Social, Direitos da Personalidade e por consectário refletindo nos Direitos Humanos.

¹ Mestre em Direito, pelo Centro Universitário Eurípides de Marília UNIVEM, mantido pela Fundação Eurípides Soares da Rocha, é advogado especialista na seara juslaboral, bem como advoga nas áreas de Direito Tributário, Empresarial, Administrativo e Previdenciário. É professor concursado da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul-UEMS. E-mail: christianovitagliano@hotmail.com

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor Adjunto da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba. E-mail: leasijs@hotmail.com

De caráter dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica, a presente pesquisa tratou para fins de breve reflexão do que seria Justiça Social, Aposentadoria por Idade, Carência e Tempo de Contribuição, bem como, debruçou-se sobre a decisão parâmetro e a tese de *distinguishing* apresentada pelo INSS (instituto Nacional do Seguro Social) em relação ao RE Nº 583.834/SC.

A pesquisa se justifica pelos impactos no campo dos “Direitos Humanos”, havendo a necessidade urgente de reflexões jurídicas, o que repercutirá na vida dos segurados previdenciários do Regime Geral de Previdência Social.

1. DIREITOS SOCIAIS

Os Direitos Sociais se integram a concepção contemporânea de Direitos Humanos e do valor da dignidade da pessoa humana. E dar seriedade aos Direitos Sociais resulta em um verdadeiro compromisso com a integração social do indivíduo, com o princípio da solidariedade, da igualdade substancial e com a justiça distributiva.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 193, *caput*, estabelece que a Ordem Social tem com base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Preceitua o texto maior que a seguridade social compreende um conjunto integrado de iniciativa dos Poderes Estatais e das entidades civis, que asseguram dentre eles o direito à previdência social.

Importa destacar que o direito à seguridade social em especial está imbricado, fundido com a dignidade da pessoa humana, logo fundamental o respeito a tais direitos. Há uma “visão” distorcida da amplitude que agasalha os denominados direitos humanos, assim sem que se possa ter no “outono” da existência a, mínima, segurança social, certamente violará a dignidade humana e assim os direitos que a protegem.

A aposentadoria por idade tem por cobertura a contingência social denominada velhice, sendo que a idade avançada se demonstra como algo a se tutelar, ainda mais em considerando que

reflete a ideia de proteção, no campo previdenciário a aqueles que já contribuíram com seus esforços laborais, e via de regra, já não mais conseguem trabalhar em razão da idade avançada.

É certo que essa aposentadoria, via de regra, alcança na maioria das vezes as classes econômicas menos privilegiadas, o que confirma ainda mais seu papel no condizente à Justiça Social que tem por principal escopo a realização de Justiça Distributiva.

Nesse contexto é extremamente injusto atribuir ao segurado o fardo de não ter seu período de afastamento por auxílio de incapacidade temporária sem qualquer efeito para fins de carência e tempo de contribuição.

O segurado se encontrando doente contra sua vontade, é impedido legalmente de recolher aos cofres públicos, não podendo assim ser-lhe imputada a culpa de forma a que esse período de afastamento não seja contado para efeitos de carência e de tempo de contribuição como pugna o INSS.

É nesse ambiente de altíssima problemática que se convida o leitor, para que se promova uma reflexão em especial no tangente ao período de afastamento em razão de enfermidade com auxílio-doença e seus impactos quanto à contagem no condizente à aposentadoria por idade.

2. DA JUSTIÇA SOCIAL

Entende-se por Justiça Social que se insere no conceito de Direitos Humanos a virtude que nos leva a promover o bem comum da sociedade, como se vê não há Justiça Social se não houver satisfação do bem comum, sendo que a adoção de critérios razoados para efeito previdenciário está intimamente ligada a ideia de Justiça Social, neste sentido Montoro, “a obrigação de assegurar condições de higiene e segurança no trabalho (..) e outras medidas exigidas pelo bem comum, constituem imposições da justiça social”. (Montoro, 1996 p. 222)

Os Institutos de Previdência Social sejam ligados ao Regime Geral ou ao Regime Próprio devem ter interpretações que

satisfaçam o bem comum, e quando verificamos que há uma total parcialidade Estatal em tão somente buscar interpretações que diminuam o ônus estatal sem se preocupar com a implementação do princípio da universalidade de cobertura e do atendimento, sob a pseudo alegação de seletividade, o Estado Executivo contraria a ideia de Justiça Social, logo, o Estado Juiz deve intervir, através de decisões judiciais onde haja a aplicação de princípios constitucionais de forma a restabelecer a Justiça Social, nesse sentido Montoro destaca

Além disso, as entidades ou grupos sociais intermediários que, como pessoas jurídicas, são também partes de uma sociedade maior, e têm igualmente obrigações para com o bem comum. (...) O bem comum é o fim da sociedade. É também, a finalidade última de toda a lei. É o objeto da justiça social. (MONTORO 1996, p. 216)

Não há como tratar de Direito Social sem mencionar em Direito Previdenciário, nessa linha preceitua o sexto artigo da Carta Maior, quando preceitua que é direito social a previdência social.

O princípio da seletividade já foi exercido pelo Estado Legislativo quando escolheu a idade avançada como contingência social que se demanda cobertura previdenciária, logo razoável é que se estabeleçam critérios justos como requisitos para sua concessão, até porque se desarrazoados ferirá o que se entende por dignidade da pessoa humana em especial violará as normas de proteção à pessoa de idade avançada, ou seja, o idoso, o qual merece proteção inclusive no campo do Direito Previdenciário, não tão somente no campo do Direito Assistencial.

2.1 Da aposentadoria por idade

A Lei de Benefícios da Previdência Social - LBPS preceitua que o Regime Geral de Previdência Social - RGPS compreende dentre as prestações devidas em razão do evento decorrente de acidente do trabalho o benefício de aposentadoria por idade. A LBPS dispõe

que concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende de carência: aposentadoria por idade de 180 contribuições mensais.

A LBPS preconiza que a aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher, com redução de cinco anos para os trabalhadores rurais.

Nesta esteira, a LBPS abroquelou a aposentadoria por idade será devida, ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto anteriormente (quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela); sendo que para os demais segurados na data da entrada do requerimento

A aposentadoria por idade, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) deste, por grupo de 12 (doze) contribuições, não podendo ultrapassar 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Preceitua ainda a LBPS que a aposentadoria por idade pode ser requerida pela empresa, desde que o segurado empregado tenha cumprido o período de carência e completado 70 (setenta) anos de idade, se do sexo masculino, ou 65 (sessenta e cinco) anos, se do sexo feminino, sendo compulsória, caso em que será garantida ao empregado a indenização prevista na legislação trabalhista, considerada como data da rescisão do contrato de trabalho a imediatamente anterior à do início da aposentadoria.

Para fins do presente artigo, de forma sucinta, considerando que o objetivo é análise exclusiva e conjunta da aposentadoria por idade urbana, os requisitos da aposentadoria por idade são distintas antes e depois da Reforma, se completada a idade mínimo, *vg* 65 anos homem e 180 contribuições até 12/11/2019 teria direito à aposentadoria completada a idade após a vigência da lei de reforma idade de 65 anos terá direito de transição; e se começou a

contribuir após 13/11/2019 haverá de respeitar nova regra de aposentadoria por idade, se programando para tanto.

Sem dúvida a aposentadoria por idade é a mais branda das modalidades de aposentadoria, em requisitos e por isso é o mecanismo mais próximo da população, da massa trabalhadora, o que nos faz pensar que merece toda uma atenção especial.

Ocorre que o INSS vem decidindo administrativamente e pugnando judicialmente que o período de afastamento para recebimento de auxílio-doença não produz qualquer contagem para fins de carência e/ou tempo de contribuição para fins de aposentadoria por idade.

De forma clara para o leitor, exemplifica-se: a parte segurada ficando doente, precisa da cobertura, e recebendo auxílio-doença, está dispensada de continuar a recolher a contribuição, até porque se pagar provavelmente cortará seu benefício previdenciário, e esse período de afastamento, de acordo com o INSS não produziria qualquer efeito de contagem para fins de aposentadoria por idade, ou seja, esse triste desfecho fático jurídico para parte segurada se adotada essa tese.

2.2 Da tese pugnada pelo INSS em processos judiciais tendo em vista a decisão em sede de Recurso Extraordinário N^o 583.834/SC

Cabe inicialmente pontuar o que restou decidido em sede do caso líder (*leading case*): Recurso Extraordinário N^o 583.834/SC. Nessa decisão com Repercussão Geral restou abraçada pela Suprema Corte em sua composição plenária a tese de que o caráter contributivo do RGPS a princípio impede a contagem de tempo ficto, o §5^o do art. 29 da LBPS é a razoável exceção à regra do tempo de contribuição ficto de contribuição com fulcro na LBPS 55, II, esse entendimento seria aplicável somente às situações em que aposentadoria por invalidez seja precedida de recebimento de auxílio doença durante período de afastamento que fosse em meio a atividade laborais com recolhimentos.

O órgão autárquico pugna em juízo tese de *distinguishing* em relação ao Recurso Extraordinário Nº 583.834/SC, pois entende que esse não poderia ser aplicado as hipóteses de pretensão de aposentadoria por idade urbana.

Cabe esclarecer melhor essa tese abraçada pelo INSS, nesta esteira pontua-se que a autarquia defende a impossibilidade de contagem do tempo de percepção do benefício por incapacidade para fins de carência, ainda que intercalado com tempo contributivo.

Nessa linha de pensamento a autarquia pugna que há a necessidade de efetivas contribuições para o preenchimento da carência e conseqüente impossibilidade de contagem de tempo ficto para fins de sua caracterização.

Promove essa construção teórica mencionando que haveria em seus efeitos diferença entre o instituto da carência e do tempo da contribuição, e que o RE 583.834 SC só se aplicaria ao tempo de contribuição e não ao instituto da carência.

Em breves palavras não seria possível para a autarquia a contagem do tempo ficto para fins de carência, pois o segurado no período de auxílio-doença não se encontra desempenhando atividade remunerada, pois afastada por causa da incapacidade laboral, logo não se encontraria contribuindo para o sistema previdenciário. Defende a tese de que a legislação não permitiria o computo do tempo em gozo do benefício por incapacidade como carência, mas tão somente como tempo de contribuição, quando intercalado o seu recebimento entre períodos de atividade, esse entendimento lastreado no art. 55 II da LBPS, uma vez que o período de gozo de benefício por incapacidade, a contribuição previdenciária não é devida pelo segurado e nem descontada pela empresa (LBPS 28 §9.º, a.).

De tal forma, para o INSS seria hipótese de tempo ficto de contribuição, e defende ainda que inexistiria período de carência ficto, alegando que o conceito de carência diria respeito à existência efetivas contribuições mensais.

Nessa esteira, o INSS defende que não se poderia confundir tempo de contribuição que em tese aceita poder ser ficta com carência que exige número mínimo de contribuições. Entende que essa seria a melhor interpretação a ser dada ao art. 24 da LBPS, esse argumento é atrelado ao caráter contributivo do sistema previdenciário

2.3. Da carência

Considerando o ensinamento de Miguel Horvath Júnior conceitua carência:

Como pré-requisito legal para ter acesso às prestações previdenciárias. Tal exigência decorre da natureza contributiva e tem como finalidade a manutenção do equilíbrio financeiro-atuarial. A exigência de carência é flexível de acordo com a análise levada a cabo pelo legislador infraconstitucional, sob o enfoque do impacto da ocorrência do sinistro junto à sociedade. (HORVATH JÚNIOR, 2008, p.182)

Nesta esteira se colaciona o que outra doutrina dispõe acerca do que seria carência:

(...) Equivocada, nesse cenário, era a ponderação de FEIJÓ COIMBRA, que salientava ser carência o lapso temporal de vinculação ao sistema previdenciário social. A vinculação, por si só, não caracteriza o lapso temporal como conteúdo da carência, haja vista a vinculação do período de filiação com o adimplemento das contribuições sociais. Períodos de filiação (situação jurídica) cujos deveres jurídicos fiscais não foram cumpridos, portanto, não constituem conteúdo da carência. O inadimplemento da obrigação, todavia, não retira do lapso de filiação sua relevância jurídico-previdenciária. Esse tempo não contribuído será conhecido como tempo de contribuição. Diante dessas ponderações, e com o auxílio do magistério de PEREIRA LEITE, pode-se afirmar que o conteúdo da carência é o tempo de contribuição (filiação) efetivamente contribuído. Período de carência, necessariamente, é tempo de

contribuição, sendo a recíproca, contudo, falsa. (...).2. A carência, na seara do direito brasileiro, constitui mínimo de contribuições necessárias à fruição de uma prestação. Esse lapso temporal não se consubstancia em tempo de contribuição, mas em tempo de contribuição efetivamente contribuído. O conteúdo da carência é inexoravelmente sinalagmático. 3. A carência não ocupa o critério material, pois não se caracteriza como contingência social (risco). É elemento contributivo necessário à manutenção do equilíbrio financeiro do sistema. Sua posição lógica, destarte, antecede a incidência, cuja legitimidade é adquirida posteriormente à satisfação do pressuposto carência."(BALERA, 2019 n.p)

É certo que o período de carência é o período durante o qual o segurado, apesar de já estar contribuindo ainda precisa do direito ao benefício. Mas se convida a seguinte reflexão: seria correto pensar que se aceita tempo de contribuição ficto por exceção para o tempo de contribuição e não para a carência?

2.4 Das críticas à tese adotada pelo órgão autárquico

Cabe destacar que os valores recebidos a título de benefício previdenciário, muitas das vezes, representa a única renda que a pessoa com idade avançada, trabalhadora, possui para se sustentar, ou seja, trata-se de verba de natureza alimentar o que nos faz aceitar a tese de que se trata de Direito da Personalidade na modalidade integridade física.

Nesse sentido a doutrina: Wanderlei de Paulo Barreto conceitua os direitos da personalidade como “cada uma das expressões determinadas do poder que tem a pessoa sobre o todo ou sobre partes da sua integridade física, psíquica e intelectual, em vida e, em alguns casos, após a morte, e que constituem o mínimo necessário e apto a garantir a dignidade da pessoa e o amplo desenvolvimento da personalidade”. (BARRETO, In: ALVIM, 2005, p. 107)

Os Direitos da Personalidade possuem por fundamento a qualidade de essencialidade lastreado em uma perspectiva de humanização dos valores mais relevantes ao ser humano, e um

deles é a integridade física que abarca o direito a verbas de natureza alimentar, em especial a contemplar uma velhice digna aquele que se dispôs a trabalhar e ser segurado do Regime Geral de Previdência Social.

Os direitos da personalidade têm como fundamentos a essencialidade e os critérios de humanização dos valores mais necessários, como a integridade física, a integridade moral e intelectual, nas suas mais variadas manifestações.

Uma velhice digna sem dúvida se trata de um Direito da Personalidade, na espécie integridade física e logo carecedora de maior proteção do Direito Previdenciário, pois se reveste do caráter de Direitos Humanos.

Nem há de se dizer que menor é a relevância e preocupação com a proteção do Direito Previdenciário ao idoso, pois o Direito Assistencial já se preocuparia via BPC do LOAS com tal contingência, pois aqui está a se tratar de um idoso que possui a qualidade de segurado da previdência social, um trabalhador carecedor da proteção previdenciária quando atinge a idade avançada. Se proteger quem sequer é segurado é preocupação do Estado, ainda, mais seria justa a preocupação com quem é segurado.

Nesta esteira, há nesse contexto uma grande preocupação com a personalidade humana e a proteção da integridade e da dignidade da pessoa humana. A tutela dos bens jurídicos que compõem a personalidade, também abraça o direito à previdência social, pois trata de cobertura a contingências sociais imbricadas com o conceito de Justiça Social e Direito da Personalidade, como dito na espécie integridade física tendo em vista envolver verba de natureza alimentar ao idoso.

Conforme se extrai da leitura do Estatuto do Idoso os direitos dos idosos são um conjunto normativo de princípio e regras que tem como objetivo a garantia da vida, da dignidade e proteção integral ao idoso, tema sem dúvida pertinente a Direitos Humanos.

Nesse pensar, podemos mencionar que os idosos possuem direitos subjetivos garantidos pelo ordenamento jurídico o **direito de envelhecer dignamente sem o receio do abandono do Estado,**

o direito à vida, à saúde, à cultura, à liberdade, ao transporte, à **previdência**, ao atendimento, entre vários outros direitos.

Não é razoável embora haja posicionamento contrário que a filiação no campo do direito subjetivo não gere qualquer efeito de contagem para fins de carência, pois ao receber o benefício previdenciário não se torna inadimplente em relação ao seu dever tributário de contribuir, até porque não há fato gerador quando do recebimento do auxílio doença, logo não poderia ser punida por não ter recolhido o que não se deveria recolher, logo por uma interpretação razoável à luz da Justiça Social (lembrando-se que a aposentadoria por idade é a aposentadoria solicitada pela maioria dos segurados), seria aceitar para todos os efeitos o período de afastamento por auxílio doença como carência para efeitos da aposentadoria por idade.

Quando o segurado se torna filiado adquire ao mesmo tempo *status* de beneficiário e contribuinte, ou seja, ser filiado, torna-o sujeito ativo do fato imponible, mas quando afastado por enfermidade ao receber o auxílio doença não deixa de ser contribuinte, as duas qualidades são inseparáveis, e havendo o binômio segurado e contribuinte essa dupla qualidade lhe permite a contagem durante o recebimento do auxílio-doença para todos os efeitos se intercalado por períodos de recolhimento, lembremo-nos que o que ocorre é a inexigibilidade de recolhimento durante o período de afastamento por auxílio doença, logo se não exigível a contribuição; a contagem para todos os efeitos é a interpretação mais razoável considerar para contagem o período de afastamento.

Cabe colacionar o art. 29 da LBPS:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

(...)

§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, **sua duração será contada**, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas

épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário-mínimo(...) (grifo nosso)

Há farta jurisprudência no sentido de que a melhor interpretação é a de que o termo legal “**sua duração será contada**”, prevista no **art.29 §5.º da LBPS, trata-se de contagem para todos os efeitos previdenciários**, seja tempo de contribuição seja, carência, sem distinção; aliás “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”, não sendo possível, portanto, extrair do dispositivo legal a limitação apenas ao requisito tempo de contribuição, olvidando da carência que também possui idêntica natureza do tempo de contribuição, ou seja, de prévio custeio à previdência.

Corroborando para considerar o período de afastamento (em auxílio-doença) para fins de contagem o que preceitua o previsto no

Art. 55. ou seja, “o tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:(...) II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez; (grifo nosso) (BRASIL, 2022.n.p)

O melhor entendimento, que é a consideração do período de afastamento para fins de carência também tem previsão na **IN 77/2015 em seu art. 153. (substituída pela IN128) Considera-se para efeito de carência:(...) § 1º** Por força de decisão judicial proferida na Ação civil Pública - ACP nº 2009.71.00.004103-4, para benefícios requeridos a partir de 19 de setembro de 2011, fica garantido o cômputo, para fins de carência, do período em gozo de benefício por incapacidade, inclusive os decorrentes de acidente do trabalho, desde que intercalado com períodos de contribuição ou atividade: I - no período compreendido entre 19 de setembro de 2011 a 3 de novembro de 2014 a decisão judicial teve abrangência nacional; e

I - a partir de 4 de novembro de 2014 a decisão passou a ter abrangência restrita aos residentes nos Estados do Rio Grande do

Sul, Santa Catarina e Paraná, observada a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.414.439-RS.

§ 2º Para benefícios requeridos até 18 de setembro de 2011, somente contarão para carência os períodos de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez recebidos no período de 1º de junho de 1973 a 30 de junho de 1975. (BRASIL, 2015)

Esse entendimento de contagem do período de auxílio-doença para fins de carência se encontra *na jurisprudência, vg. no AgRg no REsp 1.271.928/RS, REsp 1.334.467/RS AgRg no Ag 1.103.831/MG, bem como no AgRg no REsp 1271928/RS*

Nesta esteira cabe lembrar qual é o entendimento esposado pela Súmula 73 do JEF:

O tempo de gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez não decorrentes de acidente de trabalho só pode ser computado como tempo de contribuição ou para fins de carência quando intercalado entre períodos nos quais houve recolhimento de contribuições para a previdência social.

Pergunta-se por que tratar de forma diferente dois institutos de natureza jurídica semelhante? O tempo de contribuição não seria também tempo mínimo a ser recolhido? Parece não fazer sentido o tratamento diferenciado.

Lembrando-se que a exegese que determina que “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir” foi adotada no acórdão proferido pela Turma Nacional de Uniformização no Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal n. 0509717-14.2018.4.05.8102/CE.

Como se vê essa interpretação durante muito tempo prevaleceu em nossos tribunais o que proporcionava ao segurado uma certa segurança de que o período de afastamentos em recolhimento produziria efeitos de contagem inclusive para a carência.

Nessa esteira, invocando a Súmula 73 da JEF, *data maxima venia*, eventual **interpretação nova sobre o dispositivo em tela (no**

art. 29 §5.º da LBPS), melhor que não alcance fatos pretéritos, pois surpreende o segurado com uma realidade interpretativa que antes não era a adotada.

Nos casos concretos vários são os problemas, pois com a mudança de interpretação podemos ter pessoas que se somado o período de afastamento, não entraria em novas regras de previdência, ou seja, não seria atingida pelo direito intertemporal, se não somado o período seria alcançado por uma nova norma com requisitos mais exigentes como, por exemplo a reforma da previdência de 2019.

E ainda podemos ter o problema de determinada pessoa ter sido afastada por longo tempo em razão de serias enfermidades e se recuperar quando próxima ou atingida a idade de idoso, quando então terá que trabalhar idosa enfrentando as limitações laborativas da idade e a dificuldade de inserção no mercado de trabalho.

Como se percebe vários são os problemas sociais se aceita a tese de *distinguishing*, ora comentada, pois não se admitir o período de afastamento em razão de auxílio doença é algo injusto e de grande impacto no campo dos direitos Sociais.

CONCLUSÃO

O presente artigo chama o leitor a reflexão sobre o entendimento adotado pela autarquia previdenciária em não aceitar o período de afastamento de auxílio –doença (auxílio de incapacidade temporária) a título de carência, destacando-se que se prevalecente essa tese em juízo várias são as pessoas impactadas, aliás a maioria das pessoas que pretendem se aposentar por idade, pois a maior parte das pessoas que alguma vez na vida ficaram doentes e muitas precisaram receber auxílio-doença (auxílio de incapacidade temporária) .

Sendo assim o presente artigo não teve a pretensão de encerrar o debate, apenas em estimulá-lo, até porque o sentimento que se tem é que se adotado posicionamento autárquico em definitivo,

isso seria uma mudança de interpretação, logo não deveria ser adotado a fatos pretéritos, pois o segurado não pode ser surpreendido por novas interpretações estatais.

E quanto ao legislador, melhor seria que elaborasse lei prevendo a incidência de contribuição previdenciária sobre o que se recebe a título de auxílio-doença, pois assim o período seria computado para todo o efeito, demonstrando inviolável o princípio da universalidade de cobertura e atendimento e criando uma norma mais justa para todos os efeitos.

Quanto ao *distinguishing* apresentada pelo INSS (instituto Nacional do Seguro Social) em relação ao RE Nº 583.834/SC, invocado em processos, acredita-se que não deve ser aceito, pois não se demonstra justo aceitar tal período ficto para tempo de contribuição e não para a carência.

Aceita a tese do *distinguishing* invocado no caso ora analisado, acredita-se que se coloca em risco a proteção ao idoso, ao seu Direito da Personalidade, e por consectário o seu direito a uma velhice digna o que certamente implica violação a um Direito Social e por consectário ao que se entende por Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Natureza Jurídica da Carência - Sua posição dentro da regra matriz de incidência.** Disponível em:<http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDS%2026%20-%20Doutrina%20Direito%20Social.pdf>. Acesso em: 17 de out. 2022

BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coords.). **Comentários ao código civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1

BRASIL. **Instrução Normativa**, Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

https://www.in.gov.br/materia//asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em 15 setembro 2022.

BRASIL. **Código Civil**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 25 de out. 2022.

BRASIL. **Lei de Benefícios da Previdência Social** - Lei 8213/91 | Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104108/lei-de-beneficios-da-previdencia-social-lei-8213-91#art-29>, acesso em 25 de outubro de 2022.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula 73**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=73&PHPSESSID=s5o94usjm0b2514pbmci7tmch3>. Acesso em 25 de outubro de 2022.

HORVATH JÚNIOR, Miguel **Direito Previdenciário**, 7ª edição, 2008, Quartier Latin, São Paulo.

MONTORO, André Franco Montoro, **Introdução à Ciência do Direito**, 24ª edição, 1996, RT, São Paulo.

A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM EXECUÇÃO FISCAL COMO UM MECANISMO LEGITIMADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EXECUTADO CONTRA AS ARBITRARIEDADES DO FISCO

Luiz Gustavo Boiam Pancotti¹

João Luiz Barbosa Neto²

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata sobre a defesa do executado via exceção de pré-executividade no curso da execução fiscal. Analisando o referido mecanismo de defesa à luz das garantias fundamentais do executado e do direito ao contraditório.

A linha de raciocínio e abordagem para o desenvolvimento do estudo foi feito utilizando o método lógico-dedutivo, partindo de análises gerais para particulares, até se chegar uma conclusão lógica. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, reunindo a bibliografia específica do direito que aborde a temática e a análise do acervo coletado foi descritiva e crítico-interpretativa.

Outrossim, o presente estudo se mostra pertinente no atual cenário de intensificação da busca de efetivação do direito ao contraditório, que pode ser observado, por exemplo, com advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

¹ Pós-Doutor em Direito pela UENP, Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor Adjunto do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba. E-mail: pancotti@gmail.com.

² Acadêmico do 5º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba. E-mail: joaoluizbarbosaneto@gmail.com.

Por outro lado, pode-se vislumbrar a relevância da análise proposta, que pretende estudar a exceção de pré-executividade em matéria tributária, de modo a desmistificar tal mecanismo de defesa, que por muitas vezes acaba sendo esquecido e deixado de lado, tanto pelos operadores do Direito, quanto pela comunidade acadêmica.

1. A EXECUÇÃO FISCAL

O processo de execução pode ser conceituado como “um conjunto de atos com os quais o juiz busca propiciar ao titular de um direito a satisfação deste, à custa de um outro sujeito. Assim, é a execução civil, que incide sobre bens integrantes do patrimônio do obrigado” (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2021, p. 517).

Ademais, “é necessário compreender que não existe apenas uma espécie de procedimento executivo, nem tampouco existe um procedimento executivo padrão (tal como existe o procedimento comum para a apreciação da demanda cognitiva)” (DIDIER JR *et al*, 2018, p. 147).

Em razão disso, a doutrina costuma classificar os processos executivos, de modo que uma das classificações mais importantes é em razão do título executivo que embasa a execução. Merece destaque que o CPC disciplina as execuções baseadas em títulos judiciais e extrajudiciais em partes distintas, de modo que a execução fundada em título executivo judicial, também é chamada de “cumprimento de sentença” e tem suas regras no Livro I da Parte Especial do CPC (esta é a execução que será considerada apenas uma fase procedimental), enquanto a execução fundada em título executivo extrajudicial é denominada como “processo de execução” e tem suas regras no Livro II da Parte Especial do CPC (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2021).

As execuções de títulos extrajudiciais, materializar-se-ão sempre através de um processo executivo autônomo, logo não haverá processo sincrético, nem mesmo poder-se-á falar em execução como fase procedimental nestes casos (DIDIER JR *et al*,

2018). Neste contexto, encontra-se a execução fiscal, melhor elucidada a seguir.

1.1 A execução fiscal, a inscrição em dívida ativa e a CDA

A execução fiscal, nas palavras de Machado Segundo (2019, p. 231) “é uma espécie de *processo de execução por quantia certa, fundado em título extrajudicial*, através do qual se busca a prestação da *tutela jurisdicional executiva*”. No mesmo sentido, leciona Rodrigues (2021, p. 143):

A execução fiscal configura uma espécie de procedimento especial para execução de título extrajudicial, em virtude da natureza do título executivo que se pretende efetivar: a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública. É o que se extrai do artigo 1º da Lei de Execução Fiscal – a Lei nº 6.830/80.

Assim, a execução fiscal pode ser compreendida como o mecanismo processual que o Estado dispõe para ver satisfeito os créditos que possui com o contribuinte que não efetuou o pagamento voluntário (MOURA, 2019).

Imperioso ressaltar que, através da execução fiscal, a Fazenda Pública busca a satisfação de seus créditos tributários e não tributários, bastando que estejam inscritos em dívida ativa (RODRIGUES, 2021).

Deste modo, sendo a CDA o título executivo que embasa a execução fiscal, é, pois, digno de atenção o estudo da constituição do referido título: o ato de inscrição em dívida ativa. Na forma do art. 2º, § 3º, da LEF, a inscrição em dívida ativa constitui um ato administrativo em que será feito o controle de legalidade da constituição do crédito tributário, ou seja, haverá uma reanálise do próprio ato do lançamento, bem como apurar-se-á a certeza e liquidez do crédito.

Nesse sentido,

[...] esgotados os trâmites administrativos, pela inexistência de recursos procedimentais que possam atender a novas iniciativas do sujeito passivo, e não havendo medida judicial que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, chegou a hora de a Fazenda Pública praticar quem sabe o mais importante ato de controle da legalidade sobre a constituição do crédito: o ato de apuração e de inscrição do débito no livro de registro da dívida pública [...] (CARVALHO, 2009, p. 624)

Como já mencionado, um dos objetivos do ato de inscrição em dívida ativa é realizar o controle administrativo de legalidade da própria constituição do crédito tributário, antes do ajuizamento da execução fiscal. Em razão disso, Boccato (2015, p. 59-69 *apud* MOURA, 2019, p. 70), magistralmente pontua que

[...] no ato de inscrição, cabe ao órgão competente verificar se os créditos foram regularmente constituídos e se foi respeitado o procedimento administrativo fiscal cabível, de modo a impedir que os que contêm irregularidades formais ou materiais venham a ser cobrados e, posteriormente, cancelados por decisão judicial.

Ressalta-se que este controle de legalidade do ato do lançamento tributário, que deve ser feito pela própria administração fazendária, decorre do princípio da autotutela da administração pública, chanceladas pelas Súmulas nº 346 e 473 do STF³, evitando-se, assim, “que execuções fiscais fadadas ao insucesso sejam ajuizadas e, conseqüentemente, ocasionem, prejuízos não só aos contribuintes, mas também à própria Fazenda Pública, comumente condenada ao pagamento de honorários

³ Súmula nº 346 do STF: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula nº 473 do STF: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

advocáticos ao executado nesses casos” (BOCATTO, 2015, p. 59-69 *apud* MOURA, 2019, p. 70).

Os requisitos formais do termo de inscrição em dívida ativa estão elencados no art. 2º, § 5º, da LEF e também no art. 202 do CTN. Portanto, a inscrição em dívida ativa é um ato formal, que deve respeitar os requisitos previstos em lei.

Pois bem, concluído o ato de inscrição em dívida ativa, tem-se a certidão de dívida ativa. Da leitura do art. 2º, § 6º, da LEF e do art. 202, parágrafo único, do CTN, é possível observar que a CDA deverá conter as mesmas informações que o termo de inscrição em dívida ativa, além de ser assinada pela autoridade competente.

Fica evidente que, na formação da CDA, não há nenhuma participação do contribuinte devedor, ou seja, trata-se de título executivo formado unilateralmente pelo credor, o Estado, o que somente é possível em razão da presunção de legalidade dos atos administrativos (NEVES, 2019).

Na forma do que dispõe o art. 3º da LEF, a CDA goza de presunção de certeza e liquidez; contudo tal presunção é relativa e admitirá prova em contrário por aquele que se vir prejudicado (MACHADO SEGUNDO, 2019).

Em posse da CDA, a Fazenda Pública poderá propor a execução fiscal para perseguir judicialmente o crédito nela descrito, conforme leciona Cunha (2019, p. 44):

Após a inscrição em dívida ativa, será emitida uma certidão que atesta a certeza e a liquidez do débito. Essa certidão, denominada certidão de dívida ativa, constitui o título executivo apto a legitimar a propositura da execução fiscal.

Importante mencionar que sendo outro título que não a CDA, não será possível o ajuizamento da execução fiscal, devendo o respectivo ente público utilizar outros meios judiciais, tal como o cumprimento de sentença em caso de honorários advocatícios sucumbenciais fixados em sentença (DIDIER JR *et al*, 2018). O STJ

chancelou este entendimento no julgamento do REsp 1.126.631/PR (BRASIL, 2009).

Em regra, será a Fazenda Pública legitimada para a propor a execução fiscal (DIDIER JR *et al*, 2018). Como Fazenda Pública, compreende-se todas “as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais” (CUNHA, 2019, p. 2).

Excepcionalmente, mediante lei ou convênios firmados pelos entes públicos que autorizem que as entidades de direito privado da administração pública indireta promovam a execução fiscal (RODRIGUES, 2021). A título de exemplo, tem-se os valores não recolhidos a título de FGTS, que são cobrados mediante execução fiscal pela Caixa Econômica Federal, por força do art. 2º da Lei nº 8.844/1994 (DIDIER JR *et al*, 2018).

1.2 Os meios de defesa do executado na execução fiscal

Assim, superados os apontamentos sobre o processo de execução fiscal, passa-se à análise dos mecanismos de defesa que o executado poderá valer-se no decorrer da execução fiscal, são eles: os embargos à execução fiscal e a exceção de pré-executividade.

Além disso, o recurso de agravo de instrumento com base no art. 1.015, parágrafo único, do CPC, merece atenção nesse tópico, uma vez que apesar de não figurar exatamente um mecanismo de defesa do executado, muito se assemelha. Isso porque toda decisão interlocutória proferida no decorrer da execução fiscal poderá ser atacada através de agravo de instrumento, sendo possível que o executado busque a reforma de eventual decisão proferida pelo juízo de primeira instância.

Inicialmente, tem-se os embargos à execução fiscal, que, como leciona Rodrigues (2021, p. 200), é “o meio de defesa fundamental na execução fiscal”. A LEF prevê em seu art. 16 que o executado poderá opor embargos à execução fiscal prazo de trinta dias. Nesse sentido, Didier Jr et al (2019, p. 1046):

O executado, na execução fiscal, pode defender-se por meio de embargos, que serão apresentados no prazo de 30 (trinta) dias, contados do depósito em dinheiro, da juntada aos autos da prova da fiança bancária ou da intimação da penhora.

Por força do § 1º do art. 16 da LEF, a garantia da execução é indispensável à admissibilidade dos embargos, diferentemente dos embargos à execução cíveis que independem de garantia (art. 914 do CPC). Em que pese parte da doutrina defender que a regra do CPC deve prevalecer à da LEF, a verdade é que o STJ continua considerando a garantia da execução requisito indispensável para se apresentar embargos à execução fiscal, conforme se pode observar no recente julgamento do REsp 1699802/RJ (BRASIL, 2019).

Rodrigues (2021, p. 205) defende a prevalência da disposição da LEF, segundo o qual: “os embargos à execução fiscal precisam de prévia garantia para que sejam admitidos, por força da expressa previsão do art. 16 da Lei de Execução Fiscal, lei especial nesse ponto”.

O STJ vem flexibilizando esta obrigatoriedade de garantia da execução, em situações excepcionais. A título de exemplo, tem-se o AgRg no Ag 602004/RS (BRASIL, 2005), e o REsp 1487772/SE (BRASIL, 2019), ambos casos em que a Corte Cidadã relativizou esta obrigatoriedade. Nesse ínterim, a doutrina sobre o tema:

Registre-se, porém, que em casos excepcionais, devidamente demonstrada a impossibilidade de garantia integral, já admitiu o Superior Tribunal de Justiça os embargos à execução fiscal com garantia parcial, como forma de proteção ao contraditório do executado. No entanto, é necessária a clara demonstração de impossibilidade de complementação da garantia, decorrência da boa-fé do contribuinte executado. Recentemente, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que excepcionalmente pode haver a admissão de embargos à execução fiscal sem garantia, quando devidamente comprovada a hipossuficiência do executado. (RODRIGUES, 2021, p. 207)

A concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal será possível, desde que atendidos os requisitos do art. 919 do CPC, são eles: a garantia integral da execução, requerimento específico do embargante e a presença de todos os requisitos para a concessão de tutela provisória de urgência ou de evidência (DIDIER JR *et al*, 2019). Entretanto, na execução fiscal, sendo a penhora ou a garantia em dinheiro, os embargos terão efeito suspensivo automático, isso é o que se depreende da leitura do art. 32, § 2º, da LEF, em consonância com o art. 151, II, do CTN (RODRIGUES, 2021).

Por fim, cumpre mencionar que os embargos à execução têm natureza jurídica de “ação de conhecimento incidental ao processo de execução” (NEVES, 2019, p. 1334). Outrossim, a doutrina aponta ainda que

Nos embargos à execução fiscal, pode o executado alegar qualquer matéria de seu interesse, o que consta do art. 16, parágrafo 2º, da Lei de Execução Fiscal. A discussão de matérias é ampla, porque se está diante de uma execução de título extrajudicial, não existindo, portanto, uma decisão com coisa julgada material numa fase de conhecimento, a justificar uma limitação da matéria de defesa que o réu poderia deduzir na execução (RODRIGUES, 2021, p. 212)

Por fim, o executado poderá se defender através da exceção de pré-executividade (também chamada de objeção de pré-executividade), mecanismo de defesa do executado por petição avulsa nos próprios autos do processo executivo (DIDIER JR *et al*, 2018).

2 A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM EXECUÇÃO FISCAL COMO UM MECANISMO LEGITIMADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EXECUTADO CONTRA AS ARBITRARIEDADES DO FISCO

A exceção de pré-executividade é uma forma de defesa amplamente aceita pela jurisprudência em sede de execução fiscal,

conforme o enunciado 393 da Súmula do STJ, *in verbis*: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”. A exceção de pré-executividade será melhor detalhada em todos os seus aspectos a seguir.

2.1 Conceito, origem e nomenclatura do instituto

A exceção de pré-executividade é um mecanismo de defesa atípico, isto é, sem previsão legal expressa, sendo fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial, que diferentemente dos embargos à execução, é apresentada por uma simples petição dentro dos próprios autos do processo executivo (RODRIGUES, 2021). Nesse ínterim, sobre a exceção de pré-executividade, Didier Jr *et al* (2018, p. 811) leciona:

Como vimos, o processo de execução não comporta defesa interna. Os embargos têm natureza de defesa, mas assumem a *forma* de demanda de conhecimento, declaratória ou constitutiva negativa, e dão origem a processo novo e autônomo. Não obstante essa disciplina no Código de Processo Civil, doutrina e jurisprudência passaram a admitir, desde a vigência do CPC de 1973, a possibilidade de o executado, nos próprios autos da execução, apresentar simples petição, com questionamentos à execução, desde que comprovados documentalmente.

Aponta-se a grande influência de Pontes de Miranda na construção doutrinária da exceção de pré-executividade, que é “para muitos o responsável pelo desenvolvimento deste instituto nos foros brasileiros, no famoso parecer sobre o caso da Siderúrgica Mannesmann” (DIDIER JR *et al*, 2018, p. 811).

Sobre este parecer, Rodrigues (2021, p. 217) pontua:

Pontes de Miranda elaborou, a pedido da Companhia Siderúrgica Mannesmann, o Parecer n. 95/66. Anteriormente, a companhia recebera alguns pedidos de falência, sendo que a falsidade dos

títulos executivos foi reconhecida nesses processos. Os “credores”, insatisfeitos, propuseram ações de execução baseadas nos mesmos documentos. Para que a companhia pudesse se defender por meio dos embargos, entretanto, deveria garantir o juízo, nos termos do art. 995 do vigente Código de Processo Civil de 1939. Tal situação se mostrava claramente injusta posto que o executado, ainda que tivesse meios de demonstrar a nulidade da execução sofrida, deveria indicar bens à penhora. Deste modo, Pontes de Miranda idealizou a exceção de preexecutividade, como meio de defesa do executado que dispensa a garantia do juízo, tendo como objeto matérias que o juiz possa conhecer de ofício.

Em que pese a doutrina, de maneira majoritária, apontar Pontes de Miranda como o grande responsável por idealizar a exceção de pré-executividade, Siqueira Filho (1998) aponta que José da Silva Pacheco já havia defendido, sete anos antes do já mencionado parecer de Pontes de Miranda, que a defesa do executado poderia se dar de maneira atípica, sem ser pelos embargos e independentemente de garantia do juízo.

A doutrina aponta ainda como fontes históricas da exceção de pré-executividade, o Decreto Imperial nº 9.885/1888, o Decreto nº 848/1890 e o Decreto nº 5.225/1932, do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que todos estes documentos previam situações em que o executado poderia defender-se sem a penhora ou garantia do juízo (DIDIER JR *et al*, 2018). Assim, alguns autores afirmam que a exceção de pré-executividade tem origem nos tempos do Império (DANTAS, 1997, *apud* SOUZA, 2021).

Como é possível perceber, não há um consenso no que tange à origem histórica do instituto em comento, já que não foi até hoje positivado em lei. Igualmente, no que tange à sua correta nomenclatura, existem inúmeras controvérsias, como se verá a seguir.

Neves (2019) aponta que as exceções são defesas que tratam de matérias não conhecíveis de ofício pelo julgador, ou seja, que este último somente poderia se manifestar sobre o ponto quando a matéria é alegada pela parte interessada, enquanto as objeções são defesas que abordam matérias que podem ser alegadas pelas

partes, mas que também podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. No mesmo sentido, leciona Alvim (1972, p. 5-6):

Aquela pode ser conhecida de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto a exceção depende sempre de provocação da parte. As exceções, portanto, salvo nos casos de expressa autorização legal, submetem-se aos efeitos da preclusão, ou seja, se não opostas no momento oportuno, não podem mais ser alegadas pela parte interessada ou apreciada pelo juiz em um momento futuro. Já as objeções, como foi dito, podem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, não se submetendo, assim, aos efeitos da preclusão.

Sobre a polêmica da nomenclatura do instituto, o primeiro autor arremata da seguinte maneira:

Essa distinção entre objeção e exceção demonstra claramente a impropriedade de nomear defesa que tem justamente como objeto matérias conhecíveis de ofício de “exceção de pré-executividade”. [...] o ideal seria chamar a defesa incidental na execução que tenha como objeto matéria de ordem pública de “objeção de não executividade”. Outros, com a mesma crítica, preferem a expressão “objeção na execução”. (NEVES, 2019, p. 1369)

A despeito das duras críticas supracitadas, este trabalho adotará a nomenclatura de “exceção de pré-executividade” para o instituto em questão, em razão de ser o nome mais tradicional, bem como em função de sua ampla aceitação e adoção pelos tribunais nacionais em seus julgados e até mesmo enunciado de súmula.

2.2 A exceção de pré-executividade e a execução fiscal

Como é possível observar, a exceção de pré-executividade surgiu como uma defesa dentro do processo executivo cível, sendo, posteriormente, trazida para as execuções fiscais. Nesse ínterim, cumpre fazer uma breve análise do cabimento desta

defesa no processo de execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência pátria.

Grande parte da doutrina aponta para o fato de que a exceção de pré-executividade perdeu espaço no âmbito do processo civil, porque a legislação processual civil retirou a necessidade de garantia do juízo como requisito de admissibilidade dos embargos à execução, deste modo a principal vantagem da exceção de pré-executividade em relação aos embargos à execução (desnecessidade de garantia do juízo) deixaria de existir, enquanto sua limitação probatória continuaria existindo (MACHADO SEGUNDO, 2019).

Ocorre que, “se mantiver o entendimento de que ainda é necessária a garantia do juízo para o oferecimento de embargos à execução, persiste a possibilidade de exceção de pré-executividade na execução fiscal” (CUNHA, 2019, p. 511).

Entretanto, deve-se frisar que não é unânime a posição pelo cabimento da exceção de pré-executividade em sede de execução fiscal. Aqueles que defendem ser inadmissível tal defesa, valem-se do art. 38 da LEF⁴, que delimita a defesa do executado aos embargos à execução fiscal. Nesse sentido: “A exceção de pré-executividade é criação jurisprudencial que tem lugar em toda e qualquer execução; mas, por expressa determinação legal, não deveria ter espaço na execução fiscal.” (MOURA, 2019, p. 342-343)

De fato, da simples leitura dos artigos 16 e 38 da LEF, teríamos que a defesa do executado em execução fiscal deveria ser só os embargos à execução fiscal. Entretanto, conforme leciona Lacerda (1981, p. 13), a interpretação literal da lei é

[...] a mais fraca das exegeses, devendo se afastá-la em favor do bom senso e da regra moral do direito, principalmente quando se trata do

⁴ Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos

processo civil brasileiro, que se caracteriza, dentre todos, como o mais vigilante e rigoroso no resguardo do princípio da boa fé processual.

Em razão disso, a doutrina dominante reconhece a possibilidade de o executado em ação de execução fiscal se defender por meio de exceção de pré-executividade. Nesse diapasão, Souza (2021, p. 866-867):

Desde que se admita o espectro das matérias alegáveis pela via da objeção de pré-executividade é moldado pela desnecessidade de dilação probatória, não há qualquer incompatibilidade entre a execução fiscal e a objeção de pré-executividade. Não vinga o argumento de que a única forma de defesa posta a serviço do executado seria os embargos à execução. Se a matéria é de ordem pública, obviamente há interesse em sua decretação, não sendo apenas o devedor o interessado em alegá-la e sua decretação não aproveitando só a ele.

Igualmente Machado Segundo (2019, p. 264) citando outros autores sobre a aplicação do instituto na execução fiscal magistralmente pontua:

Como observa Roberto Rosas, a exceção de pré-executividade é, a rigor, uma imposição do princípio da proporcionalidade, pois se apresenta como a forma mais adequada e menos gravosa de se demonstrar a presença de certos vícios na execução. Vícios que, porque demonstráveis de plano, tornam desnecessária, e excessiva, a exigência de penhora, e de oposição de embargos. Schubert de Farias Machado, no mesmo sentido, após lembrar que a execução deve ser feita do modo menos gravoso para o devedor, doutrina não ser razoável que o executado “seja constrangido pela penhora em bens de seu patrimônio quando inexistente o título executivo respectivo”.

Importante destacar também que o parágrafo único do art. 803 do CPC prevê que o juiz poderá se pronunciar acerca das nulidades do processo executivo mediante simples requerimento das partes,

de modo que o *codex* processual civil brasileiro corrobora com a posição jurisprudencial de admitir a existência da exceção de pré-executividade (SOUZA, 2021). Outrossim, a própria LEF, em seu artigo 1º prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à execução fiscal.

Em vista de todos os argumentos supracitados, o STJ editou a Súmula nº 393 que, jurisprudencialmente, pôs fim à infundada resistência que parte da doutrina tinha, como já demonstrado, quanto ao cabimento da exceção de pré-executividade no processo de execução fiscal. Segue *ipsis litteris* o referido enunciado: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.”

Assim, pode-se afirmar que a discussão sobre o cabimento da exceção de pré-executividade em execuções fiscais se encontra praticamente liquidada, prevalecendo na doutrina e na jurisprudência pátria a posição também defendida por este trabalho, que é a admissão da exceção de pré-executividade nas execuções fiscais.

Ademais, deverão ser obedecidos dois limites: as matérias alegadas devem ser passíveis de serem conhecidas de ofício pelo julgador e sem a necessidade de produção de provas, ou seja, as matérias devem envolver apenas questão de direito ou, as provas devem ser pré-constituídas e documentadas.

2.3 A exceção de pré-executividade e a proteção ao direito de propriedade privada

Em regra, os títulos executivos extrajudiciais são “atos negociais com que o próprio sujeito reconhece a obrigação e se compromete a cumprir” (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2021, p. 518). Ocorre que a CDA é um título executivo extrajudicial dotado de uma peculiaridade única: sua formação se dá de maneira unilateral pela Fazenda Pública, que é a própria exequente na execução fiscal (NEVES, 2019, p. 1119).

Valendo-se desta posição privilegiada, infelizmente, é extremamente comum que a Fazenda Pública arditosamente “abuse de tal liberdade com indevidas e injustas inscrições na dívida ativa, gerando infundadas ações de execução por quantia certa” (NEVES, 2019, p. 1119).

Neste contexto, por diversas vezes é possível observar execuções fiscais em que há a incidência de juros e/ou correção monetária acima do legalmente permitido, bem como a cobrança de multas acima dos patamares permitidos.

Em que pese o art. 150, inciso IV, da CF/88 se referir unicamente aos tributos, o STF, no julgamento da ADI 551 (BRASIL, 2019) entendeu que o princípio do não confisco é extensível também às multas tributárias. Assim, com o passar dos anos, a jurisprudência do Pretório Excelso foi se aperfeiçoando, quando foram estabelecidos limites objetivos para as multas tributárias: no julgamento do RE 582461 (BRASIL, 2011), decidiu-se que as multas moratórias não poderiam ultrapassar o limite de 20% (vinte por cento) do valor do tributo; enquanto no julgamento do ARE 836828 (BRASIL, 2014), decidiu-se que as multas punitivas não poderiam ultrapassar o limite de 100% (cem por cento) do valor do tributo.

Nesta esteira, o que se verifica é que o Fisco, por diversas vezes, age de maneira arbitrária na tentativa de invadir o patrimônio pessoal do executado e ver satisfeito o crédito tributário, que ele mesmo criou unilateralmente. Portanto, é necessário garantir de maneira efetiva a defesa do executado no curso da execução fiscal.

O direito ao contraditório ou princípio do contraditório, se encontra positivado no art. 5º, inciso LV, da CF/88, ou seja, se encontra no rol dos direitos fundamentais, aqueles que a Carta Magna conferiu o grau máximo de proteção e de importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme aponta Neves (2019), o direito ao contraditório compreende duas faces, a informação e a possibilidade de reação, esta última compreendida como a existência de mecanismos processuais para que a parte reaja àquilo que possa lhe causar um

futuro prejuízo, não sendo obrigatória a reação, mas tão somente a sua oportunidade.

Portanto, contraditório é sinônimo de participação das partes no curso do processo, sendo, acima de tudo uma garantia constitucional positivada no art. 5º, inciso XL, da CF/88 (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2021).

É indiscutível que o princípio do contraditório deve ser aplicado também ao processo de execução. Nesse ínterim:

Trata-se de direito inviolável, a ser observado em todo estágio do procedimento como condição de paridade entre as partes. [...] Por isso mesmo, o princípio do contraditório tem aplicação em qualquer processo judicial. Sendo a execução um processo judicial, naturalmente lhe é aplicável o princípio do contraditório. (DIDIER JR *et al.*, 2017, p. 79)

Assim, em que pese o processo executivo tenha como pressuposto uma dívida certa, líquida e exigível, deve ser assegurado ao executado o seu direito ao contraditório no decorrer do processo executivo, ainda que de maneira menos abrangente (FORTUNATO; ROLÓN; DOS SANTOS, 2020, p. 22). Sobre esta menor abrangência do contraditório no processo executivo, Didier Jr *et al.* (2017, p. 80) de maneira impecável leciona:

[...] a aplicação do contraditório na execução não se faz com a mesma intensidade do processo ou da fase de conhecimento. O contraditório no processo executivo, no aspecto do direito de defesa assegurado à parte demandada, é *eventual*, porquanto depende da provocação do executado, que não é chamado a juízo para defender-se, mas sim para cumprir a obrigação. O procedimento executivo adota a técnica monitória, que consiste, basicamente, na inversão do ônus de provocar o contraditório: o réu, em vez de citado para manifestar-se sobre a pretensão do autor, é convocado para cumprir uma determinada obrigação.

Por óbvio, o contraditório tem aplicabilidade no âmbito da execução fiscal, de modo que negar esta garantia na execução fiscal

seria uma ameaça a todo o sistema constitucional brasileiro (SOUZA, 2021, p. 866).

Faz-se, pois, necessário ponderar o contraditório e o direito constitucional à execução, entendida como a garantia da prestação da tutela jurisdicional efetiva; nesse contexto, a exceção de pré-executividade se mostra como um verdadeiro corolário das garantias constitucionais, sendo uma das maiores formas de instrumentalizar o direito constitucional à ampla defesa (BATISTA JÚNIOR, 2002). Na mesma linha de raciocínio:

O processo de execução, embora se dê em atenção primordialmente à figura do credor, está inexoravelmente jungido a preceitos constitucionais. Embora quase pleonástica a afirmação anterior, é na efetiva aplicação das garantias processuais contidas na Constituição de 1988 que se consagra a legitimidade de defesa via exceção de pré-executividade. (SOUZA, 2021, p. 866)

Outrossim, a desnecessidade de prévia penhora ou depósito para a apresentação da exceção de pré-executividade, existe pelo fato de que condicionar a sua apresentação a uma dessas formas de garantias do juízo seria uma verdadeira violação dos princípios constitucionais supramencionados (BATISTA JÚNIOR, 2002, p. 153).

Assim, a exceção de pré-executividade, atendidos os limites estabelecidos pelo STJ na já mencionada Súmula nº 393, afigura-se como um mecanismo processual extremamente ponderado, capaz de garantir efetivamente o direito ao contraditório do executado e, mais importante, sem desfigurar a natureza do processo executivo.

Outrossim, quando comparada aos embargos à execução fiscal, é possível destacar algumas vantagens da utilização da exceção de pré-executividade: a desnecessidade de garantia do juízo, a ausência de prazo para apresentação e a inexistência de rigor formal, o que torna a exceção um verdadeiro mecanismo legitimador das garantias fundamentais do executado em execução fiscal.

Como já apontado anteriormente, os embargos à execução fiscal têm natureza jurídica de ação incidental, de tal modo que para a sua apresentação, a petição deverá preencher todos os requisitos de uma petição inicial (art. 319 e seguintes do CPC), havendo um certo rigor formal, podendo até mesmo ser indeferida por inépcia (NEVES, 2019, p. 1340).

Ao contrário dos embargos, a exceção de pré-executividade é apresentada por simples petição nos autos da própria execução. Assim, inexistente rigor formal para a sua apresentação, sendo possível até mesmo que o executado apresente apenas as razões de defesa e o juiz receba tal petição como uma exceção de pré-executividade, fazendo valer os princípios da cooperação e da instrumentalidade das formas.

Por outro lado, tem-se a desnecessidade de garantia do juízo. O STJ ainda considera a garantia da execução indispensável para se apresentar embargos à execução fiscal, por força do que dispõe o art. 16, § 1º, da LEF (NEVES, 2019, p. 1335).

Portanto, a possibilidade de o executado defender-se sem que seja necessário prévia garantia é algo muito vantajoso. Isso porque a constrição de bens do executado, mesmo que momentaneamente, pode lhe causar danos irreparáveis, principalmente se ele precisa de seus bens para poder exercer alguma atividade econômica, o que normalmente acontece em casos de execuções fiscais em face de empresários.

A última e talvez maior vantagem da exceção de pré-executividade é a inexistência de prazo para a sua apresentação, ao contrário dos embargos à execução fiscal que possuem prazo de trinta dias contados da garantia do juízo. Rodrigues (2021, p. 218) assinala:

Ademais, a exceção não está sujeita a prazo, pois veicula questões que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, e este pode ser provocado a qualquer momento, portanto, para apreciá-las. Importante salientar, ainda, que embora a exceção provoque o magistrado ao conhecimento de questões que sejam apreciáveis de

ofício, isso não significa dizer que este julgará de imediato tal meio de defesa. O direito fundamental ao contraditório configura verdadeiro direito de influência na tomada de decisão judicial, impondo que o juiz submeta tais matérias à prévia manifestação do exequente, para que este possa contribuir na formação de seu convencimento, conforme consagrado nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, apesar de possuir a limitação de matérias argúveis àquelas conhecíveis de ofício pelo juiz e que não demandem dilação probatória (o que pode ser considerada uma desvantagem), é possível observar que a exceção de pré-executividade possui também vantagens quando comparada aos embargos à execução fiscal, conforme exposto.

Como foi possível observar, surge a possibilidade de que o executado apresente exceção de pré-executividade com o fito de realizar o controle de legalidade da CDA que embasa a execução fiscal (controle este que deveria ter sido realizado pela própria autoridade administrativa fazendária competente, nos termos do art. 2º, § 3º, da LEF), como forma de garantir o seu direito ao contraditório frente às arbitrariedades do Fisco.

Ademais, se o direito fundamental ao contraditório garante que o executado possa se defender através da exceção de pré-executividade a qualquer momento do processo, o mesmo direito assegura ao exequente que o juiz não o surpreenderá. Portanto, apresentada a exceção de pré-executividade pelo executado, o juiz deve intimar a Fazenda Pública para se manifestar sobre as matérias e somente então poderá decidir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo que se finda nestas linhas, trouxe uma análise sobre a exceção de pré-executividade em execução fiscal como um mecanismo garantidor do direito fundamental ao contraditório do executado.

O primeiro capítulo restou dedicado à análise do processo de execução fiscal, realizando as delimitações conceituais, bem como os aspectos que diferenciam tal procedimento executivo das demais execuções de título extrajudicial. O objetivo deste capítulo foi a elucidação do procedimento executivo fiscal, preparando o terreno para a abordagem do tema central do estudo.

O segundo capítulo dedicou-se integralmente à análise do instituto da exceção de pré-executividade. Neste capítulo foi possível conceituar tal mecanismo de defesa, demonstrando a sua evolução histórica, demonstrando as divergências terminológicas sobre o instituto, bem como demonstrar a sua importância para a efetivação do direito fundamental ao contraditório do executado.

Esclarece-se, por fim, que o presente estudo não teve por objetivo esgotar os debates sobre o tema. No entanto, por suas linhas, intentou-se demonstrar como a exceção de pré-executividade em execução fiscal pode ser entendida como um mecanismo garantidor dos direitos fundamentais do executado. Conclui-se, pois, que os objetivos inicialmente traçados para o estudo foram alcançados.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Manuel Arruda. **Direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- BATISTA JÚNIOR, Exceção de Pré-executividade: Alcance e Limites. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 144-159, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19/revista19_144.pdf. Acesso em: 10 jun. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 602004/RS**. Primeira Turma. Relatora Ministra Denise Arruda. Brasília, 17, fev. 2005. DJ de 07, jul. 2005, p. 152.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1126631/PR**. Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 20, out. 2009. DJe de 13, nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1699802/RJ**. Primeira Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 21, mar. 2019. DJe de 26, mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1487772/SE**. Primeira Turma. Relator Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 28, mai, 2019. DJe de 12, jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 551/RJ**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 24, out. 2002. DJ de 14, fev. 2003, p. 58.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário n. 836828/RS**. Primeira Turma. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 16, dez. 2014. DJe de 10, fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 582461/SP**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18, mai, 2011. DJe de 17, ago. 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIDIER JR., Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 33. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021.

FORTUNATO, Aluizio Antônio; ROLÓN, Julio César Cardozo; DOS SANTOS, Osmair Oliveira. Exceção de Pré-executividade como Direito de Defesa. **RACE – Revista de Administração do Cesmac**, Maceió, v. 8, p. 20-42, 28 out. 2020. Disponível em: <https://revistas.cesmac.edu.br/index.php/administracao/article/view/1342/1040>. Acesso em: 22 fev. 2022.

LACERDA, Galeno. Execução de Título extrajudicial e segurança do juízo. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Ajuris, n. 23, nov. 1981.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOURA, Arthur. **Lei de execução fiscal – comentada e anotada**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

RODRIGUES, Marco Antonio. **Curso De Processo Administrativo E Judicial Tributário**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. **Exceção de Pré-executividade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998.

SOUZA, James José Marins de. **Direito Processual Tributário Brasileiro: Administrativo e Judicial**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

A FELICIDADE COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL(?) E O PAPEL DO ESTADO EM SUA CONCRETIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS POR MEIO DE CONCEITOS FILOSÓFICOS

Pedro Henrique Ferrari Carvalho¹

Claudia Karina Ladeia Batista²

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos são pilares essenciais para a arquitetura do Ordenamento Jurídico de toda a sociedade atual. Sua criação e seu desenvolvimento vieram de diversos processos históricos que fomentaram o que se entende hoje por *Direitos Humanos*, conceito este, que nas palavras de Lynn Hunt:

Os direitos humanos requerem três qualidades encadeadas: devem ser naturais (inerentes nos seres humanos), iguais (os mesmos para todo mundo) e universais (aplicáveis por toda parte). Para que os direitos sejam direitos humanos, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente e apenas por causa de seu status como seres humanos. (HUNT, 2007)

De acordo com Fábio Konder Comparato, o primeiro esboço dos Direitos Humanos na sociedade se deu através da Magna

¹ Acadêmico do quinto ano de direito na UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Bolsista Fundect PIBIC 2019-2020. E-mail: ph22carvalho@gmail.com

² Doutora em Direito Constitucional. Docente nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: claudiabatistadv@hotmail.com

Carta, em 1215, e só foi observada uma continuidade aos seus ideais em 1679, através da Lei de Habeas Corpus também na Inglaterra. Contudo, os Direitos Humanos como são conhecidos hoje começaram a surgir através de dois textos constitucionais no início do século XX, sendo esses a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, em 1919.

No entanto, observa-se que o motivo principal para a construção e afirmação dos Direitos Humanos se deu após o mundo observar as barbáries do regime nazista, e dessa forma, as nações se reuniram em uma única entidade, conhecida como ONU (Organização das Nações Unidas), em 1945. Em sua Carta das Nações Unidas, instrumento que formalizou a criação da ONU, pode-se observar que o pesar das guerras trouxe a necessidade de uma união internacional, que geraria, posteriormente, os Direitos Humanos.

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla [...]. (ONU, 1945)

Dada a criação da ONU, em 1948 a referida entidade promulgou a tão importante e difundida Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seus 30 artigos, trouxe uma forma nova e clara sobre a qual os Estados deveriam se portar para com seus cidadãos, da mesma forma que os cidadãos deveriam se portar um com o outro. Seu conteúdo, em síntese, pode ser definido puramente pelo primeiro artigo da declaração, que versa:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (ONU, 1948)

Os Direitos Humanos, portanto, estavam promulgados. Dessa forma, cada país integrante da ONU, que aceitou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, deveria incorporá-la em seu ordenamento jurídico a fim de que seu texto fosse respeitado e uniformizado na legislação oficial.

O Brasil incorporou as ideias e princípios da referida Declaração em sua Constituição Federal de 1988. Tais princípios são observados ao longo de todo o texto constitucional, entretanto, a maior ênfase se encontra no seu art. 5º, que versa sobre os Direitos e Garantias *Fundamentais*, cujos setenta e oito incisos absorveram os ideais trazidos pela ONU em seus Direitos Humanos.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. (BRASIL, 1988)

Contudo, qual seria a função dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro? O que eles buscam? Um levantamento que possui forte fundamento nesta análise é o do *mínimo existencial*. Seriam os Direitos Fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988 uma garantia do mínimo existencial? E, ainda, o que seria o mínimo existencial para a realidade dos brasileiros? Esta discussão será o objeto de análise do presente projeto.

1. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A BUSCA PELA FELICIDADE

Para um profundo entendimento sobre a definição de mínimo existencial, analisa-se os estudos de John Rawls, célebre filósofo e cientista político estadunidense, que versava:

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social. (RAWLS, 1974)

John Rawls classifica o mínimo existencial, de uma forma abstrata, como um fator social que circula nossa sociedade, e que deve ser provido pelo Estado. Nesse sentido, é de grande valia analisar que no âmbito nacional, o Supremo Tribunal Federal tem debatido com certa ênfase a questão do mínimo existencial, principalmente a partir dos anos 2000, e sua noção tem sido reiteradamente definida, sendo que ele é entendido principalmente sob domínio dos direitos fundamentais sociais.

De qualquer modo, impende sublinhar que no que diz com a orientação adotada pelo STF, os direitos sociais e o mínimo existencial exigem sejam consideradas as peculiaridades do caso de cada pessoa, visto que se cuida de direitos que assumem uma dimensão individual e coletiva, que não se excluem reciprocamente, cabendo ao poder público assegurar, pena de violação da proibição de proteção insuficiente, pelo menos as prestações sociais que dizem respeito ao mínimo existencial. (SARLET e ZOCKUN, 2019)

Contudo, através de uma análise aplicada, pode-se enxergar algo distinto dentro da definição do mínimo existencial: a busca pela felicidade. A felicidade, enquanto o conceito abstrato e controverso que é, possui diversos entendimentos, que virão a ser discutidos doravante no presente projeto. Entretanto, é importante trazer uma análise da relação entre o mínimo existencial e a felicidade no texto de Ricardo Lobo Torres:

Não se pode olvidar que, além da liberdade, o mínimo existencial está imbricado no problema da felicidade do homem. Aristóteles já

afirmava ser obrigação do Estado garantir uma boa qualidade de vida, sinônimo de felicidade, da qual só não participavam os escravos e os animais, privados da liberdade de escolha. No início do Estado moderno dar assistência aos pobres era incumbência da Igreja, que para tanto tinha direito aos dízimos eclesiásticos. Mudança importante ocorreu com o absolutismo esclarecido: passou para a responsabilidade do Estado garantir o bem-estar dos súditos, separando-se, como defendia von Justi, a felicidade eterna (*ewige Glückseligkeit*), a ser alcançada pela religião, da felicidade temporal (*zeitliche Glückseligkeit*), objetivo do Estado. (TORRES, 1989)

Dessa forma, observa-se que os Direitos Humanos, criados através de muitas lutas e movimentos sociais foram o pilar sobre o qual se sustentam os Direitos Fundamentais descritos no Art. 5º da Constituição Federal de 1988, instrumento legal este que, por sua vez, é a base do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, considerando que a função social dos Direitos Fundamentais do Art. 5º da CF/88 é prover o mínimo existencial para os cidadãos brasileiros, infere-se, por meio do silogismo, que os Direitos Humanos foram os precursores da delimitação do mínimo existencial para a sociedade contemporânea.

Ainda nesta seara, infere-se que o mínimo existencial tem uma relação direta com o ideal de felicidade, que virá a ser discutido, então é inegável que os Direitos Humanos e Fundamentais possuem, em sua essência, um papel fundamental para a manutenção da felicidade no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que tal conceito permaneça abstrato, por ora. Portanto, será discutido nesse projeto se a felicidade e o mínimo existencial efetivamente venham sendo alcançados através das políticas públicas movidas pelos Direitos Fundamentais.

2. A FELICIDADE EM DADOS

Desenvolvendo os conceitos debatidos de mínimo existencial e sobre a criação e aplicação dos Direitos Humanos e Fundamentais, analisa-se sua relação direta com o IDH – Índice de

Desenvolvimento Humano. O ranking mais atualizado foi realizado em 2019 pela UNDP (*United Nations Development Programme*), tendo como os cinco primeiros colocados no ranking mundial de IDH, respectivamente: Noruega (0,954); Suíça (0,946); Irlanda (0,942) e Alemanha e Hong Kong empatados com 0,939 pontos. O Brasil figura apenas em 79º lugar, com 0,761 pontos.

Os critérios levados em consideração para a definição do IDH são pontuações distribuídas entre expectativa de vida ao nascimento, índice de anos médios de estudo, índice de anos esperados de escolaridade e índice de renda *per capita*. Nota-se, portanto, que a definição do Índice de Desenvolvimento Humano de um país se dá analisando os critérios de saúde, educação e economia, estando assim diretamente aliado com as políticas públicas e a legislação de um país.

Analisar as mudanças da mortalidade segundo a causa de morte tem um papel importante nos estudos sobre mortalidade e é essencial na determinação de intervenções efetivas em saúde pública. A despeito do debate sobre o aumento, se haveria ou não um limite biológico para a vida humana, o fato é que o aumento relativo da expectativa de vida tende a ser cada vez menor. (CORREA, RIBEIRO, 2017)

Levando em consideração os dados observados, infere-se que para se atestar que um país tem um elevado índice de desenvolvimento humano, os critérios considerados dialogam amplamente com as políticas públicas adotadas por seus governos, que não só dependem de sua existência, como também de sua validade e eficácia. Nesse sentido, é de grande valia observar as atuações do Brasil em setores legislativos e jurídicos para observar o desenvolvimento do país nas áreas estudadas.

3. A FELICIDADE NA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O artigo 6º da Constituição Federal do Brasil afirma que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a

moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados[...]”. Dessa forma, nota-se que a legislação vigente afirma que os cidadãos possuem o pleno direito, dentre outras coisas, ao lazer e a saúde, que se exercem em consonância com os Direitos Fundamentais do Art. 5º. Conforme analisado previamente, o Direito à felicidade é algo subjetivo a ser sugerido dentro do conceito de mínimo existencial. Seria o lazer, assegurado pela Constituição Federal, uma forma de garantir a felicidade ao cidadão? Ou meramente o provento para a plena existência, como saúde, educação, alimentação, dentre outros fatores, ou seja, o mínimo existencial, seria o bastante para a o bem-estar dos indivíduos? O debate sobre tal abrangência se estende ao Legislativo e ao Judiciário.

Em 2010, o então Senador Cristovam Buarque (PDT/DF) elaborou a Proposta de Emenda Constitucional Nº 19/10, que alteraria o Art. 6º, que se encontra supracitado, incluindo o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade. A PEC não entrou em vigência, sendo arquivada. A propositura da referida PEC se trata dos chamados Direitos Constitucionais de 3ª geração, que Lenza define como:

[...] direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2003)

O conceito de felicidade também é mencionado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, por diversas ocasiões. Uma ocasião que serve como materialização dessa análise tão subjetiva como a felicidade é o Recurso Extraordinário 477554 MG, que reconheceu como constitucional a união estável homoafetiva como entidade familiar. No voto do Tribunal, há uma interessante passagem que menciona a felicidade:

Esta Suprema Corte, ao proferir referido julgamento, viabilizou a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, tornando efetivo, assim, o princípio da igualdade, assegurando respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferindo primazia à dignidade da pessoa humana, rompendo paradigmas históricos, culturais e sociais e removendo obstáculos que, até então, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório. (STF, 2011)

Ao definir que o tratamento discriminatório sofrido pelos homossexuais era um fator que inviabilizava a busca à felicidade por parte deles, o Tribunal Superior Federal deixa implícito que o princípio da igualdade, aliado pela liberdade pessoal e autonomia individual supracitados são fatores essenciais para a felicidade dos indivíduos.

Analisando o pensamento do renomado John Stuart Mill, ele define que o utilitarismo não é “a maior soma da felicidade do próprio agente, mas a maior soma da felicidade conjunta.” Conhecido por ser um dos mais influentes pensadores do utilitarismo, Mill vê que a felicidade é necessariamente construída por uma sociedade em conjunto, mas que, para tanto, seus cidadãos devem ser felizes. Dessa forma, o pensamento de Mill infere que as políticas públicas e ações sociais devem se dirigir ao maior número possível de pessoas, para guiar o povo a uma felicidade coletiva.

Contudo, como será posteriormente analisado no presente projeto, a felicidade é um conceito que não necessariamente pode ser alcançado com uma medida generalista, se desenvolvendo de uma forma unívoca, mas sim com suas devidas especificidades, uma vez que a subjetividade humana é deveras complexa para se definir de uma simples maneira o que seria a felicidade para o povo. Medidas e políticas públicas devem se atentar às diferentes especificidades do povo.

Se a felicidade é o bem moral para o qual tendem as nossas ações individuais, de um ponto de vista social as ações devem estender a felicidade para um maior número possível de pessoas. Isto é, os indivíduos devem procurar a maximização da felicidade e a sociedade deve estender o máximo os benefícios entre os indivíduos, de modo a contemplar um número maior de indivíduos. Assim, o componente social obriga que as decisões individuais sejam sintonizadas com o desejo da maioria. O utilitarismo defende que se deve inserir o interesse dos outros nos meus interesses. (ANDRADE, 2012)

Nesse sentido, para que possa ser feita uma análise mais incisiva no tocante aos Direitos Humanos e Fundamentais em sua relação com o conceito de felicidade, e considerando que o utilitarismo de John Stuart Mill não se prova eficaz em sua essência e aplicabilidade, faz-se necessária uma análise de conceitos e definições filosóficas do complexo e subjetivo termo “felicidade”, a fim de debater as possíveis atuações estatais já realizadas ou cabíveis para o alcance deste conceito.

4. A FELICIDADE NA FILOSOFIA

Dados e traçados tais pontos, é de grande valia levantar um debate teórico sobre a filosofia e sua relação com a felicidade. A filosofia vem, desde seus primórdios, discutindo o ideal da felicidade. Diversas correntes trazem pensamentos divergentes sobre seu conceito ou sua própria relação com a humanidade em si. Partindo da Grécia Antiga, o conceituado filósofo Aristóteles via a felicidade como a atividade prática da razão, e não algo ligado a prazeres ou bens materiais.

Analizando a filosofia de Emmanuel Levinas, notável filósofo francês, pode-se observar uma visão retida do que seria a felicidade para o ser humano. Para ele, a felicidade é um fator externo ao homem, que pode influenciá-lo ou não. A felicidade coexiste com a necessidade, e dessa forma, se torna um elemento adjacente ao homem.

O mundo que proporciona a felicidade também é o mundo que pode fazer falta. O homem não somente sente prazer em comer, mas tem a necessidade de comer; a fome e o alimento são simultâneos. Seu corpo – forma de se posicionar no mundo, de estar, pisar um chão e, a partir daí, se colocar – está nu e indigente. O sujeito deve então se separar do mundo, criar uma interioridade, passando a viver sua solidão ao lado do prazer, egoísmo de existir "para si". (MENEZES, 2008)

Na corrente existencialista, entretanto, a felicidade tem uma discussão mais crítica, trazendo uma visão um tanto quanto diferente para se analisar. É de grande valia, portanto, observar as definições do alemão Arthur Schopenhauer.

Schopenhauer, que foi notório tanto por seu existencialismo crítico quanto pela corrente niilista, vê a felicidade como algo inexistente, algo inconcebível. Dessa forma, toda e qualquer manifestação de felicidade, considerando o mundo em que vivemos, é ilusória.

Num mundo como este, onde nada é estável e nada perdura, mas é arremessado em um incansável turbilhão de mudanças, onde tudo se apressa, voa, e mantém-se em equilíbrio avançando e movendo-se continuamente, como um acrobata em uma corda – em tal mundo, a felicidade é inconcebível. Como poderia haver onde, como Platão diz, tornar-se continuamente e nunca ser é a única forma de existência. Primeiramente, nenhum homem é feliz; luta sua vida toda em busca de uma felicidade imaginária, a qual raramente alcança, e, quando alcança, é apenas para sua desilusão; e, via de regra, no fim, é um naufrago, chegando ao porto com mastros e velas faltando. Então dá no mesmo se foi feliz ou infeliz, pois sua vida nunca foi mais que um presente sempre passageiro, que agora já acabou. (SCHOPENHAUER, 1851)

Já o francês Jean-Paul Sartre, um dos nomes mais estudados do existencialismo, afirma em sua obra que devemos deixar toda e qualquer predefinição ou conceito de felicidade para traz e, efetivamente, encontrar a felicidade na forma como fazemos nossas escolhas, encarando a vida da forma como ela se apresenta, com intensidade.

Se verdadeiramente a existência precede a essência, o homem é responsável por aquilo que é. Assim, o primeiro esforço é o de pôr todo homem no domínio que ele é, de lhe atribuir a total responsabilidade da sua existência. E, quando dizemos que o homem é responsável por si próprio, não queremos dizer que o homem é responsável pela sua restrita individualidade, mas que é responsável por todos os homens. (SARTRE, 1946)

Nesse sentido, Friedrich Nietzsche vê a felicidade como algo frágil e limitado, mas cuja fragilidade é importante, pois assim a valorizamos. Ele identifica que faz parte da natureza humana encontrar a felicidade no outro, mas não em sua presença, mas sim pelo ideal gerado pela observação.

A felicidade é frágil e volátil, pois, só é possível senti-la em certos momentos. Na verdade, se pudéssemos vivenciá-la de forma ininterrupta, ela perderia o valor, uma vez que só percebemos que somos felizes por comparação. (PERCY, 2009)

Analisando todos estes conceitos, podemos observar que todos possuem um ponto em comum: a felicidade não é algo materializado. Se existe algum conceito que nos aproxime da felicidade, pode-se ter certeza de que ele está distante de bens ou matéria física, mas sim algo que nos toca no plano metafísico. Contudo, como condensar essa definição em algo palpável?

A subjetividade da felicidade é tamanha que cada indivíduo a enxerga de uma maneira própria, e a sente de uma maneira própria. Definir a felicidade é uma discussão tão ampla quanto senti-la. Nesse contexto, uma análise minimalista pode ser de grande valia para determinar o que pode ser a felicidade para um indivíduo, na obra *A Náusea* de Jean-Paul Sartre.

Começo a me reanimar, a me sentir feliz. Ainda não é nada de extraordinário, é uma pequena felicidade de Náusea: ela se espalha no fundo da poça viscosa, no fundo de nosso tempo – o tempo dos suspensórios cor de malva e dos bancos quebrados -, é feita de instantes amplos e frouxos, que se alastram pelas bordas como uma

mancha de azeite. Mal nasceu e já parece velha, tenho a impressão de conhece-la há vinte anos. (SARTRE, 2016)

E, em seguida, complementa:

Há uma outra felicidade: fora há essa faixa de aço, a curta duração da música que atravessa nosso tempo de um lado ao outro, e o recusa e o dilacera com suas pontas secas e aguçadas; há um outro tempo. (SARTRE, 2016)

Observa-se que o personagem, que na obra é um indivíduo amargurado e consumido pela *Náusea*, uma alusão ao vazio da vida, encontra felicidade e conforto na música. Portanto, a arte, de uma forma geral, é uma grande forma de trazer a felicidade. Schopenhauer, por sua vez, dizia que a vida é um pêndulo que oscila entre a dor e o tédio, mas que a música e as artes podem ser um alívio para esse ciclo. De uma forma geral, o bem-estar trazido pela arte é uma grande forma de obtenção da felicidade, visto que as definições filosóficas supracitadas trazem a ideia de algo fora do material como forma de obtenção da felicidade, e a arte pode ser entendida como algo metafísico. A melodia das canções, as reflexões trazidas por uma peça de teatro, a beleza vista em uma pintura, todas geram sensações que, apesar de manifestadas em algo material, nos tocam no imaterial.

Outro ponto de convergência entre as definições filosóficas e aquilo trazido pelo direito positivado é a necessidade de liberdade e dignidade ao indivíduo. Não se é possível ser plenamente feliz enquanto acorrentado, literalmente ou subjetivamente. Portanto, urge analisar a efetiva atuação do Estado na manutenção da felicidade através dos Direitos Humanos e Fundamentais, tal como discutir possíveis medidas de atuação que se encaixariam nos conceitos e definições abordados.

Após discutir sobre a felicidade em uma esfera filosófica, resta, por fim, debatê-la em um âmbito social, como também sua aplicação na realidade fática.

A igualdade é um fator muito conectado com os ideais de felicidade. Para a obtenção da felicidade plena, como discutido previamente em âmbito filosófico, a igualdade posta-se como um pré-requisito para a obtenção dos demais fatores que levariam o indivíduo à obtenção da almejada felicidade, principalmente no tocante ao mínimo existencial e na disposição do Estado de providenciar uma vida confortável e justa aos indivíduos. Ronald Dworkin, renomado filósofo e jurista, dedicou boa parte de seus estudos para analisar e averiguar a relação entre a igualdade e as diversas virtudes na vida dos seres humanos, construindo-se, portanto, a gama de fatores que levariam uma pessoa a ser plenamente feliz. Em sua obra “A Virtude Soberana”, Dworkin vê a igualdade como a maior das virtudes, providencial para a obtenção das demais.

Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania. (DWORKIN, 2000)

Contudo, essa visão do pensador liberal-existencialista entra em conflito com o ideal de felicidade já debatido. Se a felicidade é algo subjetivo, que se difere de indivíduo a indivíduo, como a mera igualdade seria o bastante para providenciar a felicidade a cada uma das pessoas regidas pelo Estado? Portanto, é exatamente neste ponto que o filósofo trabalha o conceito de igualitarismo liberal.

Dworkin, como o maior expoente da corrente do igualitarismo liberal, entra em choque com o pensamento ultraliberal e com os conceitos radicais do liberalismo, ao compreender que, embora a distribuição de riquezas sociais seja necessária para os cidadãos exercerem o poder de escolha, a mera distribuição idêntica de riquezas não é necessariamente uma distribuição igualitária, e, por conseguinte, justa. Aquelas desigualdades materiais cuja atribuição

excede a escolha das pessoas, se tratando dessa forma de circunstâncias fora de seu controle, não são justificadas. Dessa forma, urge que exista a aplicação do princípio ético do Estado, dentro de uma justiça distributiva.

Nós assumimos responsabilidade por nossas escolhas de variadas maneiras. Quando essas escolhas são feitas livremente, e não ditadas ou manipuladas por outros, nós nos culpamos se concluimos que deveríamos ter escolhido de modo diverso. [...]. Nossas circunstâncias são outra história: não faz sentido assumir responsabilidade por elas a não ser que sejam o resultado de nossas escolhas. Ao contrário, se estamos insatisfeitos com nossos recursos impessoais e não nos culpamos por nenhuma escolha que afetou nossa parcela nesses recursos, é natural que reclamemos que outros, geralmente os oficiais de nossa comunidade, foram injustos conosco. A distinção entre escolha e circunstância é não só familiar, mas fundamental em ética de primeira pessoa. [...]. Não podemos planejar ou julgar nossas vidas senão pela distinção entre aquilo sobre o que devemos assumir responsabilidade, porque o escolhemos, e aquilo sobre o que não devemos porque estava além de nosso controle. (DWORKIN, 2000)

Analisando a igualdade debatida por Dworkin, o professor Octávio Ferraz constata que:

Dworkin, como indica o próprio nome que dá à sua teoria (igualdade de recursos), acredita que a "moeda da igualdade" deve ser os recursos com que as pessoas enfrentam suas decisões e escolhas na vida, e não o bem-estar que elas alcançam com esses recursos, como as teorias mais populares propõem. (FERRAZ, 2007)

Nesta seara, analisa-se que a teoria de Dworkin possui uma conexão com o debatido ideal de felicidade que deve ser cedido pelo Estado. A felicidade, ou bem-estar, como debatido em alguns momentos na obra, não é encontrada na liberdade absoluta, nem na própria igualdade de bem-estar, uma vez que a subjetividade deste conceito não permite que uma única medida atenda às

aspirações e individualidades de cada. A igualdade que pode vir a trazer a felicidade, postando como base o mínimo existencial, é o estabelecimento de condições de acesso igualitárias. Tais condições de acesso devem ser aplicadas proporcionalmente de acordo com o “ponto de partida” do indivíduo, não permitindo que as desigualdades materiais sofridas pelas pessoas sejam fatores deterministas para a sua estabilidade social, aplicando-se, portanto, uma justiça social para trazer equilíbrio de oportunidades, sopesando o desequilíbrio não igualitário de outrora.

Traçando uma análise quanto ao Direito à felicidade de forma positivada, analisa-se que o primeiro registro documentado foi a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776, expressando o desejo do agora país em se tornar independente, deixando de ser uma colônia britânica.

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness. (EUA, 1776)

Em tradução livre: “Nós consideramos estas verdades como evidentes por si próprias, que todos os homens são criados igualmente, que eles são dotados pelo Criador com certos direitos inalienáveis, que entre eles há vida, liberdade e a busca da felicidade.” Dessa forma, o documento histórico estadunidense infere que, dentre outras coisas, as pessoas tem como direito inalienável a busca da felicidade. Este reconhecimento serve para materializar a importância que o conceito subjetivo de felicidade tem, mesmo em âmbito positivado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa permite concluir que o Estado, enquanto garantidor dos direitos básicos e inalienáveis, deve assegurar que todos tenham as condições necessárias para buscar sua própria

felicidade. A felicidade, enquanto condição subjetiva e personalíssima, conforme debatido anteriormente, não há como ser amplamente distribuída e garantida por qualquer Estado. Contudo, o consenso que há entre o debate filosófico e o político de Dworkin, convergindo com aquilo trazido pela Declaração de Independência dos Estados Unidos, é que o Estado tem por obrigação garantir o mínimo existencial, a subsistência, para que um indivíduo, livre de preocupações com sua própria sobrevivência e conforto existencial, possa por fim, ser livre para buscar e conquistar aquilo que o faça feliz. Nesse sentido, portanto, o Estado tem um papel fundamental na busca da felicidade, ainda que não o faça diretamente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. **O homem vazio: uma crítica ao utilitarismo**. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732013000200007>. Acesso em: 23 ago 2020.

BRASIL. **Decreto nº 19.841/45**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 11 abr 2020.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CORRÊA, Érika Ribeiro Pereira; MIRANDA-RIBEIRO, Adriana de. **Ganhos em expectativa de vida ao nascer no Brasil nos anos 2000: impacto das variações da mortalidade por idade e causas de morte**. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232017223.26652016>>. Acesso em: 24 fev 2020.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EUA. **The Declaration of Independence**. Disponível em: <<https://www.ushistory.org/declaration/document/>>. Acesso em 30 ago 2020

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Justiça distributiva para formigas e cigarras**. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100013>. Acesso em: 10 set 2020.

HUNT, Lynn. **A Criação dos Direitos Humanos**. São Paulo, Companhia das Letras, 2009.

MENEZES, Magali. **O pensamento de Emmanuel Lévinas: uma filosofia aberta ao feminino**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000100002>. Acesso em: 13 fev. 2020.

MILL, S. J. **Utilitarianism**, 1863. Disponível em: <<http://www.utilitarianism.com/mill1.htm>>. Acesso em: 25 ago 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 abr 2020.

PERCY, Alan. **Nietzsche Para Estressados**. Disponível em <<http://lelivros.love/book/download-nietzsche-para-estressados-allan-percy-em-epub-mobi-pdf/>>. Acesso em: 05 mar 2020.

RAWLS, J.A. **Theory of justice**. Oxford, Oxford University Press, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392016000200115&lng=pt&nr m=iso#fn41>. Acesso em: 04 jun 2020.

SARTRE, Jean-Paul. **A Náusea**. Coleção Clássicos para Todos. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARTRE, Jean-Paul. **O Existencialismo é um humanismo**. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/sugestao_leitura/filosofia/texto_pdf/existencialismo.pdf>. Acesso em: 20 nov 2019.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Dores do Mundo**. Disponível em: <<https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/01/Dores-do-Mundo.pdf>>. Acesso em: 18 jan 2020.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O Vazio da Existência**. Disponível em: <http://imagomundi.com.br/filo/schopenhauer_vazio.pdf>. Acesso em: 17 jan 2020.

STF. **Informativo Semanal N° 635**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=2&base=INFO>>. Acesso em: 02 jul 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46113/44271>>. Acesso em: 20 mar 2020.

UNDP. **2019 Human Development Index Ranking**. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/content/2019-human-development-index-ranking>>. Acesso em: 21 jun 2020.

A IMPORTÂNCIA DO MECANISMO DE *DUE DILIGENCE* NA CULTURA DO COMPLIANCE E SEUS ASPECTOS PENAIS NA PREVENÇÃO DE RISCOS DE TERCEIROS

Isael José Santana¹

Lisandra Moreira Martins²

Pedro Henrique Hernandes Argentina³

As sociedades humanas são ao mesmo tempo
organismos e mecanismos,
Antoine Augustin Cournot

INTRODUÇÃO

O mundo está cada vez mais globalizado e com esse aumento das interações, é necessário que aumente, também, as medidas de proteções que as empresas devem adotar. Neste sentido, a cultura de compliance tem se tornado pauta em destaque nos últimos anos, isto porque, as empresas estão tentando manter padrões de

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Docente do Curso de Direito, Pós-Graduação em Direitos Humanos; Pós-Graduação em Educação e do Curso de Ciência Sociais da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (e-mail: leasij@s@hotmail.com).

² Doutora em Direito Processual Penal pela PUC/SP; Docente do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (e-mail: lisandramm.adv@hotmail.com) e Advogada.

³ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, pós-graduado em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito e pós-graduando no MBA em Gestão Estratégica de Organizações pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (e-mail: pedro.sano@hotmail.com) e Advogado.

integridade, seguindo, desta forma, além dos preceitos legais, padrões éticos e morais.

Originalmente de solos americanos, nasce então o denominado “compliance”. O termo advém do verbo estrangeiro “*to comply*”, que em sua tradução literal significa estar em conformidade com algo.

Apesar da cultura de compliance – também denominado como programa de integridade ou programa de conformidade – ter como princípio basilar sua função tríplice de prevenir, detectar e remediar, inúmeras vezes é destacada no momento em que o caos já está instalado. Assim, o caráter preventivo acaba permanecendo ignoto, tendo em vista que o programa de compliance apenas entra em cena no momento de remediar alguma situação catastrófica que se encontra.

No Brasil, o incentivo e investimento pelas empresas em programas de compliance teve destaque durante a Operação Lava Jato, momento que o país ficou mundialmente conhecido pelos escândalos de corrupção. Este momento desastroso nacional pode ser considerado como um marco na trajetória do compliance em solos brasileiros.

Infelizmente, ainda é comum notícias de grandes empresas, de renome mundial, envolvidas em escândalos midiáticos, casos que, inclusive, demonstram um desrespeito aos direitos humanos. Nesta seara, o setor do compliance busca a implementação de medidas que coíbem tais acontecimentos; necessário retomar, a importância da função tríplice do compliance. A luta deve ser para que os atos ilícitos dentro da empresa não aconteçam; contudo, aqueles que não forem evitados, serão detectados, ou seja, a empresa terá conhecimento sobre os mesmos e como próximo passo, será remediar, visando que não mais aconteçam.

Duas importantes leis estrangeiras serviram de parâmetro para que as legislações nacionais brasileiras fossem criadas, o

*Foreign Corrupt Practices Act*⁴ e o *UK Bribery Act*⁵; quando o assunto é compliance, estas duas leis estrangeiras são referência.

Neste cenário, o Brasil buscou elaborar sua Lei Anticorrupção, também conhecida como Lei da Empresa Limpa, que foi promulgada no ano de 2013. Diferentemente de suas leis estrangeiras idealizadoras – FCPA e UKBA – a lei brasileira não abarca responsabilidades na esfera criminal, a lei apenas “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”.

Mais tarde, no ano de 2015, foi elaborado o Decreto nº 8.420, que regulamentava a Lei Anticorrupção. Contudo, com as práticas de compliance sendo demandadas de forma crescente, o decreto foi atualizado, o que demonstra a preocupação do governo com a área em questão, surgindo, no ano de 2022, o Decreto nº 11.129, que revogou o anterior.

Outra prática comum, que deve ser abolida, são as elaborações dos *sham programs*⁷ de compliance, que são os clássicos programas “para inglês ver”. Significa dizer que uma empresa cria um programa de integridade de prateleira, neste sentido, o compliance apenas existe de maneira formal e não efetiva. A empresa simplesmente aparenta um comprometimento com as normas que regem uma cultura de compliance.

Um programa de compliance efetivo é aquele que se preocupa de fato a cumprir os requisitos e mais importante que ter, é colocá-los em prática. Uma cultura de integridade bem implementada possui em sua estrutura os pilares de compliance, que estão elencados no art. 57 do decreto supracitado.

O setor responsável pelo programa de compliance de uma empresa, seja ele terceirizado ou não - o importante é que tenha

⁴ Lei de Práticas de Corrupção no Exterior. É uma lei federal dos Estados Unidos da América (tradução do autor).

⁵ Lei anticorrupção do Reino Unido (tradução do autor).

⁶ Ementa da lei nº 12.846/2013.

⁷ Programas de fachada (tradução do autor).

autonomia para colocar seus mecanismos em ação – vai ter como preocupação as relações que a empresa constantemente concretiza. Pode ser uma transação com outra empresa ou, até mesmo, com uma pessoa física. A título de exemplo, no primeiro caso se destaca um acordo com fornecedor, seguido de uma contratação de um funcionário da empresa.

Independentemente do outro polo ter uma pessoa jurídica ou uma pessoa física, podemos denominá-los como Terceiros, ou seja, são terceiros que se relacionam com a empresa. E esta relação pode trazer riscos, dessa forma, prejudicando a imagem e reputação do contratante. Com o objetivo de mitigar esse acontecimento, o programa de compliance, ou melhor, o setor responsável pela implementação, entrará no procedimento conhecido como “third risk management⁸”.

Desta forma, o pilar de compliance para averiguar estas informações e elaborar um parecer de risco sobre esta relação, é denominado *Due Diligence*⁹. Neste sentido, é essencial que a empresa contratante faça os procedimentos de *know you employee (KYE)*¹⁰ e *know your partner (KYP)*¹¹ visando garantir que estes terceiros compartilham dos mesmos ideais éticos e morais que a empresa defende. Uma relação com um terceiro problemático pode causar danos econômicos e reputacionais a uma empresa.

A *due diligence* consiste, então, em uma pesquisa em diversas fontes para conhecer a trajetória deste terceiro e garantir que não exista aspectos que contrapõe a posição defendida pela empresa que busca concluir o negócio. Esta pesquisa ampla, aborda também alguns pontos de caráter penal, que garantem que o terceiro não infringiu normas penais e processuais penais, de forma não oficial, será aqui classificada como *due diligence criminal*.

⁸ Gerenciamento de risco de terceiros (tradução do autor).

⁹ Diligência prévia (tradução do autor).

¹⁰ Conheça seu funcionário (tradução do autor).

¹¹ Conheça seu parceiro (tradução do autor).

Nesse sentido que se desenvolve o presente estudo, que não se finda nesse texto, mas se soma com o desenvolvimento de tema de importância social e científica. O método utilizado foi o dedutivo, com o recurso da pesquisa bibliográfica, análise de doutrina e legislação.

1. PROGRAMA DE COMPLIANCE E SEUS MECANISMOS: A DUE DILIGENCE COMO FORMA DE PREVENÇÃO DE RISCOS DE TERCEIROS

Nos dias atuais, tendo como marco inicial a Operação Lava Jato, as empresas estão mais preocupadas em manter, incentivar e cultivar a cultura de integridade tanto em âmbito interno e até mesmo, em horizontes externos. Afirma o autor José Otto Segui Temporão na obra “Compliance em perspectiva”:

Um eficaz programa de compliance deve trazer na sua raiz um legítimo propósito de integridade. Ele funcionará na prática se for capaz de assegurar que a cultura de organização está efetivamente comprometida em tomar decisões de forma ética e em respeito com as leis (TEMPORÃO,2021, p. 661).

Isto porque, trabalham para manter o padrão de compliance nas relações internas da empresa, mas também, cada vez mais possuem como alerta o público externo, no sentido de que uma boa reputação pode gerar lucros e fomentar a conclusão das relações negociais.

Buscam, portanto, criar mecanismos e ferramentas com a intenção de demonstrar que estão empenhados em seguir os padrões legais estabelecidos e mais que isso, que criaram normas internas que visam inibir os acontecimentos ilícitos que são danosos a própria corporação, bem como para toda a sociedade.

Assim, a cultura de compliance tem como função principal a de prevenir que os ilícitos aconteçam, tendo como foco a preservação de riscos; dentre as outros dois vértices do programa, que é detectar e remediar. Posiciona a Controladoria-Geral da União:

Em suma, é importante que existam mecanismos para detectar e corrigir desvios de conduta e atos ilícitos, de modo a reparar eventuais danos à imagem e ao patrimônio público, mas é de igual importância investir em medidas preventivas, capazes de evitar que tais desvios aconteçam. (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2015, p. 09).

Destaca o novo decreto promulgado em 2022, nº 11.129, no inciso I, do art. 56, que o programa de integridade tem o objetivo de “prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

O programa de integridade também tem como escopo mitigar esses riscos, sendo assim, caso os atos ilícitos ocorram, é necessário estipular medidas para que não seja recorrente. Enfatiza o Guia Prático de Compliance, organizado por Isabel Franco (2020, n.p.), “trabalhar com Compliance é trabalhar com identificação, análise e mitigação de riscos”.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2018, p. 74) destaca que: “prevenção refere-se a atividades destinadas a evitar a ocorrência de um impacto adverso, por exemplo, que reduzam o risco de tal ocorrência enquanto mitigação refere-se a atividades que reduzem o impacto uma vez que esse ocorra”.

O programa de compliance consiste em um conjunto atributos específicos que irão propagar as ideias éticas, morais e legais que a empresa acredita e tem como objetivo manter sempre ativo na corporação. Conforme exposto no decreto nº 11.129/2022, em seu art. 56, “consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes”.

No que tange ao compliance, é importante destacar que se trata do *enforced self-regulation*, que para o vernáculo brasileiro, pode ser definido como autorregulação regulada ou correção.

Isto acontece quando o Estado permite que os entes privados adotem medidas e regulamentações internas e particulares para gerenciar os riscos e atuar em conjunto ao Estado para evitar que as legislações sejam descumpridas. Conforme elucidam Laurentiz e Saad-Diniz (2017, n.p.), “trata-se, em realidade, de uma transição do Estado prestacional para o Estado que garante as prestações realizadas pelo particular, geralmente em melhores condições técnicas para realizar determinadas atividades”.

Desta forma, o Estado permite a correção com o particular, permitindo que este último atue compartilhando as responsabilidades que seriam apenas do setor público. Permite, portanto, que o ente privado possua um conjunto de mecanismos e ferramentas, para manter a integridade da empresa. Possuindo, por exemplo, códigos de conduta, de ética, investigações internas corporativas e meio de prevenção de riscos, tal como a diligência prévia. Aborda Carla Veríssimo:

Esse tipo de regulação, também denominado correção, alude à forma de regulação estatal do mundo empresarial caracterizada pela incorporação do ente privado no processo de regulação, de forma subordinada aos fins concretos ou interesses públicos predeterminados pelo Estado (VERÍSSIMO, 2017, p. 110).

Ou seja, o Estado então permite esta colaboração pelo privado, com o objetivo de fomentar o estabelecimento dos padrões éticos e morais da empresa, bem como incentivar o cumprimento das normas legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Destaca Ballesteros Sánchez (2020, p. 85), “*la actividad empresarial genera mayores riesgos para los bienes jurídico-penales si en ella no tienen cabida principios éticos y de integridad. Es decir, sin compliance, el management corporativo puede ser defectuoso*”¹².

¹² A atividade empresarial gera maiores riscos para os direitos jurídico-criminais se nela não houver lugar para princípios éticos e de integridade. Ou seja, sem compliance, a gestão corporativa pode ser falha (tradução do autor).

Reforça e esclarece o apontamento feito por Laurentiz e Saad-Diniz (2017, n.p.), que traz “[...] a governança mundial, referente à produção e implementação de regras em escala global, não é mais uma tarefa manejada somente pelos Estados, isto é, as empresas privadas, têm aumentado sua participação na formulação e implementação de regras”.

O programa de integridade de uma empresa deve ser criado, estruturado e elaborado de forma singular, isto significa que o programa não pode ser “reaproveitado”, extinguindo a forma *one size fits all*¹³. É necessário que cada organização corporativa conheça suas necessidades particulares para que seja colocado uma cultura de compliance condizente com a realidade, principalmente, com os riscos que a empresa esta exposto.

O *Department of Justice* (DoJ)¹⁴, esclarece que o programa de compliance precisa ser efetivo, e para isto, é preciso que o mesmo seja criado sob medida, para que não seja um *paper program*, ou seja, um mero programa de papel, que existe de forma inócua. De acordo com o decreto já mencionado:

O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade (DECRETO nº 11.129, 2022, art. 56, parágrafo único).

Um dos mecanismos essenciais para a prevenção na cultura de compliance, é o procedimento de *due diligence*, ou como pode ser traduzido, diligência prévia. O decreto promulgado este ano trouxe atualizações importantes em relação ao antigo Decreto nº 8.420/2015, abarcando algumas medidas que devem conter em um programa de integridade, tais medidas são classificadas como parâmetros do programa.

¹³ Um tamanho serve para todos (tradução do autor).

¹⁴ Departamento de Justiça dos Estados Unidos (tradução do autor).

O *third party management* é primordial para identificar os riscos que este terceiro pode causar a organização. É essencial que a empresa tenha sua cultura de compliance alinhada para que possa solicitar que o outro também tenha; conforme indica Matheus Lourenço Rodrigues da Cunha (2019, p. 261), “embora não seja uma regra, obviamente, faz mais sentido primeiro estar em *compliant*, para depois exigir que alguém seja *compliant*”.

Para a Controladoria-Geral da União (2015, p. 08) os terceiros podem ser caracterizados como “fornecedores, prestadores de serviços ou quaisquer outras pessoas físicas e jurídicas que mantenham relação contratual com a entidade não abrangidas pelo conceito de colaborador”.

A ferramenta de diligência prévia, consiste, portanto, em uma análise e levantamento de diversos pontos que podem verificar a presença dos *red flags*¹⁵; este sinal, significa que algum ponto em específico pode causar alguma forma de risco. No sentido que as atitudes e interesses deste terceiro não colida com as premissas da empresa, garantindo, desta forma, os padrões exigidos pelo compliance.

Após uma pesquisa minuciosa, denominada *background check*¹⁶, com os principais pontos do escopo realizadas, é necessário elaborar um relatório de risco, ou seja, é essencial que seja feita a documentação para análise para parametrizar o conteúdo ali expostos. O resultado é importante para que a empresa prossiga ou não com o negócio, seja a relação com uma outra pessoa jurídica ou pessoa física.

2. DUE DILIGENCE CRIMINAL E OS ASPECTOS PENAIIS PRESENTE NA ANÁLISE DE RISCO DE TERCEIROS

A diligência prévia tem início com o recebimento dos dados que o fornecedor ou pessoa física que pretende ser contratada envia

¹⁵ Sinal de alerta (tradução do autor).

¹⁶ Verificação de antecedentes (tradução do autor).

os documentos para análise. Em muitos casos, o setor de recursos humanos é que faz o repasse para o setor de compliance; que, então, faz a devolutiva para o setor responsável remetente com o relatório de riscos, que irá ser responsável pelo fechamento do negócio ou pela contratação.

Esse *cross-check*¹⁷ de informações instaurado pela cultura de compliance, é essencial para verificar a procedência das relações que a empresa pretende firmar. A *due diligence* constitui a pedra angular no que tange ao caráter preventivo que o programa de integridade busca. Afirmam os autores do Guia Prático de Compliance, organizado por Isabel Franco (2020, n.p.), “a verificação do histórico de integridade dos terceiros que se relacionam com a empresa é um dos principais elementos de um programa de compliance eficaz”.

A prevenção deve ser o foco maior do programa de integridade. O próprio Tribunal de Contas da União enfatizou este ponto na obra Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública (2018, p. 39), de acordo com o TCU, “a prioridade deve ser na prevenção, não só pela efetividade, mas porque no cômputo geral o custo do investimento é usualmente menor do que o custo da reparação de danos causados por comportamento inapropriado”.

Desta forma, a diligência prévia é responsável por estruturar uma das funções tríplice da cultura de compliance. A empresa precisa verificar e classificar o risco dos contatos que realiza, tendo em vista que uma relação danosa pode prejudicar a empresa como um todo; a título de exemplo, uma empresa pode possuir um programa de conformidade impecável e seguir fielmente todos os preceitos legais, éticos e morais, mas se um de seus fornecedores ou funcionário está envolvido com algum ato ilícito, a empresa pode ser vista como parceira neste ato, por isso a importância do *background check* destes terceiros.

¹⁷ Verificação cruzada (tradução do autor).

Mais uma vez, destaca-se a obra organizada por Isabel Franco (2020, n.p.) que traz que “o background check de terceiros auxilia a tomada de decisões de contratação, mas, principalmente, favorece a prevenção, antecipação e mitigação de possíveis riscos na relação com terceiros”.

Nos levantamentos que serão realizados, será feito um *cross-check* geral, ou seja, que aborda diversos pontos. Entre os pontos que fazem parte do escopo da pesquisa, alguns tópicos estão relacionados as questões penais, tanto para pessoas jurídicas como para pessoas físicas. Alguns classificam como *due diligence criminal*.

Obviamente, todos os itens que integram a pesquisa são essenciais. Contudo, os tópicos que tangem aspectos criminais possuem considerável relevância, tendo em vista que em um relatório de risco, são *red flags* que merecem destaque.

Segundo o manual elaborado pela *United States Sentencing Commission (USSC)*¹⁸, no capítulo que aborda sobre a efetividade e a ética no programa de compliance (2021, p. 517), “*exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct and otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law*”¹⁹.

O escopo da pesquisa é estruturado de acordo com a necessidade das informações que a empresa necessita para garantir a prevenção de correr riscos. Estas à disposição ao público em geral, como por exemplo, a emissão das certidões dos antecedentes criminais, em âmbito federal e estadual. Mas para complementar e melhor embasar os resultados, algumas plataformas de banco de dados particulares podem ser utilizadas. Sobre este tópico, Matheus Lourenço Rodrigues da Cunha escreve para o Manual de Compliance, elaborado pela LEC:

¹⁸ Comissão de Sentença dos Estados Unidos (tradução do autor).

¹⁹ Exercer a devida diligência para prevenir e detectar condutas criminosas e promover uma cultura organizacional que encoraje a conduta ética e o compromisso com o cumprimento da lei (tradução do autor).

Para a coleta de informações, algumas fontes de pesquisa são públicas e, portanto, podem ser acessadas por qualquer pessoa. Dessa maneira, uma preocupação para o profissional responsável pela realização das diligências é mapear quais as fontes disponíveis existem para levantar informações sobre os terceiros com quem sua organização se relaciona e que possam informar questões relevantes (red flags) do ponto de vista de integridade e do risco de compliance a ele atribuído (LEC – LEGAL, ETHICS AND COMPLIANCE, 2019, p. 282).

A verificação do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), em casos de empresas e Cadastro Pessoa Física, em caso de funcionários, também é relevante. As pesquisas em sistemas judiciais devem ser realizadas, nas esferas estadual e federal, na intenção de destacar os processos de natureza criminal.

É de suma importância os levantamentos que podem ser coletados nos sistemas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Aliás, a plataforma de Sistema Eletrônico de Execução Unificado - SEEU, de acordo com o CNJ merece destaque já que “é a ferramenta que centraliza e uniformiza a gestão de processos de execução penal em todo o país. [...] O sistema permite um trâmite processual mais eficiente e proporciona a gestão confiável dos dados da população carcerária do Brasil”. O sistema foi estabelecido por meio da Resolução nº 280, de 2019.

Outra plataforma elaborada pelo CNJ bastante utilizada, e reconhecida, é Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), no caso este é destinado a pessoas físicas, em que se permite identificar todas as pessoas procuradas ou custodiadas, nas diversas categorias de prisão, civil ou penal, estejam elas em situação de prisão provisória, definitiva, ou em cumprimento de medida de segurança na modalidade internação.

Apesar de não possuir natureza criminal, a consulta de empresas terceiras no portal do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA para verificar se houve embargos ou atuações é indispensável, tendo em vista que pessoas jurídicas respondem por crimes ambientais, um

fornecedor que desrespeito aspectos ambientais pode causar prejuízos no momento da responsabilização.

Alguns tópicos internacionais podem fazer parte do escopo da diligência prévia estipulada pelo programa de compliance. Importante ressaltar que, a cultura de compliance é um organismo vivo e elaborado sob medida para cada empresa, neste sentido, não necessariamente todas as pesquisas de *due diligence* abordem os mesmos itens. Reforça o *Department of Justice Criminal Division*²⁰ (2020, p. 07), que “*a well-designed compliance program should apply risk-based due diligence to its third-party relationships*”²¹.

Dentre os sistemas internacionais que podem ser utilizados como fonte de pesquisas e que possuem natureza criminal, pode ser destacado a *Interpol – Internacional Criminal Police Organization*²², que possui relatório das pessoas que cometeram crimes e estão sendo procurada pelo governo americano. Para pesquisa de fornecedores, a pesquisa *OFAC – Office of Foreign Assets Control*²³ é necessária para verificar se a empresa pesquisada não consta no rol de listas que sofreram sanção por crimes penais econômicos.

A cultura de compliance, por meio do mecanismo da *due diligence* e dos outros vários que integram o programa de integridade, possuem o objetivo de manter a empresa integra e consonância com as legislações nacionais e internacionais a quais se submetem. Desta forma, todo o escopo da pesquisa tem, também, a intenção de promover um ambiente saudável interno e externo, fomentando, por exemplo, a prevenção dos direitos humanos.

Sendo assim, mesmo que não possua essência criminal, e sim administrativa, é fundamental que a diligência prévia analise se a empresa pesquisada consta na lista de trabalhos escravos, popularmente conhecida como Lista Suja, que é atualizada

²⁰ Departamento de Justiça Divisão Criminal (tradução do autor).

²¹ Um programa de conformidade bem projetado deve aplicar a devida diligência baseada em risco para seus relacionamentos com terceiros (tradução do autor).

²² Organização Internacional de Polícia Criminal (tradução do autor).

²³ Escritório de Controle de Ativos Estrangeiros (tradução do autor).

periodicamente apontando os empregadores pelo Ministério Público do Trabalho, (2018, n.p.), “o cadastro de empregadores, popularmente conhecido como “lista suja”, é um dos principais instrumentos da política pública de combate ao trabalho escravo”.

Os itens aqui abordados não possuem o objetivo de esgotar as fontes de pesquisas disponíveis para um procedimento de diligência prévia, e nem poderia. Cada empresa precisa aderir o relatório de risco que correspondem as suas necessidades. O foco foi apontar fontes que podem fazer parte do *third risk management* no âmbito criminal e que podem ser utilizadas para garantir a prevenção de riscos de Terceiros.

3. O CARÁTER PREVENTIVO DA DILIGÊNCIA PRÉVIA NO PROGRAMA DE COMPLIANCE E NOS DIREITOS HUMANOS

O mercado corporativo está em ascensão e por este motivo, as relações neste cenário estão em constante progresso. Não raro, casos absurdos envolvendo empresas com renome internacionais caem na mídia demonstrando alguma prática criminosa em que se envolveram, seja diretamente, praticando o ato ilícito; seja indiretamente, fruto de uma má gestão em que um parceiro, funcionário ou fornecedor, se envolveu.

Por este motivo, a *due diligence* tem se tornado uma ferramenta necessária na cultura de compliance. As empresas precisam conhecer as pessoas, jurídicas e físicas, com quem se envolvem. Para Guilherme Lopes Felício (2019, p. 154), “com o levantamento dos riscos se cria a estrutura preventiva do programa de compliance para poder construir as condutas preventivas”.

Antes de qualquer relação, que pode vir a ser problemática no futuro, a empresa precisa conhecer analisar o risco que está aderindo; o melhor é pactuar com terceiros que compartilham dos mesmos padrões éticos, morais e que estejam em conformidade com a legislação. Sobre este ponto, Eduardo Lemos Lins de Albuquerque (2018, p. 133), que a:

(...) devida diligência, é o procedimento de investigação prévia que deve ser empregado pelas empresas para averiguar sobre a existência de riscos potenciais quando da contratação de um parceiro comercial e do potencial fusão ou aquisição de outra empresa.

No que tange a autorregulação regulada, Estado e entidades privadas devem caminhar juntos para combater as questões que prejudiquem os direitos humanos. De acordo com a Secretaria Nacional de Proteção Global (2021, p. 12), “o dever do Estado de proteger os direitos humanos é uma norma de conduta. Portanto, os Estados não são por si sós responsáveis por violações a direitos humanos por atores privados”.

A diligência prévia, como a cultura de compliance por inteiro, visa e auxilia o fomento a proteção dos direitos humanos. A Organização das Nações Unidas – ONU, organizou um guia com incentivo a prevenção dos direitos humanos pelas empresas (2021, p. 06), “*human rights due diligence requires businesses to identify, prevent and mitigate their adverse impacts and to account for how they address them*²⁴”. Destaca Laurentiz e Saad-Diniz, que:

Diante destas questões se verifica que o aparato do Estado regulador não dá conta de todas as falhas regulatórias e déficits de implementação, que acabam sendo manejados na esfera particular daqueles a quem a norma se dirige. Na medida em que este aparato não funciona perfeitamente, surge uma demanda por responsabilidades sociais corporativas, reivindicando o cumprimento de determinadas garantias pelas empresas. Partindo desse contexto em que a mobilização de gastos e esforços na prevenção a infrações econômicas poderia também representar uma relevante possibilidade na prevenção de violações de direitos humanos, é que se tem por finalidade analisar a repercussão das *due diligence* na prevenção a infrações aos direitos humanos ocorridas no âmbito empresarial (LAURENTIZ e SAAD-DINIZ, 2017, n.p.).

²⁴ A due diligence em direitos humanos exige que as empresas identifiquem, previnam e mitiguem seus impactos adversos e prestem contas de como lidam com eles (tradução do autor).

Neste sentido, as empresas devem buscar a prevenção dos direitos humanos e a cultura de compliance deve ter esse objetivo entre suas metas. Para o Department of Justice (2020, p. 08), *“third-party management practices are a factor that prosecutors should assess to determine whether a compliance program is in fact able to “detect the types of misconduct most likely to occur in a particular corporation’s line of business”²⁵”*.

Desta forma, a empresa colabora para um ambiente mais íntegro e que promove a defesa dos direitos humanos, não se relacionando com fornecedores ou contratando funcionários que possam prejudicar suas ideias, bem como a sociedade. Concorde a OCDE (2018, p. 16), que:

(...) a prevenção e a mitigação eficaz de impactos adversos podem, por sua vez, ajudar uma empresa a maximizar as contribuições positivas para a sociedade, melhorar as relações com as partes interessadas e proteger a sua reputação.

Uma empresa que possui uma cultura de compliance efetiva busca coibir as atitudes ilícitas, bem como evitar relações com empresas e pessoas que não sejam consideradas íntegras. Sobre a promoção aos direitos humanos, o Pacto Global (2020, n.p.) destaca que *“as empresas que se concentram na proteção dos direitos humanos - e cultivam relacionamentos positivos com suas partes interessadas - podem ajudar a garantir o crescimento contínuo de seus negócios e a licença social para operar”*. Sobre as benesses da diligência prévia, a OCDE propõe:

O propósito da devida diligência é, acima de tudo, evitar causar ou contribuir com impactos adversos sobre as pessoas, o meio ambiente e a sociedade, e buscar prevenir impactos adversos diretamente vinculados a operações, produtos ou serviços por meio de relações

²⁵ Third-party management practices are a factor that prosecutors should assess to determine whether a compliance program is in fact able to “detect the types of misconduct most likely to occur in a particular corporation’s line of business (tradução do autor).

comerciais. Quando o envolvimento com impactos adversos não puder ser evitado, a devida diligência deve permitir que as empresas os mitiguem, previnam sua recorrência e, quando necessário, repare-os (OCDE, 2018, p. 16).

Os mecanismos do compliance se tornaram ainda mais necessários após os escândalos envolvendo grandes empresas e o crime de corrupção. Estes acontecimentos fizeram com que o mundo corporativo buscassem ser mais cauteloso nas transações em que se envolvessem, aumentando o incentivo das empresas em seus programas de compliance, para preservar o que a empresa defende. Pontua Eduardo Saad-Diniz (2019, p. 90), que “a saída preferencial para os casos de tensão é o recurso à noção de *reasonable care*²⁶, demonstrando boa-fé em relação à preservação dos interesses da empresa e em relação à preservação de interesse de terceiros”.

As empresas, por meio da cultura de compliance, estão aderindo a novos hábitos e costumes, visando mudanças para melhor. Esta ação inclui adotar medidas de preservação a fatores externos ao meio corporativo, com ênfase em medidas que defendam o meio ambiente, a sociedade e, também os direitos humanos.

No *third risk management* é fundamental que conste no escopo da pesquisa de *due diligence* itens que detectam se o terceiro possui estas ações afirmativas e se não possuem envolvimento com atividades que colidem com estas expectativas. Sobre este ponto em questão, bastante importante o ponto abordado pela Secretaria Nacional de Proteção Global (2021, p. 20), “as empresas devem respeitar os direitos humanos. Isso significa que elas devem se abster de violar os direitos humanos e devem enfrentar os impactos adversos nos direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento”.

²⁶ Cuidados razoáveis (tradução do autor).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, com a globalização e o mercado se expandindo de forma progressiva, é normal, e comum, que as empresas estejam expandindo seus horizontes e para isso, as relações com terceiros se torna algo inevitável.

Paralelamente, aumenta também a necessidade de cada vez mais se investir em programas de compliance, tendo em vista que as empresas estão buscando implementar e difundir práticas efetivas de integridade. Desta forma, as empresas querem se relacionar com terceiros que também pratiquem boas condutas, já que este ponto é vital para a empresa. O contato com um terceiro, seja pessoa jurídica ou pessoa física, que não ocupem posições integras podem causar danos irreparáveis.

Os mecanismos de compliance são usados para garantir que a empresa mantenha seus padrões éticos, morais e sobretudo, legais. A ferramenta de *due diligence* está sendo utilizada com caráter preventivo da cultura de compliance, em que antes de que o evento de risco ocorra, as empresas estão buscando conhecer e evitar o acontecimento, fomentando o pilar preventivo da função tríplice do compliance.

O Estado e as empresas, por meio do *enforced self-regulation*, atuam em conjunto para promover melhores práticas. O público, desta forma, de maneira limitada e supervisionada, permite que o privado desenvolva ferramentas e mecanismos próprios para combater as atividades ilícitas e auxiliar as premissas que o Estado protege, é assim que o programa de integridade atua e se desenvolve.

Desta forma, com o incentivo do Estado, as empresas visam estar e manter um ambiente mais íntegro com fomentos a ações que mantenham seus preceitos éticos, morais e legais. Para isto, a cultura de compliance deve ser mais promovida, com objetivo, também, de fazer com que a empresa atue promovendo e defendendo causas importantes para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. **Compliance e crime corporativo** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. **Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas. La perspectiva española.** Derecho, Lima, n. 85, p. 41-78, jul. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202020000200041&lng=es&nrm=iso>, acesso em 15 de out. de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022.** Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2011.129%2C%20DE%2011%20DE%20JULHO%20DE%202022&text=Regulamenta%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.846,administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica%2C%20nacional%20ou%20estrangeira>, acesso em 07 de out. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm, acesso em 05 de out. de 2022.

BRASIL. **Resolução nº 280, de 09 de abril de 2019.** Estabelece diretrizes e parâmetros para o processamento da execução penal nos tribunais brasileiros por intermédio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU e dispõe sobre sua governança. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2879>>, acesso em 07 de out. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública / Tribunal de Contas da União.** – Brasília:

TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2ª Edição, 2018.

Cadastro de Empregadores - “Lista Suja”. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/combate-ao-trabalho-escravo/cadastro-de-empregadores-201clista-suja201d>>, acesso em 12 de out. de 2022.

Conselho Nacional de Justiça. **BNMP 2.0**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/bnmp-2-0/>>. Acesso em 10 de out. de 2022.

FELICIO, Guilherme Lopes. **Criminal compliance: mecanismos de proteção contra a criminalidade econômica**/Guilherme Lopes Felicio. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Guia de implementação de programa de integridade nas empresas estatais: orientações para a gestão da integridade nas empresas estatais federais. Controladoria-Geral da União. Dezembro, 2015.

Guia prático de compliance / organização Isabel Franco. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Guiding Principles on Business and Human Rights at 10: Taking stock of the first decade. United Nations Human Rights Special Procedures, 2021.

Human rights due diligence: tutela penal dos direitos humanos no âmbito corporativo. Laurentiz e Saad-Diniz, 2017. Disponível em <<http://www.hu.usp.br/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/victoria-vitti.pdf>>. Acesso em 06 de out. de 2022.

Manual de compliance: compliance mastermind vol. 1/Márcio El Kalay, Matheus Lourenço Rodrigues de Cunha; Matheus Lourenço Rodrigues da Cunha, Márcio El Kalay (organizadores) – São Paulo: Lec – Legal, Ethics and Compliance, 2019.

OCDE (2018), **Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável**. Disponível em <<https://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia-para->

uma-conduta-empresarial-responsavel-2.pdf>. Acesso em 05 de out. de 2022.

Pacto Global anuncia apoio a due diligence obrigatória de direitos humanos. Pacto Global Rede Brasil, 2020. Disponível em <<https://www.pactoglobal.org.br/noticia/497/pacto-global-anuncia-apoio-a-due-diligence-obrigatoria-de-direitos-humanos>>. Acesso em 14 de out. de 2022.

Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos: implementando parâmetros “proteger, respeitar e reparar” das Nações Unidas. Secretaria Nacional de Proteção Global, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2021.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance:** entre a educação executiva e a interpretação judicial/Eduardo Saad-Diniz. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), Conselho Nacional de Justiça, Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/sistema-eletronico-de-execucao-unificado-seeu/>>. Acesso em 10 de out. de 2022.

TEMPORAO, José Otto Segui. Compliance como estrutura mitigadora de riscos *in* **Compliance em perspectiva:** abrangência, especificidades, mecanismos de atuação e salvaguardas das organizações/Organizado por Fernanda Nunes Coelho Lana e Souza, Flávia Neves Tomagini, Maria Raquel de Sousa Lima Uchoa, Renato Campos Andrade. – 1ed., 3. reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021.

U.S. Department of Justice Criminal Division. **Evolution of Corporate Compliance Programs.** Junho, 2020. Disponível em <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>>. Acesso em 07 de out de 2022.

United States Sentencing Commission, **Guidelines Manual,** Novembro, 2021. Disponível em <<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf>>. Acesso em 08 de out. de 2022.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção/Carla Veríssimo.** – São Paulo: Saraiva, 2017.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

Léia Comar Riva-UEMS¹

Luisa Comar Riva-EPD²

Ninguém ainda vos cativou, nem cativastes a ninguém. Sois como era a minha raposa igual a cem mil outras. Mas eu fiz dela um amigo. Ela é agora única no mundo. (Saint-Exupéry)

INTRODUÇÃO

A relação entre pais e filhos se organizou de diferentes modos no transcorrer da história. No passado, essa relação não existia como a conhecemos hoje em razão do pouco interesse dos pais por seus filhos. (ARIËS, 1981).

¹ Pós Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra – *Ius Gentium Conimbrigae*- Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito (UC-FD) Portugal. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); mestre em Ciências (FFCLRP-USP); especialista em Violência Doméstica contra Criança e Adolescente (IP-USP). Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pesquisadora e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa GREDIFAMS. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro-associado da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Celular (67) 99902-5352. E-mail: lcriva@uems.br

² Mestranda em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais – EPD – Escola Paulista de Direito; especialista em Gestão Pública – AVM – Faculdade Integrada e Administração de Empresas – FGV – Fundação Getúlio Vargas. Celular (17) 99662-4313. E-mail: contato@luisacomar.com.br

Atualmente, as relações de filiação devem ser exercidas de modo igual qualquer que seja sua origem, com fundamento jurídico a nível internacional na Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948 e na Convenção sobre os Direitos da Criança/1989 e, a nível nacional, na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e no Código Civil de 2002.

O presente artigo, que faz parte das pesquisas desenvolvidas junto ao Grupo de Estudo e Pesquisa de Direito de Família e Sucessões, devidamente cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil “Lattes” e certificado pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, tem por escopo examinar e discutir as relações socioafetivas entre pais e filhos, crianças ou adolescentes, de acordo com os atuais paradigmas norteadores da proteção jurídica conferida aos filhos.

O procedimento metodológico constitui-se de pesquisa bibliográfica e documental; a análise interpretativa fundar-se-á “na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas” (SEVERINO, 1979, p. 60-62; ECO, 2010, p. 42; MARCHI, 2009, p. 66).

Para alcançar os objetivos propostos, apresentar-se-á uma breve resenha histórica dos fundamentos das relações entre pais e filhos de acordo com a legislação internacional e nacional de proteção dos direitos da criança e do adolescente. Em seguida, indagar-se-ão sobre o estabelecimento das relações que se convencionou denominar a socioafetiva. Ao final, serão apresentados os últimos resultados da pesquisa.

1. BREVE RESENHA HISTÓRICA

A necessidade de dispensar proteção à juventude tem suas raízes na Constituição de Weimar (1919), (BARBOZA, 2000, p. 202) e os seguintes documentos também serviram de alicerce para o reconhecimento da proteção especial: Declaração de Genebra (1924); Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948); Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (1969); Regras Mínimas das

Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – *Regras de Beijing* (1985); Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de *Riad* (1990); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990) e Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo n. 28, em 14 de setembro de 1990, promulgada pelo Decreto n. 99.710, em 21 de novembro de 1990. O princípio da proteção integral é delineado na Convenção sobre os Direitos da Criança. (ELIAS, 2005, p. 1, CURY, 2018, p. 4).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³, tratou dos direitos e garantias da infância de forma genérica, uma vez que, ao tratar do homem, englobou neste conceito homens, mulheres, crianças, pessoas idosas e determinou para a criança e o adolescente direitos a cuidados e assistência especiais; a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas, em Genebra, foi a primeira manifestação, na área jurídica, a nível internacional objetivando proteção à infância. Foi sob a pressão dessa Declaração “... e pela presença ativa de organizações não governamentais nacionais e internacionais que estava sendo gestada uma nova postura a qual

³ Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948

art. 25: 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

Convenção Americana dos Direitos Humanos - 1966

art. 19: Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

art. 17:5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.

passou a considerar a proteção e o bem-estar das crianças como direito de todas elas e um dever do Estado”; a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José 1969, que prevê em seu art. 19: Toda criança tem direito às medidas de proteção, que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado. As Regras Mínimas para a Administração da Justiça de Menores – Regras de Beijing de 1985, que lançaram as bases para a formulação de um novo ordenamento no campo do Direito e da Justiça e a Convenção sobre os Direitos da Criança aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989⁴ inspirou-se no reconhecimento da proteção integral e especial, assegurada por meio de declarações, convenções, leis, diretrizes e regras, que a precederam e também exerceu influência direta sobre as diretrizes que deveria ter o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Além disso, a Convenção de 1989 possui natureza coercitiva e exige - de seus signatários - ações no sentido de implementar e executar os compromissos assumidos. Segundo consta em seu art. 4º: Os Estados partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implantação dos direitos reconhecidos na presente Convenção.⁵

Em síntese, a Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, reconhece que se deve aplicar sempre o princípio do melhor interesse ou *Best interestofthechild*,⁶ a fim proteger os interesses das

⁴ e pelo congresso Nacional brasileiro, através do Decreto Legislativo nº. 28, em 14.09.90

⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/>. Acesso em: 31.10.2009.

⁶Nos Estados Unidos, o princípio do *bestinterest* foi introduzido em 1813, no julgamento Commonwealth v. Addicks, da Corte da Pensilvânia. Tratava-se de uma ação de divórcio, em que a esposa havia cometido adultério e discutia-se a guarda do filho menor do casal. Na ocasião, a Corte entendeu que a conduta da mulher em relação ao seu cônjuge não tinha relação nenhuma com os cuidados que ela dispensava à criança. Desta forma, ficou solidificado o entendimento, que permanece até os dias atuais, que os interesses das crianças se sobrepõem aos interesses de seus pais ou terceiros, e não devem ser confundidos, devendo ocorrer uma análise a partir do caso concreto. PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do

crianças e estabelecer sua prioridade absoluta perante o Estado, a sociedade e a família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, como consta em seu Preâmbulo: “Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade” (Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989).

Destacam-se, no Brasil, três institutos jurídicos que cuidam da infância e da Juventude, sendo que cada um tem sua concepção política social, visão da criança e do adolescente, mecanismos de participação do Estado e da sociedade em geral e fiscalização do cumprimento das leis: o Decreto nº. 17.943, de 12.10.1927 instituiu o primeiro Código de Menores (Mello Mattos), a Lei nº 6.697, de 10.10.1979, que estabeleceu o Código de Menores e a Lei nº 8.069, de 13.07.1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a emergência do Código de Menores, em 1927, o Estado assume, oficialmente, no Brasil, a questão do menor. Várias mudanças decorreram a partir da criação deste Código em relação aos projetos de assistência visando à infância, às representações em torno do menor abandonado e delinquente, às práticas institucionais e aos novos discursos que tiveram que se constituir para consolidá-lo; a Lei nº 6.697, de 10.10.1979, estabeleceu o Código de Menores o qual previa que as medidas judiciais recaiam sobre o menor em situação irregular e a Lei nº 8.069, de 13.07.1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente; esse Estatuto, em alguns artigos, repete o disposto na Constituição Federal Brasileira/1988 a qual incorporou alguns princípios que só seriam oficializados no ano seguinte na Convenção sobre dos Direitos da Criança, aprovada em 20.11.1989, pela ONU. Nossa Constituição

“melhor interesse da criança”: da teoria à prática. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/tania-da-silva-pereira-o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca.pdf>. Acesso em 01.10.2022.

Federal/1988 contém vários preceitos que direcionam a ordem penal, civil e processual, assim como aqueles direitos e garantias de qualquer pessoa e, particularmente, de crianças e adolescentes.

A nova ordem jurídica estabelecida a nível internacional trasladou-se para o Brasil e se encontra tanto na legislação especial como o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1980 (ECA) e ordinária como o Código Civil de 2002 (CC/2002), o qual estendeu às relações de parentesco, antes previstas e assegurou maior proteção às relações familiares, sobretudo, entre pais e filhos, crianças e adolescentes.

2. RELAÇÕES DE PARENTESCO: MAIS QUE LAÇOS DE SANGUE

As relações de parentesco e de filiação foram estudadas pelos Romanos. Os vínculos de parentesco, as categorias dos filhos e as contagens dos graus de parentesco tinham regras próprias. Para o Direito Romano, o estabelecimento da maternidade é sempre certa *mater semper certa est*, e da paternidade presumido pelo casamento *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Se a mulher for casada, a maternidade é atribuída à mãe e a paternidade ao marido automaticamente; caso contrário, a paternidade somente poderá ser determinada por meio do reconhecimento voluntário ou judicial.

A maternidade evidencia-se por sinais exteriores, inequívocos, ostensivos, como a gravidez, o parto, o aleitamento. Em regra, o simples fato do nascimento estabelece o vínculo jurídico entre a mãe e o filho. [...] Se a mãe for casada, esta circunstância estabelece, automaticamente, a paternidade: o pai da criança é o marido da mãe *pater is est quem nuptiae demonstrant*. [...] Porém, se a mãe não for casada, a paternidade só pode ser estabelecida através do *reconhecimento*, voluntário ou judicial (VELOSO, 1997, p. 13-14, grifo do autor).

Hodiernamente, a palavra parentesco é aplicada às relações de consanguinidade, afinidade e civil. A filiação é a relação de

parentesco na linha reta de primeiro grau, existente entre os filhos e seus respectivos pais. Depreende dos estudos na área do Direito de Família que o vínculo entre pais e filhos pode ter origem na relação de consanguinidade ou não, conforme decorra ou não de relações sexuais.

As que decorrerem de relações sexuais são classificadas conforme sua origem em filiação matrimonial, quando se origina na constância do casamento dos pais, ainda que nulo ou anulado (Lei n. 6.515/77, art. 14, parágrafo único; CC/2002, art. 1.597, I a V), ou extramatrimonial, quando não há casamento. A filiação que não decorre de relações sexuais tem origem na adoção ou na inseminação artificial que pode ser ectogênese ou fertilização *in vitro* ou inseminação artificial homóloga ou heteróloga.

O artigo 1.593 do CC/2002 determina: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Ao utilizar a expressão, *outra origem*, o legislador abriu espaço para denominação de filiação ou paternidade socioafetiva.

Nenhuma dúvida surge junto a doutrina e a jurisprudência que: “O parentesco civil abrange o socioafetivo (CC, arts. 1.593, *in fine*, e 1.597, V), alusivo ao liame entre pai institucional e filho advindo de inseminação artificial heteróloga, gerando relação paterno-filial”. (DINIZ, 2018, p. 507).

Sobre a paternidade desbiologizada ou socioafetiva, Monteiro (2007, p. 294) explica que: “[...] embora não existam laços de sangue, há laços de afetividade que a sociedade reconhece como mais importantes que o vínculo consanguíneo”.

Segundo Donizetti (2007, p. 15):

Pai é muito mais. Pai é aquele ligado pelos intensos e inesgotáveis laços de afeto. Aquele que cuida, protege, alimenta, educa, que participa intensamente do crescimento físico, intelectual e moral da criança, dando-lhe o suporte necessário para que se desenvolva como ser humano.

Para Dias (2021, p. 381, grifo da autora): “A filiação que resulta da posse do estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de ‘outra origem’, isto é, de origem afetiva (CC 1.593). A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação”. Ela consagra a afetividade como direito fundamental e subtrai a “resistência em admitir a igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva”. Ainda segundo a autora, toda paternidade é, necessariamente, socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica.

Há uma tendência atual em estudar a reconfiguração da presunção do estabelecimento tanto da maternidade quanto da paternidade, adequando-os à realidade social. Esse entendimento embasa-se na aplicação do Princípios da afetividade que deve nortear o direito de família. Conforme ensina Lobo (2017, p. 243-244):

A presunção *pater is est* reconfigura-se no estado de filiação, que decorre da construção progressiva da relação afetiva. Antes, presumia-se pai biológico o marido da mãe. [...] O Código Civil (art. 1608) admite que a mulher cujo nome conste do registro de nascimento possa impugná-lo, provando a falsidade da declaração. A norma abre exceção à presunção *mater in jure semper certa est*, que tradicionalmente visava à defesa da família considerada legítima, ou seja, constituída pelo casamento. A presunção, no contexto atual, volta-se à defesa da maternidade, de qualquer origem.

A filiação pode ser provada, diretamente, pela certidão de nascimento ou, se faltar o registro, por qualquer modo admissível em direito (CC/02, art. 1.605, I e II). Também faz prova *juris tantum* da filiação a posse do estado de filho se existirem veementes presunções, por exemplo, de que criança ou adolescente vive na companhia de um ou ambos os pais há muito tempo e é tido como filho, sendo notório que houve casamento e nasceu o filho. A doutrina majoritária entende ser necessária a prova dos seguintes elementos: *Nomen*: usar o nome dos pais, *Tractatus*: tratar-se como pais e filho e *Fama*: a sociedade reconheça como filho. Sendo

também esses os fundamentos que caracterizam a filiação afetiva (DIAS, 2021).

Nesse mesmo sentido, Cunha Pereira (2006, p. 185) também leciona que o reconhecimento da filiação socioafetiva dá-se por meio da posse do estado de filho cujos elementos constitutivos são: *nomen, tractatus e fama*. “[...] neste diapasão, é necessário que o menor carregue o nome da família, seja tratado como filho e que sua condição oriunda da filiação seja reconhecida socialmente”.

Ainda segundo Dias (2021, p. 381, grifo da autora): “A **filiação socioafetiva** assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse do estado de filho é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação” (grifo da autora). Nesse mesmo sentido, Fachin (2003, p. 23) explica: “A verdade socioafetiva da filiação se revela na posse do estado de filho, que oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação”.

Muito discutida pela doutrina e jurisprudência é a filiação estabelecida pela chamada *adoção à brasileira*. Essa expressão designa uma forma de procedimento que desconsidera os trâmites legais do processo de adoção. A diferença entre o contido na certidão de nascimento e a situação de fato não deve ser mais importante que os vínculos afetivos tecidos na convivência cotidiana entre o filho e os pais socioafetivos e, por ser incapaz de destituí-los, devem ser preservados em detrimento do vínculo biológico. Nesses casos, também a verdade socioafetiva prepondera sobre a biológica, porque pai ou mãe não são somente aqueles ligados por laços biológicos.

A valorização do vínculo afetivo e o reconhecimento de que ele não pode ser desprezado pelo Direito em favor do vínculo biológico, em algumas circunstâncias, havia sido orientação dada pela jurisprudência em vários acórdãos, como ilustra o proferido pelo STJ – REsp 878941-DF - 3ª Turma – Relª. Minª Nancy Andrighi – Publ. em 17 de setembro de 2007.

Seja qual for sua origem, a filiação tem, entre outras consequências, a de sujeitar o filho menor ao poder familiar que

pode, segundo Monteiro (2007, p. 348) “[...] ser conceituado como um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por natureza, é indelegável. Debaxo de seu manto protetor, colocam-se todos os filhos menores, sem exceção, independente da origem de filiação.”

A lei civil, ao reconhecer que o parentesco além da consanguinidade pode ter outra origem (CC, art. 1.593) na qual a filiação socioafetiva também se insere, conforme amplamente debatido pela doutrina e jurisprudência e, ao não fazer distinção quanto ao exercício do poder familiar seja qual for a origem de filiação (CC, art. 1.630), impõe que não deve haver diferença entre os deveres dos pais em relação a seus filhos crianças ou adolescentes – filho é filho –, seja ele advindo da relação de consanguinidade, socioafetiva, por adoção ou por meio dos avanços biotecnológicos, a reprodução humana assistida. Portanto, o conceito jurídico de filiação estende-se, estando em consonância com a multiplicidade de arranjos familiares reconhecidos pela sociedade atual.

As relações socioafetivas que formam o vínculo de parentesco decorrem da convivência, dos cuidados, do carinho, do afeto que une, entre outros, o pai, a mãe e filhos biológicos ou não, ou entre o filho e apenas um deles; o padrinho ou a madrinha e o afilhado; os que se originam da denominada “adoção à brasileira” e o padrasto ou a madrasta. Nesse último caso, “Não se deve confundir a parentalidade socioafetiva com o vínculo de afinidade que se estabelece entre madrastas e padrastos e seus enteados” (SIMÃO, 2008, p. 149).

Ainda quanto aos vínculos entre o padrasto ou a madrasta e o enteado, Monteiro (2007) cita o exemplo do casamento que deu origem ao vínculo de afinidade se desfazer e comenta que, embora o parentesco por afinidade não se desfaça, há situações que ainda reclamam interpretação da jurisprudência quanto aos direitos decorrentes dos vínculos afetivos como a alimentação e a visitação.

Em 2009, a Lei n. 11.924 facultou ao enteado ou a enteada a adotar, mediante requerimento ao juiz, o nome de família do

padrasto ou da madrasta, desde que houvesse motivo ponderável. No corrente ano, a nova Lei n. 14.382/2022 do SERP reitera a possibilidade da inclusão do sobrenome do padrasto/madrasta, na certidão de nascimento e/ou casamento do enteado/enteada pela via extrajudicial mediante solicitação ao oficial de registro civil.

3. PATERNIDADE/MATERNIDADE E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVAS: O RECONHECIMENTO DE QUE SÃO DOIS LADOS DE UMA MESMA RELAÇÃO

A questão da socioafetividade tem preponderado nos debates sobre as relações familiares; envolve aspectos materiais e imateriais que se realizam na convivência familiar por meio da guarda, da visita, do sustento e da educação da criança ou do adolescente os quais estão abrigados em vários dispositivos tanto na Lei Maior como na legislação ordinária e especial (RIVA, 2012, p. 178) e abriga a “reciprocidade de sentimentos e responsabilidades” (PEREIRA, 2010, p. 55). Ao mesmo tempo, como pontua Lôbo (2017, p. 70): a “força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador”, porque a “afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares”.

Os estudos do doutrinador João Baptista Villela foram responsáveis pela tese da “desbiologização da paternidade” e deram origem às discussões acerca da parentalidade socioafetiva que guarda relação com a posse de estado de filho.

Essa espécie de parentesco (paternidade/maternidade/filiação), embasada nos princípios da dignidade da pessoa humana, convivência e solidariedade familiar e afetividade, constitui-se pela manifestação de afeto e cuidados próprios das demais espécies de filiação entre aquele que sabidamente não é genitor ou genitora e pessoa tratada como se fosse seu filho.

Como visto, apesar da contribuição de diversos autores para a compreensão das teses sobre da maternidade/paternidade

socioafetiva e da multiparentalidade, algumas questões somente foram resolvidas a nível jurisprudencial há pouco tempo, sendo outras, ainda hoje, dependentes de solução judicial.

Lôbo (2017, p. 68 e 244) sempre reconheceu que o princípio da afetividade está implícito na Constituição Federal de 1988 em vários incisos dos artigos 226 e 227 e que a paternidade socioafetiva está prevista no Código Civil em seus artigos 1.593; 1.596; 1.597, V e 1.605. Também o autor anota que, em 2016, por “força da tese fixada pelo STF em repercussão geral (RE 898.060), a ambas as paternidades reconhecidas (socioafetiva e biológica) são assegurados, concomitantemente, os mesmos direitos e deveres em relação ao filho comum”.

Sucedeu-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal em setembro de 2016, “culminou por enfrentar também a própria multiparentalidade, firmando, todavia, uma tese com traços peculiares, um pouco distante da linha de fundamentação até então adotada”. A tese, com repercussão geral, extraída do julgamento, ficou assim fixada: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não no registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 1.393-1.394).

Os autores Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 1.394) anotam que o conceito de multiparentalidade não é novidade no Direito Comparado e citam os Estados Unidos, “onde os Estados têm competência legislativa em matéria de Direito de Família, a Suprema Corte de Louisiana [1989] ostenta jurisprudência consolidada quanto ao reconhecimento da ‘dupla paternidade’ (*dual paternity*)”. A consolidação jurisprudencial “levou à revisão do Código Civil estadual de Louisiana, que a partir de 2005, passou a reconhecer a dupla paternidade nos seus artigos 197 e 198”.

Diniz (2018, p. 543) elenca os direitos e deveres que o filho passa a ter, diante de sua condição jurídica.

O filho adquirirá não só o direito ao nome, à educação e à criação compatíveis com o nível social de seus pais, à companhia dos genitores, à sucessão, na qualidade de descendente a que o Código (arts. 1.829, I, e 1.845) outorga, em primeiro lugar, a sucessão legítima, e aos alimentos (CC, art. 1.696), mas também aos direitos que decorrem do poder familiar (CC, art. 1.630) e da tutela. Por outro lado, incumbe-lhe o dever de prestar obediência e respeito aos pais e os serviços próprios de sua idade e condição (CC, art. 1.634, VII).

Diante da tese da multiparentalidade, qual seja, da “situação jurídica em que um indivíduo tem mais de um pai e/ou mais de uma mãe, simultaneamente, produzindo-se efeitos jurídicos em relação a todos eles” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 1.391), tem-se a verdade registral (biológica), socioafetiva e o duplo parentesco ou multiparentalidade, ou seja, a criança e/ou adolescente podem ter dois pais ou duas mães – biológico e socioafetiva.

Nos termos da determinação do STF, em setembro de 2016, o parentesco socioafetivo passou a ter posição de igualdade diante do parentesco biológico ou natural, o que resulta no reconhecimento jurídico da parentalidade socioafetiva; na inexistência de primazia entre as paternidades biológica ou socioafetiva; na admissão da mutiparentalidade e na restrição da parentalidade socioafetiva a posse de estado de filho, excluindo-se a adoção, a filiação oriunda da inseminação artificial heteróloga e a afinidade. Em relação aos efeitos, tem-se a autoridade parental dos pais; a guarda compartilhada dos pais; os alimentos (dos pais e avós) e a sucessão.

Por tratar-se de relações de família, os efeitos alcançarão os casos julgados definitivamente, pois há largo entendimento sobre a relativização da coisa julgada nas relações de família e em matéria de estado civil, que operaria segundo a regra *rebus sic stantibus*, sendo possível reconhecer o duplo vínculo mesmo contra a vontade das partes envolvidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O parentesco, que tem origem na afetividade, constitui-se pela manifestação de afeto e cuidados próprios das demais espécies de filiação entre aquele que sabidamente não é genitor ou genitora e pessoa tratada como se fosse seu filho (DINIZ, 2018).

A análise do material consultado mostrou que os direitos e deveres inerentes ao poder familiar devem ser exercidos de modo igual qualquer que seja a origem da filiação; que o mesmo encontra seu fundamento jurídico a nível nacional na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente/1990 e no Código Civil de 2002, e a nível internacional, na Convenção sobre os Direitos da Criança/1989.

Ao contrário do que vinha ocorrendo antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2016, em torno do parentesco socioafetivo e de seus efeitos jurídicos junto à criança ou ao adolescente, atualmente, o estudo acerca das consequências decorrentes dessa categoria de parentesco não enfrentam grandes desafios.

O debate no que diz respeito ao vocábulo “afeto” com todas as suas qualificações e adjetivações não só é aceitável como também recomendável, já que se mostra, praticamente, unânime na doutrina e na jurisprudência que todas as relações, tais como: de parentesco, de filiação, de paternidade ou de maternidade devem ser permeadas pela afetividade. Desse modo, fica evidente que os laços de parentesco por afetividade também devem ser estabelecidos e respeitados.

O material levantado mostra a necessidade de se consolidar a relação estabelecida nesses casos como a de parentesco por afetividade a fim de não incorrer nos enganos com os quais se deparava antes da decisão do STF em 2016.

Constatou-se, ao investigar o tema, que a relação estabelecida entre padrasto e madrasta e seus enteados não é a de “parentalidade socioafetiva” porque não se estabelece entre eles relação de filiação e sim vínculo de afinidade. No entanto, nada

impede de ser reconhecida a afetividade e, por consequência, o parentesco socioafetivo, nessas relações.

Verifica-se que a matéria abordada – a socioafetividade – deve continuar em processo de mudanças em razão das alterações que ocorrem na sociedade. Essas alterações sociais devem ser acompanhadas de medidas legislativas; no entanto, diante de sua omissão, a jurisprudência e a doutrina buscam dirimir e impelir a melhor solução aos casos concretos.

As discussões em torno dos pontos abordados não são novas e, certamente, ainda percorrerão um longo caminho para que se encontre uma solução capaz de proteger os filhos diante das novas relações que serão estabelecidas a serem examinadas.

Um caminho possível a ser pensado está no sentido de seguir as lições de Saint-Exupéry, citadas na epígrafe e buscar, como disse o “princezinho”, “com o coração”, as reais necessidades da criança e do adolescente. Assim, talvez, possamos compreender o significado de sua mensagem e encontrar aquilo de que precisam “numa só rosa, ou num pouquinho d’água”.

REFERÊNCIAS

- ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Direito de Família: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.
- CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Editora JusPODVM, 2021.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Direito de família. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ELIAS, João Roberto. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/>. Acesso em: 31.10.2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**: direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 18. ed. rev. e atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. V.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança**: da teoria à prática. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/tania-da-silva-pereira-o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca.pdf>. Acesso em 01.10.2022.

RIVA, Léia Comar. **União estável sob a perspectiva do parentesco por afinidade**. 2012. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes Ltda, 1979.

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E OS RISCOS DE SUA “IMPORTAÇÃO” PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Rodrigo Cogo (UEMS)¹
Rebeca Jordão Silva Alencar (UEMS)²

INTRODUÇÃO

A pesquisa em tela integrou o Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, intitulado “Teoria da Cegueira Deliberada: um breve estudo sobre sua aplicabilidade aos crimes de tráfico de drogas no Brasil”.

De cunho bibliográfico e jurisprudencial, pautando-se no método dedutivo-indutivo, o estudo fará uma breve análise acerca da aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada ao Direito Penal Brasileiro, realizando, de forma específica, exame crítico direcionado à verificação dos riscos e consequências advindas da importação da teoria em destaque de ordenamentos jurídico-penais estrangeiros, tomando por fulcro a aproximação conceitual entre a Cegueira Deliberada e o instituto do dolo eventual, presente no Direito Penal pátrio.

Destarte, tratar-se-á de uma exposição detida sobre a Teoria da Cegueira Deliberada, apresentando sua origem histórica, passando

¹ Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (FADIR/UFU). Professor Efetivo dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). E-mail: rcogo@uems.br

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Advogada no Escritório Moreira Filho Advogados. E-mail: rebeaalencar42@gmail.com

pela Inglaterra, Estados Unidos da América, Espanha, até ser utilizada pela primeira vez no Brasil, em casos de grande repercussão em nossa história, como por exemplo no Assalto ao Banco Central de Fortaleza/CE.

Ademais, será realizada incursão conceitual sobre o elemento subjetivo, aportando em definições atinentes ao dolo, tendo em vista as semelhanças deste instituto com a tese da cegueira deliberada.

E, por derradeiro, a pesquisa se dedicará a exposição da visão de alguns autores sobre o seu conceito, trazendo, ainda questionamentos doutrinários sobre sua validação, em consonância com os princípios da legalidade e segurança jurídica, pautando a compreensão do assunto sob à égide dos direitos fundamentais.

1. A CEGUEIRA DELIBERADA E SUAS DIFERENTES NOMENCLATURAS

A teoria da cegueira deliberada, possui diferentes nomenclaturas, também chamada de cegueira intencional ou provocada, *willful blindness* (cegueira deliberada), Teoria das instruções de avestruz” (*Ostrich Instructions*) ou doutrina da evitação da consciência (*Conscious Avoidance Doctrine*), porém, mais comum na doutrina brasileira a adoção da expressão da “ignorância deliberada” e “cegueira voluntária”.

Aduz Spencer Sydow (2018, p. 76), que a melhor tradução para essa expressão se entende como “a melhor forma de não saber é não querer saber”.

2. A TEORIA NA INGLATERRA E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A teoria em exame teve seu início na Inglaterra no século XIX, no ano de 1861. Porém os primeiros casos em que se empregaram

essa teoria não foram possíveis de inserir no meio de utilizações de fato, pois ela era muito rasa, recente e sem precedentes.

O primeiro julgamento que se utilizou essa teoria, se deu na Inglaterra no ano de 1861, no caso Regina VS. Sleep. Neste caso, Sleep (um ferreiro) foi acusado de colocar em uma embarcação mercantil barris, alguns destes estavam marcados com uma identificação que indicava ser de propriedade do Estado. Assim, o Sr. Sleep foi condenado pelo júri pelo crime de desvio de bens públicos. (SYDOW, 2018).

Em segunda instância, o réu alegou que não sabia dessa circunstância em que os bens marcados eram de propriedade do Estado. Desta forma o juiz do caso entendeu que deveria ser revogado a decisão que o júri havia tomado, pois faltavam provas de que o acusado havia conhecimento e os elementos que comprovassem que foi intencional em não obter conhecimento. O juiz Willes sentenciou, nos moldes abaixo:

The jury have not found, either that the man knew that the stores were marked [a government property], or that the willfully abstained from acquiring that knowledge”³

Nesta decisão, mesmo que não tenha sido utilizada a teoria da cegueira deliberada, é possível observar que se tivessem provas de que o acusado se escusou intencionalmente de saber sobre a verdade real, sobre a origem dos bens, a sentença dada pelo júri iria permanecer. Assim assemelharia o desconhecimento intencional com o conhecimento pleno.

Em 1899, nos Estado Unidos, pela primeira vez foi utilizada esta teoria no caso Spurr VS. EUA. No presente caso, o Sr. Spurr, era presidente no *Commercial National Bank of Nashville*, ele foi condenado por certificar cheques feitos por um cliente em que a

³ Traduzindo: O júri não encontrou nem que o homem sabia que os parafusos estavam marcados nem que ele propositalmente absteve-se de obter tal conhecimento.” De acordo com Regina v. Sleep, 169 Eng. Rep. 1296, 1392 (Cr. Cas. Res. 1861).

conta não possuía fundos. De acordo com a lei, para que fosse punido, era preciso que fosse intencional a violação das regras para que seja emitido esse título de crédito.

Os advogados do Sr. Spurr, em recurso, alegaram que ao júri não foi bem explicado que o crime era necessário que o réu atuasse com intenção de certificar o chefe mesmo que sem fundo. Além disso, de acordo com esta decisão, essa intenção pode ser presumida se o agente ainda permanecer na ignorância sobre os fundos da conta do cliente mesmo sendo a sua obrigação se assegurar que a conta esteja em ordem para tal transição.

A corte entendeu que, para ser considerado uma cegueira “deliberada” era necessário provar a intenção e o conhecimento, provando que propositalmente e maliciosamente ele se colocou nessa situação. (SYDOW, 2018).

Neste caso, segundo Robbins (1990-1991), o juiz acatou o recurso do Sr. Spurr, entendendo que ao júri não foi detalhado a necessidade da intenção do agente.

A partir de então, a teoria da cegueira deliberada se tornou válida no ordenamento jurídico dos Estados Unidos. Porém, esse entendimento se tornou costumeiro em casos que envolviam falências, tributos e questões econômicas.

Ainda sobre a aplicabilidade da teoria nos Estados Unidos, no ano de 1970:

A teoria é aplicada com nova proeminência no combate ao narcotráfico a partir de 1970, com a promulgação do *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act (CDAPCA)*, de 27 de outubro. Por essa lei, seriam crime as condutas de (a) importação de substâncias que se sabe serem controladas (pelo governo) e (b) a posse dolosa de tais substâncias com o intuito de distribuição. “Mas o fato de o conhecimento atual (representado pela expressão “sabe serem”) compor as circunstâncias do delito fez com que nascesse uma maciça tendência da defesa processual em alegar ignorância da questão do controle estatal. (SYDOW, 2018. p.79 a 80)

Após essa acusação, a teoria da cegueira deliberada foi reconhecida e pôde ser aplicada, preenchendo as lacunas do direito.

Sobre o assunto:

The ease which narcotics are concealed, coupled with most drug traffickers' reluctance to disclose the details of their operations, facilitated use of the defense. Conversely, prosecutors saw a dual advantage in equating deliberate ignorance and knowledge. Such an approach would close the deliberate-ignorance "loophole" and, because deliberate ignorance is easier to prove than actual knowledge is, reduce the prosecutorial burden. (ROBBINS, 1990-1991, p. 200)⁴

Por conseguinte, a teoria da cegueira deliberada passou a ser interpretada a partir do Código Penal Modelo se tornando um Direito mais justo e previsível. Esse nova interpretação para a teoria foi um ponto muito relevante na história dos Estados Unidos, uma vez que, por muitos anos, o excesso de poder que os juízes possuíam deixavam pauta para debate a questão da separação dos poderes.

Nesse sentido, tem-se que:

Como aos juízes era permitido criar tipos penais caso a caso, e a análise do elemento subjetivo era objeto de abstrato debate focado no instituto da *mens rea*, o surgimento de um estatuto como um embrião dogmático diminuiria o debate por dar pontos de partida objetivos e confiáveis na análise das condutas criminais, antes aparecidas conforme a personalidade do julgador. Ao judiciário ficaria o poder de aplicar e interpretar a norma penal, mas não o de

⁴ Tradução do texto: A facilidade com que narcóticos são ocultados somando com a relutância da maior parte dos traficantes em apontar detalhes de suas operações facilitou o uso de tal defesa. Para reverter tal questão, promotores viram dupla vantagem em equiparar a ignorância deliberada com conhecimento. Tal aproximação fecharia o 'buraco' deixado pela ignorância deliberada [no que se refere a ausência de tal figura da culpa] e, por conta de a ignorância deliberada ser mais fácil de provar que o conhecimento em si, reduziria o ônus da prova para a acusação. ROBBINS, Ira P., *The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea. The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol 81, no.2, pp. 200, 1990-1991.

criar condutas e nem formas criativas de expandir a aplicação do Direito Penal. (SYDOW, 2018. p.82).

3. A TEORIA NA ESPANHA

No ano de 2001, a teoria da cegueira deliberada teve seu marco inicial na Espanha, país que possui o sistema *civil law*, apesar desta teoria ter sido construída sob o *common law*.

Assim, o Supremo Tribunal Espanhol (STE), Corte *civil Law*, passou a aplicar a teoria aos crimes de lavagem de dinheiro, para condenar os réus. Exemplo desta recepção se dá na ação STS 4.934, 2012, que teve seu julgamento em julho de 2012. A corte entendeu por bem admitir a teoria e o dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, e para isto foram utilizados precedentes para embasamento da decisão. (CALLEGARI; WEBER, 2014).

Sobre essa ação (4.934, 2012) julgada pelo STE, citam Callegari e Weber (2014, p. 93):

Se entiende que el sujeto actúa con dolo eventual cuando ‘consideró seriamente y aceptó como altamente probable que el dinero tenía su origen en um delito’. Dentro del dolo eventual, ordinariamente se incluirá aquellos comportamientos de ‘ignorancia deliberada’ a los que se refiere la recurrida y sobre los que esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones (entre otras SSTS 1637/99 de 10 de enero-2000; 946/2002 de 22 de mayo; 236/2003 de 17 de febrero; 420/2003 de 20 de mayo; 628/2003 de 30 de abril; 785/2003 de 29 de mayo; 16/2009 de 27 de enero etc.)⁵

⁵ Tradução do Texto: Entende-se que o sujeito age com dolo eventual quando ‘considerou seriamente e aceitou como altamente provável que o dinheiro tinha a sua origem de um delito’. Dentro do dolo eventual, se incluirá, normalmente, aqueles comportamentos de ‘ignorância deliberada’ aos que se refere a apelação e sobre o que este Tribunal já se pronunciou em diversas ocasiões (entre outras SSTS 1637/99 de 10 de janeiro-2000; 946/2002 de 22 de maio; 236/2003 de 17 de fevereiro; 420/2003 de 20 de maio; 628/2003 de 30 de abril; 785/2003 de 29 de maio; 16/2009 de 27 de janeiro etc.

Além deste julgado, o STE julgou a sentença STS 5.288, 2005, também referente ao crime de lavagem de dinheiro, onde foi firmado o entendimento da possibilidade de condenação do sujeito que “fecha os olhos deliberadamente”. (CALLEGARI; WEBER, 2014, p. 94).

Sobre a teoria da cegueira deliberada na Espanha, entende Sydow (2018, p. 214) que:

O tribunal Espanhol limitou-se especialmente a utilizar-se do raciocínio do caso Spurr VS. United States como paradigma de interpretação do instituto, limitando o entendimento da teoria à sua figura da ignorância deliberada. Isso porém, mostra-se anacrônico e inadequado e deixa de levar em conta as diferentes figuras e as necessárias adaptações frente a um sistema garantista.

Ante a apresentação supra, com as inegáveis diferenças de modelos - *common law* e *civil law*, resta bastante clara a dificuldade espanhola em importar o paradigma estadunidense, o que abre uma perspectiva acerca dos riscos da aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

4. A RECEPÇÃO DA TEORIA NO BRASIL

A teoria da cegueira deliberada veio a se destacar no Brasil na Ação Penal nº 470/STF, apesar de antes já ter sido utilizada, tema que será detidamente analisado mais a diante.

Na Ação Penal nº 470/STF esta teoria foi citada por vezes, além da sua utilização na sentença da Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR mais especificamente na Operação Lava Jato, que também abordou sobre referido tema. (SYDOW, 2018. p.203)

O que torna o assunto mais intrigante é o fato de esta teoria não ser prevista no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, não há um conceito definitivo sobre o assunto no sentido de restar evidenciado como lidar com uma situação em que a pessoa se

coloca em posição de ignorância, e, por não ser compreendida ainda no Brasil, a teoria é utilizada de outra maneira.

Nesta direção, tem-se:

Os tribunais brasileiros e seus julgadores não se dedicaram ao estudo do tema de modo adequado. Ao invés de buscar estudar a estrutura do instituto, limitamo-nos à aceitação do modo de aplicação espanhol em sua realidade não atrelada ao conceito de dolo. Assim, o Brasil recebe a teoria duplamente enviesada: (1) aplica uma doutrina proveniente de um outro sistema (commom Law), de uma outra realidade comunicativa e de um outro país e (2) que foi interpretada de modo raso e equivocado pelos Tribunais Espanhóis, que por sua vez possui também parcela de seu sistema, diversa do nosso, especialmente no que se refere ao elemento subjetiva do tipo. Pode se dizer assim que a teoria é aplicada com dupla deturpação conceitual. (SYDOW, 2018, p. 215)

Referida teoria foi aplicada no Brasil em casos de grande repercussão, como o “assalto” ao Banco Central na cidade de Fortaleza (CE), julgado pela Justiça Federal, e em segundo grau pelo Tribunal Regional Federal. Além deste caso, tivemos também a utilização no julgamento do “Mensalão” (Ação penal 470), julgada pelo Supremo Tribunal Federal, e por fim o mais recente e de muita repercussão, a Operação Lava Jato (Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR).

Em nosso país a teoria da cegueira deliberada foi utilizada pela primeira vez na ação criminal número 5520/CE. Neste caso, foram julgados gerentes de uma concessionária que efetuaram a venda de 11 veículos aos responsáveis pelo furto do Banco Central de Fortaleza. A compra destes veículos foi feita inteiramente em dinheiro. (SYDOW, 2018, p. 217)

Após a ação furtiva contra o Banco Central de Fortaleza, os criminosos se dirigiram a revenda de carros e adquiriram esses veículos, pagos em espécie, para poder fugir com todo dinheiro furtado.

O juiz de primeiro grau entendeu que efetuando a venda, os gerentes preferiram fazer-se de ignorantes diante da situação, pois obviamente poderiam prever que todo aquele dinheiro advinha de algum ato ilícito, ainda mais pelo banco ter sido furtado no dia anterior. Assim entendeu o magistrado que a aplicação da teoria exigia a existência do elemento conhecimento, uma vez que se considera a alta probabilidade do dinheiro advir de crime e além deste elemento considera-se que o “o agente agiu de forma indiferente sobre este conhecimento” digamos que não tenha se importado. (SYDOW, 2018, p. 217).

O Magistrado do caso sob análise, assim sentenciou:

Atitude da espécie caracteriza indiferença quanto ao resultado do próprio agir. Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da “ignorância deliberada”, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosa dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta.⁶

Já em grau de recurso, no mesmo processo, a Corte Federal reformou a sentença. De acordo com a Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, não seria possível a condenação deles pelo crime de lavagem de dinheiro pois há atipicidade formal, a conduta caracterizada no tipo penal que seria imputada aos gerentes não possibilitava o dolo eventual.⁷

O acolhimento desta teoria vem sendo muito discutido no Brasil, mesmo que as demais decisões tratem da teoria da cegueira deliberada, ela vem sendo utilizada de maneira diversa de suas

⁶ Sentença do processo Crime nº 2005.81.00.014586-0, p 17, 11ª. Vara Federal – Seção judiciária do Ceará, Justiça Federal de 1º Grau da 5ª região.

⁷ De acordo com a referida decisão, “o inciso II do §2º do art 1º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do §2º”

origens, atribuindo alguns requisitos para sua aplicabilidade, e, a jurisprudência vem equiparando suas linhas com os postulados ensejadores do reconhecimento do dolo eventual, conforme será demonstrado no decorrer deste estudo.

5. O “(DES)CONHECIMENTO” DA VERDADE DOS FATOS

Notadamente nos crimes de tráfico de drogas, essa teoria tem aplicabilidade para aqueles que dizem muitas vezes não saber a origem ilícita do que está transportando, os que popularmente são nomeados “mulas do tráfico”.

A teoria da cegueira deliberada permeia-se pela ação do indivíduo que se coloca em uma situação de ignorância, aquele que opta por não saber a verdade real, para não conhecer os fatos. O autor se coloca em posição de desconhecimento para se cegar de uma possível atividade ilícita.

De acordo com o entendimento de Callegari e Weber (2014, p. 92.) esta teoria:

[...] propõe a equiparação, atribuindo os mesmos efeitos da responsabilidade subjetiva, dos casos em que há o efetivo conhecimento dos elementos objetivos que configuram o tipo e aqueles em que há o “desconhecimento intencional ou construído” de tais elementares. Extrai- -se tal conclusão da culpabilidade, que não pode ser em menor grau quando referente àquele que, podendo e devendo conhecer, opta pela ignorância.

A teoria da cegueira deliberada no direito norte-americano, conceituada por Ragués i Vallès (2013), é vista como aquele que se coloca na oposição de ignorante deliberado, é o que fecha os olhos diante de situações. Acredita que pode ser entendido como um avestruz ou raposa.

Nesta esteira de entendimento tem-se o sujeito ativo da conduta como um:

[...] débil moral que nega a si mesmo o fato de que enfrenta um dilema de natureza também moral, no qual sua atitude parece menos grave que a atuação com conhecimentos certos sobre os dados relevantes de sua própria conduta. (RAGUÉS i VALLÈS, 2013, p. 32).

Sob outra via, entende-se que a raposa é o que opta por levar a cabo uma conduta que seja ilícita e busque a sua ignorância com a intenção de se esquivar de culpa. (RAGUÉS i VALLÈS, 2013)

Ainda, o autor entende que, quando a pessoa está nesta posição como uma raposa, isso se torna mais grave do que quando existe um conhecimento certo. O mais difícil e distinguir se diante da situação é de se considerar ser um avestruz ou uma raposa. E, diante dessa dúvida, é necessário analisar o comportamento do sujeito caso este soubesse do que acontecia. Deste modo Luban (1999 apud RAGUÉS i VALLÈS, 2013) finaliza a teoria, afirmando estar-se diante de uma estratégia moral que não necessita de comprovação do fundamento da decisão.

O fiduciário deverá além de restituir o bem ou equivalente ao fiduciante, pagar-lhe multa de 50% do valor originalmente financiado devidamente atualizado, pois o credor não deveria ter alienado o bem, antes do término do prazo para o fiduciante se manifestar acerca da execução da liminar, qual seja: 5 dias, a partir da decisão da liminar

De acordo com o Código Penal Americano, em sua seção 2.02 (7), que abrangeu o conceito de conhecimento, tratando desta teoria:

Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.”⁸

⁸ **Tradução do texto: Exigência de conhecimento satisfeita pelo conhecimento da alta probabilidade.** Quando o conhecimento acerca da existência de um fato específico for uma elementar do delito, tal conhecimento é estabelecido se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, salvo se ela realmente acredita que ele não existe. THE

Desta forma, a cegueira deliberada nasce com uma parte de satisfação do conhecimento total (o requisito da cegueira deliberada está na premissa do conhecimento que torna-se satisfeita pela alta possibilidade do conhecimento). Com isso, mesmo que não seja claramente aceita como estado mental, tem de ser considerada, pois, pelas cortes americanas, é utilizada para satisfação do *mens rea*.

Nessa perspectiva, entende Sydow (2018, p. 76) que:

A teoria seria uma situação de imputação subjetiva em que se atribui ao agente a situação de conhecimento de elementos do tipo mesmo sem a sua demonstração processual ou fática, tornando possível o atendimento do tipo subjetivo.

A partir de análises da conceituação trazida por Sydow (2018), este instituto pode ter dois lados a se considerar. Inicialmente, uma pessoa pode desconfiar que algo em sua conduta pode se tornar “injusta”, porém não dá importância para essa dúvida. Assim entende-se como ignorância deliberada, como por exemplo, um indivíduo que transporta um carro, uma mala, ou algo semelhante, em troca de algo, mas sequer lhe interessa se o que está transportando é ilícito ou não.

Já a segunda hipótese, nos traz que certo indivíduo presume prováveis envolvimento em situações que possam ser lícitas ou ilícitas, e assim se esquivava de ter e saber sobre algo relacionado a essas circunstâncias, como por exemplo um delegado que determina a um agente que diga que estão sem sistema na delegacia ou a empresa que determina ao porteiro para não receber nenhuma correspondência. Essa forma é chamada de cegueira deliberada. (SYDOW, 2018)

Em ambos os casos, tanto quando um indivíduo desconfia de sua conduta mas mesmo assim não se importa, ou no caso de presumir a

AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI). *Model Penal Code. Official Draft And Explanatory Notes. Philadelphia, 1985. Section 2.02 (7), p. 49.*

ilicitude mas se afasta das circunstâncias, uma e outra poderão ter como resultado condenações pelo crime que estiver sob exame.

Essas situações são interligadas através do nível de consciência e conhecimento que o agente tinha ou obteve sobre sua conduta, que como um todo se torna um tipo penal. Por isso, entende-se que não se agiu com dolo, mas mesmo assim teve conduta penal.

Pode-se entender o erro, como a viciada consciência do que é real excludente do dolo, pois assim como aduz o artigo 20 do Código Penal Brasileiro, “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo”.

Já o artigo 18, parágrafo único do Código Penal Brasileiro, salienta que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Assim, um pessoa que não tem culpa não será punido, pois seria injusto atribuir a prática a alguém sem que houvesse delito.

Daí surgem os questionamentos, é viável afirmar quanto conhecimento um indivíduo tem? É possível assegurar que a quantidade de conhecimento tem vinculação com a quantidade de reprovação que certa atitude tem, e isto deve se ligar com o montante de pena a ser imputada?

Em resposta:

[...] Parece haver uma noção prevalecente de que ninguém pode ser acusado de ter mais conhecimento do que opta por ter, que se é permitido fechar os olhos frente às origens da informação e então acusar sua ignorância dizendo que não viu nada... Se se tem meios de descobrir a verdade sobre os fatos via exercício de diligência ordinária, então se é obrigado a fazê-lo. (ROBBINS, 1990-1991, p. 197)

Ainda tratando sobre este instituto, entende Sydow (2018, p. 90) que:

A teoria que aqui desenvolvemos busca resolver o espaço legislativo deixado por situações como essa. A primeira conclusão seria a de que

a ignorância pode excluir o delito em circunstâncias legítimas ou não abarcadas pela teoria. Mas a ignorância pode também não excluir o delito mas sim compô-lo e tanto a doutrina continental quanto a anglo-saxã equiparam certas condições de ignorância como se o agente tivesse o conhecimento, portanto agindo com dolo.

Com a apresentação do instituto resta evidenciado que não há um único entendimento doutrinário relacionado ao seu conceito. Contudo, desde já grifa-se, que a base fundamental para entender o seu conteúdo passa pela compreensão acerca da existência ou não do dolo daquele que se opõe a saber a verdade dos fatos.

A análise do instituto doutrinário passa pelo entendimento inequívoco se a conduta é ilícita ou não, a fim de se omitir sobre a verdade real dos fatos, com o intuito de não se responsabilizar ou ser responsabilizado por eventuais crimes que praticou alegando ignorância.

Ante as considerações inicialmente realizadas sobre teoria tão intrigante e espinhosa, e, em função desta tese não possuir reconhecimento legítimo na legislação brasileira, além de sua aplicação em casos específicos. Há de se questionar então, qual sua utilidade no direito penal brasileiro, se possui legitimidade para utilização ou apenas serve como punição para condutas selecionadas, dotadas de uma subjetividade preocupante, caracterizando, ao alvitre dos magistrados, a culpa como dolo.

Nesta esteira, a seguir será efetuado um estudo mais detido do instituto do dolo correlacionado à teoria da cegueira deliberada.

6. CONCEITUAÇÃO E ELEMENTOS DO DOLO

O Dolo é trazido em nosso ordenamento jurídico brasileiro no artigo 18 inciso I do Código Penal, que assim aborda: “Diz-se crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. (BRASIL, 2021)

De forma detida à conduta, para que possa incorporar o tipo penal, deve estar tipificada em lei e além disso exige-se que seja

demonstrado o elemento subjetivo, isto é, a consciente representação do resultado do sujeito ao praticar o crime. (DORIGON e DIAS, 2018)

Bitencourt (2007, p. 266) expõe que “dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal”

Conforme leciona Masson (2017, n.p):

O dolo, no sistema finalista, integra a conduta, e, conseqüentemente, o fato típico. Trata-se do elemento psicológico do tipo penal, implícito e inerente a todo crime doloso. No entanto, a partir de uma concepção causal, por outro lado, o dolo funciona como elemento da culpabilidade. O dolo, a partir da concepção finalista, ora adotada, consiste na vontade e consciência de realizar os elementos do tipo incriminador.

Bitencourt (2007) leciona que o desentendimento na esfera doutrinária sobre a definição de dolo gerou o surgimento de diversas teorias, que, pelo exagero discordante acabam por distorcer o verdadeiro sentido que seus precursores intentaram oferecer ao termo dolo, como a teoria da representação, a teoria da vontade e a teoria do consentimento.

No tocante ao Código Penal Brasileiro, tem-se a adoção da teoria da vontade, quando o sujeito quis o resultado – no caso do dolo direto, e a teoria do consentimento, quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado – em situação de dolo eventual. (BITENCOURT, 2007)

Desta forma, temos que a consciência e a vontade compõem o dolo. A consciência como elemento intelectual e a vontade como elemento volitivo.

A esse respeito, Masson (2017, n.p), apresenta que:

A doutrina penal brasileira instrui que o dolo, conquanto constitua elemento subjetivo do tipo, deve ser compreendido sob dois aspectos: o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica. O elemento cognitivo consiste no efetivo

conhecimento de que o resultado poderá ocorrer, isto é, o efetivo conhecimento dos elementos integrantes do tipo penal objetivo. A mera possibilidade de conhecimento, o chamado “conhecimento potencial”, não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo. No elemento volitivo, por seu turno, o agente quer a produção do resultado de forma direta – dolo direto – ou admite a possibilidade de que o resultado sobrevenha – dolo eventual (STJ, AgRg no REsp 1043279/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), j. 14.10.2008).

Estes elementos do dolo se conectam em três momentos diferentes e consecutivos. Inicialmente, atua-se a consciência da conduta e seu resultado. Posteriormente, o indivíduo manifestará sua consciência sobre o nexo de causalidade entre a conduta a ser praticada e o resultado que se terá através dessa conduta. Por fim, o sujeito expressa a vontade de praticar a conduta e a de produzir seu resultado. Assim, o necessário para que se prove o dolo, é o resultado produzido de acordo com a vontade demonstrada pelo agente. (MASSON, 2017)

Sobre o lapso temporal do dolo, entende Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 152) que:

O dolo, como fundamento subjetivo da realização do plano delituoso, deve existir durante a realização da ação, o que não significa durante toda a realização da ação planejada, mas durante a realização da ação que desencadeia o processo causal típico (a bomba, colocada no automóvel com dolo de homicídio, somente explode quando o autor já está em casa, dormindo). Consequentemente, não existe dolo anterior, nem dolo posterior à realização da ação: as situações referidas como *dolus antecedens* (a arma empunhada por B para ser usada contra A, depois prévia conversação, dispara acidentalmente e mata a vítima) ou como *dolus subsequens* (ao reconhecer um inimigo na vítima de acidente de trânsito, o autor se alegra com o resultado) constituem meras hipóteses de fatos imprudentes.

Além do mais, com relação ao nexo causal, não é necessário que o *iter criminis* ocorra do modo como o agente do crime imaginou. Permanece o dolo se o propósito for completado, mesmo que para isso, tenha ocorrido de forma diversa ao pretendido pelo agente. (MASSON, 2017).

Também, o dolo deverá incluir todos os elementos e circunstâncias do tipo penal, pois sem estas, poderá caracterizar o erro de tipo.

Neste sentido, Paulo Busato (2017, n.p) afirma que:

É óbvio, porém, que não se exige para o dolo um conhecimento absoluto ou exato dos elementos componentes do tipo de ação ou omissão. Por exemplo: não é necessário que se saiba a quem pertence a coisa furtada, basta que se saiba que é alheia. Fala-se, no caso, na exigência de uma ‘valoração paralela na esfera do leigo’, ou seja, o sujeito deve ter um conhecimento aproximado da significação social ou jurídica de tais elementos’, pois do contrário, apenas os juristas seriam capazes de atuar dolosamente. A ausência de tal conhecimento é justamente o que representa o erro. Aliás, a demonstração de que o conhecimento é elemento necessário do dolo é justamente a consequência reconhecida pela doutrina, quando existe um erro, sobre a compreensão de que a atuação representa uma atividade em princípio delitiva, qual seja, a exclusão do dolo.

Bitencourt (2007, p. 270) ensina que “o surgimento das diferentes espécies de dolo é ocasionado pela necessidade de a vontade abranger o objetivo pretendido pelo agente, o meio utilizado, a relação de causalidade, bem como o resultado.”

A lição de Luiz Régis Prado (2005, p. 98-99) elucida que:

A partir da relação entre a vontade e os elementos objetivos do tipo, tem-se as várias espécies de dolo: a) dolo direto ou imediato: o agente quer o resultado como fim de sua ação e o considera unido a esta última, isto é, o resultado produz-se como consequência de sua ação. A vontade se dirige à realização do fato típico querido pelo autor (art. 18, I, CP); dolo indireto ou eventual (*dolus eventualis*): significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo

legal e se conforma com ela. O agente não quer diretamente a realização do tipo, mas a aceita como possível ou provável – assume o risco da produção do resultado (art. 18, I, *in fine*, CP).

Em conformidade com o mencionado desde as primeiras linhas deste estudo, o dolo eventual, em não raras oportunidades, é equiparado à teoria da cegueira deliberada, por conta da similaridade em seu componente subjetivo.

Ratificando tal pensamento, Dorigon e Dias (2018) aduzem que ambos tem os mesmos elementos subjetivos, porém a única diferença é o nome.

Em cristalina confirmação dos pensamentos trazidos até aqui, visando firmar o entendimento acerca do tema,

Fala-se em dolo eventual quando o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito. Nas palavras de Jescheck, “dolo eventual significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal se conforma com ela”. (GRECO, 2018, p. 296)

Com isso, é notório que não existe um querer direto do resultado objetivo, mas sim uma aceitação do risco que foi previsto e aceito.

Nas palavras de Pedro Jorge Costa (2015, p. 223):

[...] o conceito de dolo eventual se trata, como se viu, de uma teoria de probabilidade. À primeira vista, uma teoria da probabilidade seria incompatível com a assunção do risco prevista no art. 18 do Código Penal para o dolo eventual. Porém, assim não é. Quem sem mais, age mesmo tendo posição privilegiada para a previsão de lesão ou perigo ao bem jurídico, a juízo de um observador externo, assume o risco de sua causação. Seu comportamento vem nesse sentido.

Em primeiro lugar, reforçamos o entendimento de que tanto o dolo quanto a teoria da cegueira deliberada possuem os mesmos elementos subjetivos e se diferem apenas em sua nomenclatura.

De acordo com o entendimento de Ramón Ragués i Vallés (2007, apud CALLEGARI; WEBER, 2014, p. 95) sobre a “cegueira deliberada”:

Somente é equiparada ao dolo eventual nos casos de criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento de indícios sobre a proveniência ilícita de bens, nos quais o agente represente a possibilidade da evitação.

Do que se depreende o entendimento de que, sem um exame detido dos postulados informadores de cada sistema jurídico, e, de cada conduta, caberá a invocação de uma ou de outra tese em situações onde o sujeito renunciar de forma voluntária ao conhecimento dos fatos, objetivando, com isso, eximir-se de responsabilidade por atos vinculados a tais fatos – a exemplo do que se verifica em não raras oportunidades no delito de tráfico de drogas, onde é ofertada à “mula” quantia importante em dinheiro para que sejam transportadas substâncias ilícitas, e o indivíduo simplesmente opta por “vendar os olhos”, não buscando saber o que transportará, e, deste modo não conhecendo o que lhe poderá prejudicar.

Desta forma, comparando ambos os institutos, o risco do resultado penal é aceito pelo indivíduo, que diante da possibilidade do resultado e deliberando posteriormente o desconhecimento deste, traz para si a sua responsabilidade penal. (DORIGON e DIAS, 2018).

De outro giro, em nome da imperiosa segurança jurídica, há de se analisar a recepção/importação da teoria da cegueira deliberada pelo Brasil, sendo cogente o exame dos elementos subjetivos previstos no código penal “modelo” americano, se tornando possível a utilização da teoria da cegueira deliberada nos EUA. (LUCCHESI, 2017)

Neste código penal “modelo” americano, os elementos subjetivos são estabelecidos como requisitos para a *culpability*, que após apurada possibilita que se tenha uma conduta criminosa. São

quatro os elementos mínimos para a *culpability*, sendo eles: *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*

Nesta esteira:

O elemento “*purpose*”, definido no § 2.02(2) (a) do Código Penal Modelo, refere-se ao objetivo consciente do autor quando pratica o fato, podendo estar relacionado tanto à natureza da conduta quanto ao resultado esperado que ela produza. Com isso, havendo um crime que exige *purpose*, a natureza da conduta praticada e/ou o resultado decorrente de sua prática deve(m) ser o objetivo consciente do autor; com relação às circunstâncias concomitantes, basta que se tenha ciência de sua existência, ou se acredite ou se espere que existam, contanto que aja o autor propositadamente. [...] Em segundo lugar, o § 2.02(2) (b) do Código Penal Modelo, define o elemento “*knowledge*”, que se refere à ciência que o autor do fato tem com relação à natureza da conduta praticada e à existência de eventuais circunstâncias concomitantes previstas como indispensáveis à configuração do crime. Com relação ao resultado da conduta praticada, os autores do Código entenderam não ser possível falar em ciência, pois isso implicaria clarividência por parte do autor. Por tal motivo, com relação ao resultado, o autor que age com “*knowledge*” deve ter ciência de que a sua conduta quase com certeza (“praticamente certo”) acarretará aquele resultado previsto em lei. [...] O que se entende por “*recklessness*” em seu § 2.02(2) (c), segundo o qual o autor pode ser considerado “*reckless*” quando sua ação ou omissão desviar gravemente um padrão de conduta que seria observado por uma pessoa comprometida com a observância das normas legais. Tal desvio estaria presente na hipótese em que o autor, ciente da existência de um risco substancial e injustificável ao interesse público ou individual protegido pela norma, conscientemente desconsidere a possibilidade de produção de um resultado criminoso e/ou a possibilidade de existência de circunstâncias concomitantes que tornariam criminosa sua ação ou omissão. Os autores do Código não previram o que seria “*recklessness*” com relação à conduta, pois isso seria incompatível com a exigência de que a ação ou a omissão seja voluntária. Por isso, o autor deve sempre ter ciência da natureza de sua conduta, ainda que a pratique com “*recklessness*” ou “*negligence*”. [...]

Por fim, com relação ao elemento “negligence”, o § 2.02(5) (d) do Código Modelo o define de maneira semelhante a *recklessness*, todavia estabelece um dever de cuidado, e não um dever de conduta, que deve ser observado por uma pessoa razoável, e não uma pessoa cumpridora da lei. Essa diferença em si já é reveladora da distinção entre uma conduta “reckless” e uma conduta “negligen”. Nesta, é estabelecido um dever geral de cuidado que deve ser observado por todas as pessoas, enquanto naquela aspira-se a um padrão de conduta exigido de pessoas que possam ser consideradas cumpridoras das leis. Ademais, ao contrário da “recklessness”, em que o autor tem ciência do risco da existência de circunstâncias concomitantes ou da possibilidade de produção de um resultado, na “negligence” o autor deveria ter ciência do risco, mas não o percebe. [...] (LUCCHESI, 2017, p. 96-99)

De acordo com esse entendimento, Lucchesi (2017) aponta que não é possível ter proporção entre os elementos subjetivos da *culpability* do modelo estadunidense com aqueles elementos supostos pelo dolo eventual no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, impossibilitando a comparação da *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence* com o dolo direto, dolo eventual, culpa consciente e culpa, respectivamente.

Tem-se, portanto, que:

Tais equiparações não são possíveis, primeiro porque se está tratando de sistemas de imputação de todo distintos, desenvolvidos ao longo de processos históricos diferentes, e, segundo e principalmente, porque o conteúdo dessas categorias de imputação não corresponde umas às outras. Não se pode chamar de dolo direto – principal categoria de imputação da tradição jurídico-penal germânica – uma categoria de imputação que apresenta hipóteses restritas de aplicação. Enquanto no Brasil o dolo direto é o elemento subjetivo essencial da maioria esmagadora de delitos – sendo excepcional a punição sem dolo, baseada em categorias inferiores imputação 256 –, no Código Penal Modelo dos Estados Unidos são raros os crimes que exigem *purpose* para a punibilidade da conduta.²⁵⁷ Da mesma forma, *recklessness* aparenta ser uma

categoria intermediária entre dolo eventual e culpa consciente, podendo abarcar situações de fato que estariam inseridas em ambas as categorias sempre que o autor agir sabendo do risco criado por sua conduta, ainda que não exija a atitude de aceitação do resultado pelo autor, como faz o dolo eventual (LUCCHESI, 2017, p. 100-101).

Salienta, ainda, o autor que:

A questão a ser colocada no direito brasileiro é qual o substrato probatório necessário para assegurar uma condenação baseada em dolo direto em tais casos. Em outras palavras, definir qual o grau de conhecimento necessário para configuração do dolo. (LUCCHESI, 2017, p. 174).

Neste sentido, a depender das diferenças observadas pelo o que se tem fora e dentro do Brasil, o dolo eventual que está em nosso ordenamento jurídico não é compatível com os elementos de responsabilização previstos no código norte-americano.

Desta maneira, questiona-se como seria possível a aplicação da teoria da cegueira deliberada, originária de um sistema *common Law*, trazida da Europa e dos Estados Unidos, ao sistema jurídico penal brasileiro?

Em sede de resposta, conforme o entendimento de Lucchesi (2017, p. 179):

Não se pode simplesmente querer transplantar ao Brasil – ou a qualquer outro sistema jurídico de matrizes distintas – a cegueira deliberada sem verificar se o papel a ser desempenhado corresponde àquele desempenhado no seu sistema jurídico originário. É preciso que se atue com algum método ao realizar esforços de direito comparado.

Deste modo, para que seja possível a aplicação de algum sistema jurídico estrangeiro no Brasil, é necessário que se utilize do direito comparado, este serve para possibilitar a adequação de um ordenamento jurídico para outro. Por diversas vezes, essa adequação de uma norma a outra pode acarretar algumas

consequências não esperadas para os legisladores, pois pode acabar por atrapalhar todo um sistema já consolidado. (LUCCHESI, 2017)

Por esse motivo:

[...] a depender do modo empregado, é possível trazer ao ordenamento jurídico nacional, conceitos e ideias de todo impertinentes ou inaplicáveis, pelo desejo de ser fiel à origem, ou, ao contrário, deturpar institutos jurídicos na (vã) tentativa de os inserir em seu novo contexto legal. Entende-se, assim, não ser possível a adoção indiscriminada de institutos jurídicos estrangeiros, pois é necessário observar as vicissitudes dos ordenamentos jurídicos originário e destinatário, a fim de perquirir a compatibilidade da norma (ou conceito) “transplantada” ou “traduzida” com o sistema em que se pretende inserir. (LUCCHESI, 2017, p. 181)

Nesta linha de pensamento,

Não se deve, a respeito de política criminal, importar nenhum modelo pronto, pois a aceitação acrítica de um modelo teórico formatado para uma sociedade diversa corre sério risco de não corresponder aos anseios sociais locais. Daí que seja fundamental conhecer os modelos teóricos formulados especialmente nas matrizes penais mais consagradas, como a alemã ou a espanhola, mas sempre com a ideia de que o desenho do perfil desejado para o sistema de controle social penal há de ser construído a partir de nossas próprias circunstâncias. (BUSATO, 2013, p. 9)

Assim,

A cegueira deliberada em tais sistemas serve para permitir que o autor possa ser condenado mesmo quando tal conhecimento a respeito da certeza do resultado, da natureza de sua conduta ou da presença de alguma circunstância elementar concomitante não esteja plenamente configurada. Vale dizer, aplicando-se a cegueira deliberada, os tribunais podem condenar um indivíduo nos crimes que exigem conhecimento mesmo que tal indivíduo não tenha conhecimento dele. (LUCCHESI, 2017, p. 182)

E, conclui Lucchesi, afirmando que:

Nesse ponto, aparenta haver clara inconsistência entre a doutrina majoritária proponente da cegueira deliberada no Brasil e a regra extraída a partir da análise dos precedentes americanos. Por um lado, cegueira deliberada nos Estados Unidos é utilizada como substituto do elemento knowledge, estando presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. (2017, p. 184)

Não sendo suficiente o desacordo entre o dolo eventual e a cegueira deliberada, quando a teoria é trazida para o Brasil é notável a adulteração de sua apreciação, pois a jurisprudência esteve precisa nas orientações de Moro, na “Lava Jato”, pois quando se reconhece o dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, a teoria será aplicada no caso em que o autor do fato tem consciência da grande chance dos bens ali terem procedência ilícita e mesmo assim age de maneira indiferente e opta deliberadamente por permanecer na ignorância sobre os fatos, mesmo que ele pudesse optar por tomar outra decisão. (LUCCHESI, 2017, p 184)

A cegueira deliberada no Brasil, vem sendo formada com uma perspectiva de indiferença o que não corresponde com o que é trazido através do direito penal norte-americano, isto pois, essa perspectiva do direito brasileiro de atuar com indiferença com relação a possibilidade do resultado não é compatível com o conceito adotado nos Estados Unidos.

Ante o exposto, conclui-se que:

Buscou-se aparentemente introjetar artificialmente um componente do dolo eventual na definição de cegueira deliberada visando facilitar a acomodação da cegueira deliberada enquanto dolo eventual (LUCCHESI, 2017, p. 186).

Assim, a teoria da cegueira deliberada nasce, segundo as contribuições teóricas aduzidas, com o fim de cobrir lacunas que em realidade não existem no dolo eventual, para fins do Direito Penal Brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o percurso inicial do estudo, foi desvendada a origem e as primeiras utilizações da Teoria da Cegueira Deliberada. Iniciando-se na Inglaterra, indo para os Estados Unidos da América, Espanha, e por fim, a pesquisa se dedicou aos primeiros casos em que essa teoria foi usada no Brasil.

Apontou-se, ainda, entendimentos doutrinários e conceitos acerca da Teoria da Cegueira Deliberada sob o ponto de vista de diferentes autores e suas perspectivas sobre sua aplicação no sistema jurídico-penal pátrio.

Seguindo adiante, foram dedicadas linhas teóricas sobre o dolo, em evidente elucidação direcionada a aclarar os equívocos existentes na aproximação pretendida entre os postulados clássicos da Cegueira Deliberada e instituto do elemento subjetivo presente no Direito Penal brasileiro.

Nesta senda, a apresentação de posicionamentos doutrinários corroborou o entendimento de que, muito embora não haja unanimidade sobre o tema, a Teoria da Cegueira Deliberada vem ganhando espaço, e, com isso, acaba por receber a equivocada chancela de seus preceitos por juízes e tribunais país adentro.

Porém, em sede de conclusões, o estudo expôs que a “importação” da Teoria da Cegueira Deliberada pode colocar em risco todo um sistema que já tem funcionamento eficiente, consignando dentre os riscos desta recepção, o aumento da subjetividade dos julgados, tendo em vista que, em conformidade com o demonstrado nas linhas pretéritas, é a lei penal o ente responsável pela conceituação do dolo enquanto elemento subjetivo dos delitos, e não a jurisprudência.

Sob tal via de entendimento, sem ter o intuito de esgotar os debates acerca do tema, compreende-se que a aplicabilidade de uma teoria oriunda de um sistema diverso do nosso, nos moldes propostos até agora, pode dar espaço à quebra da legalidade, e por conseguinte, da segurança jurídica que deve sempre revestir a atuação do poder judiciário, desaguando tal recepção, em inequívoca violação aos direitos humanos dos sujeitos que estiverem no polo passivo de relações jurídicas que guiem suas decisões a partir dos postulados da “cegueira deliberada”.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, volume 1. 11ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2017, e-book. Volume 1.
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.
- COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e sua Prova**. São Paulo: Atlas, 2015.
- DORIGON, Alessandro. DIAS, Mariana Previatti. **Aplicação da teoria da cegueira deliberada no crime de tráfico de drogas**. 2018, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70819/aplicacao-da-teoria-da-cegueira-deliberada-no-crime-de-trafico-de-drogas>. Acesso em: 25 set. 2020.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. Niterói: Impetus, 2018.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

ESPAÑA. **Consejo General del Poder Judicial**. Nº de recurso: 1.417/2011 nº de resolución: 557/2012. Ponente: Jose Ramon Soriano. Madri, 9 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6448948&links=ignorancia%20y%20deliberada%20y%20blanqueo&optimize=20120723&publicinterface=true>>.

Acesso em: 03 set. 2020.

ESPAÑA. **Consejo General del Poder Judicial**. Nº de recurso: 1.043/2004 nº de resolución 1034/200. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. Madri, set 2005. Disponível em:<<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1194992&links=willful%20blindness&optimize=20051006&publicinterface=true>>. Acesso em: 03 set. 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A Punição da Culpa a Título de Dolo: o problema da chamada “cegueira deliberada”**. 2017. Tese (Doutorado). UFPR, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba. 19.09.2017.

MASSON, Cleber Rogerio. Dolo. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.).1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/423/edicao-1/dolo>. Acesso em 21 set. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal – V. I** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RAGUÈS I VALLÈS, Ramon. **Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal**. Barcelona: Editora Atelier, 2013.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho Penal**. Barcelona: Editora Atelier, 2007.

ROBBINS, Ira P., **The Ostrich Instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea**. The Journal of Criminal Law and Criminology, vol 81, no.2. 1990-1991.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da Cegueira Deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA: UMA PERSPECTIVA SUL-MATO-GROSSENSE

Elisabeth Maria de Mendonça Silva - UEMS¹
Marília Rulli Stefanini – UEMS e FIPAR²

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre mencionar que apenas nas últimas décadas ocorreram algumas mudanças relativas ao direito fundamental à educação quanto aos povos indígenas brasileiros, o que motivou a redação do presente capítulo de livro, especialmente no que toca aos povos sul-mato-grossenses. Assim sendo, o presente texto edifica-se em pesquisas pautadas em revisão bibliográfica e documental, com caráter exploratório, donde seus métodos estruturam-se no dedutivo e o histórico, como um todo.

A par disso, as demonstrações culturais de um povo não podem ser pensadas como, apenas, sinais característicos e distintivos em relação aos demais; não é um adereço ou adjetivo de

¹ Doutora em Direito no Programa de Doutorado da PUC/SP. Mestre em Direito no Programa de Mestrado da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” (UNIVEM). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNAES (Campo Grande). Graduação em Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Docente efetiva do curso de graduação em Direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. (elizabethpba@uems.br)

² Doutora em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito no Programa de Mestrado da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” (UNIVEM). Graduação em Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Docente colaboradora na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba, bem como nas Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR. (mariliastefanini@yahoo.com.br)

um grupo, mas um ponto de sustentação e organização da vida humana.

Nesta senda, as culturas indígenas são compostas por estruturas, símbolos e significações próprias, que determinam a forma como os seres conviventes se comportarão; fornece, ainda, a utilização de signos e símbolos para se organizarem socialmente, o que, conseqüentemente, acarreta em orientações às vidas humanas.

Nesse diapasão, embora existam normas, nacionais e internacionais, que assegurem ao indígena o direito à autodeterminação, seja ela em cenário da educação ou não, notória é a manutenção da prática integracionista estatal colonizadora, o que tangencia a adoção de uma cultura ocidentalizada quanto à efetividade de direitos e a conseqüente dizimação cultural indígena.

Entretanto, referidos problemas não podem ser concebidos como unicamente ceifadores das vivências multiculturais no Estado de Mato Grosso do Sul, mas como um problema nacional de cunho sociocultural, porém, nosso texto destina-se a um olhar sobre os povos sul-mato-grossenses e, por isso, justifica-se o recorte quanto ao assunto.

Posto isso, quanto à educação, o Mato Grosso do Sul implantou cotas universitárias aos indígenas em 20% (vinte por cento) das vagas gerais; desenvolveu projetos para formação de professores indígenas (2013); e, instituiu o vale universidade indígena (2007) que é, em 2022, no importe de R\$ 684,35 (seiscentos e oitenta e quatro reais e trinta e cinco centavos).

No entanto, importante frisar que todos os Direitos Fundamentais devem ser efetivados de maneira a respeitar as culturas, uma vez que não há o que se falar em efetividade de apenas um ou alguns direitos, posto que se assim for não se garantirá uma vida minimamente digna, ou seja, haverá continuidade do processo integracionista desempenhado desde a colonização.

Ademais, embora a Constituição Federal de 1988 tenha oficializado o direito à educação que respeite às peculiaridades dos povos indígenas brasileiros, sabe-se que se mantém na práxis

posturas aniquilantes das diversidades, tais como, por exemplo, as precariedades das infraestruturas educacionais e as práticas pedagógicas ineficazes no que diz respeito ao multiculturalismo.

Assim sendo, esperamos com este ensaio oportunizarmos reflexões e inflexões a despeito dos obstáculos enfrentados pelos povos indígenas, especialmente os sul-mato-grossenses, ingressantes no Ensino Superior da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, em relação à efetividade do direito fundamental à educação.

Por fim, encontramos-nos esperançosas de contribuir de certa forma para a promoção de políticas públicas capazes de amenizarem as iniquidades vivenciadas, bem como dar relevo à problemática, no intuito de não perpetuarmos posturas assimilacionistas praticadas desde sempre, mas não para sempre.

1. O DIREITO À EDUCAÇÃO EM RELAÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

Os direitos humanos são direitos que independem de classes sociais ou grau de instrução, tampouco se prendem a barreiras territoriais, ou seja, são direitos inerentes a todos os seres humanos apenas pela qualidade de humanos. É a expectativa que permite a todos e todas a possuírem as garantias de uma vida digna, como, por exemplo, o acesso à educação, saneamento básico, serviços públicos de qualidade, etc., e que garantem, também, de forma simplificada, as ferramentas necessárias para que o ser humano tenha a capacidade de desenvolver todo o seu potencial na sociedade. (MEZAROBBA, 2015).

Considerando a importância da aplicação desses direitos, há a necessidade de conhecê-los em sua totalidade, desde sua origem até seu enraizamento na sociedade. Para isso, é necessário adquirir conhecimento, quebrar as barreiras da ignorância e estimular o desenvolvimento humano em sociedade por meio desses direitos.

Destarte, de acordo com a Organização das Nações Unidas - ONU, os direitos humanos encontram-se constantes na Declaração

Universal dos Direitos Humanos, que é um dos documentos reconhecidos e adotados mundialmente no tocante ao assunto. Assim, referida Declaração sofreu diversos embates até que se conseguisse sua implementação. (ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

Posto isso, no início dos tempos, nota-se o surgimento e reconhecimento dos direitos humanos a partir do estudo do Cristianismo, na Idade Média, em que, os dogmas religiosos sustentavam a igualdade e semelhança entre os sujeitos. A partir de referidos pensamentos desenvolveu-se, também ligada aos direitos humanos, a teoria do direito natural, em que o sujeito era visto como o centro do universo, e a lei, por sua vez, deveria ser submissa e suprimida aos desejos divinos. (QUADROS; ARINOS, 1967, p. 299-326).

Destarte, para alguns autores, tais como os acima citados, o surgimento dos direitos humanos se deu com o advento do Cristianismo, onde a religiosidade dissipava a ideologia do exercício do reconhecimento do outro como sua imagem e semelhança, reconhecendo assim, sua dignidade enquanto sujeito. A partir dos dogmas religiosos, reconheceu-se como inerente a todo ser humano, em razão de sua condição humana, direitos que nasceriam junto dele, ou seja, direitos naturais, e que a norma divina reconheceu tais direitos.

Entretanto, na Idade Moderna reformulou-se a teoria natural até então adotada, passando a retirar o condão da supremacia divina e reconhecendo a liberdade a todo sujeito a partir da racionalidade, ao passo que, todos nasceriam detentores de alguns direitos próprios. (QUADROS; ARINOS, 1967, p. 299-326).

Contudo, o documento mais conhecido e mais abrangente acerca dos direitos humanos é fruto do surgimento da ONU, no ano de em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, com o intuito de garantir e resguardar a paz em todo o mundo. (QUADROS; ARINOS, 1967, p. 299-326).

Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, entendeu-se que a proteção dos direitos fundamentais não poderia ficar adstrita a cada Estado, pois tais direitos eram transcendentais, havendo no caso um interesse internacional. Assim, em meados do século XX, surge o —Direito Internacional dos Direitos Humanos‖ e o —seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse‖. Inspirada por tais pensamentos e destinada a fornecer base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estado em defesa da paz mundial, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem (BREGA FILHO, 2002, p. 16).

Destarte, ao se falar em direitos humanos não se pode olvidar em aceitar as diversidades de culturas, pois assim estar-se-ia negando a própria existência humana diante da miscigenação cultural dos povos. Nesse sentido, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura), no ano de 2001, aprovou a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, que, por sua vez, entrou em vigor em 2002 com a finalidade de reconhecer, preservar e respeitar as diferentes culturas existentes no mundo, tal como as culturas indígenas.

Assim sendo, o Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, garante tratamento igualitário para todos os brasileiros e os estrangeiros residentes no Brasil. Porém, isso não torna efetivo para todos e todas o exercício de seus direitos, visto que uma das características do território brasileiro é o pluralismo de povos, que possuem vidas e necessidades distintas e, infelizmente, outra característica marcante e que prevalece no país é a desigualdade, e isso torna inacessível a garantia dos direitos de grande parte da população.

Ademais, os Direitos Fundamentais são conceituados a partir de um olhar bipartido, ou seja, a partir do critério formal e material. Por conseguinte, quanto ao primeiro, Bonavides (2004) os

reconhece por estarem dispostos no texto Constitucional de forma exemplificativa, e, com isso, elevam-se ao caráter hierarquizado em relação àqueles que se apresentam em normas infraconstitucionais.

Enfadonha seria a compreensão desses direitos apenas no sentido formal, ou seja, por estarem previstos na Constituição Federal, já que esta acepção não demonstra o amplo aspecto das normas. Posto isso, para que exista o vasto entendimento dos referidos postulados, necessária é a observação de suas fundamentações.

Nesse sentido, Isael José Santana discorre:

A liberdade escrita nos textos legais não tem sido suficiente, pois, para garantir essa essência da pessoa humana, que tem nesta liberdade a referência de cidadania, que para além do que se encontra positivado está naquilo que é sentido; e é este sentimento que a define como pessoa humana. (SANTANA, 2015, p.90)

Posto isso, não pretendemos negar a universalização do que compreendemos como Direitos Fundamentais, posto que inerentes às vidas humanas, o que obviamente inclui o indígena. Porém, concordamos com a teoria de que essa universalização não pode se dar a priori, desconsiderando as múltiplas formas de existir dignamente e as lutas sociais de um povo. Ou seja, há que se sopesar, também, o sujeito indígena na construção dos Direitos Fundamentais, pois se forem excluídos no momento do reconhecimento não haverá o que se falar em efetividade.

De acordo com o proposto por BANIWA (2006, p. 31), educação é o “conjunto dos processos envolvidos na socialização dos indivíduos, constituindo uma parte constitutiva de qualquer sistema cultural de um povo, englobando mecanismos que visam a sua reprodução, perpetuação e/ou mudança”.

Sob essa ótica, o Art. 6º da Constituição Federal de 1988 preconiza “[...] que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho e lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma

da constituição [...]”. Em complementação, o capítulo III da CF/88, intitulado da Educação, assegura-se a educação como um direito de todos e dever do Estado.

A par disso, destacamos que o constituinte não faz qualquer previsão às multiculturalidades dos povos brasileiros, mas apenas assegurou o direito à educação, já positivado em documentos e pactos internacionais ratificados pelo Brasil, o que, por conseguinte, traz a compulsoriedade de respeito.

Entretanto, em plano administrativo, o MEC (Ministério da Educação) publicou o Referencial Curricular Nacional para Escolas Indígenas (1998/2005), que fixou, por exemplo, o uso da língua indígena nas comunidades bilíngues. Assim sendo, a LDB (Lei de Diretrizes e Bases) e o RCNE (Referencial Curricular Nacional para Escolas) são bases normativas para a implementação da educação indígena no país.

Contudo,

Não adianta ter leis se a escola indígena diferente não for diferente. Até agora a escola diferenciada só está no papel. A gente já falou muito sobre escola indígena diferente, mas na prática as coisas demoram muito para mudar. A gente não quer negar as coisas boas que os brancos nos ensinaram, mas a gente não quer que a nossa história e a nossa cultura se percam. Por isso, muitas comunidades indígenas estão fazendo seus próprios currículos, do jeito que eles acham bom. Agora temos leis que falam de educação indígena. As leis estão do nosso lado e nós vamos lutar para que elas sejam cumpridas.’ Profa. Maria de Lourdes, índia Guarani – Amambai / MS. (MEC, 2002, p. 19).

Em razão desse cenário, e apesar dos incontáveis clamores indígenas a despeito da efetividade de uma educação peculiarmente indígena, a ONU (Organização das Nações Unidas), por meio de Relatório, confeccionado por James Anaya (2009), sobre os Direitos dos Povos Indígenas, constatou a falência do sistema adotado, especialmente em relação ao estado-federado de Mato Grosso do Sul. Senão vejamos:

Durante sua visita, o Relator Especial recebeu reiterados relatos sobre a inadequada incorporação das línguas e perspectivas culturais indígenas nos currículos e textos, que pode contribuir para o fato de que a grande maioria das crianças indígenas ainda não permanecem na escola para além da educação primária, apesar da tendência de melhoras como informado pelo governo. Além disso, o Relator Especial observou a deteriorada infraestrutura, falta de materiais e escassez de professores numa escola indígena do Mato Grosso do Sul, essas condições também são relatadas por existirem em muitas escolas, apesar dos aumentos de investimentos do governo. De fato, recentemente em 2005, 34,2% das escolas indígenas não tinham suas próprias instalações e funcionavam em instalações da comunidade, ou igrejas, e quase metade das escolas construídas não tinha eletricidade ou água encanada. Apesar de recursos terem sido destinados ao treinamento de professores, o nível de qualificação de professores é ainda inadequado, sendo que apenas 11% dos professores em escolas indígenas completaram seu diploma de formação de professor e 10% não completaram a educação primária. O Relator Especial também ouviu repetidas reclamações de lideranças indígenas, sobre o fato deles ainda enfrentarem obstáculos para assumirem um papel significativo na administração da educação indígena em suas comunidades (ANAYA, 2009, p. 24).

De acordo com o exposto neste tópico, tem-se que, embora a Constituição Federal de 1988 seja considerada um marco legalista de rompimento com o assimilacionismo indígena brasileiro, a práxis desde sempre destoa de posturas didáticas multiculturais, donde ainda prevalece o modelo proveniente de uma sociedade não indígena, bem como de condições precárias de funcionamento, o que destaca a prevalência de uma educação eurocentrista mantenedora da indiferença aos diferentes.

Em razão disso, o próximo tópico deste texto destina-se a algumas análises a respeito do direito à educação, sua (in)efetividade em relação aos povos indígenas brasileiros situados no estado de Mato Grosso do Sul – MS.

2. A EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA E OS POVOS SUL-MATO-GROSSEENSES: alguns apontamentos

Preliminarmente, a práxis torna translúcido o pensamento de que para um confluente e efetivo funcionamento da educação escolar indígena, em seus diferentes níveis, é imperioso o desenvolvimento de capacitações e formações específicas de gestores em relação às políticas públicas da educação diferenciada; formação aprimorada dos docentes, sejam eles indígenas ou não; confecção de material de apoio (didáticos) que respeitem, de fato, as múltiplas culturas indígenas; o estreitamento de laços entre órgãos escolares e população; dentre outras facetas de mudanças.

Nesse interim, o MEC (Ministério da Educação), a partir de 1991, implementou no Brasil a adoção sistêmica de um modelo de educação indígena, que, no entanto, não debruçou os olhares necessários à formação e capacitação gestora dos responsáveis. Contudo, é necessário considerar que o Governo Federal, por intermédio do MEC, criou programas que almejam minimizar a dívida histórica do país em relação à exclusão dos povos indígenas no que toca ao direito fundamental à educação. Nesse aporte, citamos, por exemplo, o programa Diversidade na Universidade, custeado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), bem como o programa Universidade para Todos, ProuUni, que financia, por meio de bolsas, discentes hipossuficientes economicamente em faculdades privadas do país.

Para além dessas medidas, insta consignar que as políticas de ações afirmativas promoveram o ingresso de diversos estudantes indígenas nas universidades públicas brasileiras, o que reverbera na democratização do acesso à educação. Todavia, não desconsiderando a magnitude das ações afirmativas, no que diz respeito aos povos indígenas ainda há um longo caminho a ser percorrido para que sua efetividade plena, posto que seja necessário um repensar sobre a inserção e permanência desses povos nas Universidades de um modo circular, e não individualizado, ou seja, é preciso alterar as estruturas

universitárias capazes de abarcar todas as peculiaridades linguístico-culturais.

Ademais, notório é o fato de que o contato dos indígenas com os colonizadores resultou na adoção de uma política integracionista dos povos, inclusive quanto à catequização. Todavia, a partir da entrada em vigor da atual Constituição Federal a educação perdeu (deveria perder!) seu viés assimilacionista e passou a reconhecer o ambiente escolar como um palco das diferenças interculturais.

Quanto ao Direito Fundamental à educação, os povos indígenas detêm o direito à efetivação de modo específico, intercultural, diferenciado, comunitário e bilíngue/multilíngue, de acordo com os fundamentos da Constituição Federal e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), sendo que a competência para desempenhar as políticas de educação escolar indígena é do Ministério da Educação (MEC) em parcerias firmadas com os Estados e Municípios. (FUNAI, 2022).

Sob esse aspecto:

Mas, considerada a educação como um direito fundamental do homem, já que dela depende o seu desenvolvimento digno, pode-se dizer que a educação é base da democracia. Um povo educado consegue exercer com mais facilidade a sua cidadania, realizando a liberdade, a igualdade e solidariedade, e concretizando o Estado Democrático de Direito, corroborando o cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil. (VILLAS BÔAS; MOTTA, 2016, p. 09).

Nesse sentido, a FUNAI deve atuar como garantidora e fiscalizadora de uma educação escolar que respeite a multiculturalidade, a partir de debates quanto às criações dos Projetos Políticos Pedagógicos; fiscalização das políticas públicas voltadas à educação escolar indígena; além de atuar de forma a incentivar projetos e ações que garantam o acesso e permanência dos povos indígenas no ambiente escolar, inclusive no ensino superior e pós-graduações.

Assim, a Resolução CEB (Câmara de Educação Básica), de nº. 03, de 10 de novembro de 1999, fixou as bases nacionais para desenvolvimento da educação indígena, enquanto o Decreto nº. 6.861, de 27 de maio de 2009 dispôs acerca da educação indígena em territórios etnoeducacionais.

Nesse panorama, segundo informações disponibilizadas pela Secretaria de Estado e Educação de MS – SED-MS, o Estado de Mato Grosso do Sul possui 18 (dezoito) escolas construídas em territórios indígenas, rede pública, que conta com 4.000 (quatro mil) alunos matriculados.

Com uma das maiores populações indígenas do Brasil, Mato Grosso do Sul tem desenvolvido importantes políticas públicas educacionais que atendem jovens e crianças indígenas da educação básica até a universidade.

Segundo o subsecretário de Políticas Públicas para População Indígena do Estado, Fernando Souza, os avanços têm chegado a cada vez mais pessoas. “Saímos de um patamar bastante baixo em relação à estrutura e número de alunos atendidos pelo Estado. E avançamos quase 100% nos últimos sete anos. Atualmente temos 18 escolas construídas dentro de territórios indígenas. São mais de 4 mil alunos atendidos pelo Estado dentro das áreas indígenas. Outro diferencial: além de atender toda essa demanda de alunos, quase todos os profissionais, em torno de 95%, são formados pela mão de obra indígena, por professores indígenas”, destaca.

Entre os anos de 2015 e 2022 foram realizadas 19 intervenções em escolas indígenas, somando um investimento de R\$ 4,6 milhões. Essas escolas receberam reformas gerais, adequações nas redes elétrica e hidráulica, pinturas novas e também obras de acessibilidade, segundo a SED (Secretaria de Estado Educação). (SECIC, 2022).

No que tange à estrutura da educação indígena, a já citada Resolução da Câmara de Educação Básica, no corpo do seu Art. 2º, define seus elementos básicos, estabelecendo que a localização da escola seja em áreas habitadas por grupos indígenas, cujo atendimento é exclusivo aos povos indígenas; o ensino deverá ser

ofertado na língua materna dos grupos atendidos; e, ao final, alega que a escola indígena somente será criada por meio da solicitação da comunidade, com sua autorização, e desde que respeite as formas de manifestações culturais.

Ainda de acordo com referida Resolução, os professores deverão ser preferencialmente indígenas e pertencentes à etnia em que atuarão (Art. 8º). No entanto, o vocábulo “preferencialmente” abre portas para a educação ser ministrada por pessoas não indígenas, à medida que na ausência de professores detentores das culturas indígenas, poderá ser desempenhada por quem não o é, o que torna o ensino na língua materna uma utopia, culminando com uma lesão direta ao Direito Fundamental dos povos indígenas à educação.

No intuito de tentar dirimir as dicotomias em relação ao professor indígena e a efetividade desse direito, o Estado conta com Projetos para Formação de Professores Indígenas, instituído pela Portaria nº. 1.061 de 2013, por meio da “Ação Saberes Indígenas na Escola/MEC/SECADI”, em alianças firmadas com instituições públicas de ensino superior, desde que possuam experiências quanto à pesquisa e extensão na educação indígena.

Nesse segmento, a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, por meio da Resolução COUNI/UEMS n.º 241/2003, foi uma das pioneiras no país a instituir vagas para indígenas em seu vestibular:

No ano de 2003 a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) realizou o primeiro vestibular com o sistema de cotas para negros e índios em uma universidade pública do estado. A reserva de vagas foi aprovada por meio das seguintes leis estaduais: Lei n. 2.589 de 26 de dezembro de 2002, dispõe sobre a reserva de vagas para indígenas, cujo percentual de 10% foi definido pelo Conselho Universitário da UEMS; e Lei n. 2.605 de 06 de janeiro de 2003 que dispõe sobre a reserva de 20% das vagas para negros. Mato Grosso do Sul foi o primeiro estado do país a instituir cotas de 10% para índios e o terceiro a instituir cota de 20% para negros. (BITTAR; FARIA, 2013, p.05).

Além de referida política pública decorrente de ações afirmativas, o ensino superior sul-mato-grossense também implementou o “Programa Vale Universidade Indígena”, com o intuito de auxiliar aos indígenas em relação à permanência no ensino superior.

Desse modo, no Estado de Mato Grosso do Sul existe, por exemplo, uma política pública voltada a ‘oportunizar’ o exercício do Direito Fundamental à educação superior aos povos indígenas, por meio do auxílio financeiro para manutenção dos custos. Assim sendo, referida política pública é conhecida como “Vale Universidade Indígena”, criada no ano de 2007, pelo então governador André Puccinelli, que, por sua vez, permitiu no ano de 2022, que 64 (sessenta e quatro) estudantes fossem beneficiados pelo vale quando aprovados e matriculados em cursos superiores na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS. (DOEMS, n. 10.811, de 25 de abril de 2022, pp. 04 e ss.).

Os requisitos para participar do processo seletivo para concessão do vale exigem alguns elementos, tais como, por exemplo: comprovação de ser indígena (documentalmente); possuir renda familiar máxima de até quatro salários mínimos e individual de até dois salários mínimos e meio; encontrar-se matriculado em curso superior estadual de ensino reconhecido e credenciado pelo MEC (Ministério da Educação); residir no Estado de Mato Grosso do Sul por pelo menos dois anos; não possuir outra formação superior; não perceber qualquer outro auxílio ou bolsa de estudos; bem como não possuir nenhuma reprovação ou dependência de disciplinas na graduação à época da solicitação do vale; estar inscrito no Cadastro Único; etc. (SEDHAST, 2022).

Segundo dados disponíveis na página da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, assim como na ‘Secretaria de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho’ do Estado de Mato Grosso do Sul, o valor monetário do vale destinado ao auxílio de custos ao indígena fixou-se, em 2022, em, no máximo, um salário mínimo vigente, sendo que o beneficiário deverá cumprir estágio

obrigatório de 12 (doze) horas semanais como exigência para manutenção do vale.

Em 21 de dezembro de 2009, referida política pública foi transformada em Decreto Estadual sob o n. 12.896, com o objetivo de regulamentar a Lei n. 3.783, de 16 de novembro de 2009, que tornou obrigatória a concessão do vale universidade para discentes com hipossuficiência financeira, desde que preenchidos os requisitos legais e editalícios. Assim sendo, tal Decreto adequou a política pública mencionada à realidade indígena face às peculiaridades culturais desses sujeitos.

Ainda de acordo com informações disponibilizadas no endereço virtual da Secretaria outrora citada, o escopo desta política pública é o de:

[...] assistir ao acadêmico da UEMS, por meio de um auxílio financeiro, bem como oportunizar a esse estudante vivenciar os conhecimentos obtidos no curso de graduação, através de atividades desenvolvidas em órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, bem como organizações não governamentais. O Vale Universidade Indígena, que é executado e monitorado pela Superintendência de Projetos Especiais (Suproes), que é vinculada à - Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho (Sedhast). (BRASIL, Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho, 2022).

Notamos, então, que as políticas públicas podem ser utilizadas pelo Estado como medidas eficazes para promover o desenvolvimento e efetivação dos Direitos Fundamentais, ao passo que por meio delas pode o Executivo adaptar as normas cogentes às múltiplas realidades sociais, alargando ações e diretrizes atuantes de forma capaz a concretizar os direitos que a Carta Magna vincula.

Contudo, no Estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo, essa é uma das poucas políticas públicas voltadas diretamente ao sujeito indígena, mesmo sendo um dos Estados com maior concentração de povos indígenas no país, o que, por conseguinte, nos conduz ao

pensamento de que as políticas públicas não são, em sua totalidade de possibilidades, utilizadas para atender a todas as demandas sociais.

Nesse sentido, reiteramos a necessidade de a política pública abarcar de forma sistêmica todos os Direitos Fundamentais, posto que, por exemplo, uma política pública destinada apenas à educação não promove a dignidade do sujeito, não atendendo, conseqüentemente, suas necessidades sociais, econômicas e históricas.

Nessa linha de pensamento, quando se aborda a temática dos Direitos Fundamentais em relação aos povos indígenas, é necessário fazê-la de forma circular, ou seja, a educação sozinha não garante o exercício da dignidade de nenhum sujeito. Desse modo, para que haja o efetivo direito à educação é preciso que se efetivem os demais, como, por exemplo, moradia, saúde, lazer, transporte público, segurança pública, saneamento básico, dentre outros. Exemplo disso é o gráfico a seguir exposto, em que observamos o número de ingresso e desistência na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, conforme dados do PPI (Projeto Pedagógico Institucional – 2014/2018).

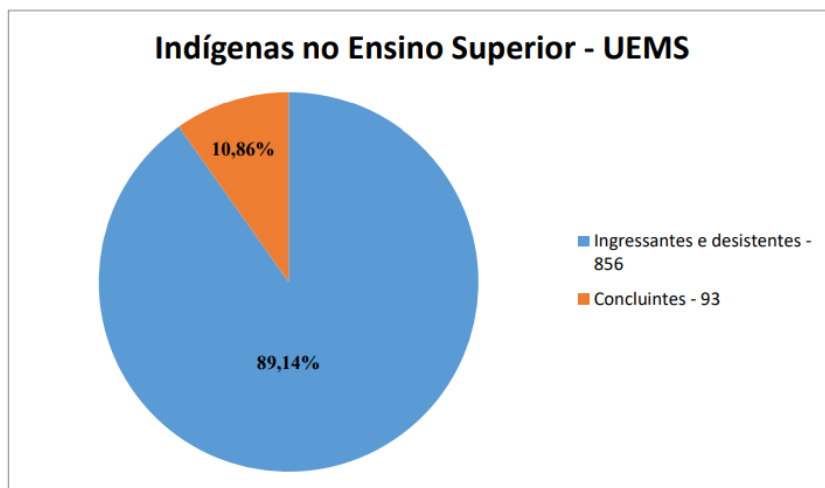


Gráfico 04: Indígenas no Ensino Superior – UEMS.
Fonte: Gráfico desenvolvido com base em dados do Plano de Desenvolvimento Institucional 2014-2018.

Seguindo essa linha de pensamento, em relação ao ano de 2020, o PPI da UEMS divulgou o total de alunos matriculados em seus diversos cursos de graduação, donde foram mapeados de acordo com sua autodeclaração quanto à etnia/cor/raça. Vejamos:

Tabela 04 – Matrículas de acordo com etnia/cor/raça na UEMS.

Etnia / Cor / Raça	UEMS
Branca	5.814
Negra	1.160
Indígena	453
Total	7.427

Fonte: DRA/UEMS – agosto, 2020.

De acordo com a tabela acima, produzida pela própria UEMS, de um total de 7.427 (sete mil quatrocentos e vinte e sete) alunos matriculados nos diversos cursos da Instituição no ano de 2020, apenas 453 (quatrocentos e cinquenta e três) são autodeclarados e comprovados indígenas, o que equivale a 6,0% (seis por cento) do total de discentes.

Assim sendo, conforme pesquisas realizadas em relação à temática, observa-se que, de certa maneira, houve um simbólico avanço no que tange às políticas públicas de inclusão social, contudo, ainda há muito o que ser feito para o ingresso e permanência dos povos indígenas em cursos do ensino superior.

Quanto ao pagamento do PVU – Programa Vale Universidade e PVUI – Programa Vale Universidade Indígena, tem-se a seguinte tabela, confeccionada pelo PPI – Projeto Pedagógico Institucional da UEMS (2021-2025):

Quadro 16 – Quantitativo de benefícios e auxílios pagos/janeiro a dezembro/2019.

Tipo de Benefício	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Total
PVU	329	313	239	229	223	220	301	300	296	262	262	262	3.236
PVUI	139	122	87	88	85	83	83	89	157	137	136	136	1.342
Total	468	435	326	317	308	303	384	389	453	399	398	398	4.578

Fonte: PROEC/UEMS – agosto, 2020.

No que tange aos valores destinados ao pagamento do Vale Universidade no ano de 2019, pagos de janeiro a dezembro, tem-se que foram pagos aos bolsistas do Vale Universidade (geral) um total de R\$ 3.236 (três mil duzentos e trinta e seis reais), enquanto que aos indígenas um monte de R\$ 1.342 (um mil trezentos e quarenta e dois reais), o que totaliza R\$ 4.578 (quatro mil quinhentos e setenta e oito reais).

A partir dos dados acima expostos, é importante destacarmos pesquisas a respeito dos egressos indígenas na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, e de acordo com informações obtidas junto ao PPI 2021-205 da própria UEMS, tem-se que:

Ferri e Bagnato (2018) analisaram a implementação de políticas públicas de Ação Afirmativa para indígenas, na UEMS, a partir do olhar dos implementadores. Constataram que, dos 856 indígenas ingressantes de 2004 a 2014, apenas 10,86% se formaram, fato que pode estar associado às situações vivenciadas como preconceitos, dificuldades com a língua e barreiras culturais. (PPI, UEMS, 2022).

Assim sendo, no que tange ao ensino superior, por mais que o Estado de Mato Grosso do Sul possua políticas públicas para ingresso e “permanência” dos povos indígenas nas IES (instituições de ensino superior), é preciso desenvolver políticas de permeabilidade cultural, em que o espaço universitário seja transformado em um ambiente de respeito ao multiculturalismo marcado pelo diálogo entre os saberes, principalmente indígena.

Ressaltamos, ainda, que o objetivo do presente texto não é o de trabalhar todos os Direitos Fundamentais em relação à efetividade indígena, mas o de ponderar e problematizar alguns deles, tal como a educação, na busca incessante pela demonstração da necessidade peculiar indigenista quanto à efetividade culturalmente diversificada.

Em suma: todos os direitos que têm relação com o indígena devem ser reconhecidos e efetivados de maneira a respeitar as culturas praticadas, uma vez que, se assim não forem, estaremos

diante da continuidade do processo integracionista desempenhado desde a colonização. É preciso conceber e tutelar os direitos dos povos indígenas a partir dos diálogos interculturais, no intuito de minimizar as atrocidades até hoje perpetuadas pela adoção de uma cultura ocidental.

NOTAS CONCLUSIVAS

Nota-se, analisarmos os povos indígenas, que esses sujeitos sempre foram marginalizados no contexto social e normativo brasileiro, o que por sua vez, evidencia o conflito com o metaprincípio constitucional intitulado de respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Ademais, os povos indígenas possuem direitos tutelados pela atual Constituição Federal, que, na maioria das vezes, não são respeitados, colocando-os em situação de supressão por grupos de maioria. Assim, a segregação dessa minoria marginalizada ganha relevo nos estudos atuais, já que tal choque de culturas afronta o reconhecimento do indígena enquanto ser humano, por pertencer a uma cultura diferenciada dos não indígenas.

Nesta seara surge, com representatividade, na sociedade contemporânea, o multiculturalismo, que por sua vez tende a discutir, compreender e respeitar as diferentes culturas existentes, reconhecendo-as a partir de suas devidas peculiaridades.

A par disso, hodiernamente, em seio societário, diversos setores sofreram, sofrem e sofrerão mutações, podendo-se citar como alvo principal de tais mudanças a economia, cultura e política, que, por si, acarretam incontáveis reflexos no ambiente particular e comunitário do ser humano.

Partindo desse pressuposto, o cerne do presente estudo foi o de analisar como se dá a estrutura indígena em um sistema social e normativo educacional. Assim, o estudo abordou o processo educacional escolar dos povos indígenas, bem como as leis aplicáveis, especialmente no que diz respeito ao Estado de Mato Grosso do Sul.

Seguindo essa linha de pensamento, tem-se que a modernidade finca suas bases na dualidade da repetição e inovação constantes, ou seja, apesar de a vida contemporânea distanciar-se da colonização em alguns aspectos, mantém comportamentos que se perpetuaram ao galgar dos anos, tal como a segregação, integração e indiferença quanto aos povos indígenas. O que mudou foi o “cenário”.

Assim, os Direitos Fundamentais devem ser concebidos sob a ótica da promoção de garantias mínimas no que tange à vida humana, ou seja, são direitos existenciais a todo grupo humano, sejam eles indígenas ou não. Nesse sentido, sua efetividade se dará, apenas, se todas as garantias mínimas forem efetivadas, não bastando apenas uma ou algumas, ou seja, estruturam-se como um conjunto do considerado fundamental à existência humana, donde não se pode concebê-los de forma fracionada ou isolada.

De tal modo, constatamos as peculiaridades do Estado de Mato Grosso Sul em relação aos demais Estados-federados, seja pela quantidade de indígenas, pelo bioma pantaneiro ou, também, pertencimento parcial ao Aquífero Guarani. Destarte, a população indígena do Estado enfrenta, diuturnamente, incontáveis conflitos decorrentes da inefetividade dos seus direitos minimamente vitais, tal como a demarcação de terras, acesso à saúde e educação que respeite suas origens, dentre outros.

Nesse sentido, o Estado de Mato Grosso do Sul não se sustentou como um modelo quanto aos seus povos, à medida que as práticas integracionistas praticadas desde a colonização, pelos espanhóis e portugueses, mantêm-se vívidas até os tempos contemporâneos, já que os povos indígenas continuam desrespeitados quanto aos seus modos de vidas, principalmente sob o aspecto cultural.

Embora existam normas que assegurem ao indígena o exercício livre da sua autodeterminação como Direito Fundamental, notamos que a primazia da realidade destoa das garantias normativas, uma vez que, no contexto sul-mato-grossense, as circunstâncias fáticas se apresentam como ceifadores

das vidas indígenas, marginalizando-os a partir da prática do etnocídio integracionista.

Assim sendo, em razão da colonialidade do poder, as políticas públicas capazes de transformarem esse cenário perverso, exponencialmente o da educação, atua na contramão da emancipação dos sujeitos, mesmo que existam amparos legais para o oposto, tais como a Constituição Federal de 1988; LDB de 1996; Parâmetros Curriculares Nacionais, PCN/1998; bem como o Plano Nacional da Educação.

Frisa-se que a contemporaneidade do sistema educacional brasileiro em relação aos povos indígenas ainda se apresenta tímida, seja por insuficiências histórico-econômicas, seja pelo descaso estatal, o que pode ser notado em relação ao gráfico e tabelas acima expostos.

Por todo o explanado neste capítulo de livro, tem-se que a educação escolar indígena encontra-se permeada de vivências e aprendizagens, ao passo que ainda no período colonial os povos foram remetidos à catequização. Assim sendo, até os tempos atuais os povos indígenas, especialmente os sul-mato-grossenses, enfrentam lutas, perdas, conquistas, retrocessos e vitórias em relação às políticas públicas educacionais.

Em razão disso, embora existam respaldos normativos para a promoção da inserção e permanência dos povos indígenas em relação à educação escolar, a práxis evidencia a latente necessidade de adequação das normas postas às múltiplas realidades experienciadas por esses povos, não bastando a existência de disposições na Constituição de 1988, LDB e RCNEI.

Em razão disso, diuturnos são os enfrentamentos desses povos para que haja, de fato, o respeito às diversidades histórico-linguísticas, bem como uma estruturação adequada curricular e gestão de profissionais capacitados face ao multiculturalismo. Logo, necessário se faz um repensar das políticas públicas e normativas em relação à educação escolar dos povos indígenas como direito fundamental, donde o ambiente escolar (em todos os seus níveis) seja permeado por posturas sistêmicas que efetivem as

múltiplas existências, sendo, portanto, um palco para a multiculturalidade do país.

REFERÊNCIAS

ANAYA, S. James. **Indigenous Peoples in International Law**. Oxford Univ. Press, 2.ed., 2004.

BANIWA, Gersem. A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012.

BANIWA. **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional. P. 1. 2006.

BITTAR, M.; FARIA, S.C. **Política e educação superior e a interiorização das universidades estaduais**. 2013. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:EsWkQLHbtE8J:www.multitemas.uadb.br/article/download/253/298+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15 set. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Ministério da Educação e do Desporto. **Diretrizes para Política Nacional de Educação Escolar Indígena**. Brasília, 1993.

BRASIL, Ministério da Educação e do Desporto. **Lei de Diretrizes e Bases**. Brasília: Congresso Nacional, dezembro, 1996.

BRASIL, Ministério da Educação e do Desporto. **O Governo Brasileiro e a Educação Escolar Indígena 1995-2002 MEC/SEF**, 2002.

BRASIL, Ministério da Educação e do Desporto. **Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas**. Brasília: MEC; SEF, 1998.

BRASIL, **Plano Nacional de Educação, Lei nº 10.172, de 09 de janeiro de 2001**. In: Diário Oficial, ano CXXIX – n.º 7 – Brasília DF.

BRASIL, **Resolução do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação CD/FNDE – nº45**, de 31 de outubro de 2003.

BRASIL. CEB – Câmara de Educação Básica. **Resolução CEB n. 3, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rceb03_99.pdf. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Resolução do Conselho Nacional de Educação. nº 3, de 10/11/99**.

BRASIL. **Resolução do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - CD/Nº 45 DE 31/10/03**.

BRASIL. Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e do Trabalho. **Vale universidade indígena**. Disponível em: <http://www.sedhast.ms.gov.br/programa-valeuniversidade-indigena/>. Acesso em: 05 set. 2022.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2002.

DOEMS – **Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul, Edição n. 10.811, de 25 de abril de 2022, pp. 04 e ss**. Disponível em: https://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO10811_25_04_2022. Acesso em 18 set. 2022.

FUNAI. Fundação Nacional do Índio. **Educação escolar indígena**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/educacao-escolar-indigena?limitstart=0>. Acesso em: 03 out. 2022.

MEC. **As leis e a educação escolar indígena**. 2022. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Legislacao%20miolo.pdf>. Acesso em: 04 out. 2022.

MEZAROBBA, Glenda . **Lies engraved on marble and truths lost forever**. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos (Impresso) , v. 1, p. 1-5, 2015.

ONU. Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (217 [III] A). Paris.

QUADROS, Jânio; FRANCO Afonso Arinos de Melo. **História do Povo Brasileiro**. São Paulo: J. Quadros Editores Culturais S.A., Vol. I, 1967.

SANTANA. Isael José. **A inefável liberdade e a seletividade pena**. Tese de doutorado em Direito. 2015. PUC – SP.

STEFANINI, Marília Rulli. **A Inefetividade dos Direitos Fundamentais em Relação aos Povos Indígenas: um olhar a partir do contexto sul-mato-grossense**. 268 fls. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Doutorado em Direito - PUC/SP. 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/24020/1/Marilia%20Rulli%20Stefanini.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. **PDI**. Disponível em: <http://www.uems.br/pdi/>. Acesso em: 30 set. 2022.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; MOTTA, Ivan Martins. **O direito fundamental social à educação e a concretização da democracia**. Publicado pelo IV SEMIDI, Volume: Direitos Humanos e Educação. ISBN: 978-85-69260-17-2. 2016. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi2016/publicacoes/livro3/Regina%20Vera%20Villas%20B%3%B4as%20e%20Ivan%20Martins%20Motta.pdf>. Acesso em: 21 set. 2022.

DA RELEITURA DA PERDA DO PODER FAMILIAR EM VIRTUDE D SÍNDROME DO BEBÊ SACUDIDO

Raquel Rosan Christino Gitahy¹
Francislaine de Almeida Coimbra Strasser²

1. INTRODUÇÃO

A Carta Maior de 1988 consagra e garante os direitos fundamentais relativos a todos logo no seu início e no seu capítulo VII os que especialmente tratam da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, atribuindo ao Estado a concretização das garantias constituídas. À família assegura a proteção estatal por ser considerada a base da sociedade, estabelecendo que às crianças e aos adolescentes devem ser resguardadas a proteção integral e a concretização de direitos que lhes assegurem o pleno desenvolvimento físico, psicológico, social e político (BRASIL, 1988).

Importante destacar que, dentre as disposições apresentadas no artigo 227, está a indicação de lei complementar competente, em forma de estatuto, para regular e estabelecer diretrizes voltadas à

¹ Doutora em Educação. Bacharel em Direito. Pedagoga. Avaliadora de cursos de Direito e Pedagogia pelo Ministério da Educação (Mec) e Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). Docente da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul e da Universidade do Oeste Paulista. E-mail: raquelgitahy.rg@gmail.com

² Doutora em Função Social no Direito Constitucional na Faculdade Autônoma de São Paulo- FADISP- SP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade de Anhanguera-SP. Docente na faculdade Unoeste de Presidente Prudente-SP. fran_coimbra_@hotmail.com

materialização dos direitos desses seres em desenvolvimento (BRASIL, 1988).

Cumprindo esta indicação constitucional, existem disposições normativas que zelam pelo bem-estar da criança no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 1990), estabelecendo que a concretização dos direitos da criança e do adolescente é dever de todos - família, comunidade, sociedade e poder público – e especificando nos artigos 22 e 24, a incumbência dos pais pelo “dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”, cujo descumprimento injustificado pode acarretar a perda ou a suspensão do poder familiar (BRASIL, 1990)

Por dialogarem com o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que coíbe quaisquer manifestações de violência ou tratamento desumano ou vexatório no âmbito das relações familiares, podem ser citados os artigos 17 e 18, que dispõem a respeito da “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente”, da proteção à “dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” e do direito à educação e cuidados “sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto”, fixando várias medidas para aqueles que desrespeitarem tais direitos (BRASIL, 1990).

Portanto, sem esquecer que o abuso em geral também pode ser cometido por outras pessoas que cuidam de menores, como é o caso de crianças em creches infantis ou crianças institucionalizadas, cujo desenvolvimento socioafetivo fica comprometido, deve-se ponderar que o exercício do poder parental quando não persegue interesses legítimos, negando interesses alheios, vai contra a proteção integral dos menores, o que conduz ao caminho da perda do poder parental, pois os pais exerceriam papéis de protagonistas do mal.

Agregue-se a ponderação de que o desrespeito às garantias explícitas, constitucionais e legais, notadamente quando se trata de maus tratos em relação aos menores, caracteriza-se como ato ilícito que enseja responsabilidade jurídica.

Como dizia Joao Guimarães Rosa (2006, p. 272), “só se pode viver perto do outro e conhecer a outra pessoa, sem perigo de ódio, se a gente tem amor. Qualquer amor já tem um pouquinho de saúde, um descanso na loucura”. E é a partir dessa dicotomia entre amor e ódio ou entre a saúde e a loucura do amor que é gerado o campo da responsabilidade jurídica advinda das tensões das adversidades num contexto de desamor, abuso ou vingança.

É cediço que as entidades familiares são consideradas meio de proteção e desenvolvimento de afeto entre os seus integrantes, de forma a tornarem-se promotoras de direitos fundamentais; mas quando quebram esse liame de afeto e carinho, o operador do direito precisa se posicionar, etiquetando hipóteses de responsabilidade civil, sem excluir a responsabilização no campo criminal.

Diante disso, este artigo propõe uma releitura das hipóteses de perda do poder familiar ante a Síndrome do Bebê Sacudido, um problema doméstico que evidencia forma grave de abuso infantil, pois intensifica a situação de vulnerabilidade dos menores, e afronta a paternidade responsável, haja vista que os pais assumem as vestes de algozes infantis.

Quando ocorre a Síndrome do Bebê Sacudido, ou seja, há uma lesão cerebral não acidental causada por sacudidas violentas no corpo da criança porque a mesma não para de chorar, um desafio se perfaz: mesmo sem disposição normativa específica que regulamente essa situação, a perda do poder parental é a hipótese que se persegue no presente artigo, tendo em vista o fato de tais sacudidas produzirem sequelas gravíssimas nessa criança.

Neste estudo, para se alcançar os objetivos traçados aplicou-se a abordagem qualitativa com os métodos indutivo e dedutivo, aliada a pesquisa aplicada, jurídico-exploratória e bibliográfica.

2. PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Em obediência ao artigo 227, § 8º, da Carta Magna, foi sancionada, em 1990, a Lei Complementar nº 8.068, intitulada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Desde a sua

elaboração, o documento foi reconhecido internacionalmente como referência no tratamento de indivíduos menores de 18 anos. (ROSSATO *et all*, 2016)

O ECA considera as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos e titulares de direitos fundamentais. A partir disso, é possível afirmar que possuem os mesmos direitos que os adultos, além de outros que lhes são próprios, conforme os exemplos da garantia da inimputabilidade e do direito à convivência familiar. Por serem pessoas que se encontram em uma situação peculiar de desenvolvimento, necessitam de uma atenção prioritária do Estado e há também absoluta necessidade da família e da sociedade. Nesse sentido, são pessoas diferenciadas dos adultos, não obstante possuam os mesmos direitos. Então, para assegurar-lhes a igualdade, o Estado, a sociedade e a família devem prestar atenção prioritária a essas pessoas.

A ideia de proteger as crianças, num sistema de proteção integral, foi o mote central dos assentamentos determinados pelo ECA e que abordam desde a educação e cultura até as formas de violência e os conteúdos de internet. Em razão dessa mesma ideia de proteção integral, o ECA traz em seu bojo tanto disposições relacionadas à vida civil das crianças e dos adolescentes ao regulamentar as questões de guarda, tutela, visitas, viagens nacionais e ao exterior, quanto matéria penal vinculadas às crianças e aos adolescentes, regulando os atos infracionais (BRASIL, 1990)

Apesar do ECA compor a base para qualquer discussão que envolva menores de 18 anos no Brasil, ressalta-se que a matéria está constitucionalmente assegurada e que possíveis alterações e/ou restrições devem ocorrer antes pelo rígido sistema de alteração constitucional para só então se promoverem as modificações na legislação infraconstitucional. Completa-se, ainda, que, em função do princípio da especificidade, no caso de haver outra disposição jurídica que regule matéria tratada pela Lei nº 8.068/90, o disposto no Estatuto prevalecerá sobre a regulamentação geral.

A partir dessa análise, o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) consagra a ideia de que o planejamento

familiar, por ter seu fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, não deve sofrer interferência do Estado:

Tomando o indivíduo como centro, é importante entender a liberdade como um direito que não deve sofrer restrições no âmbito das relações existenciais. A Constituição de 1988, no art. 226, §7º (Brasil, 1988), expõe a liberdade de o casal escolher seu planejamento familiar, bem como forma de eleger meios para realização dessa tarefa. Dessa forma, a família deve ser entendida em sentido amplo, abandonando uma funcionalidade restritiva de escolhas (XEREZ e ROCHA, 2019, p. 163).

Mas, a partir do momento em que a decisão de ter filhos é tomada e concretizada, é dever dos pais ampará-los emocional, social e materialmente, para o que esses pais exercem poderes sobre seus filhos. E o complexo “de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes, é conhecido como poder familiar”, conforme conceituam Pablo Stolze e Pamplona Filho (2022, p. 1.362).

Verifica-se que além desse dever mencionado de promover o amparo de seus filhos em vários aspectos, o *caput* do artigo 227 da Constituição estabelece que os direitos “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” também fazem parte desse contexto, assim como faz o dever de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o ato de procriar ou de adotar deve estar imbricado com convivência, educação, participação da vida e do crescimento das crianças, nos termos dos artigos 17, 18 e 22 do

ECA³ (BRASIL, 1990), haja vista que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Ao contrário das coisas que já possuem uma existência predeterminada, o homem tem plena liberdade para fazer-se, e aí reside a sua dignidade. Uma dignidade que, embora não seja inata, consiste em realizar um projeto de superação de sua própria condição e de toda a humanidade, visto que o homem não está fechado em si, mas presente sempre num universo humano. E a escolha desse projeto de superação da realidade afirma o valor do que escolhemos, porque nunca podemos escolher o mal, o que escolhemos sempre é o bem, e nada pode ser bom para nós, sem que seja para todos (MARTINS, 2011, p. 31).

No que toca especificamente à educação, é imperioso ressaltar que também o referido Estatuto dispõe, em seu artigo 18-A⁴, que é

³ Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

⁴ Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

vedada a imposição de tratamentos cruéis ou degradantes, bem como de castigos físicos “como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto” (BRASIL, 1990). Registre-se que referido artigo está em sintonia com a Carta Maior, ao coibir de forma expressa, em seu artigo 226, § 8º, qualquer ato que enseje violência no âmbito das relações familiares (BRASIL, 1988).

Por sua vez, o Código Civil cuidou de disciplinar esse exercício de autoridade, sob a ótica do interesse do menor, nos termos do artigo 1.634⁵, para que não seja exercida com abuso, sob pena de responsabilização jurídica (BRASIL, 2002).

I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

a) sofrimento físico; ou (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

b) lesão; (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

a) humilhe; ou (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

b) ameace gravemente; ou (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

c) ridicularize. (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014)

⁵ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

É fato que a aplicação de castigos corporais era muito comum, notadamente na Grécia Antiga, em Esparta, onde era um recurso na educação dos meninos e moços. Acreditavam que quanto mais sentissem dor, mais era enobrecido o caráter e era aumentada a força desses meninos como futuros guerreiros.

E essa pedagogia se arrastou por séculos até culminar num disciplinamento corporal menos ostensivo até alcançar a regulamentação em disposições da Constituição Federal, do ECA e, por fim, da Lei do Menino Bernardo, Lei nº 13.010/2014 (BRASIL, 2014), que alterou o ECA e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, visando coibir qualquer ato de violência sobre a criança e o adolescente que esteja sob a guarda ou autoridade (D'AGOSTINE, 2003).

Dessa forma, quem imprime castigos físicos ou tratamentos cruéis ou degradantes fica sujeito a medidas psicossociais e jurídicas.

3. RESPONSABILIDADE JURÍDICA PELA SÍNDROME DO BEBÊ SACUDIDO

No Brasil, ainda no ano de 1995, a Síndrome era catalogada em casos isolados, sem ainda existirem protocolos nem de tratamento para as crianças vítimas e nem de situações em que se poderia responsabilizar os pais, imprimindo segurança jurídica.

Registra-se que, em 1998 houve um editorial da Lancet Journal relatando que, com tradução livre pelas autoras:

Com uma definição tão incerta, não é surpreendente que a síndrome tenha sido diagnosticada erroneamente e que algumas crianças com hematomas subdurais devido a outras causas tenham sido suspeitas de ter “síndrome do bebê sacudido” com pais ou cuidadores acusados de agressão. As consequências de tal erro são terríveis. [...] E dizer que 95% são devidos a NAI [lesão não acidental] ainda deixa

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

você com os 5% que não são. Como sabemos em qualquer caso particular se são os 95% ou os 5%?" [...] Assim, as lesões na cabeça representam dificuldades especiais, especialmente na ausência de sinais externos de violência. Nenhuma imagem ou investigação clínica pode diferenciar com certeza entre lesão acidental e infligida. Assim, é ainda mais importante que a "síndrome do bebê abalado" receba mais atenção e uma definição aceitável seja decidida. (SHAKEN BABIES, 1998, p. 335).

Assim, o que se evidenciou é que para a caracterização da síndrome, além de ser um mecanismo de "aceleração e de desaceleração da cabeça, de curta duração, que pode causar ruptura dos delicados vasos cerebrais e retinianos, e gerar hematoma subdural agudo, hemorragia subaracnóidea, hemorragia intraparenquimatosa e hemorragia intraocular ou retiniana". (TEODORO; LAMÔNICA e RIBEIRO, 2017, s.p).

Para elucidar, focar-se-á um caso prático retirado da sociedade de pediatria (SOPERJ, 2019), do Rio de Janeiro publicado em revista pelos autores Oliveira, Fortes, Mól, Rezende, Costa, Machado (2019, s.p.):

Uma lactente, feminina, 4 meses, melanoderma, natural e residente de cidade do interior do Rio de Janeiro, que iniciou quadro de tremores e sialorreia (produção excessiva de saliva), dando entrada no pronto socorro infantil (PSI) após 40 minutos de crise convulsiva. Foi medicada com Diazepam (ansiolítico) e dose de ataque de fenitoína (para prevenção de convulsões), com redução da crise. Ao exame físico, apresentava fontanela abaulada (moleira do bebê fica inchada), sem outras alterações.

Histórico de internação em UTI neonatal por baixo-peso, fratura de fêmur direito aos 3 meses e caderneta vacinal atrasada, com imunização apenas para hepatite B.

Reside com mãe e pai, ambos usuários de drogas, e com quatro irmãos, em apartamento com 4 cômodos, saneamento básico e água encanada.

Após controle das crises convulsivas no PSI, permaneceu em observação, com cateter nasal de oxigênio (O₂), evoluindo com quadro

comatoso (fica em coma, sem interação com o meio ambiente). A TC (tomografia computadorizada de crânio) evidenciou edema cerebral importante, possível área de fratura de crânio e presença de áreas compatíveis com hemorragia cerebral frontal.

A lactente apresentava-se secretiva, com queda da saturação e febre. Evoluiu com parada cardiorrespiratória, sendo necessárias manobras de reanimação. Foi transferida para UTI pediátrica, onde permaneceu por 17 dias em uso de anticonvulsivantes, antibióticos, aminas vasoativas, diurético e broncodilatadores. Foram realizados transfusão sanguínea, novos exames de imagem e ecocardiograma com doppler.

Permaneceu internada por 59 dias, com acompanhamento multiprofissional.

Foi evidenciado a Síndrome do Bebê Sacudido, pois além da tríade de hematomas, com realização de exames que comprovaram essas lesões, o contexto em que estava inserido essa criança era de abuso infantil, levando ao ajuizamento de uma ação por parte do Ministério Público, de perda do poder parental, com destinação da criança ao Abrigo Infante-Juvenil da cidade, por ordem judicial.

Ressalta-se que não é só o Ministério Público que pode ajuizar a ação, sendo que segundo Gagliano (2013)

a própria vítima, após alcançar a maioridade civil, caso ainda não haja transcorrido o lapso prescricional; todavia, se, em razão do abuso ou por qualquer outra causa, for incapaz, o seu representante poderá ajuizar a demanda, desde que também seja respeitado o respectivo prazo prescricional para a formulação da pretensão indenizatória em juízo, o prazo de três anos, nos termos do artigo 206, § 3º, V, do CC, e o seu início somente ocorrerá, tomando-se como referência caso análogo de indenização no âmbito da relação familiar, quando atingida a maioridade (GAGLIANO, 2013, s.p.).

Verifica-se que uma característica relevante da Síndrome, segundo Oliveira, Fortes, Mól, Rezende, Costa, Machado (2019, s.p.), “é o fato de o choro do bebê ser referido como o principal gatilho para sua ocorrência. Apesar de ser um importante meio de

comunicação do bebê, o choro pode gerar sentimentos negativos nos cuidadores, tais como frustração, estresse e raiva”.

Assim, para configuração da síndrome faz-se necessário uma rede de suporte multidisciplinar e de apoio ao menor, pois em caso de suspeita ou de evidências de maus tratos, o Conselho Tutelar deve ser acionado, além de ajuizamento de ações por parte do Ministério Público, da própria vítima ou de seu representante e a guarda transferida para um abrigo de crianças do local.

Agrega-se a isso que quando o castigo ocorre no lar, que não é necessariamente um local físico, ou seja, não é um lugar formado somente por matéria, a exemplo, uma casa ou um apartamento, mas sobretudo enfeixado com os aspectos imateriais, que seriam os sentimentos desenvolvidos em torno de um ambiente no qual há formação da afetividade entre pessoas, sobretudo num ambiente onde passa a ser desenvolvido memórias afetivas, intensifica os fatores para culminar na responsabilização jurídica. (MELO FILHO, 2022).

Assim, pelo fato da promoção, controle e efetivação de direitos serem os eixos irradiadores para a proteção integral da criança, passa a ser um problema de saúde pública a questão da Síndrome do Bebê Sacudido por se tratar de abuso infantil, que deve ensejar perda do poder parental.

Como se não bastasse, pelo fato de ser pouco divulgada, Gagliano chama a atenção das lesões cerebrais que podem até causar a morte e que merecem um plano jurídico de enfrentamento pelas repercussões que surgem em face do alto significado jurídico, com a respectiva responsabilização civil. (GAGLIANO, 2022).

O art. 186 do Código Civil Brasileiro dispõe que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002).

Da mesma maneira, o artigo 187 da mesma forma define ato ilícito: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002).

E, em complementação, o artigo 927 do mesmo dispositivo legal refere-se ao dever de indenizar como: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2002).

O amparo legal para a perda do poder parental está no castigo imoderado do filho, ressaltando que:

o dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre como vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, de modo que, se de sua inobservância resultaram traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentos pelo filho” (RESP N. 1.887.697/Rj, RELATORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, JULGADO EM 21/9/2021, Dje De 23/9/2021).

Dessa forma, para que ocorra a responsabilização jurídica, faz-se mister além dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, quais seja, conduta, dano e nexos de causalidade, conforme mencionado nos aludidos artigos, que haja também a presença da culpabilidade, por se tratar de responsabilidade civil subjetiva:

Note-se que nem sempre o agente terá agido dolosamente, ou seja, com a intenção de agredir.

Aliás, não é improvável que, por desconhecimento ou ignorância, um dos pais ou parente imagine estar “educando” um bebê ao sacudi-lo violentamente.

Em tal situação, posto o dolo (intenção) possa não estar configurado, é inequívoca a configuração da culpa, pela violação manifesta a um

dever de cuidado e atenção, o que poderá, em tese, conduzir ao pagamento de uma indenização, no âmbito da responsabilidade civil, pelo dano sofrido, sem prejuízo de outras eventuais sanções civis ou, até mesmo, criminais. (GAGLIANO, 2013, s.p.).

Já no campo da responsabilização criminal, pode ensejar a depender do resultado maus tratos, lesão corporal, homicídio ou até tortura, mediante as elementares do tipo emprego e violência e intenso sofrimento físico. (GAGLIANO, 2022)

Dessa forma, a avaliação correta do que ocorreu para averiguar os elementos da tríade da síndrome do bebê sacudido é essencial, além da análise do contexto familiar ou institucional em que essa criança está envolvida para imprimir segurança jurídica e a punição desse problema macro, de violência infantil, tendo em vista o impacto no desenvolvimento dessas crianças, como, afirma Lopes (2013, p.25) “parada ou comprometimento respiratório; irritabilidade; convulsões; diminuição do nível de consciência”, parada cardíaca, além dos problemas a longo prazo, segundo Lopes, Eisenstein e William (2013, p.429) “como dificuldade de aprendizagem, problemas com a visão, incluindo cegueira, deficiência física e auditiva, paralisia cerebral, problemas com a fala, convulsões, déficit cognitivo e até a morte”

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo propôs uma reflexão acerca da responsabilização jurídica, notadamente no campo civil, quando se tratar da Síndrome do Bebê Sacudido, que é uma das causas de lesão não acidental, decorrente do ato de sacudir a criança de forma violenta e intencional ou decorrente de culpa por violação de um dever de cuidado e de atenção. Síndrome difícil de diagnosticar, pois além de detectar a presença da tríade de hematomas subdurais hemorragias retinianas e encefalopatia por meio de exames específicos, como tomografia do crânio ou exame do fundo do olho, deve-se analisar, sobretudo, se o ambiente em que está inserida

essa criança é de violência. Mas, ainda que difícil, o diagnóstico é essencial para a promoção da saúde infantil e a correta responsabilização jurídica, civil ou, até mesmo, criminal.

Considerando que essa violência por maus tratos, ante a possibilidade de causar severos danos ao bem-estar e higidez e inclusive a morte em crianças de até 02 anos, houve apontamentos no sentido de que essa Síndrome é uma questão de saúde pública e de que deve ocorrer a promoção de políticas públicas para a capacitação dos profissionais de saúde para a análise e investigação dos casos atendidos. Isso porque a inexistência no país de normas técnicas para orientar os profissionais de saúde acaba por dificultar as práticas necessárias para diagnosticarem, registrarem e notificarem os casos analisados.

No campo jurídico, quanto à responsabilização civil, os apontamentos foram no sentido de que à conduta, ao dano e ao nexo de causalidade, agregar-se a culpabilidade; pois, ainda que não esteja configurada a intenção de sacudir propositalmente a criança, há a violação evidenciada do dever de cuidado, ensejando uma indenização pelo dano ocorrido, pondendo também resultar na perda do poder parental.

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL. **Lei 13.010, de 26 de junho de 2014**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13010.htm. Acesso em; 27 out. 2022.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP N. 1.887.697/Rj**, Relatora Ministra **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, Julgado em 21/9/2021, Dje De 23/9/2021.

D'AGOSTINE, Sandra Maria Cordova. **Adolescente em conflito com a lei e realidade**. Curitiba: Juruá, 2003.

GAGLIANO, P. S. **A síndrome do bebê sacudido e o silêncio dos inocentes**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25251/a-sindrome-do-bebe-sacudido-e-o-silencio-dos-inocentes>. Acesso em: 27 out.2022.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de Direito Civil, Volume único**. 6. ed. São Paulo, Saraiva Jur, 2022.

LEE C, BARR RG, CATHERINE N, WICKS A. **Age-related incidence of publicly reported Shaken Baby Syndrome cases: Is crying a trigger for shaking?** Journal of Developmental and Behavioral Pediatrics. 2007; 28(4):288-293. Disponível em: <https://pubmed-ncbi-nlm-nih-gov.translate.google/17700080/>. Acesso em 28 out. 2022.

LOPES, N.R.L. Trauma craniano violento: conhecimento parental e avaliação de material informativo. 2013. Mestrado em Psicologia. Dissertação. Disponível em <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/6038/4979.pdf?isAllowed=y&sequence=1>. Acesso em 30.10.2022

LOPES, N.R.L., EISENSTEINB, E; WILLIAM, L.C.A. Abusive head trauma in children: a literatura review. **J Pediatr**. 2013. p. 426-433. Disponível em <https://coek.info/pdf-abusive-head-trauma-in-children-a-literature-review-.html>. Acesso em 30 out.2022.

MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana: Princípio Constitucional Fundamental**. 1. ed, (2003) 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011

MELO FILHO, C. A. V. A. **No wrong way home e uma possível concepção de lar.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1817/No+wrong+way+home+e+uma+poss%C3%ADvel+concep%C3%A7%C3%A3o+de+lar>. Acesso em: 27 out. 2022.

OLIVEIRA IF, FORTES CPDD, MÓL VS, REZENDE R, COSTA LR, MACHADO T. **Síndrome do Bebê Sacudido** - Um Relato de Caso. - Revista de Pediatria SOPERJ. 2019, p. 46-49. Disponível em http://revistadepediatriasoperj.org.br/detalhe_artigo.asp?id=1096. Acesso em 30 out. 2022

ROSSATO, L. A; LÉPORE, P. E; CUNHA, R. S. Estatuto da criança e do adolescente: **Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo**. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

SOPERJ, Sociedade de pediatria do Estado do Rio de Janeiro. **Síndrome do Bebê Sacudido. Um relato de caso.** Edição: junho de 2019. Disponível em: http://revistadepediatriasoperj.org.br/detalhe_artigo.asp?id=1096. Acesso em: 27 out. 2022.

TEODORO, A. T. H. e LAMÔNICA, D. A. C. e RIBEIRO, C. C. **Síndrome do Bebê Sacudido:** consequências para o desenvolvimento. Journal of Applied Oral Science. Bauru: Faculdade de Odontologia de Bauru, Universidade de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002869276>. Acesso em: 28 out. 2022.

SHAKEN BABIES. Editorial **The lancet**. Vol. 352. p. 335. 1998. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(98\)21031-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(98)21031-2) Disponível em [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(98\)21031-2/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(98)21031-2/fulltext). Acesso em 30 out.2022.

XEREZ, R. M; ROCHA, K. K. B. de M. **Análise jurídica da poliafetividade a partirdo filme“Eu Tu Eles”.** Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura. v.5, n.1, janeiro-junho2019.Doi:<http://dx.doi.org/10.21119/anamps.51.149-171>

DEMOCRACIA NO BRASIL: BOLSONARO A HISTÓRIA JAMAIS TE ABSOLVERÁ

Carlos Augusto de Oliveira Diniz. (UFJ)¹.

Dabel Cristina Maria Salviano (UEMS)².

Rogério Nogueira Guimarães (UEMS)³.

INTRODUÇÃO

Não é recomendado fazer citação na introdução de texto científico. Porém, o leitor nos dará essa licença, que não é nada poética, é uma licença necessária, para analisar o objeto do presente trabalho, a saber: a democracia no Brasil.

No dia 21 de outubro de 2022 o ex-deputado Roberto Jefferson (PTB) publicou vídeo na internet em que agride a ministra Cármen Lúcia do Supremo Tribunal Federal (STF) por discordar do seu voto no julgamento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE⁴) que obrigou a retirada de *fake news* da emissora de rádio, TV e

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Federal de Jataí-UFJ. E-mail: carlosaugustodiniz@hotmail.com

² Doutoranda em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Professora Efetiva do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: dabel_salviano@hotmail.br.

³ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: rogerio.ng@hotmail.com.

⁴ A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 119 estabelece que o TSE é composto, no mínimo, de sete ministros titulares. Desse total, três são provenientes do Supremo Tribunal Federal (STF), dois vêm do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dois são juristas advindos da advocacia.

plataformas de internet Jovem Pan. (BRASIL DE FATO, 2022). Cite-se as falas:

“Eu tô indignado, fui rever o voto da bruxa de Blair, da Cármen ‘Lúcifer’, na censura prévia à Jovem Pan, olhei de novo, não dá pra acreditar... Lembra mesmo aquelas prostitutas, aquelas vagabundas, arrombadas, né? Que aí viram pro cara e dizem 'Ih, benzinho, no rabinho? Nunca dei o rabinho, é a primeira vez'... Ela fez pela primeira vez, ela abriu da inconstitucionalidade pela primeira vez... Ela diz assim, “é inconstitucional censura prévia, é contra a súmula do Supremo, mas é só dessa vez, benzinho... Bruxa de Blair, é podre por dentro e horrorosa por fora, é uma bruxa, uma bruxa... Se puser um chapéu bicudo e uma vassoura na mão, ela voa... Deus me livre dessa mulher que tá aí nessa latrina que é o Tribunal Superior Eleitoral”, disse Roberto Jefferson. (BRASIL DE FATO, 2022).

Esta é a introdução, ela é autoexplicativa sobre o momento vivido no Brasil em 2022. Além disso, é preciso deixar claro que ex-deputado Roberto Jefferson é aliado de primeira ordem de Jair Messias Bolsonaro, que por sua vez foi derrotado nas eleições de 2022 por Luiz Inácio Lula da Silva.

O conteúdo da fala é abjeto, repugnante, asqueroso e indica a necessidade urgente de uma reflexão sobre a democracia no Brasil, pois é cada vez mais gritante que a eleição presidencial de 2022 não é uma disputa entre dois candidatos, é algo muito maior que isso, o que está em disputa é a civilização (Lula) contra a barbárie (Bolsonaro), a vida (Lula) contra a morte (Bolsonaro), é o direito de viver (Lula) contra o direito de matar (Bolsonaro), é a Democracia (Lula) contra a ditadura (Bolsonaro).

1. PRECAUÇÕES METODOLÓGICAS PARA ANALISAR A DEMOCRACIA NO BRASIL

Durante a graduação já é possível que um estudante de Direito tenha recebido uma carga de conteúdo capaz de lhe apontar para uma conclusão, uma ideia que está intimamente ligada ao modo

como ele poderá compreender o mundo a partir daquele momento. Essa conclusão ou compreensão do mundo pode ser resumida da seguinte forma: Vivemos em uma democracia!

De fato vivemos em uma democracia não nos resta dúvida alguma, essa conclusão assume caráter inabalável, caráter este muito presente em definições formais, ou seja, toma-se a forma como expressão da substância, da matéria, do conteúdo. Essa compreensão formal de um conceito, como é o conceito de democracia, pode satisfazer aqueles que se contentam com uma vida de privação de liberdade, saúde, educação, moradia, participação política, etc.

Mas é possível que quem compreenda o Brasil como uma democracia o faça por equívoco e é justamente para esse indivíduo que precisamos apresentar uma abordagem minimamente capaz de desvelar a realidade da democracia. É preciso desmistificar a ideia de democracia no Brasil para que possamos compreendê-la em seus aspectos mais concretos ou substanciais.

Ademais, podemos dizer que aqueles que definem o Brasil como uma democracia podem ser separados em dois grupos básicos: enganadores e enganados. Os enganadores evidentemente sabem que nunca vivemos uma democracia no Brasil, mas preferem reforçar a narrativa farsante para manter os enganados na penumbra do conceito formal de democracia num lugar de letargia que impede a percepção da realidade.

Neste sentido, é necessário ponderar que a compreensão do conceito de democracia é fundamental para auxiliar no entendimento da ascensão antidemocrática virulenta no Brasil recente. Existem vários caminhos para que se possa chegar ao conceito pleno de democracia e conseqüentemente chegar a compreensão do que é o Brasil recente.

Logo, a proposta deste texto é construir um entendimento não pela afirmação do que seja a democracia, mas sim pela negação, ou seja, não será dito o que é democracia e sim o que não é democracia partindo da realidade brasileira. Portanto, a caminho que será percorrido neste trabalho será construído não propriamente pela

escolha do que se quer, mas pela negação do que não se quer e de antemão podemos dizer que na história do Estado brasileiro não existe/existiu democracia em momento algum de 22 de abril de 1500 a 01 de novembro de 2022 (data de envio deste texto).

Logo, de antemão precisamos estabelecer alguns postulados, ou precauções metodológicas, para o desenvolvimento do presente trabalho. O primeiro postulado é o seguinte: *A história do Brasil não nos habilita a dizer o que é democracia, porém nos habilita a dizer o que não é democracia.*

Com esse postulado queremos expressar que estamos construindo uma análise a partir do real, do concreto, por isso temos elementos históricos para definir o Brasil como uma *não democracia*, relembre-se: genocídio indígena iniciado em 1500, escravidão, luta pela terra, proclamação da República, revolução de 1930, ditadura do estado novo, golpe de 1964, lei de anistia para agentes do Estado que torturaram e assassinaram durante a ditadura militar, massacre do Morro do Fallet em 2019, genocídio cotidiano da população negra, Emenda Constitucional 95 (teto dos gastos) e Sistema da Dívida Pública, mistanásia de 688.000 mortos em decorrência do COVID-19, enfim, os exemplos são infundáveis.

Os exemplos acima citados que definimos como *não democracia* são determinantes do segundo postulado necessário para o desenvolvimento deste trabalho. O segundo postulado liga-se com uma abordagem filosófica da democracia, pois a filosofia nos permite entrar e sair do *passado* sem preocupação com a linearidade histórica, Com isso quer-se dizer que a filosofia nos permite trabalhar com objetos considerados em conjunto sem que necessariamente eles sejam sequência temporal um do outro.

Além disso, uma abordagem filosófica permite trabalhar os conceitos de modo abstrato, pois apesar de partimos da realidade concreta do Brasil é fundamental que tenhamos condições de construir/pensar em abstrato para desenvolver a análise, visto que comungamos a compreensão que a ideia surge da matéria e não o contrário. Portanto, o segundo postulado deste trabalho é o seguinte: *A democracia no Brasil deve ser abordada do ponto de vista*

filosófico, livre no tempo, para uma compreensão que parta do concreto (fato) ao abstrato (ideia).

Para estabelecer o terceiro postulado é necessário definir o *Poder*. Seria uma incompletude científica preocupante fazer análise sobre democracia sem abordar aquele que talvez seja o elemento pujante da democracia que é o *Poder*, pois compreendemos que assim como o poema porta a poesia a democracia traz consigo o poder, portanto assim como é necessário uma alma sensível para enxergar a poesia exalada pelo poema é necessário ter profundidade de análise para ver que falar de democracia é falar de *Poder*.

Ademais, o *Poder* não tem identidade, não tem um dono. Quando num sistema político as instituições sucumbem a um suposto dono do *Poder*, ou um guia/representante da instituição a democracia já terá desmoronado, pois sua essência pressupõe que as instituições diluem, arrefecem as personalidades de seus membros, ou seja, em uma democracia saudável jamais as instituições poderão ser tomadas por uma personalidade.

Neste sentido, ao o terceiro postulado é o seguinte: *O Poder só existe onde não precisa ser invocado, pois quando na ação faltar sutileza, suavidade, leveza teremos uma ação de violência (entendida em sentido amplo) que é necessariamente a oposição do ideal de democracia ocidental.* Logo, para saber se uma democracia está consolidada é preciso ver se os freios e contrapesos do sistema político estão funcionando com sutileza, leveza, suavidade caso contrário o cenário será a instabilidade e caos.

2. DEMOCRACIA: UM CENÁRIO PARA UMA LITURGIA DE EQUILÍBRIO

Em profundidade não há como dizer se a arte imita a vida ou se seria vida quem imitasse a arte, mas uma coisa é certa, a arte é um instrumento formidável de interpretação da vida. Neste norte, nos é permitido construir uma analogia entre o teatro e o sistema democrático brasileiro, pois ambos dependem de um conjunto de

elementos intrínsecos e extrínsecos que serão fundamentais para a comunicação com a plateia.

Imaginemos que uma plateia esteja assistindo a peça *Macbeth* de William Shakespeare. Esse público somente será cativado se o cenário não ruir, ou seja, se o cenário desmoronar o caos se instala, pois: 1 - os atores abandonam seus personagens e o coadjuvante acha que pode ser o protagonista; 2 - os assistentes técnicos se acham no direito de entrar em cena; 3 - a plateia ao perceber que o cenário desmoronou sai do teatro desiludida e acaba entrando num show de *stand up comedy* de humor negro estrelado por um idiota que ali faz piadas com tortura, condição da mulher, holocausto, ditadura, etc.

Dessa forma, percebe-se que depois do desmoronamento do cenário da peça de William Shakespeare o público se desiluiu e acabou caindo nos braços de um espetáculo da pior qualidade possível. Isso é o que ocorreu com a democracia no Brasil de 2016 para cá, ou seja, a população (plateia) trocou a defesa da democracia pelo fascismo e como marco dessa troca podemos eleger, dentre outros, as eleições de 2018 em que o idiota do *stand up* conquistou o público.

Feita a analogia é importante explicar porque fizemos essa comparação aparentemente esdrúxula entre teatro e democracia. Na verdade essa comparação é fruto de uma abordagem do pensador italiano Norberto Bobbio, mas é necessário ponderar que o foco de sua análise é a política da Itália, porém sua forma de pensar contribui com a construção do raciocínio delineado neste trabalho. Vejamos:

A distinção das diferentes formas do poder, com base no critério da sua diferente visibilidade, adquire relevância especial num sistema democrático, porque a democracia é idealmente o governo do poder visível, ou seja, do poder que se exerce ou deveria se exercer publicamente, como se se tratasse de um espetáculo a que são chamados para assistir, para aclamar ou para silenciar, todos os cidadãos. Mais de dois mil anos atrás, Platão, para referir-se ao governo democrático, usando de uma conotação intencionalmente

negativa, usou a expressão “teatrocracia”. O sistema político italiano presta-se perfeitamente a esse exame. Em relação aos estratos que o compõem e nos quais pode utilmente ser decomposto para uma análise em profundidade, é possível distinguir, com base no critério de diferentes graus de visibilidade, três faixas que chamarei de poder emergente ou público, que é a do governo propriamente dito, a faixa do poder semi-submerso ou semipúblico, que é a do subgoverno, e a faixa do poder submerso, oculto ou invisível, que não tem ainda nome (mas existe, e como!) e poderia ser chamada de criptogoverno. (BOBBIO, 1999, p. 204).

Então precisamos designar em nossa analogia quem representa o poder emergente ou público, ou seja, aquele que aparece para o público. No teatro são os atores e na democracia são as instituições do Estado Democrático do Direito que são exclusivamente duas, Executivo e o Legislativo⁵.

Já no que Bobbio definiu como a segunda faixa do poder temos o poder semi-submerso ou semipúblico, ou seja, o cidadão tem ciência da sua existência ele é enxergado, porém não é compreendido como protagonista porque em essência sua função é dar suporte/apoio ao poder emergente (Executivo e Legislativo). Logo, como instituições do Estado Democrático de Direito semi-submersas, ou semipúblicas temos o Judiciário e o Ministério Público.

Neste ponto do texto deve-se fazer uma nota explicativa. Olhando para a estrutura do Estado Democrático no Brasil e confrontando com a lição de Norberto Bobbio, citada acima no texto, é preciso ter algum cuidado, pois não se deve tomar a lição de Norberto Bobbio ao pé da letra com interpretação literal quando ele usa o termo *poder semi-submerso ou poder semipúblico*.

Deve-se ter cautela/cuidado de não tomar a definição de Bobbio de modo literal por dois fatos: Em primeiro lugar é de se

⁵ Segundo a analogia aqui desenhada: Ator (teatro) é igual ao Poder Executivo e/ou Poder Legislativo (Democracia brasileira) que é igual a poder emergente (definição de Norberto Bobbio). Portanto, Ator = Poder Executivo e/ou Poder Legislativo = poder emergente.

ponderar que visivelmente quando ele utiliza o termo *poder* está se referindo a uma compreensão ampla, geral e abstrata do termo. O termo poder no contexto da obra de Bobbio assume um caráter de poder quanto verbo, ou seja, poder quanto ação.

Porém, para o raciocínio delineado neste artigo preferimos utilizar o termo em uma concepção mais concreta do ponto de vista de estrutura institucional, ou seja, tomamos o termo com o caráter de poder quanto *substantivo*, ou seja, quanto definição de uma instituição que, por exemplo, são exclusivamente o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Feito o alerta agora é necessário explicar porque aqui não inserimos o Judiciário como poder emergente? Ao contrário, porque inserimos o Judiciário como representante do dito poder semi-submerso ou poder semipúblico.

Antes de explicar é preciso ratificar a segunda e terceira precauções metodológicas estabelecidas no item 1 deste artigo, ou seja, aqui nos comprometemos em fazer uma abordagem filosófica e portanto, livre. Mas, que não se confunda liberdade filosófica com falar o que quiser sem embasamento. Importante ainda é externar que não coadunamos com as ideias repugnantes daqueles estúpidos que bradam pelo fechamento do Supremo Tribunal Federal e demais órgãos do Judiciário. Dito isso passemos a explicação.

O Judiciário não pertence ao poder emergente, como os poderes Executivo e Legislativo, pelo simples fato de que o Judiciário não é poder, apesar do “*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”, pois o mesmo texto constitucional é claro ao dizer que no parágrafo único do artigo 1º, “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

O Judiciário e o Ministério Público não são poderes porque sua estrutura não permite que o povo escolha seus membros, diga-se de passagem, o povo por intermédio do sufrágio elege diretamente o Prefeito, Governador, Presidente, Vereador, Deputado, Senador, mas não elege o Juiz, Desembargador, Ministro, Promotor, Procurador. E justamente por isso quando se fala em democracia

no Brasil é fundamental estabelecer de modo claro que o Judiciário e o Ministério Público não são poderes, mas sim funções do Estado.

Essa compreensão resta clara quando analisamos o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal com a forma de composição/ingresso no Judiciário e no Ministério Público, que se dá por indicação ou por concurso público. Para evitar qualquer compreensão errada dessa conclusão é importante ressaltar que além do que diz a Constituição Federal temos ainda a lição de Charles-Louis de Secondat também conhecido como Barão de Montesquieu:

Existem três espécies de governo: o REPUBLICANO, o MONÁRQUICO e o DESPÓTICO. Para descobrir sua natureza, basta a ideia que os homens menos instruídos têm deles. Suponho três definições, ou melhor, três fatos: “o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 19).

Neste sentido, segundo o que está na Constituição Federal o Brasil é uma República, diga-se de passagem, a proclamação da República no Brasil ocorre devido a um golpe de Estado em 1889, mas esse é tema para outro artigo. Retomando o pensamento do Barão de Montesquieu ele ainda aprofunda a análise do governo republicano e das leis relativas à democracia:

Quando, na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma Democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, chama-se uma Aristocracia. O povo, na democracia, é, sob certos aspectos, o monarca; sob outros, é súdito. Só pode ser monarca com seus sufrágios, que são suas vontades. A vontade do soberano é o próprio soberano. Logo, as leis que estabelecem o direito de sufrágio são fundamentais neste governo. Com efeito, neste caso, é tão importante regulamentar como, por quem, para quem, sobre o que os sufrágios devem ser dados, quanto

é numa monarquia saber qual é o monarca e de que maneira deve governar. (...) O povo que possui o poder soberano deve fazer por si mesmo tudo o que pode fazer bem; e o que não puder fazer bem, deve fazê-lo por meio de seus ministros. Seus ministros não são seus se ele não os nomeia; logo, é uma máxima fundamental deste governo que o povo nomeie seus ministros, isto é, seus magistrados. Tem necessidade, como os monarcas, e até mais do que eles, de ser conduzido por um conselho ou senado. Mas, para que nele tenha confiança, deve eleger seus membros, quer os escolhendo por si mesmo, como em Atenas, quer por algum magistrado que estabeleceu para elegê-los, como se praticava em Roma em algumas oportunidades. (MONTESQUIEU, 1996, p. 19/20).

No caso brasileiro o mais próximo que temos do que apontou Montesquieu são nomeações, após aprovação pelo Senado Federal, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Juízes dos Tribunais Regionais Federais, o Procurador-Geral da República. Hoje no Brasil o Judiciário possui 18.168 magistrados ativos segundo o Conselho Nacional de Justiça (2018), portanto uma ínfima parcela/porcentagem ingressa por indicação e aprovação do Poder Executivo e Poder Legislativo, pois a quase totalidade dos membros do Judiciário e Ministério Público ingressam pela via do concurso público.

Sendo assim, ressaltamos que Judiciário e Ministério Público não são poderes, pois ambos são funções do Estado Democrático de Direito e justamente por isso não podem ser enquadrados como poder emergente, público visível, aparente, mas sim como instituições que pertencentes ao que Bobbio definiu como poder semi-submerso ou poder semipúblico e, portanto no teatro seriam o Diretor de Atores⁶ e na democracia brasileira são o Judiciário e o Ministério Público⁷.

⁶ Diretor de Atores é aquele que tem o papel de assessorar o ator na interpretação contribuindo com possibilidades e recursos interpretativos aplicáveis a determinada situação dramática objeto da cena.

⁷ Segundo a analogia aqui desenhada: Diretor de Atores (teatro) é igual ao Judiciário e/ou Ministério Público (Democracia brasileira) que é igual a poder

Por fim temos a terceira faixa de poder definida por Bobbio como o poder submerso, oculto ou invisível. O pensador italiano define essa faixa de poder como criptogoverno. Nesta faixa enquadram-se aqueles seguimentos que estão totalmente invisíveis aos olhos do público/plateia, mas que nem por isso deixam de atuar de modo contundente para direcionar a compreensão do público sobre o espetáculo. No caso do sistema democrático brasileiro podemos citar como criptogoverno o sistema financeiro. A elite rentista (financeira) está para o sistema democrático brasileiro como o Produtor⁸ está para o teatro⁹.

Na analogia entre o teatro e a estrutura democrática brasileira, tomando como corte o golpe de Estado de 2016, percebemos que o responsável pelo desmoronamento do cenário democrático brasileiro foi o sistema financeiro, que no teatro teria a função de produtor, que na definição de Bobbio é o criptogoverno.

O cenário democrático brasileiro desmoronou com o golpe de Estado de 2016 devido a uma ação muito bem arquitetada pelo sistema financeiro (produtor, criptogoverno) ao incentivar, induzir, encorajar o Ministério Público e Judiciário a entrarem em cena quando na verdade essa era função exclusivamente do poder emergente (Executivo e Legislativo).

Portanto, o cenário democrático brasileiro ruiu porque o Produtor (Sistema Financeiro) encorajou o Diretor de Atores (Ministério Público e Judiciário) a entrar em cena no lugar dos Ator (Executivo e Legislativo) que deveriam protagonizar o espetáculo chamado Democracia do Brasil. A plateia (povo brasileiro) por sua

semi-submerso ou poder semipúblico (definição de Norberto Bobbio). Portanto, Diretor de Atores = Judiciário e/ou Ministério Público = poder semi-submerso ou poder semipúblico.

⁸ É aquele que define todas as estratégias de organização, preparação, divulgação, venda de espetáculo e tem ainda a responsabilidade de contatar e angariar possíveis patrocínios e/ou apoios.

⁹ Segundo a analogia aqui desenhada: Produtor (teatro) é igual ao Sistema Financeiro (Democracia brasileira) que é igual a poder submerso (definição de Norberto Bobbio). Portanto, Produtor = Sistema Financeiro = poder submerso ou criptogoverno.

vez ao ver o cenário democrático em ruína se retira daquele ambiente e opta por um show de *stand up comedy* de humor negro estrelado por um idiota que ali faz piadas com tortura, condição da mulher, holocausto, ditadura, meio ambiente, política internacional, etc.

A plateia (povo brasileiro) somente trocou o espetáculo da Democracia no Brasil pelo repugnante show de *stand up comedy* de humor negro porque se esqueceu que é ela, a plateia, o Autor(a) da peça de teatro, ou seja, é o povo brasileiro o criador da obra encenada e justamente por isso o único capaz de reescrever ou exigir que o espetáculo da Democracia no Brasil seja encenado segundo o roteiro escrito pelo povo.

3. DESEQUILÍBRIO INSTITUCIONAL NO BRASIL

O equilíbrio institucional necessário à saúde de uma democracia está desenhado nas Constituições de cada Estado. É na constituição que se pode enxergar o sistema de freios e contrapesos fundamental no processo democrático entendido em sentido amplo. Porém, seria ingenuidade acreditar que o mero desenho constitucional garantirá a pujança de um sistema democrático.

Neste sentido, o autor Steven Levitsky em sua obra *Como as democracias morrem* pondera o seguinte:

[...] nossas instituições políticas serviram como bastiões decisivos contra tendências autoritárias. Contudo, são as salvaguardas constitucionais em si mesmas suficientes para garantir a democracia? Nós acreditamos que a resposta seja não. Mesmo constituições bem-projetadas por vezes falham nessa tarefa. A Constituição de Weimar da Alemanha de 1919 foi projetada por algumas das inteligências legais mais destacadas do país. Seu duradouro e conceituado *Rechtsstaat* (estado de direito) foi considerado por muitos suficiente para impedir abusos governamentais. Porém, tanto a Constituição quanto o *Rechtsstaat* entraram rapidamente em colapso com a usurpação de poder por Adolf Hitler em 1933. (LEVITSKY, 2018, p. 99/100).

Aqui é de se trazer a discussão a terceira precaução metodológica¹⁰ estabelecida no primeiro item deste trabalho, ou seja, o poder só existe quando é exercido sem que seja notado, pois em qualquer outra situação estar-se-á diante de fraude ou violência. Portanto, o texto de uma Constituição é importante porque positiva o desenho institucional da estrutura democrática.

Porém, partindo da constatação de que democracia é *Poder*, ou seja, quando se aborda democracia em essência estamos discutindo o *Poder* e justamente por isso é importante ter a dimensão do que é uma relação de poder que, diga-se de passagem, é a linguagem da democracia. Feita essa retomada de raciocínio é importante compreender que a efetividade do poder não está em utilizar todas as possibilidades (políticas, físicas, bélicas, etc) sobre alguém com que se está relacionando, mas sim conduzir a ação/reação/comportamento do outro sem que seja necessário o empenho de todas as possibilidades.

Exemplificando, *Poder* não está em lançar uma bomba atômica sobre alguém, *Poder* é muito mais sutil que isso, *Poder* está em conduzir uma relação política entre partes diversas fazendo com que sejam tomadas as decisões desejadas sem que seja preciso uso da força. Para tanto basta que a outra parte saiba que existe a possibilidade de utilização da bomba atômica, mas que por habilidade política não foi preciso chegar ao extremo.

O Poder só é poder na medida em que é moderado, necessário, e especialmente invisível/imperceptível. O poder está mais próximo da lição de Nicolau Maquiavel sobre utilizar o mau apenas quando e na medida do necessário, seria a afirmação do ditado popular: *Não se deve chutar cachorro morto*.

Neste sentido, o poder não pode ser capturado por um texto constitucional. O poder está no texto escrito da Constituição, mais que isso ele está justamente naquilo que não pode, ou não precisa,

¹⁰ O Poder só existe onde não precisa ser invocado, pois quando na ação faltar sutileza, suavidade, leveza teremos uma ação de violência (entendida em sentido amplo) que é necessariamente a oposição do ideal de democracia ocidental.

ser escrito. Não é porque a Constituição prevê o *impeachment* que eu devo utilizar essa possibilidade de maneira inconsequente. O equilíbrio institucional depende justamente dessa capacidade de que as instituições se relacionem sem chegar ao limite de suas possibilidades.

Portanto, o equilíbrio democrático depende em grande medida do que não está escrito no texto constitucional porque a tomada de decisão que em democracia é ato político não tem como estar positivado, pois a tomada de decisão é um processo influenciado por fatores impossíveis de serem sintetizados em texto legislativo tais fatores se originam de questões militares, sociológicas, religiosas, históricas, filosóficas, econômicas, políticas, enfim um vasto rol.

Neste norte, o adequado funcionamento de uma estrutura democrática depende muito da capacidade de compreender os elementos importantes que não estão positivados, expressos na Constituição de cada Estado, logicamente existirá uma variação dependendo do Estado em questão, porque são questões que envolvem a *alma* de cada Estado.

Apesar das naturais peculiaridades de cada Estado Steven Levitsky apresenta duas normas fundamentais para o funcionamento de uma democracia, sendo a primeira delas a tolerância mútua:

A tolerância mútua diz respeito a ideia de que, enquanto nossos rivais jogarem pelas regras institucionais, nós aceitaremos que eles tenham direito igual de existir, competir pelo poder e governar. Podemos divergir, e mesmo não gostar deles nem um pouco, mas os aceitamos como legítimos. Isso significa reconhecermos que nossos rivais políticos são cidadãos decentes, patrióticos, cumpridores da lei – que amam nosso país e respeitam a Constituição assim como nós. O que quer dizer que, mesmo se acreditarmos que suas ideias sejam idiotas, nós não as vemos como uma ameaça existencial. Tampouco os tratamos como traidores, subversivos ou desqualificados. Podemos derramar lágrimas na noite da eleição quando o outro lado vence, mas não consideramos isso um acontecimento apocalíptico.

Dito de outra forma, tolerância mútua é a disposição dos políticos de concordarem em discordar. (LEVITSKY, 2018, p. 103/104).

Portanto, a tolerância mútua nada mais é do que a compreensão de que existem regras para se jogar no tabuleiro da democracia e dessa forma as partes de uma disputa democrática precisam conhecer e respeitar tais regras, pois se trata de um pressuposto lógico.

No Brasil a tolerância mútua nunca foi uma constante. Nossa história é marcada por golpes e repressão a toda e qualquer voz que tenha minimamente ousado incomodar e até enfrentar a opressão e exploração, estas sim uma constante para o povo trabalhador desde que os portugueses chegaram.

Neste sentido, é preciso delinear uma sequência de atos e fatos ocorridos no Brasil recentemente e que demonstra a ausência da tolerância mutua e a consequências disso na cena política nacional. Iniciamos com o seguinte:

O PSDB entrou nesta quinta-feira (30) no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) com um pedido de auditoria a fim de que se verifique a “lisura” da eleição presidencial. Na solicitação apresentada pelo coordenador jurídico da campanha do candidato derrotado Aécio Neves, deputado federal Carlos Sampaio (PSDB-SP), o partido sugere a criação de uma comissão com representantes do tribunal e de partidos para verificar o sistema que apura e faz a contagem dos votos. O texto protocolado diz que a confiabilidade da apuração e a infalibilidade da urna eletrônica têm sido questionadas pela população nas redes sociais. O G1 procurou as assessorias do presidente do Tribunal Superior Eleitoral, José Dias Toffoli, e do procurador-geral eleitoral, Rodrigo Janot, que informaram que eles não irão se manifestar. “Não tem nada a ver com pedido de recountagem dos votos nem estamos questionando o resultado. Só queremos evitar que esse sentimento de que houve fraude continue a ser alimentado nas redes sociais”, justificou Sampaio ao G1. “O pedido é em defesa do tribunal”, declarou. Na eleição, o candidato a presidente pelo PSDB, Aécio Neves, teve 51 milhões de votos (48,36%) contra 54,5 milhões (51,64%) da presidente Dilma Rousseff, reeleita pelo PT. Na petição, o PSDB cita denúncias e desconfianças na internet e nas redes

sociais, argumenta que a sociedade está questionando a veracidade do resultado das eleições e diz que a auditoria é necessária para garantir a “confiança do povo brasileiro no processo eleitoral”. (G1, 2014).

Essa ação clara, direta, objetiva do candidato derrotado nas eleições de 2014 Aécio Neves em macular o processo eleitoral em 2014 ainda renderia muitas discussões e debate no futuro, mas antes de abordar essa discussão sobre a lisura do processo eleitoral no Brasil é preciso posicionar no tempo a ação de Aécio Neves derrotado em 2014.

Essa postura pouco ou nada tolerante do candidato derrotado Aécio Neves está na sequência das manifestações de junho de 2013. Mas isso seria um problema? Inicialmente não, porém como pontua Jesse Souza a mídia conseguiu federalizar as manifestações de 2013 de modo que pautas locais foram todas direcionadas contra o governo federal, cite-se que as manifestações de 2013 foram encabeçadas pelo Movimento Passe Livre – MPL e como se sabe a mobilidade urbana é uma competência municipal e não do governo federal:

A elite econômica manda no mundo, uma vez que pode comprar todas as demais elites, seja em dinheiro vivo, seja em coisas que o dinheiro compra, como atenção midiática e prestígio construído. Quando a elite econômica sob o comando da fração financeira se une contra a presidenta depois de ganha a batalha pelo juro alto, ela desencadeia dois movimentos: aciona sua sócia no saque da sociedade, que é a mídia, especialmente a televisiva, como vimos ao examinar a estratégia de manipulação do Jornal Nacional na federalização das manifestações de junho de 2013, e tenta comprar as eleições para o executivo e o legislativo nas eleições de 2014. Por pouco não conseguiu tudo. Mas conseguiu comprar centenas de deputados de vários partidos, via financiamento privado de eleições, sob o comando de Eduardo Cunha, formando o Congresso mais venal e mais reacionário de que se tem notícia no Brasil. O executivo é o que sobrou para o povo no jogo político. É o único poder que é verdadeiro fruto da soberania popular brasileira. É por esse motivo que o parlamentarismo é tão importante para a reação conservadora. Ele permite retirar completamente o povo da política. Com a derrota

do assalto ao poder executivo do candidato Aécio Neves, reinicia-se o movimento que já havia se formado em junho de 2013. Se não fosse por bem, ou seja, nas eleições, a experiência petista terminaria por mal, ou seja, pelo golpe de Estado. (SOUZA, 2016, p. 129/130).

Sendo assim, a falta de tolerância mútua expressa na ação do candidato derrotado em 2014 Aécio Neves vem no bojo de um movimento de desestabilização do governo federal e sendo assim a atuação do lado derrotado (Aécio Neves – PSDB) não é um fato isolado está dentro de uma onda iniciada antes das eleições.

É possível fazer críticas contundentes, robustas e fundamentadas sobre os governos petistas de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Vana Rousseff, e isso é completamente necessário e natural em um cenário político democrático, porém o que se viu no Brasil foi a ausência de tolerância mútua por parte do lado derrotado nas eleições de 2014 (Aécio Neves – PSDB).

A liturgia democrática exige respeito aos ritos, pois se não for assim o público expectador não terá a confiança na teatrocracia, aqui usando uma definição/analogia construída por Norberto Bobbio, ou seja, não basta ao derrotado sair do palco é preciso garantir que o espetáculo escolhido pelo público possa ser encenado.

Logo, se compreendermos a democracia como uma peça teatral é preciso estabelecer o raciocínio de que o rito teatral pressupõe um processo que se inicia com a escrita da peça, passa pela escolha dos atores, produção de figurino, construção do cenário, ensaios, divulgação do espetáculo, encenação/apresentação, publicação das críticas, repercussão social, e por último a classificação do espetáculo como um sucesso ou fracasso.

Infelizmente a peça teatral escolhida pelo povo nas eleições de 2014 não pode ser encenada, pois os derrotados atuaram com a intolerância política, ou falta de tolerância Mútua, o que redundou em um processo apeou Dilma Vana Rousseff da Presidência da República:

Outro componente básico da pior depressão de nossa história é a crise política causada pelo golpe de 2016. Remédio para governo ruim é pressão popular e, no limite, as eleições seguintes.

Impeachment em nossa Constituição é um remédio extremo para retirar um presidente contra o qual haja provas de crime de responsabilidade dolosamente praticado no exercício do mandato. É um processo político, pois levado a cabo pelo Congresso Nacional, mas que não pode prescindir do elemento jurídico e legal: a comprovação do crime doloso de responsabilidade. E isso, evidentemente, não inclui uma manobra fiscal (a “pedalada fiscal”) aprovada por pareceres técnicos, executada por um membro do segundo escalão, que é feita todo ano desde FHC e que não envolve dolo ou desvio de recursos. Não resta mais qualquer dúvida razoável hoje de que o Brasil sofreu um golpe. O uso de uma forma constitucional sem o conteúdo acusatório adequado não torna legal o processo. E hoje sabemos que o mesmo Congresso que se inflamou contra as pedaladas tornou-as legais dois dias depois de afastar a presidente legítima. (GOMES, 2020, p. 71).

Aqui é crucial destacar que no Brasil o que Levitsky chama de tolerância mútua não se evidenciou nas ações daqueles que saíram derrotados das eleições de 2014 e isso produziu o golpe de estado de 2016. Mas para, além disso, é preciso ressaltar que mesmo com eleições frequentes o Brasil não é uma democracia em substância, talvez o seja em forma, mas nunca o foi materialmente falando.

É importante dizer isso para concluir que o golpe de 2016 foi um ataque a democracia em seu aspecto meramente formal visto que concretamente, em matéria, substância e essência, nunca existiu democracia no Brasil.

Então, é preciso compreender que a falta de tolerância mútua pelos derrotados em 2014 (Aécio Neves – PSDB) impediu que o lado vencedor pudesse continuar com sua encenação, usando a definição de Norberto Bobbio, porém o ataque feito com o golpe de 2016 fez ruir uma estrutura meramente formal de democracia, pois frisamos que no Brasil nunca existiu democracia em substância/essência.

Apesar de o golpe de 2016 ter destruído uma estrutura de democracia que existiu somente no aspecto formal foi capaz de produzir a completa sedição institucional e social desde então.

Como decorrência dessa sedição evidencia-se no Brasil um momento bastante complexo que é um processo de autofagia institucional e isso nos traz a segunda norma fundamental para o funcionamento de uma democracia descrita por Levitsky:

A segunda norma crucial para a sobrevivência da democracia é o que chamamos de reserva institucional. *Reserva* significa “autocontrole paciente, comedimento e tolerância”, ou “a ação de limitar o uso de um direito legal”. Para nossos propósitos, a reserva institucional pode ser compreendida como o ato de evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito. Quando as normas de reserva são robustas, políticos não usam suas prerrogativas institucionais até o limite, mesmo que tenham o direito legal de fazê-lo, pois tal ação pode pôr em perigo o sistema existente. (...) As democracias exigem reserva, tal como as monarquias fundadas no direito divino. Pense na democracia como um jogo que nós quiséssemos ficar jogando indefinidamente. Para garantir as futuras rodadas, os jogadores precisam não incapacitar o outro time ou antagonizá-lo a um ponto tal que ele se recuse a jogar de novo no dia seguinte. Se um dos competidores abandona o jogo, não pode haver partidas futuras. Isso significa que, embora joguem para ganhar, os adversários precisam fazê-lo com um grau de comedimento. (LEVITSKY, 2018, p. 107/108).

Já no que se refere a reserva institucional significa um reforço ao que já foi dito de que o poder não significa utilizar todas as possibilidades, pois utilizar as possibilidades em seu limite conduz a fraude e a violência, nunca ao *Poder*. A reserva institucional não se coaduna com um ambiente onde o objetivo é a destruição do outro.

Por isso onde a política está centrada no objetivo de aniquilar o antagonístico veremos num primeiro momento a sedição entre os poderes/instituições a ponto de se esvaziarem de conteúdo desvelando ao cidadão observador que em essência as instituições democráticas sempre estiverem assentadas em frágeis pilares que são incapazes de sustentar o sistema em momentos de instabilidade.

Neste sentido, retomando a analogia com uma peça de teatro podemos dizer que a na ausência de respeito mútuo e reserva institucional a plateia percebe o quão frágil é o cenário e neste momento de sedição existe um risco concreto de derrubada/destruição do cenário o que consequentemente encerrará abruptamente o espetáculo.

No Brasil a destruição do cenário teve início com a ação do candidato derrotado em 2014 Aécio Neves (PSDB) quando contestou o resultado das eleições dando exemplo brasileiro ao conceito de (in)tolerância mútua.

Não obstante, na outra ponta temos a famigerada operação Lava Jato que é o marco da sedição completa das instituições, pois o que se viu foi a exacerbação dos poderes de um juiz de piso e procuradores implantarem a sedição completa entre o Poder Executivo, Poder Legislativo, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal quebrando a reserva institucional em um nível grave, pois as instituições passaram a se atacar/chocar mutuamente destruindo por completo a reserva institucional entre as próprias instituições do Estado.

Da falta de tolerância mútua e reserva institucional o Brasil passou por um Golpe de Estado em 2016, pois a Presidenta Dilma Vana Rousseff foi apeada do poder ser que tivesse cometido crime de responsabilidade algum. Após o golpe de 2016 o povo trabalhador sofreu um processo brutal de retirada de direitos que tem como marco a reforma trabalhista e da previdência social.

Além disso, percebemos o recrudescimento da política estatal que intensifica uma real perseguição a direitos humanos e quem ousar levantar suas bandeiras durante o governo golpista de Michel Temer contra os movimentos sociais e contra partidos políticos de esquerda.

Esse processo perene de perseguição e disseminação do ódio iniciado com maior clareza em 2014 no Brasil redundou no governo mais catastrófico da história brasileira que é o governo de Jair Messias Bolsonaro. Um governo que é um híbrido de estado de exceção, escravidão, genocídio, mistanásia, ódio, pobreza,

estupidez, fome, devastação ambiental, milícias, religião, miséria, corrupção, assassinatos, negação da ciência. A tudo isso é possível chamar de *bolsonarismo*.

4. BOLSONARISMO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Procurando compreender o que é o *bolsonarismo* recorreremos inicialmente ao conceito de *massa* trazido por Elias Canetti na obra “Massa e Poder”. De pronto destacamos o fato de que existe uma padronização entre os seres que compõem as massas e é necessário compreender a que se deve essa padronização. Segundo Elias Canetti:

O acontecimento mais importante que se desenrola no interior da massa é a *descarga*. Antes disto, a massa em si não chega a existir realmente; é através da descarga que ela se integra de verdade, A descarga é o momento no qual todos os que pertencem a ela se despojam de suas diferenças e sentem-se *iguais*. Entre estas diferenças devem ser consideradas principalmente as de imposição externa: diferenças de *status*, de posição e de propriedade. Os homens, como indivíduos, sempre têm consciência destas diferenças, que têm peso enorme, forçando-os a posições claramente separadas. (CANETTI, 1983, p. 14).

A *descarga* é o fenômeno capaz de igualar, nivelar, aproximar, unir seres que são opostos/divergentes socialmente: patrão x empregado, rico x pobre, branco x preto, opressor x oprimido. Portanto, a *descarga* é o que permite que lados diametralmente opostos possam estar juntos sem se darem conta de que entre si exista distância social, política e econômica. Com a *descarga* é como se a as hierarquias sociais que produzem distanciamento entre os seres fossem suspensas por um momento, o momento da descarga:

Nas suas distâncias, o homem se torna mais rígido e mais sombrio. Ele é obrigado a suportar estas cargas e não avança, não progride. Ele se esquece de que estas cargas foram criadas por ele mesmo e deseja libertar-se delas. Mas como poderá se libertar delas sozinho?

Por mais que faça para conseguir isto, por maior que seja sua determinação neste sentido, ele continua situado entre os demais, que fazem seus esforços malograrem. Enquanto os demais se ativerem às suas distâncias, ele será incapaz de se aproximar deles. Somente todos juntos são capazes de se libertar de suas distâncias. E é exatamente isto o que acontece dentro de uma massa. Na *descarga* todas as separações são colocadas de lado e todos se sentem *iguais*. (CANETTI, 1983, p. 15).

O ser humano é por essência portador de angústia e sofrimento e isso é muito bem retratado na arte de um modo geral, pois a vida humana é uma tragédia anunciada desde o seu nascimento onde paradoxalmente inicia-se o seu processo de morte. E o que existe entre a concepção e a morte dá-se o nome de vida. Durante a vida o homem historicamente acumula um sem fim de fracassos e um ínfimo número de vitórias, some-se a isso a ciência de que a morte lhe espera ao final.

Porém, o acúmulo de derrotas ao longo da vida não é por si o causador do problema, mas sim quando essas derrotas se transformam em humilhações. A derrota é natural, mas a vida no capitalismo estruturada na exploração de muitos por poucos conseguiu transformar as derrotas em humilhações nos mais variados campos da vida.

Esse processo de transformação da derrota em humilhação é fruto da repressão social, política, econômica, sexual, ao qual o povo é submetido no capitalismo e isso gera distâncias entre os indivíduos decorrente do recalque e frustração que possuem e é justamente na densidade da massa que as distâncias desaparecem e os seres se esquecem de seus recalques e frustrações:

Dentro desta densidade, como praticamente não existe espaço entre as pessoas, os corpos se pressionam uns contra os outros, e cada um fica tão próximo do outro como de si mesmo. O *alívio* que isto provoca é impressionante. É em função deste momento feliz, no qual ninguém é *mais*, ninguém é melhor do que os outros, que os homens se transformam em massa. (CANETTI, 1983, p. 15).

E é assim que o indivíduo passa a pertencer a massa. Consolidada a massa é importante compreender que ela possui elementos fundantes, ou básicos, isso é fundamental para a uma segunda questão a ser abordada que é a compreensão de como funciona a massa bolsonarista ou o *bolsonarismo*. Bolsonaro é o ponto de descarga, ele produz o discurso para alcançar seu eleitor que é necessariamente um indivíduo ressentido, frustrado, recalçado, reprimido social-política-econômica e sexualmente.

E é pelo discurso direcionado a essa massa que o capitalismo humilhou que Jair Messias Bolsonaro produz nesses seres a limpeza ou purificação pessoal. Ao ouvir o uivo de Bolsonaro a massa bolsonarista entre em um verdadeiro estágio/estado de libertação psíquica que o faz superar momentaneamente seus traumas sociais, políticos, culturais, intelectuais, econômicos, sexuais, e enfim se percebe na prática a descarga que iguala os seres antes tão distantes.

Veja, que no governo de Jair Messias Bolsonaro ocorreu uma brutal, real, perversa, espúria, mistanásia que levou até agora 688.000 vidas de irmãos brasileiros. Isto por si só já seria o suficiente para que fosse iniciado e levado a cabo o seu processo de impedimento pelo congresso, mas, apesar disso, Bolsonaro conseguiu uivar e arregimentar sua massa fazendo com que chegasse ao segundo turno das eleições presidenciais de 2022 com 49,1% dos votos válidos somando 58.206.354 (cinquenta e oito milhões duzentos e seis mil trezentos e cinquenta e quatro) votos.

Acredita-se que seja reflexo da capacidade de Bolsonaro de uivar e ser ouvido pelos demais seres ressentidos, frustrados, recalçados, reprimidos social-política-econômica e sexualmente e que pela descarga formarão a massa do *bolsonarismo* propensa a segui-lo independentemente do caminho por ele apontado. A gravidade disso é quando se conhece o típico bolsonarista constata-se que é um ser capas de acreditar e fazer coisas inomináveis e em sua maioria paradoxais.

Percebendo isso Jair Messias Bolsonaro se sentiu confortável para testar as instituições democráticas brasileiras levando-as ao

limite, diga-se de passagem, indo muito mais além do que o candidato derrotado na eleição de 2014 Aécio Neves (PSDB) quando contestou o resultado das eleições, pois Bolsonaro conduzindo, dando o norte para sua massa bolsonarista atacam sem temor ou pudor o sistema democrático brasileiro e por isso o *bolsonarismo* pode ser definido como autoritarismo.

Para Steven Levitsky existem no mínimo quatro características que podem ser encontradas em processos autoritários, vamos a elas: 1ª) Rejeição das regras democráticas do jogo (ou compromisso débil com elas) (LEVITSKY, 2018, p. 33). O que temos de ação de Jair Messias Bolsonaro no que se refere a rejeição das regras democráticas? Vejamos:

“A atual Constituição garante a intervenção das Forças Armadas para a manutenção da lei e da ordem. Sou a favor, sim, de uma ditadura, de um regime de exceção, desde que este Congresso dê mais um passo rumo ao abismo, que no meu entender está muito próximo” (1999). “O erro da ditadura foi torturar e não matar” (2008). (...). “Eu sou, realmente, a constituição” (2021). (VIOLIN, 2022, p. 124).

Essas são apenas parte das falas de Jair Messias Bolsonaro quanto ao seu desprezo pelas regras democráticas. 2ª) Negação da legitimidade dos oponentes políticos. (LEVITSKY, 2018, p. 33):

“Me coloco diante de toda nação neste dia em que o povo começou a se libertar do socialismo, da inversão de valores, do gigantismo estatal e do politicamente correto. Não podemos deixar que ideologias nefastas venham a dividir os brasileiros. Essa é a nossa bandeira, que jamais será vermelha, só será vermelha se for preciso nosso sangue para mantê-la verde e amarela. O Brasil voltará a ser um país livre das amarras ideológicas” (2019, no dia da posse). (2021). (VIOLIN, 2022, p. 127).

Percebe-se que a negação da legitimidade dos adversários políticos também repousa em grande medida na disseminação de uma falsa sensação de realidade para incutir na sua massa medo e

pavor, que no caso brasileiro é a “volta do comunismo”, comunismo este que, diga-se de passagem, ainda não foi construído Brasil contando do dia 22 de abril de 1500 até o tempo atual, mas na cabeça da massa bolsonarista eles foram salvos do comunismo por Jair Messias Bolsonaro.

3ª) Intolerância ou encorajamento à violência. (LEVITSKY, 2018, p. 33). Cite-se as falas de Bolsonaro neste sentido:

“Há pouco ouvi um parlamentar criticar os grupos de extermínio, enquanto o Estado não tiver coragem de adotar a pena de morte, o crime de extermínio, no meu entender, será muito bem-vindo” (2003). “Esses policiais têm que ser condecorados. Policial que não mata não é policial” (2017). “Se morrerem 40 mil bandidos por ano, por ação da polícia, temos que passar para 80 mil. Não há outro caminho. Não dá para combater violência com políticas de paz e amor” (2017). “O policial entra, resolve o problema e, se matar 10, 15 ou 20, com 10 ou 30 tiros cada um, ele tem que ser condecorado, e não processado” (2018). (VIOLIN, 2022, p. 126).

Jair Messias Bolsonaro comete crimes desde muito antes de ser presidente ao ponto de usar a tribuna da câmara de Deputados para defender grupos de extermínio. É uma situação no mínimo surreal termos deixado esse ser inominável falar esses absurdos livremente e depois chegar a Presidência da República. O despudor e o escárnio mais uma vez triunfam neste país.

4ª) Propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia. (LEVITSKY, 2018, p. 34).

“As minorias têm que se curvar às majorias. As minorias se adequam ou simplesmente desaparecem” (2017). “Respeitaremos as minorias, mas quem mandarará será a maioria” (2017). “Acabaram com nossa alegria de viver, não pode fazer uma brincadeira, uma piada, tudo não pode, é preconceito. Tá aí as feministas, tá aí o LGBT, as minorias. Uma desgraça no Brasil” (2017). (VIOLIN, 2022, p. 133).

Finalizando este tópico é fundamental ressaltar que o *bolsonarismo* é o sintoma de uma doença causada pelo modo de

produção capitalista, especificamente o neoliberalismo que foi responsável por transformar as derrotas humanas, derrotas essas que em regra são comuns, aceitáveis e superáveis, em humilhações que produzem traumas sociais, políticos, culturais, intelectuais, econômicos, sexuais que são o ambiente propício para que hoje Jair Messias Bolsonaro possa uivar e ser ouvido e seguido pela massa bolsonarista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia não é um substantivo, ela é um verbo. Explica-se: A democracia não pode ser compreendida como um objeto, pois é antes de tudo uma ação (política). À medida que se pratica uma ação (política) fica-se mais hábil naquele proceder. Assim é com a democracia, quanto mais praticamos mais ela se consolida e se fortalece. Ocorre que por ação política a democracia é construída, mas também pode ser destruída e a ação política preponderante na última década (2013 a 2022) minou a democracia brasileira.

Prova de que a força da democracia brasileira quase foi aniquilada é o fato de que o governo de Jair Messias Bolsonaro praticou mistanásia durante a pandemia do COVID-19 e matou 688.000 brasileiros; o Congresso Nacional realizou uma Comissão Parlamentar de Inquérito e foram apurados os crimes cometidos pelo governo de Jair Messias Bolsonaro e enviados ao Procurador Geral da República que não denunciou o Presidente da República; o Congresso Nacional por sua vez também não abriu o processo de impeachment de Jair Messias Bolsonaro mesmo com a existência de crimes de responsabilidade.

Logo, temos claro que a democracia brasileira sucumbiu quase a destruição total, pois o povo morreu em massa e as instituições do Estado brasileiro mostraram-se completamente esvaziadas na medida em que nada de efetivo fizeram para conter o horror e morbidez desse período. Então, se as instituições não foram capazes de agir em defesa da democracia chegaram às eleições de 2022 e foi dada a chance ao povo para que diretamente pudesse

decidir sobre o seu futuro e conseqüentemente sobre o futuro da própria democracia.

O quase aniquilamento da democracia brasileira se deve a uma ação política chamada *bolsonarismo*, pois trata-se de uma ação voltada a destruir qualquer movimento para o fortalecimento da democracia. A repugnante fala do ex-deputado Roberto Jefferson contra a Ministra Carmem Lúcia do Supremo Tribunal Federal expressa com perfeição o perfil dos seres que compõe o *bolsonarismo*, essa ação política que tem a frustração e o ódio como motores e cujo objetivo é a destruição total de qualquer perspectiva democrática no Brasil.

A história do Brasil mostra que nunca foi possível consolidar a democracia em nosso país, o Professor Florestan Fernandes definiu o sistema político brasileiro como um estado de contrarrevolução permanente fundado na constante opressão, ou seja, às vezes mais e às vezes menos, mas sempre fomos oprimidos ao longo da história. No máximo o que nossa história nos permitiu foi uma sensação de democracia que só pode ser percebida nos momentos de menor opressão. Porém, o *bolsonarismo* é uma ação política tão brutal que conseguiu destruir inclusive a sensação de democracia e isso mostra a brutalidade do período atual no Brasil.

Lula venceu o primeiro e o segundo turno das eleições presidenciais de 2022. Porém, a vitória não foi o mais importante, mas sim a trajetória iniciada em 08 de novembro de 2019 quando Luiz Inácio Lula da Silva foi solto depois de passar 580 dias preso por um processo absolutamente fraudulento que foi anulado pelo Supremo Tribunal Federal.

Com Lula livre o povo pôde se organizar para enfrentar o *bolsonarismo* e seu objetivo autoritário. Portanto, a vitória de Lula é a vitória de uma ação política de fortalecimento da democracia. Logo, se a democracia é uma ação política diária, frequente, constante, sua força só aumenta ou se mostra pujante na medida essa ação política é praticada e Lula foi o agente condensador de todos os seguimentos sociais preocupados com a democracia, ou seja, Lula conseguiu reunir em seu entorno aqueles que de alguma

forma se preocupam com a democracia assim exercitaram a ação política de fortalecimento democrático.

Portanto, a vitória de Luiz Inácio Lula da Silva não se consagrou no sucesso eleitoral do dia 30 de Outubro de 2022, mas por sua elevada capacidade de juntar em torno de si todos os seguimentos da ação política democrática desde 08 de novembro de 2019 até as eleições de 2022 dando o norte e evitando a dispersão. E isso é o que salvou a democracia brasileira de ter morrido junto com os 688.000 brasileiros mortos pela ação política de Jair Messias Bolsonaro, ação política que se define como *bolsonarismo*.

Sendo assim, a grandeza de Luiz Inácio Lula da Silva não terminou em 30 de outubro de 2022, pois ele deve continuar conduzindo a ação política democrática e assim garantir o fortalecimento democrático como processo perene. Além disso, a derrota de Bolsonaro não encerra o processo, pois derrotar Bolsonaro não significa derrotar o *bolsonarismo* que ainda persistirá e somente Lula tem condições hoje de condensar a ação política democrática para fortalecer a democracia frente a ação política da barbárie que é o *bolsonarismo*.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira; Revisão técnica Gilson César Cardoso. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 204.

BRASIL DE FATO. **ABJD pede que STF prenda Roberto Jefferson por chamar Cármen Lúcia de “prostituta arrombada”**. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2022/10/23/abjd-pede-que-roberto-jeffeson-volte-a-prisao-por-chamar-carmen-lucia-de-prostituta-arrombada>>. Acesso em 24 de OUT. de 2022.

CANETTI, Elias. **Massa e Poder** / Elias Canetti; tradução de Rodolfo Krestan. — São Paulo Melhoramentos; Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1983.

G1. **PSDB pede ao TSE auditoria para verificar 'lisura' da eleição.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2014/10/psdb-pede-ao-tse-auditoria-para-verificar-lisura-da-eleicao.html>>.

Acesso em: 24 de OUT. de 2022.

GOMES, Ciro. **Projeto nacional: o dever da esperança.** São Paulo: Leya, 2020.

LEVITSKY, Steven. **Como as democracias morrem.** Steven Levitsky, Daniel Ziblatt; tradução Renato Aguiar. – 1 ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis.** Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SOUZA, Jessé. **A radiografia do Golpe: Entenda como e por que você foi enganado.** Rio de Janeiro: Editora Leya, 2016.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Bolsonarismo: o Fascismo-Neoliberal Brasileiro do Século XXI.** [recurso eletrônico] / Tarso Cabral Violin -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: PRINCIPAIS SISTEMAS REGIONAIS E TEMÁTICOS DE PROTEÇÃO

Mário Lúcio Garcez Calil¹
Robson Martins²

INTRODUÇÃO

Os tratados internacionais de direitos humanos trazem prerrogativas que devem ser globalmente resguardados, de maneira a prevenir violações a eles, inclusive, por intermédio de eventuais punições. A esse sistema, que, por sua vez, é um ramo autônomo do direito dá-se o nome de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Identifica-se a existência de uma sistemática global, aplicável, notadamente, aos Estados soberanos que se encontram na porção ocidental do Planeta. Há, além disso, sistemáticas que se aplicam a determinadas partes do mundo, especificamente a determinadas regiões ou conjuntos de Estados soberanos.

Nesse contexto, diferentemente do sistema global, os sistemas regionais têm revelado extraordinárias experiências no âmbito da “justicialização” dos direitos humanos, por intermédio da criação de Cortes de Direitos Humanos, e exemplo dos casos europeu, americano e africano (PIOVESAN, 2006, p. 134)

Ocorre que, para além da sistemática global e dos sistemas regionais, existem conjuntos de tratados internacionais dirigidos à proteção de determinados grupos vulneráveis, a exemplo dos

¹ Doutor em Direito, com pós-doutoramento e estágio pós-doutoral. Professor Associado da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

² Doutor em Direito. Procurador da República.

idosos, das crianças e das mulheres em situação de violência doméstica e familiar

Os tratados de proteção a direitos específicos advêm de um processo iniciado pela Declaração universal dos Direitos do Homem, que foi seguida pela Carta Internacional de Direitos Humanos, resultando, portanto, de um processo de “multiplicação de direitos” (PIOVESAN, 2007, p. 177).

Tais instrumentos têm destinatários e critérios específicos de incidência. O presente trabalho se dirige a tratar os sistemas regionais e temáticos de proteção a direitos humanos, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, de caráter qualitativo, e por intermédio do método dedutivo.

Apresenta-se pesquisa bibliográfica e documental, de caráter qualitativo, por intermédio do método dedutivo. Justifica-se o presente estudo em decorrência da necessidade de se difundir o conhecimento acerca da existência, da incidência e dos procedimentos relacionados às sistemáticas regionais e temáticas dos direitos humanos. O trabalho foi dividido em duas partes.

Na primeira, trata-se dos principais sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, de forma específica, o europeu, o interamericano e o sistema africano. A seguir, são estudados os sistemas especiais, especificamente, as convenções sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, de discriminação contra a mulher e direitos da criança.

Justifica-se o estudo ora apresentado em decorrência da necessidade de se conhecer as sistemáticas presentes no direito internacional dos direitos humanos para além da sistemática global, sua adaptabilidade às necessidades de cada uma das regiões, assim como os direitos específicos de cada população vulnerável.

Concluiu-se que os sistemas regionais e temáticos, para além de complementarem a sistemática global do direito internacional dos direitos humanos, são necessários para prevenir infrações concernentes a questões locais, assim como a qualificar a proteção a populações vulneráveis.

1. OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O objetivo do presente tópico é o de trabalhar os principais sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, especificamente o europeu, o interamericano e o sistema africano.

1.1 O sistema europeu

O sistema regional europeu é o mais consolidado e amadurecido entre os sistemas regionais, sobre eles exercendo forte influência. A convenção europeia foi adotada em 5 de maio de 1949, sendo que, em 4 novembro de 1950 sobreveio a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Entrou em vigor em 3 de setembro de 1953, com a adesão de oito países. O Catálogo de direitos previstos na Convenção refletia somente direitos civis e políticos, tendo os direitos sociais sido incorporados apenas por meio da Carta Social Europeia, que passou a vigorar no dia 26 de fevereiro de 1965 (PIOVESAN, 2006, p. 63-67).

A Carta, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, determina sua implementação progressiva. Há determinados órgãos de julgamento da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (PIOVESAN, 2006, p. 73-76).

O primeiro é a Corte Europeia de Direitos Humanos, que, em 1º de novembro de 1998 substituiu a Comissão e a Corte Europeia, que atuavam em tempo parcial. Na parte consultiva da competência da Corte, cabe a ela formular opiniões acerca de questões jurídicas e interpretativas.

O segundo órgão é o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, que substituiu a Comissão nos casos contenciosos, que, apesar de não poder determinar a reforma da decisão interna, declara a ocorrência da violação a um direito humano e determina

a responsabilização internacional e a obrigação indenizatória do Estado condenado (ANNONI, 2003, p. 85).

A partir da criação da Convenção Europeia, sendo ela, cronologicamente, a base para o primeiro sistema regional de proteção aos direitos humanos que, por sua vez, passou a servir como base teórica e textual para as demais sistemáticas, inclusive para o interamericano e o africano.

1.2 O sistema interamericano

No continente americano, existe, também uma sistemática dirigida à proteção dos direitos humanos no contexto da região, composta por alguns tratados específicos, tendo, entretanto, como base jurídica a Convenção Americana ou Interamericana de Direitos Humanos.

Também denominado Pacto de San José da Costa Rica, foi assinado no ano de 1969, passando a vigorar em 1978. Os objetivos da OEA quanto à Convenção são os de dar aplicabilidade à Carta das Nações Unidas no território americano (GIANELLA; CASTANHEIRA, 1998, p. 175-176).

Volta-se, também, a promover o desenvolvimento econômico, social e cultural, cabendo a ela elaborar relatórios anuais acerca da implementação dos direitos humanos e julgar petições individuais, de grupos de pessoas, Estados-Membros ou Organizações Não Governamentais.

A Convenção interamericana obriga os signatários ao pleno respeito a direitos e liberdades, sem discriminação, a adotarem medidas executivas e legislativas para a correta implementação dos direitos nela elencados na Convenção. Seus principais órgãos são: a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana (PIOVESAN, 2006, p. 88-91).

A função primordial da Comissão é promover a observância e a proteção dos Direitos Humanos na América do Sul, que adota um sistema de petições acerca das violações. A petição inicial passa por

um juízo de admissibilidade. A Corte tem concorrência somatória, consultiva e contenciosa (PIOVESAN, 2006, p. 99).

Quanto à sua competência consultiva, qualquer membro da OEA pode solicitar parecer interpretativo da Convenção ou de qualquer outro tratado. A competência contenciosa é limitada aos Estados-partes, que reconheçam sua jurisdição, não restando previsto direito de petição ao indivíduo (PIOVESAN, 2006, p. 103).

Mais do que isso, as decisões da Corte têm força vinculante quanto ao Estado condenado. Eventual decisão que determine compensação à vítima é dotada de força executiva judicial, conforme os procedimentos internos concernentes à execução de sentença desfavorável ao Estado.

Quanto ao procedimento, no caso de a petição inicial passar pelo juízo inicial, as principais peças serão enviadas ao Estado acusado, que terá cento e oitenta (180), dias, prorrogáveis, para prestar informações. A partir da resposta, a Comissão avalia se ainda há violação (GIANELLA; CASTANHEIRA, 1998, p. 196).

Se for negativa a resposta, o procedimento será arquivado. Caso contrário, a Comissão tentará solução amigável e, se falhar, abrirá prazo de três (3) meses para que o acusado solucione o conflito. Sua omissão pode fazer com que a Comissão pode, após votação majoritária, remeta o caso à Corte (GIANELLA; CASTANHEIRA, 1998, p. 196).

Assim, os indivíduos devem, primeiramente, acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que esta acione a Corte. As decisões são definitivas, inapeláveis, fundamentadas e devem carregar os votos vencidos. Cópias devem ser remetidas a todos os Estados signatários da Convenção.

É de se ressaltar o disposto no Art. 27 da Convenção, que apresenta circunstâncias que permitem ao Estado a adoção de disposições especiais suspensivas de obrigações convencionais, como a guerra, perigo público ou ameaça à independência estatal (ANNONI, 2003, p. 91).

Finalmente, os moldes jurisdicionais da Convenção Interamericana são similares aos da Convenção Europeia,

funcionando as duas como normas complementares dos objetivos pretendidos pela Organização das Nações Unidas, de conformidade com sua Resolução nº 32/129 de 1977.

Notável, entretanto, que a Convenção não enunciou ou sequer determinou a implantação de nenhum direito econômico, social ou cultural específico. Apenas determinou a necessidade de se alcançar, progressivamente, a realização de tais direitos (PIOVESAN, 2006, p. 88).

Em relação esses direitos, foi elaborado um Protocolo Adicional (*Protocolo de San Salvador*), que os determina em espécie, ditando a proteção quanto ao retrocesso no Art. 5º, comprometendo-se os Estados signatários a adotarem medidas legislativas ou de outra natureza para sua efetivação, conforme Art. 2º.

Estabelece um sistema de relatórios periódicos sobre as medidas progressivas de efetivação de tais direitos, no Art. 19, possibilitando a utilização do sistema de petições individuais no caso de violação direta, pelo Estado-parte, aos direitos sindicais e à educação, conforme Art. 19, item 6, combinado com Arts. 8º e 13 (OEA, 1988, n.p.).

Dessa mesma forma, para além dos direitos inicialmente reconhecidos pela Convenção Interamericana, de caráter civil e político, cujas violações são aferíveis por meio de um procedimento de petições individuais, foram reconhecidos direitos econômico, sociais e culturais, cujo cumprimento é submetido a um sistema de relatórios.

1.3 O sistema africano

Caracterizado por guerras civis e étnicas e por nações em situações subumanas e, por vezes, submetidas a regimes despóticos e cruéis, o continente africano dispõe, apesar de todas as violações aos direitos humanos mais básicos que são enfrentadas por diversos países, de um sistema regional de proteção.

A Carta Africana determinou que os povos são titulares de direitos humanos no plano interno e no internacional,

caracterizando direitos coletivos, fator novo em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além disso, é a primeira a afirmar o direito dos povos à preservação do equilíbrio ecológico (COMPARATO, 2004, p. 391-399).

Inicia-se o sistema pela adoção da Carta Africana de Direitos Humanos, de 1981, que entrou em vigor em 1986. É um sistema de proteção recente, que tem o desafio constante de enfrentar as mais bárbaras violações a direitos humanos. À Comissão, competem, inicialmente, formulações consultivas.

Além disso, deve apreciar comunicações interestaduais e petições individuais ou coletivas e seu juízo de admissibilidade. Quanto à competência contenciosa, pode examinar petições individuais ou de ONGs, apenas em declarações formuladas por Estado signatário da Carta Africana para tal fim (PIOVESAN, 2006, p. 128-130).

A Carta consagra, sem ressalvas, direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais, bem como prescreve a existência de deveres dos indivíduos destinatários das normas. Os órgãos do sistema africano são: a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos; e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Por meio do Protocolo adicional de 1988, que passou a vigorar em 2004, a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que tem competência consultiva, emitindo opiniões interpretativas acerca de dispositivos da Carta Africana ou outro instrumento internacional referente a direitos humanos (OUA, 1981, n.p.).

Em que pese a existência do referido sistema, persistem as diversas violações a direitos humanos no continente africano. Ocorre que, para além dos sistemas regionais de proteção, existem outros, que não se dirigem, propriamente, a resguardar partes do Planeta, mas, sim, determinadas populações vulneráveis.

2. SISTEMAS ESPECIAIS DE PROTEÇÃO

O objetivo do tópico abaixo é o de estudar os sistemas especiais de proteção dos direitos humanos, especificamente as convenções

sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e sobre os direitos da criança.

2.1 Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial

Uma das principais problemáticas até hoje enfrentadas ao redor do mundo, como um hediondo reflexo dos períodos escravagistas, que não foi eliminado pelos movimentos abolicionistas ou pela migração, o racismo ainda é responsável por uma séria e violações aos direitos humanos.

A Declaração sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, para erradicar o racismo, utiliza-se da expressão da igualdade de todos os seres humanos, inclusive, renegando qualquer valor científico a estudos que eventualmente colocam em xeque a perspectiva isonômica (PIOVESAN, 2007, p. 182).

A Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial foi adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965. A Convenção prevê um Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, para avaliar relatórios periódicos sobre medidas legislativas e executivas.

A comissão pode fazer sugestões e recomendações. Há um procedimento de comunicações interestatais, no qual um Estado pode denunciar infrações de outro e um procedimento de petição individual, com requisitos de admissibilidade e que consolida a capacidade processual individual (PIOVESAN; GUIMARÃES, 1998, p. 355-360).

O referido Comitê tem, por sua vez, o dever de decidir acerca de quais são as medidas necessárias para se proceder a correções da infração. A referida decisão, entretanto, não é vinculante, em que pese, ser, efetivamente, revestida de uma gigantesca força política no âmbito internacional.

2.2 Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher

Uma outra problemática que resulta em uma série de violações a direitos humanos, por ação ou por omissão, seja de parte de indivíduos ou, até mesmo, do próprio Estado, é a discriminação praticada em desfavor da mulher, em todas as suas diversas e numerosas formas.

Tendo sido aprovada no ano de 1979, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher enfrenta um paradoxo fundamental: em que pese ter recebido massiva adesão, trata-se do instrumento que mais recebeu reservas formuladas pelos Estados (PIOVESAN, 2007, p. 186).

Além de proibir qualquer sorte de distinção entre os homens e as mulheres, assegura a liberdade dos direitos reprodutivos da mulher, e faz com que os Estados assumam a obrigação jurídico-política de, de maneira progressiva, eliminar todas as formas de discriminação de gênero.

A convenção, no entanto, prevê a adoção de “medidas afirmativas”, assim como um sistema de relatórios acerca das medidas legislativas e executivas a serem tomadas pelos Estados-partes. Tais relatórios deverão ser avaliados por intermédio de um “Comitê” próprio (FARIA; MELO, 1998, p. 383).

Desse modo, naquilo que concerne a violações pontuais, comissivas ou omissivas, a exemplo de episódios de violência doméstica, estas são aferidas, em regra, por intermédio de petições individuais, enquanto o descumprimento de políticas públicas chega ao conhecimento do Comitê por meio de relatórios.

2.3 Convenção sobre os direitos da criança

Outra população que naturalmente vulnerável, em decorrência, especialmente, de ser composta por seres humanos em desenvolvimento, é composta pelas crianças, que, notadamente por

serem passíveis de maior carga de sofrimento e de carregarem traumas pelo decorrer de suas vidas, merecem proteção específica.

A Convenção acerca dos direitos da criança foi adotada pela Organização das Nações Unidas no ano de 1989, passando a vigorar a partir do ano de 1990. Trata-se, mais do que isso, do tratado internacional que conta, individualmente, com o maior número de ratificações (PIOVESAN, 2007, p. 199-203).

O tratado acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a enquanto sujeito de direitos, demandando, assim, especial proteção e prioridade. No que concerne aos seus mecanismos processuais, foi instituído um denominado Comitê dos Direitos da Criança.

Ao referido Comitê cabe o monitoramento da implementação da Convenção por um sistema de relatórios periódicos, que devem ser apresentados pelos Estados-partes, que, por sua vez, comprometem-se com o respeito aos menores, bem como a tomar medidas para impedir o tráfico de crianças (ALBERNAZ JÚNIOR; FERREIRA, 1998, p. 449-458).

Mais do que isso, o Tratado estabelece critérios de adoção internacional, bem como a tomada de medidas relacionadas a crianças deficientes física e mentalmente, bem como o dever de tomar todas as medidas possíveis para evitar que menores de quinze anos participem de conflitos armados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os sistemas regionais, o europeu é o mais consolidado e amadurecido, exercendo influência sobre os demais. Foi adotada em 5 de maio de 1949 e, em 4 novembro de 1950, adotada a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Dentre os principais órgãos do referido sistema encontram-se a Corte Europeia de Direitos Humanos, que, em 1º de novembro de 1998 substituiu a Comissão e a Corte Europeia, que atuavam em

tempo parcial. Trata-se a convenção da base teórica e textual para as demais sistemáticas regionais.

No continente americano, existe, também uma sistemática dirigida à proteção dos direitos humanos no contexto da região, composta por alguns tratados específicos, tendo, entretanto, como base jurídica a Convenção Americana ou Interamericana de Direitos Humanos.

Volta-se, também, a promover o desenvolvimento econômico, social e cultural, devendo elaborar relatórios anuais quanto à implementação de direitos humanos e julgar petições individuais, de grupos de pessoas, Estados-Membros ou Organizações Não Governamentais.

Dispõe de uma Corte e de uma Comissão. As decisões daquela têm força vinculante quanto ao Estado condenado. Assim, decisão que determine compensação à vítima te executiva judicial, de acordo com os procedimentos internos relacionados à execução de sentença desfavorável ao Estado.

Os indivíduos devem, primeiramente, acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que acione a Corte. As decisões são definitivas, inapeláveis e fundamentadas, devendo carregar os votos vencidos e cópias devem ser remetidas a todos os Estados signatários.

Os moldes jurisdicionais da Convenção Interamericana são similares aos da Convenção Europeia, de modo que ambas funcionam como complementares dos objetivos pretendidos pela Organização das Nações Unidas, de acordo com a sua Resolução nº 32/129 de 1977.

Quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, foi elaborado um Protocolo Adicional (*Protocolo de San Salvador*), que dita a proteção concernente ao retrocesso no Art. 5º, comprometendo-se os signatários a adotarem medidas legislativas ou de outra natureza para sua efetivação, de acordo com o Art. 2º.

Além dos direitos inicialmente reconhecidos pela Convenção Interamericana, de cunho civil e político, cujas violações são denunciáveis pelo procedimento de petições individuais, foram

reconhecidos direitos econômico, sociais e culturais. Seu cujo, entretanto, é submetido a um sistema de relatórios.

O continente africano é caracterizado por guerras civis e étnicas e nações em situações subumanas e, por vezes, submetidas a regimes despóticos e cruéis. Apesar de todas as violações a direitos humanos mais básicos que são enfrentadas por diversos países, tem um sistema regional de proteção.

Inicia-se pela Carta Africana de Direitos Humanos, de 1981, que entrou em vigor em 1986. É um sistema de proteção que passa pelo constante desafio de enfrentar as mais bárbaras violações a direitos humanos. À sua Comissão, competem, de início, formulações consultivas.

A Carta consagra direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais, assim como prescreve a existência de deveres dos indivíduos destinatários das normas. Os órgãos do sistema africano são: a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos; e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Apesar da existência do referido sistema, persistem diversas violações a direitos humanos no continente africano. Para além dos sistemas regionais de proteção, contudo, existem outros, que não se dirigem a resguardar partes do Globo, porém, sim, certas populações vulneráveis.

Uma das principais problemáticas até hoje enfrentadas é o racismo, ainda responsável por uma séria e violações aos direitos humanos. A Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial foi adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965.

A convenção prevê um Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, que avalia relatórios periódicos sobre medidas legislativas e executivas, que tem o dever de decidir acerca das medidas necessárias para se proceder a correções de infrações. Sua decisão, contudo, não é vinculante, apesar de ter grande força política.

Outra problemática violadora de direitos humanos é a discriminação praticada em desfavor da mulher, em todas as suas diversas e numerosas formas. A competente Convenção proíbe

qualquer sorte de distinção entre os homens e as mulheres e assegura a liberdade dos direitos reprodutivos da mulher.

Além disso, faz com que os Estados assumam a obrigação jurídico-política de, progressivamente, eliminar todas as formas de discriminação de gênero. No que concerne a violações pontuais, comissivas ou omissivas, como episódios de violência doméstica, são aferidos, geralmente, por meio de petições individuais.

O descumprimento de políticas públicas, entretanto, alcança o conhecimento do Comitê por meio de relatórios. Outra população que vulnerável, composta de seres humanos em desenvolvimento, é composta por crianças, que, por serem passíveis de carregar traumas, merecem proteção específica.

A Convenção correspondente acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como sujeito de direitos, situação que demanda, especialmente, a proteção e a prioridade. No que se relaciona a seus mecanismos processuais, foi instituído um Comitê dos Direitos da Criança.

O referido Tratado estabelece critérios de adoção internacional, a tomada de medidas relacionadas a crianças deficientes física e mentalmente, assim como o dever de tomar todas as medidas possíveis de maneira a evitar que pessoas menores de quinze anos participem de conflitos armados.

Demonstra-se, portanto, que os sistemas regionais e temáticos, além de complementarem a sistemática global do direito internacional dos direitos humanos, demonstram-se essenciais para prevenir infrações relacionadas a questões locais, bem como a qualificar a proteção a populações vulneráveis.

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo; FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. Convenção sobre os direitos da criança. *In: Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

ANNONI, Danielle. **Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIA, Helena Omena Lopes de; MELO, Mônica de. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. *In: Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

GIANNELLA, Berenice Maria; CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Mecanismos de implementação dos direitos humanos no âmbito da ONU. *In: Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: agosto de www.conferenciadh.com.br. Acesso em: 4 out. 2022.

OEA. **Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos (San Salvador)**. 1988. Disponível em: www.dhnet.org.br. Acesso em: 4 out. 2022.

OUA. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. 1981. Disponível em: www.dhnet.org.be. Acesso em: 4 out. 2022.

PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. *In: Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA: RESISTÊNCIA, REDEENÇÃO E TRANSCENDÊNCIA

Christofer Filgueira Martins. UFJ¹
Carlos Augusto de Oliveira Diniz. UFJ²
Rogério Nogueira Guimarães. UEMS³

INTRODUÇÃO

A última década foi marcada por um fato bastante complexo no Brasil que foi um movimento de difusão de ódio contra o Partido dos Trabalhadores - PT e consequente contra sua maior liderança que é o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Essa onda ficou conhecida como antipetismo.

No bojo desse processo mudanças sociais consideráveis foram percebidas no Brasil e no Partido dos Trabalhadores – PT e consequentemente na política de um modo geral, pois em 2016 uma Presidenta eleita democraticamente foi apeada do poder sem ter cometido crime de responsabilidade algum, portanto foi um golpe de estado.

Na outra ponta o candidato do Partido dos Trabalhadores – PT que liderava a corrida presidencial nas eleições de 2018 foi preso e impedido de concorrer. Nestas eleições o Brasil viu ascender ao poder o governo fascista e catastrófico de Jair Messias Bolsonaro

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Jataí – UFJ. Pesquisador da área de Direitos Humanos e Direito Civil. E-mail: christoferfmartins@hotmail.com

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Federal de Jataí-UFJ. E-mail: carlosaugustodiniz@hotmail.com

³ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: rogerio.ng@hotmail.com

que soube surfar na onda do antipetismo, mas que lançou o Brasil em um dos períodos mais obscuros de nossa História.

Ocorre que no dia 30 de outubro de 2022 o povo brasileiro reconduziu a Presidência da República para seu terceiro mandato o retirante nordestino e metalúrgico, Luiz Inácio Lula da Silva que mostrou-se mais forte que todo o poder do qual dispunha o aparato ideológico expresso na operação Lava Jato. Os ataques orquestrados pela operação Lava Jato contra o Partido dos Trabalhadores – PT e Luiz Inácio Lula da Silva, bem como sua redenção é que será analisado no presente trabalho.

1. COMPREENDENDO A IDEOLOGIA

O povo brasileiro é um dos mais corruptos do mundo! O Brasil possui tantas riquezas naturais, mas a corrupção é um câncer que faz com que o Brasil não saia da miséria! Ao longo da vida é grande a chance de que um brasileiro escute frases desse tipo, e grande é a chance de que ele assimile isso como verdade e daí em diante o terreno da manipulação em massa estará adubado.

O combate à corrupção é tema frequentemente debatido na sociedade brasileira e infelizmente, por vezes, o debate termina com a conclusão de que somos sim o povo mais corrupto do mundo. O presente trabalho visa compreender esse contexto e para, além disso, procura deixar claro a quem interessa que esse senso comum reine no seio social brasileiro. Sendo assim, para Sílvio L. Sant’Anna, em a Cosmovisão dialético-materialista da história (Introdução de A Ideologia Alemã, Martin & Claret – 2009), onde afirma o autor que:

As ideias da classe dominante são, em todas as épocas, as ideias dominantes; ou seja, a classe que é força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe, simultaneamente, dos meios de produção espiritual, o que faz com que seja, a elas

submetidas ao mesmo tempo e em média, as ideias daqueles que não possuem os meios de produção espiritual (MARX, 2005, p. 27)

Para o presente trabalho optamos pela concepção de ideologia trazida por Karl Marx em sua obra: *A Ideologia Alemã*. Neste livro, o autor alemão caracteriza de forma detalhada no que consiste a ideologia, traçando uma crítica aos pensadores alemães pós-Hegel, como Feuerbach, Bruno Bauer e Max Stirner. Logo, seguindo o conceito de ideologia tratado no trabalho, temos na obra do filósofo alemão, que:

As ideias [Gedanken] da classe dominante são, em todas as épocas, as ideias dominantes, ou seja, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe também dos meios de produção espiritual, o que faz com que sejam a elas submetidas, ao mesmo tempo, as ideias daqueles que não possuem os meios de produção espiritual. As ideias dominantes são, pois, nada mais que a expressão ideal das relações materiais dominantes, são essas as relações materiais dominantes compreendidas sob a forma de ideias; são, portanto, a manifestação das relações que transformam uma classe em classe dominante; são dessa forma, as ideias de sua dominação. Os indivíduos que formam a classe dominante possuem, entre outras coisas, também uma consciência e, por conseguinte, pensam; uma vez que dominam como classe e determinam todo o âmbito de um tempo histórico, é evidente que o façam em toda a sua amplitude e, como consequência, também dominem como pensadores, como produtores de ideias, que controlem a produção e a distribuição das ideias de sua época, e que suas ideias sejam, por conseguinte, as ideias dominantes de um tempo. Por exemplo, em um tempo e em um país em que a aristocracia e a burguesia disputam a dominação e em que, portanto, a dominação está dividida, mostra-se como ideia dominante a doutrina da divisão dos poderes, enunciada então como “lei eterna”. (MARX, 2005, p.78).

Com isso, interpreta Chauí (1994), que este fenômeno de transformação das ideias da classe dominante nas ideias de toda a

sociedade é o que constitui a ideologia. Aqueles que dominam o plano econômico, social e político, chamado de plano material por Marx, por consequência, dominam também o plano das ideias, o plano espiritual.

Portanto, tem-se que, apesar das distintas classes sociais existentes, não existe uma distinção de ideias entre essas várias classes, sendo aceitas como legítimas, *“válidas, verdadeiras e racionais as ideias da classe dominante”*. Continua a filósofa, afirmando que, para que esse fenômeno seja possível *“[...] é preciso que os membros da sociedade não se percebam como estão divididos em classes, mas se vejam como tendo certas características humanas comuns a todos e que tornam as diferenças sociais algo derivado ou de menor importância”*. (CHAUÍ, 1994, p. 94).

Ainda nessa linha, complementa Chauí (1994), que, para que essas ideias sejam tomadas por todos como um padrão, elas necessitam ser difundidas socialmente, isto é, se tornarem *ideias comuns a todos*.

Sendo assim, para disseminar uma ideia comum para toda essa diversidade de classes, os detentores dos meios de produção precisam difundi-la, o que é possível através do que Althusser viria chamar de *“Aparelhos Ideológicos de Estado”*, tão conceituados em seu livro homônimo. Para melhor definição, nas palavras do autor, cite-se:

Designamos pelo nome de aparelhos ideológicos do Estado um certo número de realidades que apresentam-se ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas. Propomos uma lista empírica, que deverá necessariamente ser examinada em detalhe, posta à prova, retificada e remanejada. Com todas as reservas que esta exigência acarreta podemos, pelo momento, considerar como aparelhos ideológicos do Estado as seguintes instituições (a ordem de enumeração não tem nenhum significado especial): AIE religiosos (o sistema das diferentes Igrejas); AIE escolar (o sistema das diferentes “escolas” públicas e privadas); AIE familiar; AIE jurídico; AIE político (o sistema político, os diferentes Partidos); AIE sindical; AIE de informação (a imprensa, o rádio, a

televisão, etc...); AIE cultural (Letras, Belas Artes, esportes, etc.) (ALTHUSSER, 1985, p. 68).

Neste seguimento, cabe conferir o que o autor trata sobre o direito em específico, de maneira a apoiar os estudos que serão abordados adiante no trabalho. Desta forma, destaca o autor que:

O “Direito” pertence ao mesmo tempo ao Aparelho (repressivo) do Estado e ao sistema dos AIE. [...] A distinção entre o público e o privado é uma distinção intrínseca ao direito burguês, e válida nos domínios (subordinados) aonde o direito burguês exerce seus “poderes”. O domínio do Estado lhe escapa, pois este está “além do direito”: o Estado, que é o Estado *da* classe dominante, não é nem público nem privado, ele é ao contrário a condição de toda distinção entre o público e o privado. Digamos a mesma coisa partindo dos nossos Aparelhos Ideológicos do Estado. Pouco importa se as instituições que os constituem sejam “públicas” ou “privadas”. O que importa é o seu funcionamento. Instituições privadas podem perfeitamente “funcionar” como Aparelhos Ideológicos do Estado. (ALTHUSSER, 1985, p. 69).

São exemplos destes aparelhos o próprio Direito, as instituições escolares, religiosas, os meios de comunicação (mídia, imprensa, redes sociais, internet), costumes, dentre outras tantas maneiras de se propagar ideias e comportamentos sociais. Estes, por óbvio, atuam através da ideologia, diferentemente dos aparelhos ‘repressivos’ de estado, que *funcionam através da violência* sendo esta a característica fundamental para a distinção entre os Aparelhos repressivos do Estado e os Aparelhos Ideológicos.

Cabe afirmar que, todos os aparelhos ideológicos de Estado, quaisquer que sejam, concorrem para o mesmo fim, que, segundo o autor, consiste na reprodução das relações de produção, isto é, das relações de exploração capitalistas. Nesta linha, cabe também ressaltar que, mesmo concorrendo para o mesmo fim, cada um destes aparelhos utilizará de maneiras próprias para atingir este fim. (ALTHUSSER, 1985).

Retornando aos estudos de Marilena Chauí, conclui a filósofa, que:

[...] como tais ideias não exprimem a realidade real, mas representam a aparência social, a imagem das coisas e dos homens, é possível passar a considerá-las como independentes da realidade e, mais do que isto, inverter a 'relação fazendo com que a realidade concreta seja tida como a realização dessas ideias. Todos esses procedimentos consistem naquilo que é a operação intelectual por excelência da ideologia: a criação de *universais abstratos*, isto é, a transformação das ideias particulares da classe dominante em ideias universais de todos e para todos os membros da sociedade. Essa universalidade das ideias é abstrata porque não corresponde a nada real e concreto, visto que no real existem concretamente classes particulares e não a universalidade humana. As ideias da ideologia são, pois, universais abstratos. (CHAUÍ, 1994, p.94-95).

Chauí (1994) categoriza os ideólogos através da divisão social do trabalho, pois apenas a divisão do trabalho em trabalho material e espiritual possibilita que membros da classe dominante ou média possam ser caracterizados como intelectuais, ou pensadores.

Estes são os ideólogos que na visão da autora, são responsáveis pela propagação das “ilusões da classe dominante”, definidas por ela mesma como “a visão que a classe dominante tem de si mesma e da sociedade”, nos supracitados “universais abstratos”. Para a produção e propagação destes ideais, há a divisão das classes dominantes entre os “produtores ativos de ideias” e “consumidores passivos de ideias”.

Muitas vezes, no interior da classe dominante e de sua aliada, a divisão entre pensadores e não pensadores pode assumir a forma de conflitos, por exemplo, entre nobres e sacerdotes, entre burguesia conservadora e intelectuais progressistas –, mas tal conflito não é uma contradição, não exprime a existência “de duas classes sociais contraditórias, mas apenas oposições no interior da mesma classe. A prova disso, escrevem Marx e Engels, é que basta haver uma ameaça real para a dominação da classe dominante para que os conflitos

sejam esquecidos e todos fiquem do mesmo lado da barricada. Nessas ocasiões, “desaparece a ilusão de que as ideias dominantes não são as ideias da classe dominante e que teriam um poder diferente do poder dessa classe”. (CHAUÍ, 1994, p.96).

Chauí (1994) ressalta que, em determinadas situações, os intelectuais podem se aliar aos trabalhadores, indo contra a burguesia. Ocorre que, ante uma possível elucidação das explorações sofridas por parte dos trabalhadores, caso haja a iminência de uma revolta contra a burguesia, mesmo que inconscientemente, os mesmos intelectuais podem voltar seu apoio à classe dominante, deturpando o legítimo inimigo. A autora ressalta ainda que: *“A ideologia da unidade nacional, que os intelectuais progressistas, de boa-fé, imaginam servir aos trabalhadores, na verdade serve à classe dominante”*.

Por que isto ocorre? Do lado dos intelectuais, isto decorre do fato de que interiorizaram de tal modo as ideias dominantes que não percebem o que estão pensando. Do lado dos trabalhadores, se aceitam tal ideologia nacionalista, isto decorre da divisão social do trabalho que foi interiorizada por eles, fazendo-os crer que não sabem pensar e que devem confiar – em quem pensa. Com isto, também eles são vítimas do poder das ideias dominantes. (CHAUÍ, 1994, p.97).

Chauí (1994) cita o conceito de hegemonia de Gramsci para tratar da manutenção das ideias da classe dominante. O autor afirma que, caso a luta dos trabalhadores demandasse a utilização da bandeira do nacionalismo para se concretizar, a primeira necessidade seria a de romper com o conceito burguês de nacionalismo, trazendo uma ideia popular de nacional, ou seja, negar a ideia vigente para que, com isso, haja uma popularização deste conceito que possa se contrapor à última, negando a ideia dominante de nação.

Se, ao concebermos o decurso da história, separarmos as ideias da classe dominante e a própria classe dominante e se as concebermos como independentes, se nos limitarmos a dizer que numa época estas ou aquelas ideias dominaram, sem nos preocuparmos com as condições de produção e com os produtores destas ideias; se, portanto, ignorarmos os indivíduos e as circunstâncias mundiais que são à base destas ideias, então podemos afirmar, por exemplo, que, na época em que a aristocracia dominava, os conceitos de honra, de fidelidade dominaram, ao passo que na época da dominação burguesa dominam os conceitos de igualdade, de liberdade, etc. E, em média, o que a classe dominante, em geral, imagina". (CHAUÍ, 1994, p.98).

"Cada nova classe estabelece sua dominação sempre sobre uma base mais extensa do que a classe que até então dominava, ao passo que, mais tarde, a oposição entre a nova classe dominante e a não dominante se agrava e se aprofunda ainda mais." (CHAUÍ, 1994, p.101). Com isso, a filósofa reitera que cada classe social, enquanto nova classe dominante, utilizará de recursos mais radicais do que os da antiga classe dominante pra afastar a possibilidade de ascensão dos dominados, que, antes desta nova classe chegar ao poder, se fizeram acreditar que poderiam também dominar, sendo assim obrigados a *"lutar pelo término de toda e qualquer forma de dominação"*. (CHAUÍ, 1994).

A ideologia, portanto, se dá pela divisão social do trabalho e separação do trabalho entre material e espiritual; a ideologia é um instrumento de dominação de classe, sendo fundada em razão da divisão de classes sociais incompatíveis e conflitantes, divididos através da detenção ou não dos meios de produção e exploração da força de trabalho, existindo fundamentalmente para a não percepção da exploração do trabalho e dominação das ideias.

Operando através de aparelhos ideológicos específicos e estando enraizada nos âmbitos jurídicos, morais, pedagógicos, religiosos, culturais, policiais, midiáticos de cada época e cada realidade, para a não percepção da dominação sofrida por parte do trabalhador. Caso seja perceptível tal dominação ou exploração o indivíduo pode se negar a aceitá-la. *"[...] a ideologia esconde que*

nasceu da luta de classes para servir a uma classe na dominação.”
(CHAUI, 1994)

2. GUERRA HÍBRIDA COMO FRUTO DA IDEOLOGIA

Inicialmente é preciso formular com clareza o cenário, o contexto, da referida Operação Lava Jato. O Brasil chegou a ser a 6^a Economia do Mundo durante a gestão do Partido dos Trabalhadores - PT, e, depois do golpe de estado de 2016 caiu para a 12^a colocação. Ademais, é importante consignar que o Brasil foi vítima de uma guerra híbrida que contou diretamente com a influência do departamento de justiça dos Estados Unidos da América.

Imagino que na consciência da leitora e do leitor brasileiros tenha tocado um sininho, chamando sua atenção para acontecimentos não tão longínquos da realidade brasileira recente, não é mesmo? De fato, a reflexão que estamos desenvolvendo nos permite o acesso à genealogia da “revolução colorida brasileira” de 2013 como antessala dos sucessivos golpes que o país sofreria a seguir, e é fundamental para a compreensão de um novo tipo de ataque americano contra o Brasil. Não nos esqueçamos da sucessão de fatos interessantes anteriores a 2013. Em 2006, o Brasil descobre o pré-sal, uma das maiores reservas de petróleo do planeta, e já começa a explorá-lo efetivamente a partir de 2008. O marco regulatório do pré-sal prevê um forte controle da Petrobras sobre todas as fases da produção. Em 2012, a presidenta Dilma lança sua ofensiva, respaldada no poderio dos bancos públicos brasileiros, para baixar os juros abusivos, onze vezes maiores que os juros praticados na França, ameaçando a “mamata” dos representantes do capitalismo financeiro americano no Brasil. Foi também nessa época que começou a ser gestado o banco do BRICS como principal estratégia para romper o controle absoluto da economia mundial pelo capital financeiro americano. Setenta anos depois de Getúlio Vargas, o Brasil tenta mais uma vez conquistar um pouco de autonomia e desenvolvimento, unindo-se a outras potências rivais do império americano. Uma afronta ao deep state americano, que funciona como representante da elite americana e considera o Brasil – e a América Latina como um todo – um satélite que deve ser

mantido submisso e oprimido. É nesse contexto que, na esteira da Primavera Árabe, ocorrem as chamadas Jornadas de Junho, em 2013, no Brasil. Esse é o início da revolução colorida, que dá ensejo ao golpe de 2016 e à operação Lava Jato, levando à derrocada do PT, à prisão ilegal de Lula e à consequente eleição do “lambe-botas” de Trump, Jair Bolsonaro, ao poder. (SOUZA, 2020, p. 81-82).

Logo, a Lava Jato foi a forma procedimental/instrumental pela qual o Brasil (país periférico) foi atacado nos últimos anos e, justamente por ser uma guerra, é que termos militares são utilizados nesse tipo de conflito, cite-se os termos “Operação” e “Força Tarefa”, exemplos de expressões genuinamente militares. Jessé Souza em seu livro *A guerra contra o Brasil* apresenta o conceito do que é a guerra híbrida:

O termo “guerra híbrida” se refere a um desdobramento da estratégia de guerra indireta por parte dos Estados Unidos. Trata-se de mais um meio de dominação geopolítica num mundo que caminha para um novo contexto de multipolaridade. Ainda que os Estados Unidos sejam a maior potência militar do globo em termos de armas convencionais, a paridade nuclear com a Rússia mostra que a capacidade de ditar unilateralmente as regras para o planeta inteiro, em virtude de seu poderio militar, tem seus limites. Além disso, os custos de uma guerra tradicional, inclusive de seus efeitos colaterais, envolvem riscos que são muito altos para os tomadores de decisões. Assim, Korybko mostra em seu livro, de modo convincente, como se desenvolveu, nas últimas décadas, no contexto do pensamento militar e estratégico norte-americano, toda uma teoria acerca da “guerra indireta”, como um desdobramento direto das técnicas da produção do consentimento utilizadas contra a própria população americana. O aparato estatal da indústria militar e da espionagem americanas, o deep state americano, que possui alto grau de independência relativa face à política tradicional, se esforçou por adaptar esses ensinamentos para a troca de regime político em vários países de acordo com o interesse corporativo americano. É a passagem da guerra direta, que envolve invasão de um país soberano, para a guerra indireta, que procura desestabilizar por

diversos meios o país em questão. É isso que o autor denomina guerra híbrida. (SOUZA, 2020, p. 82-83).

Sem os aparelhos de convencimento da opinião pública seria impossível a execução de uma guerra híbrida. Sendo assim, utilizaremos outra obra de Jessé Souza denominada *A elite do atraso*, especialmente no tópico “*Normalizando a exceção: o conluio entre a grande mídia e a Lava Jato*”. De modo a exemplificar a atuação da imprensa em alguns fatos históricos brasileiros, cita o autor:

A Globo é a mídia por excelência que fez reverberar na população indefesa o pacto antipopular que reconstruímos neste livro. O que foi produzido pelos intelectuais na construção da oposição entre mercado divinizado e Estado demonizado, quando ocupado por líderes populares, foi a ideia-guia da Globo e do jornal que existia antes disso, toda vez que fizeram política. A imprensa atacou de modo virulento e ajudou no episódio do “suicidamento” de Getúlio Vargas, apoiou o golpe de 1964 e se tornou com prazer e desenvoltura a voz da Ditadura. Também perseguiu Leonel Brizola – como sempre, por dinheiro – e ajudou no desmonte dos CIEPs e dos investimentos em educação popular no Rio de Janeiro. Envolveu-se em fraudes explícitas na apuração de eleições para beneficiar Moreira Franco contra Brizola. Apoiou Fernando Collor de Mello contra Lula, utilizando-se dos recursos mais baixos que um jornalismo de latrina pode usar, com a edição maldosa do debate entre os concorrentes para favorecer Collor. Apoiou a venda e privatizações do patrimônio público, enganando seus espectadores no governo FHC para facilitar o saque do patrimônio público. (SOUZA, 2019, p. 230).

Sob a égide deste raciocínio de Souza, observa-se que o envolvimento em episódios como a operação Lava Jato faz, portanto, parte do DNA da emissora. Numa crítica ao que define como *vazamentos seletivos e ilegais*, que levaram à criminalização unilateral do Partido dos Trabalhadores – PT.

Ocorre, que a história brindou o Brasil com uma situação interessante do ponto de vista sociológico: O Partido dos

Trabalhadores – PT tornou-se menor que seu fundador mais ilustre, Luiz Inácio Lula da Silva, ou seja, o objetivo de destruição do Partido dos Trabalhadores – PT jamais seria levado a cabo sem destruir Luiz Inácio Lula da Silva. Portanto, é fundamental ponderar o seguinte: A Lava Jato tinha como Objetivo Geral destruir o Partido dos Trabalhadores – PT e como Objetivo Específico destruir Luiz Inácio Lula da Silva.

Neste sentido, com todo respeito que Dilma Vana Rousseff merece, compreendemos que ela nunca foi o alvo direto deste processo. A presidenta sofreu o impeachment porque estava no caminho da marcha destrutiva engendrada pelo lavajatismo.

Neste norte, aponta Jesse Souza que um dos gatilhos utilizados pelos golpistas foi uma manobra da opinião pública em torno da PEC 37⁴ construindo uma narrativa de que o Partido dos Trabalhadores – PT seria contrário ao combate a corrupção:

A partir daí, uma série de vazamentos seletivos e ilegais, então criminalizando unilateralmente o PT, levou ao “golpeachment” da presidenta eleita pelo voto popular. O conluio entre a Globo, comandando a grande mídia, e a farsa da operação Lava Jato têm aí sua semente, sua estratégia e seu alvo seletivo. Tudo descarado desde o começo, quando o próprio juiz Sergio Moro já havia defendido explicitamente que o apoio da mídia é fundamental para deslegitimar o poder político. Poder político que um juiz, monocraticamente, decide ser digno de deslegitimação com alvo partidário seletivo e de uma parcialidade chocante. Uma espécie de soberania judicial autoconstituída, levando o caso até a própria escuta ilegal da presidenta, o que em qualquer outro lugar onde as leis também se aplicam a juizes inflados por uma mídia venal teria que ter levado à sua prisão e destituição do cargo. (SOUZA, 2019, p. 231).

⁴ Proposta de Emenda Constitucional – PEC 37 que tinha como objetivo acrescentar o §10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal também pelas polícias Federal e Civis dos Estados e do DF.

Objetivando legitimar o saque da sociedade como um todo pela elite do atraso, da qual a emissora faz parte ao apoiar uma agenda recessiva e retrógrada, afirma Souza que:

Na verdade, coube à Globo o papel principal, sendo acompanhada, no entanto, por toda a grande mídia, na construção do estado atual de deslegitimação crônica das instituições democráticas acusadas de práticas pelas quais a Globo deveria ter sido a primeira a pagar. [...] Sua sanha se dirige ao PT e aos movimentos populares que o apoiam. A Lava Jato forneceu concretude ao ataque à democracia pelos vazamentos seletivos ilegais até as eleições municipais de 2016, fazendo crer à população que apenas o PT havia cometido ilegalidades. [...] O que está em jogo, portanto, não é apenas o ataque à democracia e ao princípio da soberania popular, mas também o próprio princípio da igualdade social que é a bandeira máxima do PT e dos movimentos populares em seu núcleo. (SOUZA, 2019, p. 232).

Logo, o objetivo necessariamente precisava passar por um processo de deslegitimação do Partido dos Trabalhadores – PT e de suas lideranças e isso somente poderia ser feito por intermédio do aparato midiático cujo poder de destruição de uma imagem é brutal. Dessa maneira é necessário consignar que a intenção de destruir o Partido dos Trabalhadores – PT e o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva surge a partir de uma lógica perversa de perpetuar o que o Professor Florestan Fernandes definiu como *Contrarrevolução Prolongada*, ou o Estado de Exceção em si. Com a mínima manifestação de ascensão popular todo o mecanismo burguês se move de maneira a assegurar seus privilégios, de forma a tentar impedir o crescimento econômico das classes populares.

Ao afirmar que o ataque midiático é feito para parecer que a corrupção é obra de pessoas privadas ou partidos específicos, torna-se pertinente citar-se que, na percepção do sociólogo, direcionar o ataque midiático apenas ao Partido dos Trabalhadores e aos movimentos sociais de sua base, equivaleria a um ataque ao princípio da igualdade social como valor fundamental das

democracias ocidentais. Isto, pois, na interpretação do professor Jessé Souza,

[...] a luta contra a desigualdade do PT e de Lula foi tornada, pela propaganda televisiva, mero instrumento para a corrupção no Estado. Como o PT foi o motor da ascensão social dos miseráveis e pobres em geral, atacá-lo como corrupto e como organização criminoso – sendo acompanhada pelos próprios agentes do Estado envolvidos na operação Lava Jato – equivale a tornar suspeita a própria demanda por igualdade. É a igualdade que é tornada meio para um fim, no caso a suposta corrupção, o que implica retirar sua validade como valor, ou seja, como um fim em si. A Globo e a grande mídia – e sua aliada, a operação Lava Jato – não só contribuíram para o mais massivo ataque à democracia e ao direito brasileiro de que se tem notícia, como atacaram também, em uma das sociedades mais desiguais e perversas do planeta, a igualdade social como princípio, ao torná-lo suspeito e mero instrumento para outros fins (SOUZA, 2019, p. 234-235).

Trata-se de exemplo claro de deslegitimação de movimentos, lutas e ideais de cunho popular, ao quebrar um princípio de tamanha validade e importância como o da igualdade. A contrarrevolução se mostra constante, e a exceção, mais uma vez, se evidencia enquanto regra na realidade social brasileira. Sobre a atuação midiática no que tange a influência desta sobre a população, afirma Souza:

A grande mídia coloniza para fins de negócios, escusos ou não, toda a capacidade de reflexão de um povo, ao impossibilitar o próprio aprendizado democrático que exige opiniões alternativas e conflitantes, coisa que ninguém nunca viu acontecer em época alguma em nenhum de seus programas. Isso equivale a imbecilizar uma nação que certamente não nasceu imbecil, mas foi tornada imbecil para os fins comerciais de uma única família que representa e expressa o pior de nossa elite do saque e da rapina. [...] Distorcer sistematicamente a realidade social, mentir e fraudar uma população indefesa é, por conta disso, fazer um mal incomparavelmente maior

que surrupiar qualquer quantia financeira. É que o mal aqui produzido é literalmente impagável. O que se frustra aqui são os sonhos, os aprendizados coletivos e as esperanças de centenas de milhões. O que se impede aqui é o processo histórico de aprendizado possível de todo um povo, que é abortado por uma empresa que age como um partido político inescrupuloso. Isso apenas para que fique registrada a noção de mal maior em uma sociedade que tende a perder qualquer critério de aferição e de comparação de grandezas morais. (SOUZA, 2019, p. 236).

É perceptível, diante do exposto, que a imprensa possui o poder necessário para influenciar de forma determinante os rumos de uma nação, a opinião pública, e até mesmo o judiciário. Tais fatos são evidentes não somente nos casos atuais, mas como vimos previamente neste trabalho, ocorrem desde os tempos de Getúlio Vargas, e perduram até os dias de hoje, com uma nova ascensão dos escândalos de corrupção, coincidentemente, ou não, no decorrer de um governo tido por muitos como “populista”, ou de caráter mais voltado às classes populares.

Sendo essa influência da mídia completamente premeditada e concomitante com os interesses da elite do capital, faz-se imperativo perceber os efeitos que, por vezes, passam despercebidos pela população em geral, que na ânsia de ver o fim da corrupção dentro do Estado, acaba tendo sua atenção desviada dos resultados políticos e econômicos de causas trazidas como legítimas pelos meios de comunicação de massa.

Sobre estes efeitos, traz o autor:

[...] o aspecto econômico do conluio entre a Globo e a Lava Jato também é estarrecedor. Uma empresa venal e politicamente radicalizada, agindo sob os auspícios de uma concessão pública, se junta com servidores públicos cegos por interesses corporativos para promover a pior recessão econômica, com milhões de desempregados, fruto de sua ação direta. Pior ainda. Destroçando anos de trabalho em direção a uma inserção econômica internacional mais autônoma e menos dependente do país. (SOUZA, 2019, p. 236-237).

É perceptível na fala do sociólogo a contrarrevolução em prática. Esforços para que o país se insira de maneira mais proeminente no mercado internacional são destruídos com os esforços de uma mídia a serviço de uma elite que visa a rapina do patrimônio público. Assim, com o cidadão sob a influência desse conluio e a ideia de inferioridade, chamado de “complexo de vira-latas” introjetado no imaginário social temos que

[...] é fácil convencê-lo de que a Petrobras, como antro da corrupção dos tolos, só dos políticos, tem que ser vendida aos estrangeiros honestos e incorruptíveis que nossa inteligência vira-lata criou – o que nossa mídia repete em pílulas todos os dias. Com base na corrupção dos tolos, cria-se, na sociedade imbecilizada por uma mídia venal que distorce a realidade para vendê-la com maior lucro próprio, as condições para a corrupção real, a venda do país e de suas riquezas a preço vil. Esse é o resultado real e palpável do conluio entre grande imprensa, com a Rede Globo à frente, e a Lava Jato: é melhor entregar de vez a Petrobras, a base de toda uma matriz econômica autônoma, aos estrangeiros supostamente honestos e bem-intencionados. Quanto se levou nessa trama só saberemos, como sempre, quando for tarde demais, tanto para os culpados quanto para as centenas de milhões de vidas empobrecidas e desempregadas. (SOUZA, 2019, p. 239).

Nesta linha, ainda sobre a influência dos aparelhos ideológicos na sociedade brasileira e sua relação com o patrimônio nacional, aduz o autor que *“o que se fez com a Odebrecht e a Petrobras foi algo que só uma sociedade completamente entorpecida por uma mídia paga por saqueadores legalizados da riqueza de todos torna possível.”*

Com o que veio chamar de “corrupção dos tolos”, a que é propagada por todo o aparelho midiático nacional acerca unicamente da política e Estado nacional, Souza define que o combate a essa modalidade acabou por “turbinar e legitimar” a “corrupção real” (a do saque aos patrimônios públicos no Brasil pelo que o autor define como “elite do atraso”). (SOUZA, 2019)

O fundamento da confusão entre corrupção real e corrupção dos tolos é uma leitura enviesada e interessada da sociedade brasileira, a qual, no entanto, logrou confundir e enganar tanto a direita quanto a esquerda. É necessário aprender com a nossa catástrofe, que é recorrente. As falsas ideias existem para fazer as pessoas de tolas, posto que apenas os feitos de tolos dão de bom grado e volitivamente o produto de seu esforço a quem os engana e oprime. Sem uma crítica às ideias, não existe prática social verdadeiramente nova. A ideia central que nos faz de tolos é a de que nossa história e a história de nossas mazelas têm sua raiz no patrimonialismo só do Estado. Foi por conta dela que a Rede Globo e a Lava Jato legitimaram seu ataque combinado à economia e à sociedade brasileira. É a pseudoexplicação patrimonialista que está no lugar da explicação pela escravidão e por sua herança de ódio e de humilhação dos mais frágeis. É ela que legitima a corrupção dos tolos, que se regozija de ter recuperado a merreca de 1 bilhão de dólares na operação Lava Jato, isso ao preço da destruição de toda uma estrutura produtiva e milhões de empregos perdidos. Ou seja, à custa de nosso futuro. (SOUZA, 2019, p. 240).

A título de exemplo, cabe explorar informação trazida pela Agência Brasil no ano de 2017, onde se informa que uma decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em favor de um dos maiores bancos privados do país. Na decisão, a Receita Federal deixou de arrecadar 25 bilhões de Reais. Trata-se de valor múltiplas vezes maior que o recuperado pela operação Lava Jato, e que não ganha o mesmo destaque no noticiário nacional. (MÁXIMO, 2021).

E prossegue Jessé Souza,

A elite do atraso e seu braço midiático fazem parte, portanto, do mesmo esquema de depenar a população em benefício próprio. É o que explica a constante necessidade de criar espantalhos para desviar a atenção do público do que lhe é surrupiado e explicar a penúria que seu saque provoca por outras causas. O espantalho perfeito é a corrupção dos tolos só da política, quando esses são meros lacaios de quem financia sua eleição para que protejam seus

privilégios no mercado. Usa-se o desconhecimento da população, provocado pela distorção sistemática da realidade produzida pela própria mídia, para manipulá-la ao sabor da conjuntura que convém à elite do atraso. (SOUZA, 2019, p. 241).

Desta forma, cabe também destacar o fato de que, como aponta o próprio sociólogo, mesmo em tempos de crise, os maiores bancos privados do país continuam por obter lucros estratosféricos. A não explicação de como ocorre toda essa transferência de renda como quando, em 2015, ano de uma das maiores crises da história do Brasil, houveram instituições financeiras com lucros superiores a 15% em relação ao ano anterior. (SOUZA, 2019, p. 242).

Faz-se imperativo, portanto, a análise do que vem a ser o que o autor define como “corrupção real”, e o porquê de ela não obter o devido esclarecimento por parte daqueles que se dedicam a denunciar a chamada “corrupção dos tolos”. Desta forma, apontando os efeitos disso no campo econômico social brasileiro, cita o autor:

É importante, por conta disso, analisar a corrupção real, e não apenas a dos tolos propagada pela grande imprensa. Certamente, nunca fomos tão feitos de tolos quanto na questão central, como vimos, da política nacional: a dívida pública. Todo o orçamento público e toda a arrecadação tributária, que é obtida onerando precisamente os mais pobres no Brasil, segundo pesquisa do IPEA, foram capturados para o serviço dessa dívida de origem obscura e secreta. A balela de que as altas taxas de juros servem ao controle da inflação é desmentida pelo fato de que os componentes principais do IPCA têm impacto quase nulo na taxa de juros. O Brasil, governado pelos lacaios do sistema financeiro, precarizou sua saúde, sua educação, sua capacidade de produção de tecnologia e de pesquisa, em suma, está comprometendo seu futuro e seu presente para engordar uma ínfima elite do dinheiro [...] (SOUZA, 2019, p. 242).

A entrega da Petrobras ao capital estrangeiro, apoiada por grande parte da população, enganada pela maneira com que se aborda essa situação nos maiores meios de comunicação do Brasil

acaba, portanto, prejudicando ainda mais a situação que aprisiona o Brasil a essa dívida pública que assola os cofres nacionais, e justifica as abusivas taxas tributárias impostas às classes mais populares do país.

Acerca da dívida pública, e elucidando sobre a questão de como os bancos continuam a atingir enormes lucros mesmo em períodos de crise nacional, afirma o autor que:

Todo o orçamento público é usado para pagar juros apenas, sem que a dívida em si seja jamais diminuída. Essa é uma dívida sem contrapartida, imoral, ilegal e que só engorda uma ínfima elite do dinheiro que comprou a política, a justiça e a mídia. [...] O esquema se desdobra nos níveis estadual e municipal com a venda de ativos públicos e da própria arrecadação, muitas vezes sem contrapartida, diretamente para os atravessadores financeiros, como já está acontecendo nas grandes cidades brasileiras. É desse modo que o lucro desse pessoal aumenta enquanto a população fica cada vez mais pobre. (SOUZA, 2019, p. 243).

Tudo isso se junta ao fato das taxas de juros cada vez mais abusivas do país. Isso, além das questões de sonegação fiscal, e a exorbitante carga de juros que o povo brasileiro paga diariamente embutida em qualquer produto adquirido, contribuindo diretamente para o endividamento e empobrecimento da população brasileira. (SOUZA, 2019).

Sobre o tema, é importante compreendermos a visão do sociólogo acerca da diferença entre a corrupção que é propagada nas campanhas de combate, com outro tipo de corrupção, que na visão do autor acaba por passar despercebida sob a sombra da corrupção política. Sobre os valores abusivos que a sociedade brasileira acaba por pagar de juros embutidos em produtos, e a diferença no tratamento entre os diferentes tipos de corrupção, observa o autor:

Segundo dados do próprio Banco Central para 2017, o montante é cerca de novecentas vezes superior, todos os anos, ao montante

orgulhosamente recuperado pelos paladinos da justiça da Lava Jato, a farsa principal da corrupção dos tolos. Não nos esqueçamos de que esse saque via juro embutidos em todos os preços acontece todos os anos e é a causa real do empobrecimento e do endividamento da maior parte da população brasileira. Essa é a verdadeira “boca de fumo” do nosso capitalismo, que só se separa do narcotráfico por exterioridades. A fonte real do assalto à população, que se torna invisível posto que toda a atenção midiática é voltada aos “aviõezinhos” da política, que ficam com as sobras. Os 3% dos Sérgio Cabral da vida permitem tornar invisíveis a corrupção e o assalto real. É claro que a corrupção política também é recriminável, mas ela não é a causa da pobreza, do desemprego e do desespero da sociedade brasileira, como a imprensa propaga. Ela é, em vez disso, o espantinho perfeito para que a corrupção real possa continuar invisível. (SOUZA, 2019, p. 244-245).

É notável, portanto, na percepção de Jessé Souza, como o aparelho ideológico age de forma a manipular a atenção da população a um “inimigo” comum a toda a sociedade, de forma a desviar completamente a atenção de diversas outras mazelas que a acometem.

Ao distorcer de maneira sistemática a realidade de forma a moldar os pensamentos de uma sociedade, a mídia faz com que se dê um valor muito maior à corrupção que divulga, que, com toda a certeza é completamente abominável, mas acaba por vender a mesma sociedade diante de diversos outros abusos que mantém o *status quo* da diferença de classes, benéfico apenas aos detentores do capital. (SOUZA, 2019). Sobre o tema, é válida a conclusão do professor Jessé Souza:

O espantinho da criminalização da política só serve para que os donos do mercado deleguem a política ao que há de pior e mais mesquinho do baixo clero político. Já o espantinho da criminalização da esquerda e do princípio da igualdade social só serve para que a justa raiva e o ressentimento da população, que sofre sem entender os reais motivos do sofrimento, percam sua expressão política e racional possível. Foi assim que a mídia irresponsável possibilitou e

pavimentou o caminho para a violência fascista do ódio cego dos Bolsonaros da vida. (SOUZA, 2019, p. 245).

As consequências econômicas e políticas causadas pela maneira como foi conduzida a maior operação de combate à corrupção do Brasil estão sendo ainda hoje constatadas e descobertas pela população brasileira. Ocorre que, conforme o que expõe o autor Jessé Souza, o que se percebe é que a maneira com que os fatos são abordados pela grande mídia acaba por fomentar um ódio secular de uma sociedade fundada na escravidão e exploração da classe trabalhadora. (SOUZA, 2019).

Desta maneira, questões que vêm de forma a deslegitimar qualquer governo que manifeste de alguma forma benefícios que de alguma maneira, mesmo que mínima, diminua o distanciamento social entre as classes acaba recebendo a alcunha de “populista”, que como define o sociólogo, reveste “*de caráter científico o pior e mais covarde dos preconceitos.*”, pois sua noção acaba por cumprir importante papel na legitimação do “*ódio e o desprezo aos pobres*” em nosso país.

Trata-se de mais uma forma de se manter o distanciamento social entre as classes, perpetuando a exploração e cumprindo com o ofício que se espera de uma sociedade com uma burguesia com características contrarrevolucionárias e de seus aparelhos ideológicos de Estado.

3. LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA: POUCOS RESISTIRIAM A TAMANHA PERSECUÇÃO

A vida de Luiz Inácio Lula da Silva é amplamente conhecida no Brasil, portanto citaremos o estritamente necessário. Sendo assim temos o seguinte:

Nordestino, pobre, sétimo filho de um casal de lavradores analfabetos, Luiz Inácio Lula da Silva nasceu em 1945 numa casa de dois cômodos e chão de terra batida no Semiárido pernambucano.

Sem luz, água encanada, banheiro ou sapatos, o menino tinha 7 anos quando montou num pau-de-arara e, cumprindo a sina de milhares de outros brasileiros, "despencou" para o sul-maravilha com a mãe e os irmãos, a fim de reencontrar o pai, que havia retirado semanas antes de Lula nascer, em busca de uma vida melhor longe da seca e da miséria. Instalado no litoral paulista, Lula começa a trabalhar ainda criança, no cais de Santos, para ajudar nas despesas de casa. Ambulante aos 8 anos e engraxate aos 9, vira ajudante de tinturaria no início da adolescência, quando muda-se para São Paulo com a mãe, agora separada do pai, e os irmãos solteiros. Conclui o ginásio e, empregado numa metalúrgica aos 14 anos, é admitido no curso técnico de torneiro mecânico do Senai. (INSTITUTO LULA, 2019).

Uma vez formado em torneiro mecânico Lula iniciaria sua atuação no movimento sindical chegando a Presidência do Sindicato dos Metalúrgicos em 1975 em plena a ditadura empresarial militar:

Entre 1978 e 1980, Lula comanda greves gerais que assumem proporções impensáveis, firmando-se como o maior nome da oposição no cenário político do país. Em 19 de abril de 1980, é preso e passa 31 dias na cadeia. Libertado, retoma a atividade sindical e política. Fundar um partido para conquistar espaço nas esferas decisórias, tanto no Executivo quanto na formulação de leis mais justas para os trabalhadores, torna-se uma meta, uma missão inevitável. (INSTITUTO LULA, 2019).

Em sua história além de ser um dos fundadores do Partido dos Trabalhadores – PT e disputaria seis eleições para Presidência da República pelo Partido dos Trabalhadores – PT sagrando-se vencedor em três oportunidades sendo eleito Presidente da República pela primeira vez em 2002:

Lula é o primeiro operário a instalar-se como inquilino no Palácio do Alvorada. Seus dois governos são marcados principalmente pela implementação bem sucedida de programas de distribuição de renda, como o Bolsa Família, e de acesso dos mais pobres a linhas de

crédito, salários mais altos, geração de empregos e melhor qualidade de vida em educação (Prouni, 14 universidades criadas...), moradia (Minha casa, minha vida), infra-estrutura e saneamento (Luz para Todos, Programa de Aceleração do Crescimento) e outros. A relação do governo com a população ganha uma outra qualidade, com a realização de mais de 70 conferências nacionais e a abertura sistemática do Palácio do Planalto a diferentes grupos da sociedade civil organizada. Reeleito para um segundo mandato, Lula realiza o feito inédito de eleger sua sucessora, Dilma Rousseff, e chega ao final do governo com recorde de popularidade: sua administração é aprovada por 87% da população em dezembro de 2010, diz o Ibope. As estatísticas de desemprego e de famílias abaixo da linha de pobreza são as menores desde o início dessas medições. (INSTITUTO LULA, 2019).

Portanto, Luiz Inácio Lula da Silva não é um filho das elites, mas sim a negação de tal classe, ou seja, ele pertence a classe trabalhadora que historicamente sempre foi perseguida e oprimida neste país. Ademais, é importante consignar que as políticas sociais do governo do operário Luiz Inácio Lula da Silva realizaram mudanças sociais históricas no Brasil conforme apontam os dados das Nações Unidas:

“Entre 2001 e 2013, o percentual da população vivendo em extrema pobreza caiu de 10% para 4%”, informa o estudo. “De 1990 a 2009, cerca de 60% dos brasileiros passaram a um nível de renda maior. Ao todo, 25 milhões de pessoas saíram da pobreza extrema ou moderada. Isso representa uma em cada duas pessoas que saíram da pobreza na América Latina e no Caribe durante o período.” Os autores lembram que, até 1999, os índices de extrema pobreza no país e no resto da região eram parecidos, em torno de 26%. Foi em 2012 que se observou uma redução maior no percentual brasileiro: 9,6%, ante os 12% regionais. Também chamam a atenção os indicadores de mobilidade social nesse período. Atualmente, os do Brasil ficam em terceiro lugar na região, atrás do Chile e da Costa Rica. O bom desempenho brasileiro se explica por três motivos. Primeiro, pelo crescimento econômico a partir de 2001, bem mais estável que o

registrado nas duas décadas anteriores. Segundo, pelas políticas públicas com foco na erradicação da pobreza, como Bolsa Família e Brasil sem Miséria. Terceiro, pelo mercado de trabalho nacional: no período da pesquisa, aumentaram as taxas de emprego e o percentual de empregos formais (60% em 2012). O relatório ainda aponta a evolução do salário mínimo, que fortaleceu o poder de compra dos brasileiros. (NAÇÕES UNIDAS, 2019).

E foi justamente a capacidade de alteração social durante os governos Lula que fizeram com que o Partido dos Trabalhadores – PT passasse a ter tamanho sucesso eleitoral, pois Lula seria reeleito e ainda faria sua sucessora Dilma Vana Rousseff que também se reelegeria, e depois sofreria o golpe de estado de 2016.

E justamente porque a elite burguesa não conseguia mais controlar o jogo democrático das eleições foi arquitetada a operação Lava Jato que com suporte midiático engendraram no Brasil uma estrutura de perseguição para destruir o Luiz Inácio Lula da Silva e o Partido dos Trabalhadores – PT.

O primeiro momento da Operação Lava Jato construiu o caminho para o golpe de estado de 2016, também conhecido como a farsa do *impeachment* da Presidenta Dilma Vana Rousseff sem que houvesse crime de responsabilidade, pois a tese golpista de que foi praticado crime de responsabilidade foi reduzida a pó por no mínimo quatro pontos:

- 1) as chamadas “pedaladas fiscais”, que não são um conceito jurídico estabelecido em nenhum documento, não constituem crime de responsabilidade, pois não há nenhum prazo legalmente estabelecido para que o governo salde os breves débitos junto aos bancos públicos. O governo Dilma saldou esses débitos, no máximo, em quatro meses, o que está dentro de um limite de razoabilidade;
- 2) em 2015, o governo Dilma cumpriu a meta fiscal, redefinida pelo Congresso no final do ano. Mesmo que o governo não tivesse cumprido a meta fiscal não seria crime de responsabilidade, pois as contingências da economia podem impedir que um governo cumpra a meta fiscal. O que constitui crime de responsabilidade é o não cumprimento da Lei Orçamentária, coisa de que Dilma não é

acusada; 3) os decretos suplementares não constituem crime de responsabilidade, pois há uma compatibilidade entre decretos complementares e contingenciamento do orçamento. Assim, os decretos de suplementação não elevam execução de despesa pública; 4) ademais, quanto a autoria dos decretos, eles são definidos por lei e não são de responsabilidade direta da presidente. Os próprios técnicos do Senado haviam concluído que Dilma não é responsável pelos decretos. (FORNAZIERI, 2016)

Diga-se ainda que a Presidente Dilma Vana Rousseff foi derrubada sem sequer figurar na lista de investigados pela operação Lava Jato, eis o poder que fora exercido de uma tal maneira com a comunicação de uma mensagem manipulada e fundada num mito de combate a corrupção. Apesar disso o golpe de 2016 ocorreu. O golpista Michel Miguel Elias Temer Lulia assumiu e iniciou o processo de desmonte das conquistas sociais.

Paralelamente o Luiz Inácio Lula da Silva e o Partido dos Trabalhadores – PT eram alvos de uma implacável persecução com objetivo claro de destruição da imagem de ambos para conseguir destruí-los e, portanto retirar-los da cena política nacional.

Então, após o golpe de 2016 chegaram às eleições presidenciais de 2018 e as pesquisas apontavam Luiz Inácio Lula da Silva na liderança isolada da corrida eleitoral e então a Lava Jato conseguiu efetivar seus objetivos e retirou Lula da corrida presidencial em 2018:

O juiz Sergio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a nove anos e meio de prisão pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro no caso do triplex do Guarujá. Lula estava na sede do Instituto Lula quando recebeu a notícia. O presidente do Instituto Lula, Paulo Okamoto, disse que a condenação já era esperada. A defesa do ex-presidente disse que o julgamento de Moro ‘envergonhou o Brasil’. (G1, 2018)

Lula foi condenado e então recorreu para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, porém, sua pena foi aumentada pelos desembargadores: *“A pena definida pela 8ª Turma do Tribunal Regional*

Federal da 4ª Região (TRF-4) é de 12 anos e 1 mês de prisão, com início em regime fechado, por corrupção passiva e lavagem de dinheiro”. (G1, 2018).

Tão logo o recurso foi julgado o juiz de primeira instância determinou sua prisão: “Moro determina prisão de Lula para cumprir pena no caso do triplex. Lula tem até as 17h de sexta-feira (6) para se apresentar voluntariamente à Polícia Federal em Curitiba. Ex-presidente foi condenado em duas instâncias por corrupção passiva e lavagem de dinheiro”. (G1, 2018).

O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva se apresentou as autoridades e chegou a Superintendência da Polícia Federal em Curitiba no dia 07 de Abril de 2018 onde permaneceu preso por 580 dias até sua liberdade em 08 de novembro de 2019, exatamente um dia após o Supremo Tribunal Federal – STF ter decidido que um ser humano só pode ser preso após o trânsito em julgado de uma sentença.

Posteriormente o mesmo Supremo Tribunal Federal – STF declarou a incompetência e suspeição do então juiz Sergio Moro que havia condenado Luiz Inácio Lula da Silva na famigerada operação Lava Jato e dessa forma todos os processos contra o Lula foram anulados e ficou clara sua inocência e a verdade foi restabelecida. Porém, o Brasil agora caíra nas mãos de um governo fascista fruto direto da operação Lava Jato.

Em liberdade Luiz Inácio Lula da Silva iniciou uma marcha democrática no Brasil aglutinando todos aqueles que compreenderam a necessidade do enfrentamento ao fascismo/barbárie/trevas expressados pelo governo de Jair Messias Bolsonaro. Então, desde 2019 Luiz Inácio Lula da Silva liderou todas as pesquisas eleitorais até que em 30 de Outubro de 2022 o povo brasileiro o reconduziu à Presidência da República com 60.345.999 (sessenta milhões trezentos e quarenta e cinco mil novecentos e noventa e nove) votos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aparato ideológico de que dispõe a elite é algo de mais brutal, perverso e desumano que se pode imaginar. Esse aparato pode se readequar e se reinventar conforme o momento e as circunstâncias, mas sempre com o objetivo de atender aos interesses da classe dominante. Recentemente no Brasil o que foi possível perceber uma estrutura de força descomunal formada por aparelhos ideológicos, midiáticos e jurídicos capazes de destruir, aniquilar qualquer alvo sejam indivíduos sejam instituições.

O exemplo maior disso foi a operação Lava Jato que munida de tais aparelhos centrou fogo com intenção de destruir o Partido dos Trabalhadores – PT e o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Nenhuma instituição, nenhum ser humano, resistiriam a tamanho poder persecutório, porém o que se constatou na prática foi que Lula e o PT apesar dos ataques conseguiram se reestruturar e se reerguer com impressionante êxito e ambos voltando ao poder no Brasil.

O Partido dos Trabalhadores – PT é menor do que seu fundador e mais ilustre filiado Luiz Inácio Lula da Silva o que nos permite dizer que o partido somente resistiu por conta de ter Lula. Nenhum outro político do planeta terra teria resistido em pé a todos os ataques que foram direcionados ao Presidente Lula dos últimos dez anos e isso reforça a compreensão de que ele transcende a condição de homem e assume aspectos que o aproximam mais de uma ra que já está na eternidade.

O poder de Luiz Inácio Lula da Silva ficou claro no dia 30 de outubro de 2022 quando ele foi reconduzido à Presidência da República depois da infância, da militância, da injusta condenação, mas especialmente porque Lula venceu uma eleição em que lutou contra as Fake News, Orçamento Secreto, Máquina Pública, e uma das maiores aparelhamentos das instituições públicas de que se tem notícia no Brasil, ou seja, somente a figura de Lula é capaz de enfrentar e vencer todos esses obstáculos.

Portanto, a elite brasileira apesar do aparato ideológico montado com a Lava Jato não conseguiu levar a cabo seu Objetivo

Geral que era destruir o Partido dos Trabalhadores – PT e muito menos o seu Objetivo Específico que era destruir Luiz Inácio Lula da Silva, pois ambos retornaram com força nas eleições de 2022.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Tradução: Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é Ideologia**. 38ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A Ideologia Alemã**. Tradução: Frank Müller. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2005.

FORNAZIERI, Aldo. Impeachment político é golpe. Disponível em: <<http://jornalggn.com.bbmr/noticia/impeachment-politico-e-golpe-por-aldo-fornazieri>> Acesso em: 29 de AGO. de 2016.

G1. **Lucro do Itaú Unibanco atinge R\$ 23,35 bilhões em 2015**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2016/02/lucro-do-itaunibanco-atinge-r-2335-bilhoes-em-2015.html#:~:text=O%20Itaú%20Unibanco%20registrou%20lucro,hoje%2C%20segundo%20dados%20da%20Economatica>>. Acesso em: 30 de MAR. de 2021.

_____. **Moro determina prisão de Lula para cumprir pena no caso do tríplex**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/moro-determina-prisao-de-lula-para-cumprir-pena-no-caso-do-triplex-em-guaruja.ghtml>> Acesso em: 01 de NOV. de 2022.

DANTAS, Dimitrius. SCHMITT, Gustavo. Moro condena Lula a 9 anos e meio de prisão no caso do tríplex. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/moro-condena-lula-9-anos-meio-de-prisao-no-caso-do-triplex-21580819>>. Acesso em 01 de NOV. de 2022.

INSTITUTO LULA. **Biografia**. Disponível em: <<https://www.institutolula.org/biografia>> Acesso em 27 de JUN. de 2019.

MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo. 2005.

MÁXIMO, Welton. **Decisão do Carf sobre fusão de bancos faz Receita deixar de arrecadar R\$ 25 bi**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-04/decisao-do-carf-sobre-fusao-de-bancos-faz-receita-deixar-de-arrecadar-r-25>>.

Acesso em: 30 de MAR. de 2021.

SOUZA, Jessé. **A guerra contra o Brasil** [recurso eletrônico] / Jessé Souza. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2020.

_____. **A Elite do Atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

O SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Juliano Gil Alves Pereira¹

INTRODUÇÃO

A importância da universalização dos direitos humanos e de sua reconstrução, partida da constatação da desumanidade dos paradigmas jurídico-políticos nazistas, que ocasionou repúdio da comunidade mundial, especialmente após o surgimento da Organização das Nações Unidas.

Com a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, passaram a surgir tratados voltados à sua universalização, fazendo surgir um Direito Internacional dos Direitos Humanos, que foi difundido globalmente, voltando-se à prevenção e ao combate às infrações.

O presente trabalho tem por objetivo tratar do chamado sistema global de proteção aos direitos humanos, composto, especialmente, pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Utiliza-se, para tanto, pesquisa bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa, utilizando-se o método dedutivo. O trabalho foi dividido em quatro partes. Na primeira, trata-se de dirigir a consolidação internacional dos direitos humanos, a partir da

¹ Doutor em Ciências Jurídico-Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA, Argentina. Doutorando em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente pela Universidade de Araraquara – UNIARA. Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Advogado. e-mail: julianogil@uems.br

Carta das Nações Unidas do ano de 1945 de sua falta de juridicidade.

Além disso, trabalha-se a superveniência da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A seguir, trata-se do grau de juridicidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sua função de pilar interpretativo e sua vinculatividade quanto aos Estados-membros.

Trata-se, além disso, de seu papel como fonte de costume internacional. Na sequência, estuda-se a falta de vinculatividade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a carta internacional de direitos humanos, a programaticidade dos direitos econômicos, sociais e culturais e, ao final, os Pactos de Nova York.

Finalmente, trabalha-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como a aplicabilidade dos direitos que foram consagrados pelos referidos tratados internacionais, em 1966.

Justifica-se o estudo apresentado, em decorrência da necessidade de se concretizar, efetivamente, os pressupostos, princípios e regras do direito internacional dos direitos humanos, inclusive, em detrimento de alguns preceitos do ordenamento jurídico interno.

Concluiu-se que o conjunto de direitos de natureza liberal e social constantes dos Pactos de Nova York de 1966, a partir da base teórico-normativa estabelecida pela Carta de 1945 e pela Declaração de 1948, formam o que se tem denominado sistema global de proteção aos direitos humanos.

1. DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS À DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

O presente tópico se dirige a tratar acerca da consolidação dos direitos humanos no plano internacional, a partir da Carta das Nações Unidas do ano de 1945 de sua falta de juridicidade, assim como da superveniência da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

1.1 A consolidação dos direitos humanos no plano internacional

Os instrumentos internacionais concernentes aos direitos humanos são interdependentes e se complementam reciprocamente. Apesar disso, ainda há resistência à sua implementação plena em vários países, especialmente em decorrência da ideia inflexível de soberania.

O argumento mais forte adotado por reacionários em desfavor dos direitos humanos não é a ausência de fundamento, porém, sua impossibilidade de execução. Sua enunciação, entretanto, não equivale à sua obtenção, independentemente de um maior ou menor poder de convicção acerca de seu fundamento (BOBBIO, 2004, p. 43).

Dessa mesma maneira, o problema fundamental naquilo que concerne aos direitos humanos, na atualidade, não é de justificá-los, porém, sim, de protegê-los. Trata-se, portanto, não de um problema filosófico, mas, sim, de ordem política (BOBBIO, 2004, p. 43)

Resta imperioso observar a diferença que se identifica entre o número de defensores da eficácia interna dos direitos humanos em comparação com quem defende a aceitação de tratados internacionais como instrumentos de ação voltada a satisfazer uma grande sorte de direitos.

Em que pese os avanços relacionados aos direitos humanos, ainda há um longo caminho pelo qual passar. O desenvolvimento no que concerne a essa questão é evidente no que concerne ao desenvolvimento tanto substantivo quanto processual (TRINDADE, 1991, p. 59).

Mais do que isso, identifica-se a ausência de hierarquia entre os planos global e regional de proteção. Na realidade, ambos se complementam e se reforçam reciprocamente, desde que possa ser utilizado o mecanismo capaz de provar a maior e mais completa proteção às vítimas (TRINDADE, 1991, p. 59).

Faz-se necessária, portanto, a consolidação dos instrumentos de resguardo aos direitos humanos, não apenas no que tange à sua titularidade quanto, especialmente, naquilo que tange à sua efetiva juridicização, inicialmente, quanto à sistemática global de proteção.

1.2 A Carta das Nações Unidas

O Nazismo fez acender a humanidade a ideia de que o direito positivo, em que pese sua legitimidade formal, ocasionou prejuízos irreparáveis à humanidade, tendo em vista o seu mais completo distanciamento dos valores morais mais basilares, inclusive aqueles derivados do direito natural.

Dessa experiência, a sociedade e os países do ocidente passaram a reconstruir a noção de direitos humanos, a partir da ideia de que os dramas humanos são compartilhados, de maneira que o Direito deve ser utilizado para assegurar direitos individuais e coletivos os mais basilares (BONIFÁCIO, 2008, p. 38).

Iniciou-se, portanto, a mudança de padrões jurídicos, de maneira a se redefinir direito internacional como um todo, tornando-o dirigido à proteção geral a garantias que passam a ser entendidas como universais e imprescindíveis à própria existência humana com dignidade.

A Carta das Nações Unidas, introduzida em 1945 iniciou um novo paradigma jurídico internacional, criando, naquele momento, a Organização das Nações Unidas, assim como um novo padrão de atuação nas relações entre Estados soberanos, inclusive, por intermédios de mecanismos cooperativos (PIOVESAN, 2022, p. 124).

Trata-se, portanto, efetivamente, do primeiro instrumento jurídico internacional relacionado aos direitos humanos que representa uma reação comunitária real aos horrores identificados no decorrer do regime nazista e repudiados pela comunidade mundial após a Segunda Grande Guerra.

1.3 A Carta das Nações Unidas e sua falta de juridicidade

É possível considerar que a Carta de 1945 é o início do sistema do direito internacional dos direitos humanos, tendo em vista que colocou em texto o pensamento acerca da necessidade de se tornarem homogêneas a ideias concernentes a princípios humanitários mínimos.

A Carta das Nações Unidas de 1945 compreendeu que a cooperação entre Estados soberanos seria capaz de fornecer soluções aos problemas comuns das Nações, que, em suas origens, têm razões econômicas, humanitárias, culturais e sociais (BONIFÁCIO, 2008, p. 266).

Em que pese a claríssima relevância da Carta de 1945 para o direito internacional dos direitos humanos, houve, na época, quem questionasse não apenas o seu valor jurídico, como, especialmente, sua vinculatividade em relação às nações soberanas.

Assim, por ocasião da elaboração da Carta das Nações Unidas, alguns teóricos entenderam pela necessidade de que o Diploma trouxesse uma efetiva declaração dentre seus anexos. Sua ausência, entretanto, fez com que tivesse questionada a sua verdadeira juridicidade (ARZABE; GRACIANO, 1998, p. 251).

Em que pese a ausência da referida declaração anexa, a Carta das Nações Unidas demonstra que a proteção aos direitos humanos é a finalidade precípua da Organização, assim como a perspectiva de sua expansão quanto aos Estados e os indivíduos no âmbito comunitário (ARZABE; GRACIANO, 1998, p. 251).

Desse modo, em que pese sua evidente relevância, fez-se imperioso o surgimento de um diploma efetivamente jurídico, ou seja, que fosse capaz de promover a vinculação das nações soberanas que a ela aderissem, ultrapassando, portanto, o âmbito meramente ideológico.

1.4 Da Carta das Nações Unidas à Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Carta das Nações Unidas de 1945 demonstra padecer de algumas questões estruturais sérias, apesar de ter sido capaz de demonstrar a relevância da proteção aos direitos humanos, especialmente em decorrência do fato de não trazer uma definição específica de “direitos humanos”.

Além disso, a Carta é apontada como incapaz de ter sistematizado um conjunto de direitos, que, por sua vez, surgiu em

1948, por meio da declaração Universal dos Direitos Humanos, que, por sua vez, fixou um código de direitos humanos (PIOVESAN, 2022, p. 130).

Em decorrência disso é que se faria impossível afirmar que a Carta poderia ter sistematizado, concretamente, direitos humanos, tendo em conta que seu objetivo primordial foi a criação da Organização das Nações Unidas e a fixação de seus objetivos primordiais.

A Declaração Universal, portanto, foi capaz de consolidar uma ética de espectro universal, que, portanto, passou a servir para especificar os direitos que a Carta das Nações Unidas do ano de 1945 consegue somente mencionar (ARZABE; GRACIANO, 1998, p. 252).

Fez-se necessário, portanto, o surgimento de um diploma internacional que fosse capaz ao menos de sistematizar um conjunto de direitos humanos que formariam a base para os demais tratados que, a partir daí, teriam o objetivo de torna-los minimamente concretos.

2. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

O presente tópico se volta a trabalhar o grau de juridicidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sua atuação como como pilar interpretativo, sua vinculatividade em relação aos Estados-membros, assim como seu papel como fonte de costume internacional.

2.1 A juridicidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos

A superveniência da Declaração Universal dos Direitos Humanos fez surgir a base jurídica do sistema do direito internacional dos direitos humanos, sendo que, após o referido Diploma surgiu uma diversidade de diplomas voltados a consolidar tais preceitos, princípios e regras.

Trata-se de um instrumento decisivo no que concerne às possibilidades de universalizar a proteção aos direitos humanos, que, por sua vez, continua como fonte de inspiração, irradiação e convergência de instrumentos internacionais de direitos humanos (TRINDADE, 1991, p. 1).

Um dos predicados da Declaração de 1948 é justamente a consagração de direitos de várias espécies, ao contrário daquilo foi determinado pelos padrões pós-revolucionários, que, por sua vez, confere valor quase que exclusivo a garantias relacionadas à liberdade e à igualdade formal.

Diversos Estados, de acordo e ausente qualquer ressalva aos dispositivos do Pacto, com ele concordaram bem como comprometeram-se a dar-lhes cumprimento e aperfeiçoamento, sem qualquer sorte de questionamento ou voto contrário (PIOVESAN, 2018, p. 25).

Notável, em tal contexto, que a ausência de questionamentos deu à Declaração Universal o significado equivalente a um código e, simultaneamente, a uma plataforma de ação, tornando-a a base inicial para a concretização de um efetivo direito internacional dos direitos humanos.

2.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos como pilar interpretativo

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é de clara relevância para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por se tratar de seu embasamento ideológico, assim como a inspiração para o surgimento dos outros diplomas e instrumentos protetivos.

Em decorrência disso é que a Declaração equivale à manifestação da única prova por intermédio da qual um sistema de valores poderia ser fundamentado humanamente e reconhecido, qual seja, o consenso geral no que se relaciona à sua validade (BOBBIO, 2004, p. 46).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 fez com que surgisse um pilar hermenêutico geral naquilo que se

relaciona às questões e dispositivos dos quais trata, tendo sido capaz de dar-lhes um lastro axiológico e uma unidade valorativa, consolidando esse ramo jurídico.

Mais do que isso, a declaração torna universal o próprio ideal de dignidade da pessoa humana e, simultaneamente, o merecido respeito, trazendo um conjunto de direitos e garantias indispensáveis ao próprio ser humano para o desenvolvimento de sua personalidade (PIOVESAN, 2022, p. 130).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz, além disso, algo como uma interpretação autorizada da expressão “direitos humanos”, que, por sua vez, apresenta certa vinculação jurídica, situação, que, por sua vez, firmando certa complementariedade ela e a Carta da ONU.

2.3 A vinculação dos Estados na Declaração Universal dos Direitos Humanos

Em que pese os entendimentos que consideram que a Declaração Universal de 1948 como um diploma juridicamente vinculantes, há interpretações que afirmam tratar-se apenas da fixação de padrões interpretativos gerais concernentes aos direitos humanos.

Nesse âmbito é que surge o questionamento acerca da possibilidade de os direitos do homem serem reconhecidos objetivamente ou de o consenso de 10 de dezembro de 1948 ser nada mais do que uma concordância contingente (ALEXY, 2015, p. 42).

Esta, portanto, restaria condicionada pelos horrores das duas guerras mundiais, por intermédio de colocações subjetivas, situação que poderia significar que o referido consenso, a partir da modificação dessas colocações, perderia seu significado (ALEXY, 2015, p. 42).

Naquilo que tange à observância das disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos não se pode admitir a mera discricionariedade pelo Estados-membros, em decorrência do fato de que seus direitos sejam reconhecidos mediante relativo grau de vinculação.

Mais do que isso, tendo em vista sua positivação textual expressa e individualizada, faz com que os direitos lançados pela Declaração Universal sejam reconhecidos pelos Estados, justamente em decorrência de terem seu fundamento na consciência jurídica coletiva das pessoas e dos povos (BONIFÁCIO, 2008, p. 273).

Ocorre que a própria Declaração Universal como um de seus objetivos justamente o reconhecimento dos direitos humanos concernentes a outros direitos e liberdades a surgirem por intermédio de outros tratados e convenções que eventualmente a seguissem.

2.4 A Declaração Universal entre a juridicidade e o costume

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 promove, de maneira direta e expressa, o reconhecimento universal dos direitos, garantias e liberdades fundamentais que haviam sido mencionadas no âmbito da Carta das Nações Unidas de 1945.

Dessa forma, a Declaração Universal, ao menos no sentido técnico, configura uma recomendação aos Estados participantes da Assembleia Geral das Nações Unidas, de maneira que não poderia ter força juridicamente vinculante, ao menos em um sentido mais estrito (ANNONI, 2006, p. 67).

Em decorrência desses fatores é que seria possível afirmar a ausência de vinculação jurídica da Declaração Universal, em que pese o fato de que a posição doutrinária dominante é a que de que teria os mesmos efeitos legais dos outros tratados internacionais.

A força vinculante do referido instrumento viria da obrigatoriedade de sua conversão gradativa em uma norma costumeira. No mesmo sentido, internacionalmente, a desobediência a seus preceitos, apesar de não resultarem em subsunção a qualquer ilícito internacional, pode ocasionar críticas (PIOVESAN, 2022, 139).

Trata-se, portanto, de outro motivo que possibilita o reconhecimento de que a vinculação jurídica da Declaração guarda relação com o costume, afirmação confirmada pela jurisprudência internacional. Ainda assim, pesam dúvidas quanto à real juridicidade do referido diploma.

3. A CARTA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O tópico a seguir se propõe a estudar a falta de vinculatividade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a denominada carta internacional de direitos humanos, a questão da programaticidade dos direitos econômicos, sociais e culturais e, finalmente, os Pactos de Nova York.

3.1 A falta de vinculatividade da Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é considerada, por alguns autores, como um simples instrumento conceitual e costumeiro dirigido a uma vinculação meramente ética. Desse modo, era necessário conferir força juridicamente vinculante ao referido pacto.

Em que pese o fato de a Declaração poder ter sido negociada na forma de Tratado de natureza vinculante em relação aos estados signatários, terminou por prevalecer o formato de declaração, em relação à qual se espera comprometimento moral e políticos (ARZABE; GRACIANO, 1998, p. 252).

A referida vinculação deveria se relacionar a direitos consagrados por intermédio da Declaração Universal, de maneira que seriam exigíveis por seus destinatários, de maneira que os Estados-membros teriam o dever de lhes obedecer e concretizar.

A necessidade de força vinculante para a Declaração Universal dos Direitos Humanos passou a ser objeto de discussões que, por sua vez, conduziram à conclusão acerca da necessidade de sua

juridicção expressa e direta dos direitos por ela previstos (PIOVESAN, 2022, p. 152).

Em decorrência de tais fatores é que a juridicização da Declaração de 1948 deu-se, efetivamente, no ano de 1966, com a *International Bill of Rights*, com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

3.2 A carta internacional de direitos humanos

O objetivo de juridicização dos preceitos, princípios, direitos e garantias constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi alcançado por intermédio dos chamados Pactos de Nova York, que surgiram simultaneamente, no ano de 1996.

O conjunto formado pelos referidos Pactos forma a Carta Internacional dos Direitos Humanos, a iniciar a vinculação ao sistema global de proteção aos direitos humanos. Este, no entanto, passou a ser ampliado por outros tratados (PIOVESAN, 2022, p. 152).

Originalmente, a Carta seria um tratado único, do qual constariam direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Ocorre que a Organização das Nações Unidas, em decorrência de questões meta-jurídicas, teve por bem redigir e submeter à votação dois pactos separados.

Sua enunciação em separado deu-se em decorrência de divergências ideológicas e políticas entre os blocos ocidental e oriental do Planeta, ocorrendo apesar de a Organização das Nações Unidas ter ratificado a indivisibilidade e a unidade desses direitos (LEITE; MAXIMIANO, 1998, p. 273).

A percepção equivocada de que os direitos econômicos, sociais e culturais careceriam de aplicabilidade imediata fez com que a ideia de falta de diferenciação entre as modalidades de direitos não bastasse para que todos fossem consagrados em um só pacto.

3.3 A questão da programaticidade dos direitos econômicos, sociais e culturais

Em que pese o próprio texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 determinar que não existe diferença substancial entre qualquer modalidade de direitos, preferiu-se sua consagração em separado, por intermédio de dois diplomas diversos.

A Declaração Universal consagrou direitos liberais e sociais com a mesma hierarquia. Apesar disso, a Organização das Nações Unidas preferiu a celebração de dois pactos separados, pois as estratégias para implementar cada modalidade são diversos (PIOVESAN, 2022, p. 154-155).

Afirmou-se, nesse mesmo sentido, que, enquanto direitos civis e políticos poderiam ser autoaplicáveis, os econômicos, sociais e culturais seriam programáticos, ou seja, não seriam imediata e diretamente exigíveis, dependendo, sim, de políticas públicas e reservas orçamentárias para sua concretização.

O caráter programático dos direitos econômicos, sociais e culturais faz que sejam passíveis de concretização somente por intermédio da cooperação internacional e do esforço de cada um dos Estado-membro da Organização das Nações Unidas (WEIS, 1998, p. 295).

Firmou-se, portanto, a separação entre as modalidades de direitos de primeira e de segunda geração, sob a compreensão de que aqueles seriam autoaplicáveis e exigíveis diretamente, enquanto estes seriam meras ambições estatais concretizáveis por meio de políticas públicas.

3.4 Os Pactos de Nova York

Em que pese o fato de que os Pactos dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Civis, Econômicos e Culturais terem sido aprovados em separado, devem ser compreendidos em conjunto e

de forma complementar, como a dupla de tratados que inaugura a juridicidade do direito internacional dos direitos humanos.

O conjunto dos referidos tratados, portanto, constrói a Carta Internacional dos Direitos Humanos, inaugurando o sistema global de proteção aos direitos humanos, que passou a ser ampliado por diversos tratados e convenções relacionadas a violações específicas (PIOVESAN, 2022, p. 152).

Mais do que isso, a consagração do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi capaz de ampliar significativamente a perspectiva de concretização desses direitos, inclusive no que concerne à sua aplicabilidade e à sua efetividade.

Caminha-se, portanto, no sentido da superação da noção equivocada de que a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser gradual, enquanto, de outro lado, os direitos civis e políticos deveriam ser caracterizados pela exigibilidade imediata (WEIS, 1998, p. 314).

Em que pese a evidente complementariedade identificável entre os referidos Pactos, o fato de terem sido propostos e votados em separado provoca a necessidade de seu estudo individualizado, notadamente em decorrência de suas características mais específicas.

4. OS PACTOS E SEUS DIREITOS

O objetivo do presente tópico é trabalhar o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como a aplicabilidade dos direitos que foram consagrados pelos referidos tratados internacionais, em 1966.

4.1 O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

Seguindo-se o exemplo histórico de formação dos direitos humanos desde a Revolução Francesa, os primeiros a serem consagrados pela Carta Internacional foram aqueles de natureza

civil e política e, portanto, diretamente relacionados à ideia de liberdade.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos determina o dever de obediência a seus preceitos pelos Estados-membros, bem como a proteção a indivíduos quanto a violações feitas por entes privados. Tem, contudo, vinculação imediata (PIOVESAN, 2022, p. 155).

Segue-se, portanto, a mesma lógica pós-revolucionária, dirigida à limitação dos poderes dos Estados-membros em favor da liberdade de seus cidadãos, voltada ao encerramento do absolutismo e, conseqüentemente, à concretização da ideia moderna de democracia.

Pacto foi adotado por meio da Adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI), da Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 19 de dezembro de 1966. Passou a vigorar a partir de 1976, ano no qual atingiu o número mínimo de adesões, ou seja, e trinta e cinco Estados (LEITE; MAXIMIANO, 1998, p. 273).

Notável, nesse contexto, que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos entrou em vigor durante o ápice da Guerra Fria. No mesmo sentido, foi capaz de ampliar a gama de direitos anteriormente consagrados por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

4.2 A aplicabilidade dos Direitos Civis e Políticos

Inicialmente, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos traz uma série de direitos similares a aqueles classicamente consagrados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, caracterizando-se, de maneira especial, pela liberdade e pela igualdade tomada em sentido formal.

Os principais direitos consagrados pelo pacto são igualdade entre homens e mulheres, vida, proibição de tortura e penas cruéis, liberdade, garantias aos presos, proibição de prisão por descumprimento de obrigação contratual, justiça, liberdade de

pensamento, consciência, religião e expressão, direitos políticos e associação (LEITE; MAXIMIANO, 1998, p. 274-283).

Os direitos civis e políticos, de regra, são autoaplicáveis, tendo em vista a sua natureza de limitações ao poder do Estado de influenciar nas vidas das pessoas, forçando-as a agir ou a deixar de agir em um determinado sentido. Trata-se, justamente, da ideia central do referido Pacto.

Por ter caráter autoaplicável, apenas de maneira excepcional, os Estados-membros seriam capazes de derrogar direitos reconhecidos pelo pacto, porém, apenas nos termos da decretação de estado de emergência, se necessárias à segurança nacional ou à ordem pública (PIOVESAN, 2022, p. 157).

Notáveis, de tal maneira, as diferenças estruturais encontráveis entre os direitos civis e políticos consagrados pelo referido tratado e aqueles constantes do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, entretanto, complementam-se.

4.3 O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Tendo em vista que a Declaração Universal dos Direitos Humanos trata os Direitos Sociais e os Direitos Liberais como tendo valores iguais, necessário seria um instrumento que conferisse valor jurídico aos referidos direitos, consagrando-os como direitos subjetivos.

O reconhecimento de direitos humanos econômicos e sociais foi o principal benefício colhido do movimento socialista, iniciado na primeira metade do Século XIX. Seu titular, entretanto, não é o ser humano abstrato com o qual o capitalismo convive harmoniosamente (COMPARATO, 2019, p. 53).

Buscam, sim, atender às demandas de grupos sociais esmagados marginalizados, doentes e famintos, cujos flagelos não são naturais ou necessários para a organização racional da

economia, porém, sim, efeitos do sistema de produção, cuja lógica atribui aos bens valor superior às pessoas.

O Pacto se voltou a permitir a adoção de uma linguagem jurídica que implicasse obrigações internacionais decorrentes do sistema da *international accountability*, por intermédio da criação de responsabilidade internacional decorrente da violação dos direitos que consagra (PIOVESAN, 2022, p. 168).

Notável nesse mesmo sentido, que os direitos trazidos pelo referido pacto, em que pese não trazerem aplicabilidade imediata e vinculação plena, são capazes de ocasionar sanções internacionais decorrentes do descumprimento intencional de suas disposições.

4.4 A aplicabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O pacto separa direitos econômicos, direitos sociais e culturais, bem como, em sua parte quinta, disciplina o sistema de monitoramento e supervisão, por meio de relatórios a serem apresentados ao Conselho Econômico da Organização das Nações Unidas.

O art. 2º do Pacto traz um dever de implementação progressiva de direitos, que necessitará seguir as possibilidades jurídicas e fáticas encontráveis em cada um dos Estados-membros, permitindo-se falar, portanto, no caráter “programáticos” dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Isso porque a sua implementação passa a depender da conjugação de fatores políticos e econômicos, a exemplo do mínimo de recursos econômicos, de *standard* técnico- econômico, assim como de cooperação econômica internacional (PIOVESAN, 2022, p. 170).

Ocorre que tais direitos precisam representar, para sua implementação, a prioridade na agenda política nacional dos países signatários, de maneira que o pacto é capaz de espraiar sua proteção por diversos sujeitos e objetos, convertendo-se em crescente conquista da sociedade internacional (BONIFÁCIO, 2008, p. 271).

Dessa forma, a conjunção de direitos de natureza liberal e social, constantes dos Patos de Nova York de 1966, a partir da base

teórico-normativa estabelecida pela Carta de 1945 e pela Declaração de 1948, formam aquilo que se tem convencionado denominar de sistema global de proteção aos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os instrumentos internacionais de direitos humanos são interdependentes complementares, em que pese haver resistência à sua implementação em vários países, sendo necessário observar que há quem defenda a aceitação de tratados internacionais para satisfazer tais direitos.

É imperioso consolidar os instrumentos de defesa dos direitos humanos quanto à sua titularidade e sua juridicização na sistemática global de proteção. O Nazismo fez nascer na humanidade a ideia de que o direito positivo causou prejuízos irreparáveis à humanidade.

O distanciamento dos valores morais mais basilares, inclusive os derivados do direito natural, produziu o começo da mudança de padrões jurídicos, de modo a se redefinir o direito internacional, dirigindo-o à proteção geral e a garantias tidas como universais e imprescindíveis à existência humana.

A Carta das Nações Unidas é o primeiro instrumento jurídico internacional concernente aos direitos humanos, consistente em uma reação aos horrores nazistas e repudiados pela comunidade mundial. É o início do sistema do direito internacional dos direitos humanos.

Em que pese sua relevância, houve quem questionasse seu valor jurídico e sua vinculatividade quanto às nações soberanas, fazendo-se necessário surgir um diploma efetivamente jurídico, capaz de promover a vinculação de nações soberanas que a ela aderissem.

Padece, assim, de questões estruturais, de modo que seria impossível afirmar que a Carta poderia ter sistematizado direitos humanos, pois seu objetivo primordial foi criar a Organização das Nações Unidas e a fixar seus objetivos, trazendo a necessidade de

um diploma capaz de criar uma base para os tratados voltados a torna-los concretos.

A superveniência da Declaração Universal dos Direitos Humanos fez surgir a base do sistema do direito internacional dos direitos humanos. Após o referido Diploma surgiram diplomas para consolidar tais preceitos. Um de seus predicados é a consagração de direitos de várias espécies.

A ausência de questionamentos deu à Declaração o significado equivalente a um código e a uma plataforma de ação, tornando-a a base para a concretização do direito internacional dos direitos humanos. Tratar de seu embasamento ideológico e é inspiração para o surgimento dos outros diplomas.

Fez surgir um pilar hermenêutico geral quanto às questões e dispositivos dos quais trata, dando-lhes lastro axiológico e unidade valorativa, nem como traz uma interpretação autorizada da expressão “diretos humanos”, que apresenta vinculação jurídica, complementando a Carta da ONU.

Apesar disso, há interpretações que afirmam tratar-se da fixação de padrões interpretativos gerais. Quanto à observância das disposições da Declaração, não se pode admitir a mera discricionariedade pelo Estados-membros. A Declaração tem como um de seus objetivos o reconhecimento dos direitos humanos concernentes a outros direitos.

O preâmbulo da Declaração promove o reconhecimento universal dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, de modo que seria possível afirmar a ausência de vinculação jurídica. Trata-se de outro motivo que possibilita o reconhecimento de que a vinculação jurídica da Declaração tem relação com o costume.

Assim, era necessário conferir força juridicamente vinculante ao pacto, quanto aos direitos que busca consagrar. Tal juridicização deu-se em 1966, com a *International Bill of Rights*, composta pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Carta seria um tratado único, do qual constariam direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, mas a Organização

das Nações Unidas preferiu redigir e submeter à votação dois pactos, especialmente em decorrência da percepção de que os direitos econômicos, sociais e culturais careceriam de aplicabilidade imediata.

Assim, enquanto direitos civis e políticos seriam autoaplicáveis, os econômicos, sociais e culturais seriam programáticos. Firmou-se a separação entre as modalidades de direitos de primeira e de segunda geração. Apesar disso, os Pactos devem ser compreendidos em conjunto e de forma complementar.

Mais do que isso, a consagração do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi capaz de ampliar significativamente a perspectiva de concretização desses direitos, inclusive no que concerne à sua aplicabilidade e à sua efetividade.

Os primeiros a serem consagrados foram aqueles de natureza civil e política e, portanto, relacionados à ideia de liberdade. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos entrou em vigor durante o ápice da Guerra Fria, ampliando a gama de direitos consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os direitos civis e políticos, de regra, são autoaplicáveis, por serem limitações ao poder do Estado. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, contudo, trata os Direitos Sociais e os Direitos Liberais como tendo valores iguais. Estes, contudo, buscam atender às demandas de grupos sociais marginalizados.

Conclui-se, assim, que o conjunto de direitos de natureza liberal e social, a partir dos Patos de Nova York de 1966, por sua base teórico-normativa estabelecida pela Carta de 1945 e pela Declaração de 1948, formam o que se tem denominado sistema global de proteção aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANNONI, Danielle. **Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2006.

ARZABE, Patrícia Helena Massa; GRACIANO, Potyguara Gildoassu. A Declaração Universal dos Direitos Humanos - 50 anos. *In*: SÃO PAULO. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. **Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LEITE, Antonio José Maffezoli; MAXIMIANO, Vitore André Zílio. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. *In*: SÃO PAULO. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. **Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php Acesso em: 20 out. 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030616104212/20030616113554/ Acesso em: 20 out. 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm. Acesso em: Acesso em: 20 out. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos:** fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

WEIS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *In:* SÃO PAULO. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. **Direitos Humanos:** construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

PANDEMIA E MISTANÁSIA NO BRASIL: REFLEXÃO SOBRE AS CAUSAS ESTRUTURANTES DA LETALIDADE DO COVID-19

Danielle Bogo¹

Juliana Alves Ferreira²

Juliano Gil Alves Pereira³

INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19, que assolou o planeta nos últimos anos para além da fatalidade mórbida, se mostrou um ponto de referência para que a humanidade pudesse fazer uma reflexão mais profunda sobre a condição humana, ou seja, uma reflexão mais ampla, capaz que abrir o horizonte humano para além de uma abordagem que ficasse presa apenas ao plano da questão biológica (da natureza), individualmente analisada.

Sendo assim, enfatizou a necessidade de repensar questões antropológicas básicas, como nossa interdependência, vulnerabilidade e finitude. Um papel importante, nesse sentido, tem sido desempenhado pela filosofia e, mais especificamente, pela

¹ Doutora em Saúde e Desenvolvimento na Região Centro-Oeste pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Professora Associada da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. E-mail: daniellebogo@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6629245791507111>

² Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação Saúde e Desenvolvimento da Região Centro-Oeste (PPGSD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. E-mail: julitaalves85@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3365844635006724>

³ Doutor em Ciências Jurídico-Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA, Argentina. Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: julianogil@uems.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2932493103459389>

ética e bioética da saúde pública em que inúmeros especialistas têm contribuído para o debate público com o objetivo de oferecer interpretações e considerações sobre a condição do ser humano em tempos de pandemia (VALERA; LÓPEZ BARREDA, 2022).

Uma ampla reflexão é capaz de mostrar que essas ramificações que se embrincam com a pandemia ante a magnitude dos impactos provocados, pois não seria prudente determinar que a pandemia da COVID-19 se deva unicamente a questões biológicas de surgimento, mutação, transmissão de um vírus. Portanto, é preciso encontrar outras causas ou agravantes que fizeram com que tantas vidas fossem perdidas nesse período.

1. COVID-19: UMA REFLEXÃO SOBRE A SUBNOTIFICAÇÃO

Inicialmente, é fundamental destacar que, segundo artigo recente publicado na revista *The Lancet*, “As estatísticas de mortalidade são fundamentais para a tomada de decisões em saúde pública. A mortalidade varia de acordo com o tempo e o local, e sua medição é afetada por vieses bem conhecidos que foram exacerbados durante a pandemia de COVID-19” (THE LANCET, 2022).

Para reforçar essa citação é importante citar uma notícia veiculada em 2021, segundo ano de pandemia, que já naquela época nos chamou a atenção para a possibilidade de que os impactos fossem maiores que os números oficiais no Brasil, logo, a Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG-BR) no ano de 2021 os registros de óbitos crescem 40% nos três primeiros meses do ano.

Os óbitos registrados em todo o ano de 2020, quando começou a pandemia de covid-19, por todos os cartórios do território alcançaram 1.443.405, número 8.3% maior do que no ano anterior, superando a média histórica de variação anual de mortes no Brasil que era de 1,9% ao ano, até 2019. (ANOREG, 2021).

Esses dados, se confrontados com a situação caótica vista em Manaus-AM, por exemplo, poderia dar indicativo de que estaríamos diante de uma subnotificação considerável. Neste sentido,

Capital do Amazonas não tem mais leitos para receber os pacientes do novo coronavírus e repete cenas de nove meses atrás, evidenciando as lições não aprendidas pelo país na crise sanitária. Cento e dez pessoas foram sepultadas em um único dia em Manaus. A marca, 233% maior que a média de antes da pandemia, foi atingida nesta quarta-feira após quatro meses de registros de aumento no número de internações por covid-19 na cidade. Dezenove pessoas morreram em casa. As mortes fora do ambiente hospitalar mostram o tamanho do problema: sem vagas na rede privada e com a rede pública operando com média acima de 90% de taxa de ocupação de leitos de UTI e leitos clínicos nas duas últimas semanas, a capital amazonense enfrenta a segunda onda da pandemia, iniciando o ano de 2021 na fase mais grave do plano de contingenciamento da doença: a fase roxa, onde a previsão de esgotamento de leitos de UTI é em até seis dias. O segundo colapso de Manaus, nove meses depois de a cidade chocar o país com imagens de covas e carros refrigerados à espera de corpos em centros médicos, é símbolo do Brasil que aprendeu poucas lições na crise sanitária que já levou mais de 200.000 vidas. (...) Em toda a cidade, as cenas se repetem: pacientes sendo atendidos sentados no corredor, câmaras frigoríficas que voltaram a ser instaladas nos quatro principais hospitais públicos, ambulâncias percorrendo as unidades de saúde atrás de leitos, aumento da procura por aluguel de cilindros de oxigênio para ter alguma perspectiva de atendimento em casa. Tudo como no primeiro semestre, quando o sistema de saúde da capital amazonense foi o primeiro a colapsar no país. (EL PAIS, 2021).

A situação vivida pelos brasileiros de Manaus-AM demonstra os impactos brutais da COVID-19 no Brasil, pois apesar de Manaus ser um dentre mais de 5.500 municípios do Brasil a sua situação durante a pandemia é exemplo trágico de colapso do sistema de

saúde que existe no país inteiro e não apenas na capital do Amazonas.

Dessa forma, colaborando com as notícias anteriores é de se dizer que o Brasil já perdeu mais de seiscentos e setenta mil vidas (SAÚDE, 2022) e por isso figura no ranking de países com maior número de mortes por covid-19. Ademais, recentemente na revista *The Lancet*, foi publicado um estudo acerca dos dados referentes ao número de mortos em decorrência da COVID-19 no mundo.

Embora as mortes relatadas por COVID-19 entre 1º de janeiro de 2020 e 31 de dezembro de 2021 tenham totalizado 5,94 milhões em todo o mundo, estimamos que 18,2 milhões (intervalo de incerteza de 95% 17,1 a 19,6) pessoas morreram em todo o mundo por causa de a pandemia de COVID-19 (medida pelo excesso de mortalidade) durante esse período. A taxa global de mortalidade em excesso para todas as idades devido à pandemia de COVID-19 foi de 120,3 mortes (113,1–129,3) por 100.000 da população, e a taxa de mortalidade em excesso excedeu 300 mortes por 100.000 da população em 21 países. O número de mortes em excesso devido ao COVID-19 foi maior nas regiões do sul da Ásia, norte da África e Oriente Médio e Europa Oriental. Em nível de país, os maiores números de excesso de mortes cumulativas devido ao COVID-19 foram estimados na Índia (4,07 milhões [3,71–4,36]), nos EUA (1,13 milhão [1,08–1,18]), Rússia (1,07 milhões [1,06–1,08]), México (798.000 [741.000–867.000]), Brasil (792.000 [730.000–847.000]), Indonésia (736.000 [594.000–955.000]) e Paquistão (664.000 [498.000–847.000]). Entre esses países, a taxa de mortalidade excessiva foi mais alta na Rússia (374,6 mortes [369,7–378,4] por 100.000) e no México (325,1 [301,6–353,3] por 100.000), e foi semelhante no Brasil (186,9 [172,2–199,8] por 100.000) e nos EUA (179,3 [170,7–187,5] por 100.000). (THE LANCET, 2022).

Ante os dados apresentados, é possível perceber claramente que o impacto total da pandemia de COVID-19 foi consideravelmente maior do que os dados oficiais produzidos no período. Importante destacar que, mesmo olhando para os números oficiais, sem pensar na análise publicada na revista *The Lancet*, teremos um número elevado de óbitos que gera espanto.

Logo, é preciso que se busque uma compreensão mais ampla para tão elevado número de óbitos, ou seja, afinal a causa de tais mortes é decorrência única da mutação e transmissão do vírus ou temos outras causas tão ou mais impactantes sobre o número de vidas perdidas?

Todo o delineamento feito até aqui é para que se possa fazer a seguinte ponderação: *As mortes por COVID-19 são uma questão biológica ou seria um problema/questão ética?* Logicamente, quando se faz essa indagação, não se está afirmando ou relativizando o fato de que a COVID-19 é sim um caso/situação que pertence a biologia, especialmente quando pensamos que se trata de um vírus que pode levar um organismo humano a morte.

Não se trata apenas de fazer uma avaliação ética ou bioética adequada, mas também de considerar corretamente todos os fatores que influenciam a saúde das pessoas, pois a pandemia reforçou o novo modelo de “saúde”, que vai além da simples ausência de doença, implicando também fatores econômicos, sociais, culturais e ambientais (SCHROEDER, 2007).

A indagação feita no parágrafo anterior visa ampliar o horizonte de reflexão para o possível fato de que a questão ética pode ter sido a real causa para o elevado número de mortes decorrentes da COVID-19 pelo mundo.

1.1. Ideologia e análise de fatos e dados

Antes de aprofundarmos na reflexão sobre quanto das mortes por COVID-19 se devem a uma questão ética, é preciso que façamos um alerta metodológico no que tange ao fato de que os dados produzidos em nível mundial estão inseridos em um contexto político e econômico que influencie no modo como uma informação é difundida e compreendida no meio social.

É hora de ir além do “paradigma individualista da ética médica” para desenvolver pontes teóricas para a ética da saúde pública, ética ambiental e questões de políticas globais (LEE, 2017).

Ademais, é preciso ponderar que um dos autores que bem analisou a relação entre uma ideia e sua difusão no meio social foi o alemão Karl Marx em sua obra *A ideologia Alemã*. A importância do pensamento de Karl Marx sobre o tema possui solidez científica que permite que seja utilizado como referencial mesmo por aqueles pensadores que não sejam marxistas, mas que se preocupem em compreender como nasce e se difunde uma ideia na sociedade.

Neste sentido, veja como o pensador explica o fenômeno da difusão de um ideário que pertence aos interesses da classe dominante e que leva a sociedade a assumir como suas, ideias que visam na verdade, garantir o privilégio da classe dominante em detrimento do bem coletivo.

As ideias da classe dominante são, em todas as épocas, as ideias dominantes; ou seja, a classe que é força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe, simultaneamente, dos meios de produção espiritual, o que faz com que seja, a elas submetidas ao mesmo tempo e em média, as ideias daqueles que não possuem os meios de produção espiritual (ENGELS, MARX, 2005, p. 27).

Sendo marxista ou não, é fundamental ponderar que a sociedade se divide em duas classes antagônicas, das quais, a primeira é composta por aqueles que detém os meios de produção e, justamente por isso, compram a força de trabalho das demais pessoas; a segunda classe é formada pela imensa maioria de pessoas que não são donas dos meios de produção e por isso precisam vender sua força de trabalho para conseguirem sobreviver na sociedade capitalista.

Posto isso, a classe que detém os meios de produção além de comprar a força de trabalho dos trabalhadores ainda domina economicamente os instrumentos de comunicação em massa como a Televisão, Blogs de Internet, Jornal, Rádio, Teatros, Cinema, Escolas, Universidades, Igrejas, etc.

Esse poder econômico dos donos dos meios de produção permite que eles utilizem esses espaços para difundirem seus ideais de classe dominante para fazer com que a massa de pessoas assimile e defenda como seus, tais ideais, que passam a representar verdades universais. Sendo assim,

As ideias [Gedanken] da classe dominante são, em todas as épocas, as ideias dominantes, ou seja, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe também dos meios de produção espiritual, o que faz com que sejam a elas submetidas, ao mesmo tempo, as ideias daqueles não possuem os meios de produção espiritual. As ideias dominantes são, pois, nada mais que a expressão ideal das relações materiais dominantes, são essas as relações materiais dominantes compreendidas sob a forma de ideias; são, portanto, a manifestação das relações que transformam uma classe em classe dominante; são dessa forma, as ideias de sua dominação. Os indivíduos que formam a classe dominante possuem, entre outras coisas, também uma consciência e, por conseguinte, pensam; uma vez que dominam como classe e determinam todo o âmbito de um tempo histórico, é evidente que o façam em toda a sua amplitude e, como consequência, também dominem como pensadores, como produtores de ideias, que controlem a produção e a distribuição das ideias de sua época, e que suas ideias sejam, por conseguinte, as ideias dominantes de um tempo. Por exemplo, em um tempo e em um país em que a aristocracia e a burguesia disputam a dominação e em que, portanto, a dominação está dividida, mostra-se como ideia dominante a doutrina da divisão dos poderes, enunciada então como “lei eterna”. (ENGELS, MARX, 2005, p.78).

Neste contexto, percebemos que as condições materiais (econômicas) da classe dominante, permitem que ela construa uma lógica de raciocínio para defender sua posição de privilégio frente a classe trabalhadora. Ademais, é fundamental ponderar que todos, absolutamente todos, os indivíduos que não são detentores dos meios de produção são membros da classe trabalhadora.

Neste contexto uma tática muito eficaz utilizada pela classe dominante é alienar o trabalhador para impedir que ele se de conta de sua condição de explorado e levando-o a acreditar que pertence a elite. Para melhor esclarecer essa dedução podemos citar juízes, generais, fiscais, médicos, etc., que geralmente acreditam que são membros da classe dominante, ou seja, que são parte da elite que detém os meios de produção, quando na verdade, são trabalhadores como o pedreiro, vaqueiro, agricultor, operário, pois sem vender sua força de trabalho o juiz, general, fiscal, médico, não teriam condição material de sobreviver nessa sociedade.

Dessa maneira, essa situação de alienação do trabalhador é fruto do que Karl Marx definiu como a capacidade da classe dominante de construir os meios de produção espiritual que podemos entender como os valores, anseios, subjetividades, paradigmas de vida que passam a ser ambicionados pela classe trabalhadora tirando-lhes a capacidade de perceber sua condição de explorados.

No livro “O que é Ideologia” a professora Marilena Chauí pontua que, para que esse fenômeno seja possível, “[...] é preciso que os membros da sociedade não se percebam como estão divididos em classes, mas se vejam como tendo certas características humanas comuns a todos e que tornam as diferenças sociais algo derivado ou de menor importância” (CHAUÍ,1994).

E é nesse momento que a classe dominante necessita difundir, divulgar, propagandear suas ideias para que sejam recebidas e assimiladas pela classe trabalhadora e isso é feito por intermédio do que o filósofo Louis Althusser definiu como “Aparelhos Ideológicos de Estado”

Designamos pelo nome de aparelhos ideológicos do Estado um certo número de realidades que apresentam-se ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas. Propomos uma lista empírica, que deverá necessariamente ser examinada em detalhe, posta à prova, retificada e remanejada. Com todas as reservas que esta exigência acarreta podemos, pelo momento,

considerar como aparelhos ideológicos do Estado as seguintes instituições (a ordem de enumeração não tem nenhum significado especial): AIE religiosos (o sistema das diferentes Igrejas); AIE escolar (o sistema das diferentes “escolas” públicas e privadas); AIE familiar; AIE jurídico; AIE político (o sistema político, os diferentes Partidos); AIE sindical; AIE de informação (a imprensa, o rádio, a televisão, etc...); AIE cultural (Letras, Belas Artes, esportes, etc.) (ALTHUSSER, 1985, p. 68).

Ante a clara definição do filósofo Louis Althusser fica bastante claro como a ideologia da classe dominante preenche os espaços de comunicação (entendida em sentido amplo) para levar os interesses daqueles que possuem o domínio dos meios de produção. Logicamente, é de se reforçar que o próprio Estado é dominado pelos que controlam a economia.

Necessário ainda ponderar que, ante o que foi acima citado sobre ideologia é uma incorreção científica, e intelectual, compreender ideologia separada da classe dominante, ou seja, ideologia é um conceito, um instrumento, produzido pela classe dominante em determinada época para impor seus ideais ao restante dos indivíduos.

E a ideologia a serviço da classe dominante irá produzir concepções deturpadas da realidade e aceitas pela sociedade apesar da aparente contradição que trazem consigo. Logicamente esse processo concentra elevada dose de deturpação da realidade,

[...] como tais ideias não exprimem a realidade real, mas representam a aparência social, a imagem das coisas e dos homens, é possível passar a considerá-las como independentes da realidade e, mais do que isto, inverter a 'relação fazendo com que a realidade concreta seja tida como a realização dessas ideias. Todos esses procedimentos consistem naquilo que é a operação intelectual por excelência da ideologia: a criação de *universais abstratos*, isto é, a transformação das ideias particulares da classe dominante em ideias universais de todos e para todos os membros da sociedade. Essa universalidade das ideias é abstrata porque não corresponde a nada real e concreto, visto que no real existem concretamente classes particulares e não a

universalidade humana. As ideias da ideologia são, pois, universais abstratos. (CHAUI, 1994, p.94-95).

O que a professora Marilena Chauí apresentou como sendo os universais abstratos, podemos explicar de modo mais claro. Um dos maiores exemplos de universal abstrato que se tem em nossa sociedade é o ideal de igualdade. A classe trabalhadora de fato acredita que o Estado lhe dá o mesmo tratamento dispensado a um banqueiro, industrial ou fazendeiro.

Porém, o trabalhador geralmente ignora informações importantes que demonstram cabalmente que não somos todos iguais, cite-se um exemplo: O Brasil nunca cobrou o imposto sobre as grandes fortunas apesar de ser uma determinação da Constituição Federal, porém, sobre a classe trabalhadora recaem os chamados impostos indiretos ICMS, ISS, IPI, que são componentes do custo/preço de produtos como arroz, feijão, óleo de soja, ou serviços como internet e telefonia.

Outro universal abstrato é o de que *“os recursos da saúde seriam suficientes se não sofressem com a corrupção e má gestão”*. Esse universal abstrato foi muito difundido no período crítico da pandemia do COVID-19, diga-se de passagem, presenciemos Sua Excelência, o Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro proferir acusações contra Governadores e Prefeitos durante a Pandemia do COVID-19:

Bolsonaro acusa governadores de usar verba contra covid-19 para botar contas em dia - Presidente diz que se leitos de UTI estão lotados é por conta da falta de planejamento dos governadores que desviaram recursos destinados ao enfrentamento da pandemia. *“Dinheiro foi para estados e municípios, muito dinheiro, bilhões de reais, mas nós sabemos que muitos governadores e prefeitos usaram esse recurso para pagar folha atrasada, botar suas contas em dia, e não deram a devida atenção para a saúde no momento”*, ponderou o presidente, em live nas redes sociais nesta quinta-feira (1º/4). (FERNANDES, 2022).

A fala do mandatário mor da República encaixa-se perfeitamente no universal abstrato mencionado no parágrafo anterior, pois a fala somada a acusação feita aos demais membros dos Executivos Estaduais e Municipais pode passar a ideia de que o Sistema Público de Saúde sempre recebeu recursos suficientes para o correto e adequado funcionamento e que, inclusive, durante a pandemia da COVID-19 esses recursos foram majorados.

Para fechar o raciocínio deste tópico é fundamental ponderar que a ideologia da classe dominante, dos detentores dos meios de produção, externa basicamente dois tipos de cidadãos nessa atual sociedade, a saber: Enganadores (classe dominante) que manobram os instrumentos do aparelho ideológico do Estado e tem plena consciência da exploração que impõem sobre a classe trabalhadora, e os Enganados (povo trabalhador) que desconhecem sua condição de explorado visto que foram alienados.

Porém, perceber a sua condição de explorado e de que foi enganado, às vezes pela vida inteira, não é tarefa fácil, especialmente porque o aparelho ideológico reforça a ideologia dominante em todos os espaços de comunicação em massa como programas de televisão, noticiário, jornal escrito, blogs de internet, revistas, cinema, teatro, novelas, documentários, séries, igrejas, futebol, redes sociais, escolas, universidades, conselhos de classe, clubes sociais, partidos políticos, empresas, etc., de modo que, caso algum desses falhe, existirá outro para difundir a ideologia alienante da classe dominante desviando a atenção da centralidade dos problemas sociais.

Sendo assim, essa situação produzirá uma questão ética para a sociedade, pois como é possível tomar a decisão correta quando se está na condição de alienado/enganado? Não existe a possibilidade de se tomar decisões acertadas quando não se conhece a essência sobre o que se deve decidir ou sobre o que se está decidindo.

Imagine um cidadão brasileiro médio, contemporâneo, instando a decidir sobre “salvar a economia ou salvar vidas humanas”. Perceba que aqui estamos diante de outro universal

abstrato criado pela ideologia da classe dominante, pois é possível que o brasileiro médio opte por salvar a economia sem perceber que: 1 – Essa economia o explorou durante toda sua existência, portanto salvá-la representa manter um sistema que o oprime, 2 – Salvar a economia ao invés de proteger a vida representa, em última análise, que ele abre mão de sua vida/existência para atender aos anseios de uma classe dominante.

2. MORTES POR COVID-19: MISTANÁSIA PRODUZIDA PELO ESTADO

O conceito de mistanásia é importante para a Bioética e, portanto precisamos apresentá-lo. Mistanásia é formada por *mis* (infeliz) e *thanatos* (morte), ou seja, uma morte infeliz, desventurada, que hoje é compreendida como uma morte que poderia ser evitada (VARGAS, 2022).

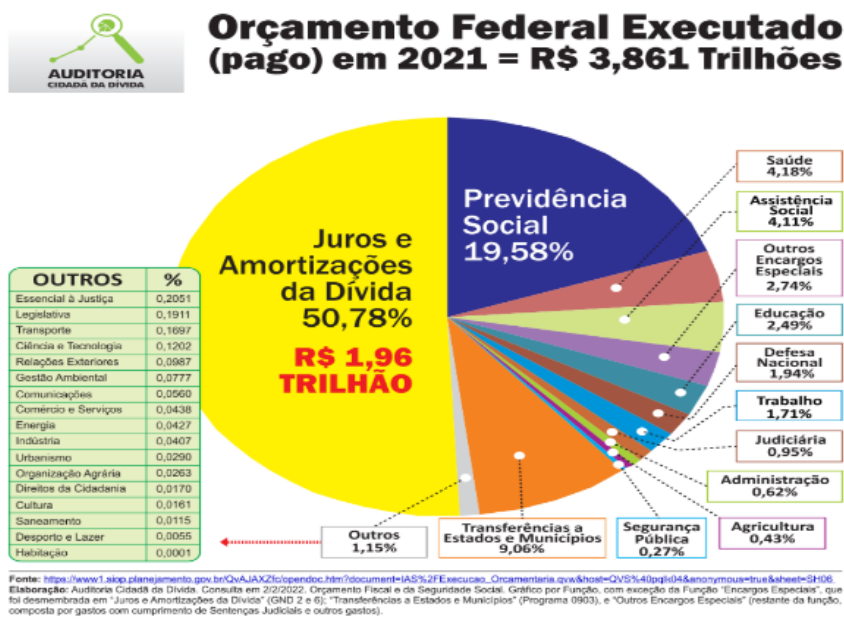
Mistanásia é uma abordagem de bioética afirmativa que aponta os erros do sistema político e econômico, principalmente da saúde para garantir as necessidades básicas para os mais pobres não deixando assim a mercê da morte injusta, com isso, a mistanásia torna-se uma bioética preventiva onde a vida é preservada e a dignidade é garantida para os vulnerabilizados (PAIVA; CUNHA, 2020).

Como foi dito no início do texto, a proposta do presente artigo é uma discussão mais ampla sobre a COVID-19, para além da questão biológica pura e simples, ou seja, compreender a pandemia da COVID-19 em seus possíveis elementos éticos na tentativa de compreender como tantas vidas foram perdidas.

Tal raciocínio decorre de um descontentamento com a conclusão rasa de que as mortes são decorrentes de uma questão puramente biológica (compreendida no sentido de natureza da vida) ligada ao surgimento, mutação, transmissão de um vírus, afinal é difícil aceitar que uma pandemia que ceifou um total de 5,94 milhões de vidas e com estimativas que indicam um número

três vezes maior, chegando a 18,2 milhões, tenha como causa uma questão meramente biológica/natural (THE LANCET, 2022).

Feita a ponderação inicial, retome-se a acusação feita por Sua Excelência, o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, de que os leitos de UTI estão lotados por conta da falta de planejamento dos governadores que desviaram recursos destinados ao enfrentamento da pandemia. E que muito dinheiro (bilhões de reais) foi enviado para estados e municípios, mas que muitos governadores e prefeitos usaram esse recurso para pagar folha atrasada, botar suas contas em dia, e não deram a devida atenção para a saúde no momento (FERNANDES, 2022). Afinal, estaria o Presidente Jair Messias Bolsonaro correto?



Para responder a essa indagação é preciso fazer uma apurada análise no Orçamento Público Federal. Para tanto recorreremos ao gráfico acima produzido pela AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA, que é uma associação sem fins lucrativos que se dedica a mais de 20 anos ao estudo da Dívida Pública e o Orçamento Público

Federal. O referido gráfico foi construído com base nos dados publicados pelo Governo Federal, portanto, dados oficiais.

Portanto, da análise do gráfico extraímos que no ano de 2021, em pleno governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro, o Brasil gastou/pagou 50,78% (cinquenta vírgula setenta e oito por cento) do Orçamento Público Federal com Juros e Amortização da Dívida Pública ao passo que somente 4,18% (quatro vírgula dezoito por cento) do Orçamento Público Federal foram investidos em saúde.

Porém, essa catástrofe vivida no Brasil não se inicia no atual governo, pois seu mérito está apenas em reproduzir, manter em funcionamento, essa estrutura perversa. Logo, drenar recursos públicos necessários para atender à políticas públicas não ocorre apenas na “gestão Bolsonaro”, apesar da catástrofe que ela representa na economia, política, saúde, educação, etc., ou seja, é uma prática de Estado que perdura no tempo tornando substancialmente idênticas as gestões de Jair Messias Bolsonaro, Michel Miguel Elias Temer Lulia, Dilma Vana Rousseff, Luiz Inácio Lula da Silva e Fernando Henrique Cardoso. Senão vejamos:

ANO	ORÇAMENTO	DPF	SAÚDE
2011	R\$ 1,571 Trilhão	45,05%	4,07%
2012	R\$ 1,712 Trilhão	43,98%	4,17%
2013	R\$ 1,783 Trilhão	40,30%	4,29%
2014	R\$ 2,168 Trilhões	45,11%	3,98%
2015	R\$ 2,268 Trilhões	42,43%	4,14%
2016	R\$ 2,572 Trilhões	43,94%	3,90%
2017	R\$ 2,483 Trilhões	39,70%	4,14%
2018	R\$ 2,621 Trilhões	40,66%	4,09%
2019	R\$ 2,711 Trilhões	38,27%	4,21%
2020	R\$ 3,535 Trilhões	39,08%	4,26%
2021	R\$ 3,861 Trilhões	50,78%	4,18%
(AUDITORIA CIDADÃ, 2022)			

Mas para uma adequada compreensão de tais dados é fundamental ponderar que existe uma relação direta entre Dívida

Publica Federal (DPF) e a carga tributária (Impostos, Taxas, Contribuições) conforme explica Thomas Piketty, pois ambos são componentes do sistema de gestão do Estado. Cite-se:

São duas as principais formas de um Estado financiar suas despesas: por meio de impostos ou por meio de dívidas. De uma maneira geral, o imposto é uma opção infinitamente melhor tanto em termos de justiça quanto de eficácia. O problema da dívida é que quase sempre ela precisa ser paga. Portanto, financiar a dívida é, acima de tudo, do interesse de quem tem os meios para emprestar ao Estado, e seria melhor para o Estado taxar ricos em vez de pegar dinheiro emprestado deles. (PIKETTY, 2014. p. 526).

Logo, se o Estado não promove a taxaço sobre os ricos, ou seja, sobre quem realmente tem capacidade de contribuir, fatalmente irá recorrer a emissão de títulos da dívida pública para financiar suas despesas. Logicamente, sabendo que o Estado foi sequestrado pela classe dominante (quem pode pagar mais tributos), dificilmente um governo irá tributar os ricos, pois é mais interessante para a classe dominante que o Estado faça a opção pela não taxaço dos ricos tornando-os credores e não contribuintes do Estado.

Portanto, o Estado promove a chamada emissão de títulos da Dívida Pública que são adquiridos pela classe dominante. Para descomplicar a compreensão seria, grosso modo, como se o Estado brasileiro trocasse um cheque para que seja descontado no futuro por dinheiro no presente. Sendo assim, seria como se a classe dominante recebesse este cheque (títulos da dívida pública) e transferisse um valor em moeda corrente para o Estado.

Dito isso retorne-se aos números do Orçamento Público Federal citados acima. Tais números são a exata comprovação de que a classe dominante possui o aparato ideológico a serviço da difusão de seus interesses, pois dificilmente veremos a informação de que “O Brasil gastou anualmente dez vezes mais com juros do que com saúde”. Por outro lado não raro se vê apelos para que o povo trabalhador dê parcela de contribuição, se sacrifique, para que a economia prospere mais.

Também chama a atenção uma questão que não pode passar despercebida porque aparentemente apesar de o Estado gastar dez vezes mais com juros do que com saúde os dados podem nos induzir a uma interpretação errada de que os números os percentuais gastos com juros e saúde são os mesmos olhando em percentual.

Os números não são constantes por dois motivos: Primeiro porque o Orçamento Público Federal cresceu em valores reais no período, portanto o acréscimo nos gastos com juros foi consideravelmente maior do que o acréscimo com a saúde; em Segundo lugar, no ano de 2016 foi aprovada a fatídica Emenda Constitucional nº 95, que impede a expansão dos investimentos sociais, mas não limita o pagamento de juros e amortização da dívida pública, pois os investimentos sociais possuem um teto de reajuste anual que é a taxa de inflação do ano anterior, já o gasto com juros não apresenta limitação alguma.

Logo, após a Ementa Constitucional nº 95 os investimentos sociais estão estagnados por 20 anos, ou seja, impedidos de crescer, ao passo que os únicos gastos que cresceram foram os gastos com juros e amortização da dívida pública. Sendo assim, a Emenda Constitucional nº 95 incrementou ainda mais a brutalidade e perversidade do Estado contra o povo trabalhador visto que os investimentos em saúde estão congelados enquanto a população brasileira aumentará nesses 20 anos, ou seja, o efeito prático é a diminuição em valores reais dos recursos para saúde.

A Constituição Federal brasileira informa que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. O Sistema Único de Saúde (SUS) deve garantir a universalidade e integralidade no acesso à saúde de brasileiras e brasileiros, sem distinções nem restrições, em todos os cantos do país. É responsabilidade do Estado brasileiro atender a esses preceitos. Todavia, em 2016 uma emenda constitucional, a EC 95/2016, conhecida como a Emenda do Teto de Gastos, com a justificativa de conter o desequilíbrio fiscal, congelou, por vinte anos, os gastos sociais do governo federal. Em um cenário de gigantescas desigualdades sociais, a limitação nesses gastos aprofundará as

iniquidades históricas. Os custos com saúde crescem seja pelo surgimento de novas (e caras) tecnologias médicas e novos medicamentos, seja pelo envelhecimento e crescimento da população. A parcela da população mais afetada com a aprovação da EC 95/2016 foi a mais vulnerabilizada e a que se utiliza exclusivamente do SUS, fazendo com que essa política de austeridade na saúde pública sirva para aumentar ainda mais o fosso que distancia socialmente o pobre do mais abastado. Se permanecer a tendência atual, com a EC 95/2016 e o encolhimento do financiamento da saúde pública, teremos um SUS cada vez menor e precário. Restará aos mais pobres, aos desempregados ou sem trabalho formal depender da caridade para atendimentos de saúde, como acontecia no Brasil até os anos 1980. É possível vislumbrar o retorno a um momento em que grande parte da população sequer tinha acesso aos serviços de saúde. Assim, a manutenção das desigualdades brasileiras também é não um acaso, mas parte de um projeto. (BRITO, PALÁCIOS, REGO, SANTOS, 2021, p. 65/66).

O Estado brasileiro, não resta dúvida quando olhamos os dados, foi sequestrado pelo interesse da classe dominante, afinal de contas, estamos falando de um Estado que gasta dez vezes mais com juros para o sistema financeiro do que com o sistema de saúde para sua população, soma-se a isso o fato de que este mesmo Estado congelou os investimentos sociais por 20 anos.

Nesse contexto, fica claro, que o Estado brasileiro promove uma real mistanásia contra sua população, pois qual é sua intenção quando tem plena consciência de que a esmagadora maioria de sua população só tem acesso ao serviço de saúde via Sistema Público, Sistema Único de Saúde (SUS), e sabendo disso gasta dez vezes mais com juros e amortização da dívida pública do que com seu Sistema Público de Saúde para sua população?

Tal pergunta não é retórica, ela deve ser respondida e a resposta é a de que a intenção do Estado é praticar a mistanásia contra sua população. Ocorre, que essa mistanásia contra a população brasileira, é um processo cruel arquitetado por uma classe dominante, e que perdura no mínimo desde a

redemocratização no fim da década de 1980, mas que foi acelerado/potencializado pela pandemia do COVID-19.

Portanto, a pandemia do COVID-19 permitiu que pudéssemos antecipar um quadro de caos no Sistema Público de Saúde que só seria vivenciado no médio e longo prazo. Neste sentido, Norton Nohama, Jefferson Soares da Silva, Daiane Priscila Simão Silva pontuam que:

No Brasil, o ambiente institucional e social vem se tornando cada vez mais conflituoso, com ameaças quase diárias à democracia e um distanciamento perigoso entre governo e população, com desenlaces que se afastam de referenciais minimamente éticos. Temas altamente sensíveis, como meio ambiente, economia, reforma previdenciária e trabalhista, povos indígenas, direitos humanos e educação, entre outros, são tratados simultaneamente à gestão da pandemia. Essa concomitância tira o foco da tarefa de salvar vidas, dispersando esforços e orçamento, desfocando a opinião pública e impedindo um consenso mínimo sobre qual é a maior ameaça no momento e como enfrentar os demais problemas. No aparente caos em que o país se vê mergulhado, duas situações parecem claras: profunda crise ética afeta o país e impede o controle da covid-19, e está em curso agenda político-econômica que desconsidera os efeitos da pandemia em termos humanitários. Sob a perspectiva desta última – cujo sucesso é também uma tragédia –, não há conflitos éticos, apenas prioridades distintas. Além disso, para essa agenda não se trata de considerar se a crise de saúde de fato produzirá o caos que se anuncia sobre a economia, mas apenas de aproveitar a ocasião para justificar as pautas geopolíticas e econômicas em curso. A ética cede ao autoritarismo econômico e ao sectarismo político, desafiando a vida no presente e no futuro. Neste cenário tétrico, convém pensar um imperativo ético subjacente à civilização moderna, tecnológica, de modo a conceber ações construtivas para a possibilidade de vida humana na Terra. De forma responsável, tal matriz ética – convergente com a dignidade da vida – deveria se sobrepor ao modelo econômico e político. (NOHAMA, SILVA, SILVA, 2020, p. 589).

Pensar os números mórbidos da pandemia de COVID-19 sem inseri-los numa compreensão, da qual não estão dissociados, do modelo político e econômico não permite que se vislumbre a essência do problema enfrentado pela humanidade, pois não se pode deixar ao largo o fato de que no fim dos anos 1980 o mundo assistiu a um importante fato histórico que foi a queda da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), que teve na queda do Muro de Berlim, seu marco.

Neste sentido, o fim da URSS permitiu ao capitalismo, agora sem regime de oposição, se redefinir de modo a assumir sua feição mais agressiva do ponto de vista político, social e econômico que é o atual modelo neoliberal.

O quadro social brasileiro e mundial, acelerado/potencializado pela pandemia de COVID-19 é o ambiente que forjou a forma de pensar atual, forma esta que, repita-se, é expressão do ideário da classe dominante existente no Brasil e no Mundo e difundida pelos aparatos de Ideologia controlados pelos mesmos que controlam os meios materiais de produção.

Neste cenário percebe-se claramente que no neoliberalismo a classe dominante utiliza o aparato ideológico para difundir suas ideias e perpetuar um quadro de exploração e desigualdade que só a ela interessa. No Brasil destaca-se a campanha feita em torno da aprovação das políticas de austeridade que culminaram na Emenda Constitucional nº 95, campanha essa que alienou o povo trabalhador para convencê-lo da importância de políticas que drenaram recursos de investimentos sociais para direcioná-los ao sistema financeiro que é o beneficiário dos recursos pagos a títulos de juros da dívida pública.

Neste ambiente de alienação do povo não há condição material de que a população possa tomar a decisão mais acertada uma vez que, devido a ideologia difundida pela classe dominante, o povo desconhece a essência do problema e, portanto fica sem condição de decidir corretamente sobre um objeto que não conhece e é justamente nesse ponto que surge o universal abstrato, expresso no falso dilema *economia x vidas humanas* levando a população a apoiar

a defesa da economia sem perceber que para isso terá que abrir mão de sua própria existência.

O modelo neoliberal vigente permite que a classe dominante utilize o aparato ideológico com tamanha eficácia que leva o trabalhador, acostumado a abrir mão de direitos e de sua força de trabalho, a abrir mão de sua própria integridade física para defender os interesses daqueles que sempre o exploraram. Neste sentido,

Embora o vírus não diferencie riqueza ou classe social, ricos e pobres não estão sujeitos aos riscos da mesma maneira nem terão as mesmas condições e possibilidades de enfrentar a pandemia. Alguns podem permanecer totalmente isolados do mundo, como se estivessem em ilhas particulares, durante o tempo que for necessário, enquanto a maioria dos cidadãos não dispõe de um cômodo para se isolar, ou sequer tem casa. Enquanto para muitos não há leito em hospitais, alguns poucos podem ter UTI particulares montadas na própria residência. A análise de Velji e Bryant parece absolutamente pertinente neste momento: sem comprometimento dos princípios éticos – direitos humanos e liberdade, justiça, adequação, equidade – é recusado ao cidadão global fraco e desfavorecido o acesso à educação, moradia, empregos e alimentos; ele é colocado em uma batalha desproporcional contra o cidadão privilegiado em um ambiente neoliberal e altamente individualista. Essa distância entre ricos e pobres no mundo produz situações muito diversas, algumas das quais, como a pandemia, parecem ser inevitavelmente trágicas. (NOHAMA, SILVA, SILVA, 2020, p. 590).

Não resta dúvida de o quão perversa foi e é a condição da população brasileira para atravessar a pandemia de COVID-19, principalmente porque, como se sabe, a esmagadora maioria da população brasileira não tem outro acesso aos serviços de saúde se não for via SUS que, conforme o demonstrado, tem sofrido verdadeiro desmonte ao longo dos anos.

Não obstante, some-se a isso o fato de que essa mesma população foi empurrada para a informalidade, especialmente pela reforma trabalhista, reforma previdenciária e conseqüentemente pelo desemprego que assola alarmantes 15% da população economicamente

ativa, segundo dados oficiais cuja metodologia permite mensurar apenas aqueles que ainda procuram trabalho, ou seja, aqueles que ainda não desistiram de conseguir um trabalho digno.

Esse quadro deixa evidente que a população brasileira, especificamente quem não é detentor dos meios de produção, foi lançada a sua própria sorte por um Estado que age brutal e perversamente contra os despossuídos, para priorizar o interesse da classe dominante em detrimento de políticas públicas fundamentais para aqueles que, por todas as causas citadas, não possuem proteção social alguma.

3. NEOLIBERALISMO: O FIADOR DA MISTANÁSIA NO BRASIL E NO MUNDO

A história contará que mundo foi o que atravessou a pandemia da COVID-19 e, especialmente, que *homem* enfrentou esse período. Atualmente é percebida, em alguma medida, uma preocupação, ou angústia, que pode ser traduzida em duas reflexões: Por que fazer a coisa certa? Como fazer a coisa certa? Respondendo/refletindo: Porque fazer o que é certo foi fundamental para a humanidade em diversos momentos e, inclusive, é o que nos trouxe até o presente.

Com relação ao *como fazer* pode-se dizer que necessariamente é preciso acertar na análise da nossa condição, pois quando se faz uma análise correta podemos acertar na decisão, mas quando se faz uma análise errada fatalmente erraremos na decisão. Portanto, é de se dizer que evitar todas as mortes por COVID-19 seria impossível por estamos falando de um vírus que possui letalidade comprovada, porém, ter um número consideravelmente menor de óbitos, seria completamente possível e, antes de tudo um dever social, bastava perceber que o neoliberalismo nos retirou ao longo dos anos nossa capacidade estrutural instalada de dar respostas efetivas em momentos como o atual.

O português Boaventura de Souza Santos, um dos mais respeitados pensadores contemporâneos, publicou uma reflexão importante para que a humanidade faça neste momento. O

professor escreveu *A Cruel Pedagogia do Virus* em que se encontram subsídios uteis a uma adequada compreensão e análise do momento atual da humanidade. Cite-se:

A actual pandemia não é uma situação de crise claramente contraposta a uma situação de normalidade. Desde a década de 1980– à medida que o neoliberalismo se foi impondo como a versão dominante do capitalismo e este se foi sujeitando mais e mais à lógica do sector financeiro–, o mundo tem vivido em permanente estado de crise. Uma situação duplamente anómala. Por um lado, a ideia de crise permanente é um oxímoro, já que, no sentido etimológico, a crise é, por natureza, excepcional e passageira, e constitui a oportunidade para ser superada e dar origem a um melhor estado de coisas. Por outro lado, quando a crise é passageira, ela deve ser explicada pelos factores que a provocam. Mas quando se torna permanente, a crise transforma-se na causa que explica tudo o resto. Por exemplo, a crise financeira permanente é utilizada para explicar os cortes nas políticas sociais (saúde, educação, previdência social) ou a degradação dos salários. E assim obsta a que se pergunte pelas verdadeiras causas da crise. O objectivo da crise permanente é não ser resolvida. Mas qual é o objectivo deste objectivo? Basicamente, são dois: legitimar a escandalosa concentração de riqueza e boicotar medidas eficazes para impedir a iminente catástrofe ecológica. Assim temos vivido nos últimos quarenta anos. Por isso, a pandemia vem apenas agravar uma situação de crise a que a população mundial tem vindo a ser sujeita. Daí a sua específica periculosidade. Em muitos países, os serviços públicos de saúde estavam mais bem preparados para enfrentar a pandemia há dez ou vinte anos do que estão hoje. (SANTOS, 2020, p.5/6).

No trecho acima é fundamental destacar a obviedades elencadas pelo autor, mas ele o faz não por incorreção científica e sim, justamente, para nos mostrar que talvez por alienação imposta pela ideologia da classe dominante, não estamos percebendo, por exemplo, que corte/supressão de políticas sociais (saúde, educação, previdência, trabalho) simplesmente atacam direitos unicamente

da classe trabalhadora e em nada atingem a classe que detém os meios de produção.

Não menos importante é o destaque para o fato de que no neoliberalismo a utilização da *crise* como uma ferramenta para evitar/barrar qualquer avanço ou conquista social, porém utilizando o constante *estado de crise* para implementar uma agenda brutal de retirada de direitos. Aqui, é importante ponderar ainda, que no neoliberalismo a crise deixa de ser exceção vertendo-se em regra, ou seja, assumindo uma constância e essa tática da classe dominante só pode ser evidenciada com a pandemia de COVID-19 a medida que explicitou, por exemplo, que o sistema de proteção social foi desestruturado e estava inoperante há muito tempo, mas que agora quando a população precisou acessar os serviços públicos em larga escala percebeu o problema.

Continua o professor Boaventura de Sousa Santos:

As pandemias não matam tão indiscriminadamente quanto se julga. É evidente que são menos discriminatórias que outras violências cometidas na nossa sociedade contra trabalhadores empobrecidos, mulheres, trabalhadores precários, negros, indígenas, imigrantes, refugiados, sem abrigo, camponeses, idosos, etc. Mas discriminam tanto no que respeita à sua prevenção, como à sua expansão e mitigação. Por exemplo, os idosos estão a ser vítimas em vários países de darwinismo social. Grande parte da população do mundo não está em condições de seguir as recomendações da Organização Mundial de Saúde para nos defendermos do vírus porque vive em espaços exíguos ou altamente poluídos, porque são obrigados a trabalhar em condições de risco para alimentar as famílias, porque estão presos em prisões ou em campos de internamento, porque não têm sabão ou água potável, ou a pouca água disponível é para beber e cozinhar, etc. (SANTOS, 2020, p. 23/24).

O neoliberalismo como versão agressiva do capitalismo em última análise já havia nos colocado em uma real quarentena e isso pode ser afirmado com um exercício de reflexão bastante simples:

Antes da pandemia da COVID-19, o povo trabalhador percebeu que lhe foram retiradas as condições de sobrevivência progresso (este sempre prometido pelo capitalismo) dignos, a miséria e a morte ao contrário, sempre estiveram no horizonte da população mundial não pertencente a minoria dominante, porém, neste período a população tinha uma sensação de liberdade e não passava disso, pois liberdade plena somente a classe dominante pode gozar.

Com a eclosão da COVID-19 e as recomendações de reclusão e quarentena, o povo trabalhador que sempre teve a miséria e a morte como horizonte, ainda veria cair àquela sensação de liberdade que tinha. É preciso estabelecer uma reflexão basilar sobre a condição da população trabalhadora mundial, em cima do que Boaventura de Sousa Santos expressou, de que o povo pobre e vulnerável logicamente não tem condições de ficar em quarentena sem que isso represente riscos a sua sobrevivência material.

Pois bem, a reflexão que precisa ser estabelecida é a seguinte: Até que ponto não é crueldade exigir/cobrar que esse povo há muito relegado a própria sorte agora se manifeste e tome decisões acertadas do ponto de vista social e ético? De fato, é cruel e desumano submeter a população à anos de exclusão, miséria e mortes e agora, quando a pandemia agrava esse quadro, cobrar reflexões e decisões nobres daqueles que o sistema capitalista neoliberal não fez outra coisa senão oprimir e impingir mistanásia. Portanto, é preciso sensibilidade para não cair nesta postura cruel.

As pandemias mostram de maneira cruel como o capitalismo neoliberal incapacitou o Estado para responder às emergências. As respostas que os Estados estão a dar à crise variam de Estado para Estado, mas nenhum pode disfarçar a sua incapacidade, a sua falta de previsibilidade em relação a emergências que têm vindo a ser anunciadas como de ocorrência próxima e muito provável. (...) Nesse caso, o futuro desta quarentena será um curto intervalo antes das quarentenas futuras. A nova articulação pressupõe uma viragem epistemológica, cultural e ideológica que sustente as soluções políticas, económicas e sociais que garantam a continuidade da vida humana digna no planeta. Essa viragem tem múltiplas implicações.

A primeira consiste em criar um novo senso comum, a ideia simples e evidente de que sobretudo nos últimos quarenta anos vivemos em quarentena, na quarentena política, cultural e ideológica de um capitalismo fechado sobre si próprio e a das discriminações raciais e sexuais sem as quais ele não pode subsistir. A quarentena provocada pela pandemia é afinal uma quarentena dentro de outra quarentena. Superaremos a quarentena do capitalismo quando formos capazes de imaginar o planeta como a nossa casa comum e a Natureza como a nossa mãe originária a quem devemos amor e respeito. (SANTOS, 2020, p. 31/32).

O homem é produto do meio social no qual está inserido, disso não é prudente discordar, porém paralelamente a essa constatação devemos trazer uma segunda conclusão: Apesar de ser produto do meio o Homem também é um único capaz de promover alterações basilares, substanciais, neste meio que o formou.

Portanto, sabemos que o neoliberalismo trouxe exclusão, miséria, mortes além de nos inserir numa crise ética, mas, por outro lado, isso pode ser mudado com duas ações oriundas da realidade concreta do povo. A primeira é a difusão do quadro de exploração no qual o neoliberalismo nos inseriu. E a segunda é demonstrando que a falta de estrutura de proteção social pode ser alterada quando o povo trabalhador for capaz de se levantar para dar um basta no absurdo que é um Estado reservar 4% do orçamento público para o sistema público de saúde ao passo em que destina mais de 50% para o sistema financeiro que é o beneficiário dos Juros e Amortização da Dívida Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fazer uma reflexão mais profunda sobre a condição humana durante a pandemia de Covid 19, pôde-se concluir que, além das questões biológicas, existem outras causas ou agravantes que fizeram com que tantas vidas fossem perdidas nesse período. O impacto total da pandemia no Brasil, foi consideravelmente maior do que os dados oficiais apresentados no período, indicando

uma provável subnotificação, além do fato de que a questão ética pode ter sido a real causa para o elevado número de mortes decorrentes da COVID-19 pelo mundo.

A quantidade de óbitos decorrentes do COVID-19 no Brasil e no Mundo possui causas que transcendem o aspecto biológico do surgimento, mutação, transmissão do vírus. Ao longo do texto foi possível identificar que existe uma estrutura perversa idealizada pelo neoliberalismo que é a forma mais agressiva do capitalismo.

A pandemia de COVID-19 não foi responsável pela desestruturação do sistema público de saúde ela apenas permitiu que a situação caótica fosse visualizada. Paralelamente constatou-se que políticas de austeridade produziram o desmanche da estrutura de proteção social, especialmente, do sistema de saúde.

Essa desestruturação do aparato de proteção social mostrou que o Estado foi sequestrado pela classe dominante e desde então tem promovido verdadeira mistanásia contra a população que foi inserida na vulnerabilidade e por isso o número assustador de óbitos poderia ter sido consideravelmente menor não fosse essa lógica individualista presente no ideário neoliberal. Tal quadro evidencia que o homem contemporâneo passa por uma crise ética na medida em que não considera importantes atitudes que promovam o bem coletivo.

REFERÊNCIAS

AUDITORIA CIDADÃ. **Compilado: gráficos de pizza do orçamento geral da união (executado) – 2011-2018.** Disponível em: <<https://auditoriacidad.org.br/conteudo/graficos-de-pizza-do-orcamento-geral-da-uniao-executado-2011-2018/>>. Acesso em: 23 JUN. de 2022.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado.** Tradução: Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

ANOREG. **Registros de óbitos crescem 40% no 1º trimestre de 2021 no Brasil.** Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/agencia-brasil-registros-de-obitos-crescem-40-no-1o-trimestre-de-2021-no-brasil/>>. Acesso em: 23 maio 2022.

BRITO, Luciana. PALÁCIOS, Marisa. REGO, Sergio. SANTOS, Roberta Lemos dos. **Bioética e Covid-19 Vulnerabilidades e Saúde Pública.** In Os impactos sociais da Covid-19 no Brasil: populações vulnerabilizadas e respostas à pandemia / organizado por Gustavo Corrêa Matta, et al. – Rio de Janeiro : Editora Fiocruz, 2021.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é Ideologia.** 38ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

EL PAIS. **Segundo colapso de Manaus simboliza o Brasil que já perdeu 200.000 vidas para a covid-19.** <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-01-07/segundo-colapso-de-manaus-simboliza-o-brasil-que-perdeu-200000-vidas-para-a-covid-19.html>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A Ideologia Alemã.** Tradução: Frank Müller. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2005.

FERNANDES, Augusto. **Bolsonaro acusa governadores de usar verba contra covid-19 para botar contas em dia.** Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/04/4915669-bolsonaro-acusa-governadores-de-usar-verba-contra-covid-19-para-botar-contas-em-dia.html>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

LEE, Lisa M. A bridge back to the future: public health ethics, bioethics, and environmental ethics. **The American Journal of Bioethics**, v. 17, n. 9, p. 5-12, 2017.

NOHAMA, Norton. SILVA, Daiane Priscila Simão. SILVA, Jefferson Soares da. **Desafios e conflitos bioéticos da covid-19: contexto da saúde global.** Revista Bioética. vol. 28. nº 4. Brasília. 2020. p. 585/594.

PAIVA, W.; DA CUNHA, T. Mistanásia em Tempos de Pandemia de COVID-19: Reflexões Iniciais a partir da Bioética Global. **Bioética e COVID-19.** Indaiatuba: Editora FOCO, 2020.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI.** Tradução Monica Baugarten de Bolle. 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Cruel Pedagogia do Vírus**. Coimbra: Edições Almedina. 2020.

SAÚDE. **Coronavírus Brasil – Painel de Controle: Óbitos Confirmados**. Disponível em: < <https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 28 jun. 2022.

SCHROEDER, Steven A. We can do better—improving the health of the American people. **New England Journal of Medicine**, v. 357, n. 12, p. 1221-1228, 2007.

THE LANCET. **Estimando o excesso de mortalidade devido à pandemia de COVID-19: uma análise sistemática da mortalidade relacionada ao COVID-19, 2020–21**. The Lancet. Vol. 399. Edição 10334. Página 1513 a 1536. Publicada em 16 de Abril de 2022. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(21\)02796-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)02796-3/fulltext)>. Acesso em: 28 jun. 2022.

VARGAS, Matheus. **Mistanásia: a morte precoce, miserável e evitável como consequência da violação do direito à saúde no brasil**. 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/biodireito/mistanasia-a-morte-precoce-miseravel-e-evitavel-como-consequencia-da-violacao-do-direito-a-saude-no-brasil/>>. Acesso em: 01 jul. 2022.

VALERA, Luca e LÓPEZ BARREDA, Rodrigo “Bioethics and COVID-19: Considering the Social Determinants of Health.” **Frontiers in medicine**. vol. 9 824791. 22 de março de 2022, doi:10.3389/fmed.2022.824791

PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO: UM DIREITO HUMANO CHAMADO PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INTEGRAL E SATISFATIVA

Marcos Custódio Freitas¹
José Péricles de Oliveira²

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, expressamente, previu, no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, a inafastabilidade da jurisdição, também denominada pela doutrina especializada de cláusula de acesso à justiça. Na ordem jurídica interna, tal direito encontra-se alocado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta da República. No plano global, o Direito ao acesso à justiça é reconhecido por diversos instrumentos internacionais, dentre os quais se destacam: a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948; a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica). Verifica-se que a consagração do direito ao acesso à justiça foi preocupação de diversos de diversos Países e mecanismos internacionais.

A importância desse princípio é facilmente notada quando se admite que é por meio dele que se alcança a concretização de todos os demais direitos. Para a realização e a efetivação dos Direitos Humanos – assim como outros direitos –, é necessário que seja

¹ Pós-graduado em Direitos Humanos pela UEMS. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UCAM. Advogado. Email: marcos_freitas93@hotmail.com

² Mestre em Constituição e Processo pela UNAERP. Advogado e docente do curso de Direito da UEMS em Paranaíba-MS. Email: jpericles.oliveira@gmail.com

garantido o acesso à justiça, pois é por esse meio que é possível sujeitar o Estado ao respeito dos mais mezinhos direitos. Ou seja, o acesso à justiça é o caminho por meio do qual se alcança a tutela jurisdicional de qualquer direito.

Com os anos de evolução jurídica, concebeu-se o princípio da primazia da resolução de mérito (para alguns, princípio da primazia da decisão de mérito), o qual prestigia o acesso à justiça na sua concepção mais abrangente e democrática. Em linhas gerais, compreende-se que o julgamento de mérito deve ser prestigiado, de modo que o juiz, sempre que possível, resolva o mérito da lide, proferindo um pronunciamento judicial que decida a questão central submetida.

Este trabalho cuida, justamente, de apresentar uma abordagem teórica acerca do *princípio da primazia da decisão de mérito*, sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Busca-se analisar tal princípio, de sorte a verificar como seu alcance pode contribuir para a concretização do acesso à justiça, bem como sua negação pode representar indevida ausência de prestação jurisdicional.

Propõe-se analisar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Com isso, pretende-se verificar a incidência prática do mencionado princípio no sistema de Justiça Pátrio.

1. ARCABOUÇO JURÍDICO RELACIONADO AO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA E À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INTEGRAL E SATISFATIVA

1.1. Do Acesso a Justiça

Quando se trata de Direitos Humanos e efetivação desses direitos, é preciso, primeiramente, consolidar a ideia de que é através do direito de acesso à justiça que se pode buscar os demais direitos. É dizer que, para a efetivação dos Direitos Humanos, é preciso primeiramente garantir a prestação jurisdicional integral e satisfativa. Para RAMOS (2020, p. 537-538):

Esse direito é tido como de natureza assecuratória, uma vez que possibilita a garantia de todos os demais direitos, sendo oponível inclusive ao legislador e ao Poder Constituinte Derivado, pois é cláusula pétrea de nossa ordem constitucional. O direito de acesso à justiça possui duas facetas: a primeira é a faceta formal, e consiste no reconhecimento do direito de acionar o Poder Judiciário. A segunda faceta é a material ou substancial, e consiste na efetivação desse direito: (i) por meio do reconhecimento da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem a insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV); (ii) pela estruturação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134); (iii) pela aceitação da tutela coletiva de direitos e da tutela de direitos coletivos (ver abaixo), que possibilita o acesso à justiça de várias demandas reprimidas (ver abaixo); e (iv) **pela exigência de um devido processo legal em prazo razoável, pois não basta possibilitar o acesso à justiça em um ambiente judicial marcado pela morosidade e delonga.** Negritei.

Pensar que Direito a ter Direitos Humanos pode ser invocado em face do Estado diante de possíveis violações perpetradas é encontrar a definição do acesso à justiça. Em outras palavras, exige-se a concretização dos Direitos Humanos em face do Estado através do direito de ação, compelindo-o a medidas em situação de omissão violadora ou de abstenção em ocasiões de violação por ação.

A garantia do acesso à Justiça, como visto, é fundamental, mas somente isso não é suficiente. A prestação jurisdicional deve ser efetiva, de modo a alcançar, sempre que possível, a decisão de mérito. Somente assim o Poder Constituído detal mister pode concluir sua função primordial, que, de acordo com HANS KELSEN (1998, p. 34), é “Dar a cada um o que é seu”, ou seja, dar a cada um o que lhe é de direito – julgar o mérito da demanda (decisão de mérito). Daí ressaí a necessidade de fortalecimento do princípio da primazia da decisão de mérito.

No ordenamento Pátrio, encontram-se diversos dispositivos que consagramo direito ao acesso à justiça em tempo razoável. A Constituição Federal previu, no artigo 5º, inciso XXXV – rol de

direitos e garantias fundamentais – a inafastabilidade da jurisdição (ou cláusula de acesso à justiça), segundo a qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Previu também que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988, artigo 5º, inciso, LIV) e que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988, artigo 5º, inciso, LV). Mas foi apenas em 2004, quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 (famigerada reforça do Judiciário), que se reconheceu, no ordenamento jurídico interno brasileiro, a garantia da prestação jurisdicional em tempo razoável como direito fundamental expressamente previsto na Constituição da República (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998).

Em 2015, com advento do novo Código de Processo Civil, a garantia de prestação jurisdicional integral, satisfativa e em tempo razoável ganhou força. Aliás, previu-se que o Código de Processo Civil será interpretado de acordo com os preceitos previstos na Constituição Federal.

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

[...]

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

[...]

Artigo 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Percebe-se que o direito à prestação jurisdicional efetiva ganha fundamental importância, à medida da que é através dele

que se realizam outros Direitos. Trata-se de direito a fazer valer outros direitos igualmente assegurados.

1.2. Da frustração do acesso à justiça

O julgamento demorado, inevitavelmente, frustra a principal finalidade do sistema de justiça constituído, que é realizar o direito material de cada parte e, em última análise, realizar a Justiça (LIMA FILHO, 2003, p. 292). Com o mesmo efeito, o julgamento eivado de vícios e deficiências também revela violação ao acesso à justiça, mas não é somente isso. A criação de óbices indevidos, desproporcionais e à margem da lei representa, igualmente, negativa de acesso à justiça e, por conseguinte, violação ao Direito Humano da prestação jurisdicional.

Aliás, grande é a importância da garantia de acesso à justiça e à prestação jurisdicional em tempo razoável, tanto é que, de acordo com Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (1998, p. 142), “o maior esforço que a ciência do direito pode oferecer para assegurar os direitos humanos é voltar-se, precipuamente, para a construção de meios necessários a sua realização nos Estados e, ainda, para o fortalecimento dos modos de acesso à Justiça com vistas ao melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional”.

O Estado deve proporcionar o acesso à justiça, deve assegurar a prestação jurisdicional integral, satisfativa e em tempo razoável, velando-se disso para que, sempre que possível, dê-se a decisão de mérito.

1.3. Princípio da primazia da resolução de mérito

Como externado acima, para a realização e a efetivação dos Direitos Humanos – assim como outros direitos –, é necessário que seja garantido o acesso à justiça, pois, conforme afirmado alhures, é por esse meio que é possível sujeitar o Estado ao respeito dos multicitados direitos e ao cumprimento das obrigações respectivas. Ou seja, o acesso à justiça é o caminho por meio do qual se alcança

a tutela jurisdicional de qualquer direito. Esse “caminho” é instrumentalizado pelo que hoje se conhece como processo judicial, o qual tem como objetivo fundamental propiciar o pronunciamento judicial após a observância das normas jurídicas regentes (devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc.). Desse modo, espera-se por uma tutela jurisdicional efetiva, que traga às partes um resultado verdadeiramente útil. A resolução do conflito e a distribuição do direito (GONÇALVES, 2020, p. 130).

Atento e esse anseio, o Código de Processo Civil de 2015 previu princípios e mecanismos que prestigiam o acesso à justiça na sua concepção mais abrangente e democrática. Dentre as referidas inovações, recebe enfoque neste trabalho o princípio da primazia da resolução de mérito.

Por esse princípio, compreende-se que o julgamento de mérito deve ser prestigiado, de modo que o juiz, sempre que possível, resolva o mérito da lide. Quando se concebeu o processo judicial, pensou-se, obviamente, no julgamento do mérito, como forma de resolução do conflito submetido. Ou seja, não se pensou na criação do processo para acabar sem a resolução de mérito, justamente porque o processo não é um fim em si mesmo. O processo existe para alcançar o objetivo final, qual seja: o pronunciamento judicial de mérito, de sorte que a sentença terminativa (sem resolução de mérito) seja situação excepcional.

Para o professor Daniel Amorin Assumpção Neves (2018, p. 214):

O processo (ou fase) de conhecimento foi projetado pelo legislador para resultar em um julgamento de mérito. Por essa razão, essa espécie de julgamento é considerada o fim normal dessa espécie de processo ou fase procedimental. Naturalmente, nem sempre isso é possível no caso concreto, devendo o sistema conviver com o fim anômalo do processo ou fase de conhecimento, que se dá por meio da sentença terminativa (art. 485 do Novo CPC). Tendo sido o objetivo do legislador, ao criar o processo ou fase de conhecimento, um julgamento de mérito, naturalmente essa forma de final é preferível à anômala extinção sem tal julgamento, motivada por vícios formais. Somente essa distinção entre fim normale anômalo

já seria suficiente para demonstrar que há um natural interesse no julgamento do mérito no processo ou fase de conhecimento, considerando-se ser sempre preferível o normal ao anômalo. A solução definitiva da crise jurídica, derivada da coisa julgada material, que dependerá de uma decisão de mérito transitada em julgado, é outra evidente vantagem no julgamento de mérito quando comparado com a sentença terminativa.

Por essas razões, cabe ao juiz velar para, sempre que possível, se obtenha o pronunciamento judicial de mérito sobre a questão que lhe fora submetida. Destarte, na esfera recursal, o princípio da primazia da resolução de mérito ganha especial importância, porquanto o enfrentamento do mérito do recurso é o fim principal do sistema recursal concebido (NEVES, 2018, p. 1.602):

Conforme devidamente analisado, o art. 4º do Novo Código de Processo Civil consagra de forma expressa o princípio da primazia do julgamento do mérito, fenômeno também verificável no ambiente recursal. O juízo de admissibilidade recursal é sempre preliminar ao juízo de mérito, porque embora o segundo seja de maior importância, constituindo o objetivo normal da atividade jurisdicional ao julgar um recurso, o primeiro deve necessariamente ser positivo para que o órgão jurisdicional possa decidir o segundo". Não há dúvida de que um sistema sem pressupostos de admissibilidade recursal não funciona. A liberalidade traria consequências desastrosas. A ausência de prazo geraria eterna insegurança jurídica. A ausência de legitimidade permitiria a qualquer sujeito interpor recurso e evitar o encerramento do processo. A ausência de interesse recursal demandaria atividade jurisdicional inútil, sem qualquer benefício prático ao recorrente. Por outro lado, também não há dúvida que o fim normal do julgamento recursal é o enfrentamento do mérito do recurso, objetivo que justificou a atividade do legislador em criar os recursos em nosso sistema processual. O não julgamento do mérito recursal, portanto, causa frustração. Conforme lição de Barbosa Moreira, a inadmissão de um recurso se assemelha com aquelas refeições em que depois de servidos os aperitivos e entradas os convidados se despedem sem o anunciado prato principal. São, portanto, dois valores contrários em jogo: a necessidade da

regularidade formal e o interesse no julgamento do mérito, devendo prevalecer, dentro do possível, o segundo valor.

Com essa prevalência do julgamento de mérito, o novo Código de Processo Civil consagrou inúmeras ferramentas pelas quais é possível a concretização do supracitado princípio.

2. A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E A PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO: NEGATIVA DE PRESTAÇÃO OU FILTRO RECURSAL NECESSÁRIO?

2.1. Conceito

É de conhecimento geral a expressiva quantidade de processos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. A quantidade de processos novos distribuídos é demasiadamente superior à capacidade de julgamento pelos diversos Órgãos de Justiça, principalmente na esfera recursal. Ou seja, há uma grande quantidade de processos para serem julgados e uma escassez estrutural disponível consideravelmente menor. Sob essas circunstâncias, diversos Tribunais pelo País enfrentam esse crescente contingente de trabalho, que, indiscutivelmente, dificulta a concretização do ideal do acesso à justiça. A propósito, Gustavo Fávero Vaughn (2016, p. 1) afirma como isso é notado no e. Superior Tribunal de Justiça e expõe uma das formas das quais aquele Tribunal tem enfrentado essa realidade:

O STJ, guardião da legislação infraconstitucional em matéria de direito federal, e, portanto, a última *ratio* na interpretação da lei federal, enfrenta um grande dilema: de um lado, vê-se abarrotado de inúmeros recursos, dentre outras medidas judiciais de sua respectiva competência; de outro lado, os cidadãos desejam prestação jurisdicional célere e efetiva, capazes de alcançar suas expectativas em cada caso concreto. Em outras palavras, existe um grande número de processos a serem julgados e uma escassez de infraestrutura para comportá-los. Dentre os motivos da crescente demanda, dois se destacam: um

derivado do ordenamento jurídico - o amplo acesso à Justiça garantido pela Constituição Cidadã; e outro derivado dos costumes sociais - crescente litigiosidade da sociedade moderna. Tudo isso contribui para os problemas estruturais e institucionais na administração da Justiça. Para mitigar os efeitos desta situação, o STJ adotou a prática da jurisprudência defensiva (*rectius*, ofensiva), que consiste na criação de entraves e pretextos excessivamente formais e burocráticos para impedir o conhecimento dos recursos especiais que lhe são dirigidos, obstando a análise do mérito.

Jurisprudência defensiva pode se compreender como artifício criado pelos Tribunais para não se examinar o mérito recursal. Trata-se, portanto, de um mecanismo adicional de filtro recursal concebido para diminuir a quantidade de recursos que chegam à análise meritória da Corte respectiva.

Nessa linha, o saudoso Ministro Humberto Gomes de Barros, quando do seu discurso de posse da Presidência do STJ (STJ, 2008), afirmou:

[...] Intoxicado pelos vícios do processualismo [...] para fugir de tão aviltante destino, o STJ adotou a denominada “jurisprudência defensiva”, que consistiu na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos.

O emprego desse mecanismo é fortemente criticado pela doutrina processualista, que aponta que a jurisprudência defensiva é aplicada a alto custo ao princípio do acesso à justiça (WAMBIER e DANTAS, 2016, p.380). Aliás, VAUGHN afirma que (2016, p. 2) “em grande parte das vezes, ignora a legislação vigente, adotando formalismos exacerbados, carentes de fundamentação legítima e tolhendo, com isso, o efetivo acesso à justiça em prol de uma ilusória celeridade”.

2.2. Da jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

Segundo o levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ: Justiça em números 2019), o Poder Judiciário contava com o acervo de 78,7 milhões de processos no final de 2018. Desse acervo, 293.375 processos estavam pendentes de recurso no Superior Tribunal de Justiça. Frente a esse expressivo número de processos, o STJ, como já mencionado acima, passou a empregar métodos e ferramentas próprias para dar maior vazão aos processos. Passou-se a adotar rigorosos critérios relacionados ao juízo de admissibilidade recursal, com a criação de entraves formais para não se enfrentar o mérito recursal. É o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva, como explicada acima.

Transcrevem-se aqui algumas ementas de julgados amplamente reconhecidos pela doutrina como caso em que foi aplicada jurisprudência defensiva, as quais merecem destaque:

A) Recurso interposto antes do início da contagem do prazo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROTOCOLADO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO APELO EXTREMO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DO RECURSO. Segundo entendimento predominante nesta colenda Corte, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que a antecede. Caso dos autos. Precedentes: AI 502.46-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e AI 559.903, Rel. Min. 559.903, Rel. Min. Cezar Peluso. Agravo regimental desprovido. (STF. AI530544 AgR, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2006, DJ 23-06-2006 PP-00051 EMENT VOL-02238-05 PP-00971).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL PREMATURO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. SUSPENSÃO DO PRAZO EM CONFORMIDADE COM O ART. 498, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 1. Os embargos infringentes são cabíveis na hipótese em que

há reforma da sentença de mérito por ocasião do julgamento da apelação, por acórdão não unânime, ou houver julgado procedente ação rescisória, nos termos do art. 530 do CPC, ainda que a matéria objeto da reforma seja questão acessória tal como a fixação do valor da multa. Orientação jurisprudencial do STJ, consolidada pela Corte Especial no julgamento do REsp 1.113.175/DF, de relatoria do Min. Castro Meira, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos do art. 543-C do CPC 2. Conforme disposto no art. 498, caput e parágrafo único, do Código de Processo Civil, presentes os requisitos para a interposição dos embargos infringentes, caso dos autos, o termo inicial para o manejo do recurso especial deixa de ser a data de publicação do acórdão proferido em sede de apelação, passando a considerar-se a intimação da decisão dos embargos no caso de utilização do recurso e o trânsito em julgado da decisão não unânime, em caso contrário. 3. A decisão que rejeitou os embargos que impugnam o acórdão não unânime foi publicada em 25/2/2014. Assim, nos termos do parágrafo único do art. 498 do CPC, para interpor recurso especial impugnando a parte não unânime da decisão, o recorrente deveria esperar o trânsito em julgado da parte decidida por maioria, que findou dia 27/3/2014, ou seja, 30 (trinta) dias após a publicação do acórdão de embargos de declaração. 4. O presente recurso especial é prematuro, uma vez que, diante do não manejo dos embargos infringentes, considera-se como termo a quo, para interposição do especial, a data do trânsito em julgado da decisão não unânime, que, no caso concreto, ocorreu em 27/3/2014. Logo, inviável conhecer do recurso especial interposto antes do prazo, no caso, 12/3/2014. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no AREsp 621.254/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe25/02/2015).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL PREMATURO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO EM CONFORMIDADE COM O ART. 498 DO CPC. 1. É intempestivo o recurso especial interposto de forma prematura, sem atender ao disposto no art. 498, parágrafo único, do CPC, que dispõe que, "quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos". 2. Agravo regimental provido. (AgRg no AREsp

343.775/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 25/02/2014).

Sobre tais julgados, comenta NEVES (2018, p. 431):

O entendimento é lamentável porque conspira claramente contra os princípios da duração razoável do processo e da cooperação. Apesar de recentemente o Supremo Tribunal Federal ter superado a tese do recurso "prematureo intempestivo", a tendência de nossos tribunais na vigência do CPC/ 1973 era sua aplicação, em mais um triste capítulo do fenômeno conhecido por "jurisprudência defensiva". Nesse sentido deve ser saudada a previsão do art. 218, § 4º do Novo CPC, que consagra expressamente que o ato praticado antes da intimação da parte é tempestivo, independentemente de reiteração após a intimação.

B) Comprovação de feriado local:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CONTRA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DESTA EGRÉGIA CORTE SUPERIOR. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. FERIADO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO POSTERIOR. ART. 1.003, § 6º. DO CÓDIGO FUX. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRAVO INTERNO DOS PARTICULARES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Preceitua o art. 1.003, § 6º. do Código Fux que o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso. Interpretar a norma de forma restritiva acabaria por imprimir retrocesso ao justo entendimento já consolidado nesta Corte, que é o de oportunizar à parte a comprovação do feriado local, de forma a afastar a intempestividade de seu recurso, mesmo depois de aforada a petição recursal. 2. Entretanto, considerando a função constitucional desta Corte de uniformização da jurisprudência pátria, ressalvo meu ponto de vista, para acompanhar o entendimento firmado por este Tribunal no AREsp. 957.821/MS, julgado pela Corte Especial, de que a comprovação da existência de feriado local deve ocorrer no ato de interposição do respectivo recurso, nos termos do art. 1.003, § 6º. do Código Fux, não se admitindo a comprovação posterior. 3. Nocasos dos autos, a parte agravante foi intimada do acórdão recorrido em 23.3.2018, sendo o

Recurso Especial somente interposto em 17.4.2019, quando já esgotado o prazo recursal de 15 dias úteis. Não comprovou, no ato da interposição do recurso, a existência de suspensão do expediente forense no Tribunal a quo. 4. No julgamento do REsp. 1.813.684/SP, em 2.10.2019, a Corte Especial reafirmou entendimento segundo o qual é necessária a comprovação nos autos de feriado local por meio de documento idôneo no ato de interposição do recurso. Contudo, decidiu-se modular os efeitos da decisão, de modo que a tese firmada seja aplicada tão somente aos recursos interpostos após a publicação do acórdão respectivo. Assim, para os recursos interpostos anteriormente, deve ser oportunizada à parte recorrente a possibilidade de regularização do pleito recursal. Destaca-se ainda que, em Questão de Ordem no aludido REsp., a Corte Especial estabeleceu que a modulação de efeitos, bem como a possibilidade de comprovação posterior da tempestividade dos recursos, não se aplicaria a todos feriados locais, mas apenas à segunda-feira de Carnaval, o que não é o caso dos autos. 5. Importante salientar que o Superior Tribunal de Justiça tem posição firmada de que as informações constantes das páginas eletrônicas dos Tribunais constituem elementos meramente informativos, não tendo, portanto, caráter oficial para fins de contagem dos prazos processuais. Precedentes: AgInt no REsp. 1.472.442/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 13.3.2018; EREsp. 503.761/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, DJ 14.11.2005, p. 175; AgInt no REsp. 1.714.001/TO, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 6.12.2018; AgInt no AREsp. 1.183.336/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 17.9.2018. 6. Agravo Interno dos Particulares a que se nega provimento. (STJ. AgInt no AREsp 1438880/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNESMAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/06/2020, DJe 01/07/2020).

Note-se que a jurisprudência do STJ era forte no sentido de se exigir, sob pena de não conhecimento, a comprovação de feriado local logo na interposição do recurso. O próprio Tribunal chegou a rever tal entendimento, de modo a possibilitar ao recorrente a saneabilidade do vício, mediante a comprovação posterior. Contudo, o novo Código de Processo Civil, no artigo 1.003, §6º,

cravou que a comprovação multicitada deverá ocorrer no ato da interposição do recurso.

Acerca desse antagonismo, NEVES (2018, p. 1.628):

De forma inexplicável, o § 6.º do art. 1.003 do Novo CPC prevê que o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso. O dispositivo, que contraria sadia jurisprudência dos tribunais superiores, está em dissonância com a tônica do Novo Código de Processo Civil no sentido de extirpar inúmeras hipóteses de jurisprudência defensiva. “Com a “novidade” legislativa, volta a ser importante o entendimento de que a comprovação do feriado pode ser feita por meio de informação obtida no sítio eletrônico do tribunal de segundo grau, desde que devidamente identificada”.

C) Inadmissibilidade de embargos de declaração em face de decisão que não admite recurso extraordinário:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE NÃO ADMITE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INCABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTEMPESTIVO. I- Não cabem embargos de declaração da decisão que não admite o recurso extraordinário. II- Recurso incabível não tem o efeito de suspender o prazo recursal. III- Agravo regimental improvido. (STF. AI 588190 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00032 EMENT VOL-02279-07 PP-01419).

Sobre tais julgados NEVES (2018, p. 1.697-1.698):

O entendimento consagrado nos tribunais superiores não se justifica porque, naturalmente, a decisão que denega seguimento ao recurso especial e/ou extraordinário pode conter, como qualquer outra, vício formal a ser corrigido por meio dos embargos de declaração. Trata-se, à evidência, de mais uma demonstração da odiosa e lamentável "jurisprudência defensiva". Por outro lado, é corrente nos tribunais

superiores o recebimento dos embargos de declaração por agravo interno, quando o recurso é interposto contra a decisão monocrática do relator, sendo, inclusive, nesse caso cabível a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Novo CPC. Aplicando-se a fungibilidade, afirma-se que essa conversão prestigia o princípio da celeridade processual, proporcionando imediatamente um julgamento colegiado. Tais valores não podem sacrificar o direito recursal do embargante, sendo por isso extremamente feliz a exigência consagrada no art. 1.024, § 3º do Novo CPC, de o recorrente ser intimado para complementar suas razões diante do recebimento dos embargos de declaração como agravo interno. [...] NEVES (2018, p. 1.705): Os tribunais superiores, firmes na aplicação da chamada jurisprudência defensiva, pacificaram o entendimento, inclusive sumulado no Superior Tribunal de Justiça (Súmula 418/STJ) de que interposto o recurso de embargos de declaração, o recurso interposto pela parte contrária era intempestivo, porque interposto antes do início da contagem do prazo para a prática do ato. Tratava-se da consagração da tese do recurso prematuro, fundado na intempestividade ante tempus, de toda imperfeita e rejeitada pela melhor doutrina. Ao menos o Superior Tribunal de Justiça não aplicava nesse caso a preclusão consumativa, permitindo à parte que já tivesse recorrido, após o julgamento dos embargos de declaração interpostos pela parte contrária, reiterar os termos do recurso já interposto, o que seria o suficiente para sanear o vício da intempestividade.

D) Erro no preenchimento da guia do preparo:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO NO PRESENTE AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA 182/STJ. CÓDIGO DE RECOLHIMENTO. ERRO NO PREENCHIMENTO. DESERÇÃO MANTIDA. SÚMULA 187/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é deserto o recurso especial interposto com a indicação incorreta do Código de Recolhimento na Guia de Recolhimento da União (GRU). 2. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg nos EDcl no AREsp

616.097/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 28/08/2015).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. PREPARO. IRREGULARIDADE NO PREENCHIMENTO DAS GUIAS. DESERÇÃO. 1. A irregularidade no preenchimento das guias do preparo, no ato da interposição do recurso especial, caracteriza a sua deserção, sendo inviável a posteriorretificação. Recurso interposto sob a égide do CPC/73. 2. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido. (STJ. AgInt no AREsp 1020387/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 11/05/2017).

E) Falta de peça obrigatória no agravo de instrumento:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA DE PEÇA OBRIGATÓRIA: CÓPIA DA PROCURAÇÃO OU DA CADEIA DE SUBSTABELECIMENTO DO SUBSCRITOR DO AGRAVODE INSTRUMENTO. LEI. 12.322, DE 2010. DIREITO PROCESSUAL INTERTEMPORAL. INAPLICABILIDADE RETROATIVA. DECISÃO AGRAVADA QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Constata-se, como apurado em decisão exarada pela Presidência do STJ, que, no instrumento aportado a esta Casa, para exame de admissibilidade do recurso de agravo, não constavam as cópias relativas à procuração ou ao substabelecimento em cadeia outorgando poderes tanto ao advogado da parte agravante, subscritor da petição do agravo, quanto ao causídico da parte adversa. 2. A remansosa jurisprudência do STJ, com amparo na legislação processual, não deixa dúvidas: é dever do agravante instruir o agravo de instrumento com cópias legíveis das peças obrigatórias e essenciais ao conhecimento do recurso e ao deslinde da controvérsia, em consonância com o art. 544, § 1º, do CPC. A falta ou a juntade de cópia ilegível de qualquer dessas peças acarreta o não conhecimento do recurso. 3. No que toca à modificação de procedimento para a interposição do agravo contra decisão que inadmite recurso especial, que, antes das novas disposições advindas com a Lei n. 12.322, de 2010, exigia a formação do

instrumento, somente com a entrada em vigor da referida legislação é que o recurso de agravo passou a ser interposto nos próprios autos do recurso especial. Nesse sentido, com observância às regras de direito intemporal do processo civil, a nova sistemática não pode incidir nos agravos interpostos antes da sua entrada em vigor, caso dos autos. 4. No pertinente à matéria veiculada na página oficial da web deste Tribunal, quanto a precedente do STJ (AgRg no Ag 1.322.327/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe de 7/2/2011) em que se relevou deficiência no instrumento do agravo, para julgar o mérito do recurso especial, tem-se que a própria notícia não configura hipótese de raciocínio jurídico servil ao caso em análise. Isso, porque naquele caso, mesmo que o decidido tenha-se dado sob a influência do pensamento de simplificação de que se reveste o procedimento inaugurado com a entrada em vigor da Lei n. 12.322, em dezembro de 2010, para a interposição de petição de agravo nos próprios autos do recurso especial, a notícia dá conta de que a deficiência cingiu-se à falha considerada irrelevante para a compreensão da controvérsia veiculada, ou seja, a cópia defeituosa na qual faltava a parte final da ementa, per se, não se revelava capaz de inviabilizar o conhecimento da controvérsia arguida pela parte. 5. Muito diversamente é a espécie dos autos. Como assinalado, não foram trasladadas peças obrigatórias que demonstrassem - nada menos - que a própria capacidade postulatória do advogado como representante processual do agravante. A obrigatoriedade das peças em tela, pelo art. 544 do CPC, tem por escopo conferir legitimidade às petições trazidas a Juízo, que somente podem ser apresentadas por advogado, a quem incumbe, de acordo com os artigos 1º da Lei 8.906/94 e 36 do CPC, a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e a representação da parte em Juízo, somente quando legalmente habilitado. 6. Mantém-se, pois, a decisão, por seus próprios fundamentos. 7. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no Ag 1348915/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 28/06/2013).

F) Falta de assinatura na instância especial:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO
REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALTA DE

ASSINATURA FÍSICA OU ELETRÔNICA DO ADVOGADO SUBSCRITOR DA PEÇA RECURSAL. APELO INEXISTENTE. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO POSTERIOR NA INSTÂNCIA EXCEPCIONAL. 1. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser considerado inexistente o recurso apresentado na instância especial sem a assinatura física ou eletrônica do advogado subscritor da respectiva peça. 2. Ainda nos termos da jurisprudência desta Corte, a possibilidade de sanar o referido vício somente se aplica nas instâncias ordinárias (EDcl no AgRg no REsp 1.417.727/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11/3/2014, DJe 17/3/2014) 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no REsp 1500265/RO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 23/06/2015).

G) Falta de procuração na instância especial:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. RECURSO ESPECIAL SUBSCRITO POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. SÚMULA 115 DO STJ. INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 13 E 37 DO CPC/73, NA INSTÂNCIA ESPECIAL. 2. APLICAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. 3. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. Esta Corte firmou jurisprudência, em face do CPC/73, considerando inexistente o recurso endereçado à instância especial, no qual o advogado subscritor, não possui procuração ou substabelecimento regular nos autos (Súmula 115/STJ), devendo a regularidade da representação processual ser comprovada no ato da interposição do recurso. 2. Em respeito ao princípio tempus regit actum, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a lei a reger o recurso cabível e a forma de sua interposição é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. 3. Agravo interno improvido. (STJ. AgInt no AREsp 874.529/DF, Rel. Ministro MARCO

AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCPC. ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. DESOBEDEIÊNCIA AO DISPOSTO NOS ARTS. 76, § 2º, E 932, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO NCPC. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL NÃO REGULARIZADA. PRECLUSÃO. ARGUIÇÃO DA NULIDADE SOMENTE APÓS RESULTADO DESFAVORÁVEL NO PROCESSO. CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE DE ALGIBEIRA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL. NULIDADE ABSOLUTA NÃO COMPROVADA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Conforme o disposto nos arts. 76, § 2º, I, e 932, parágrafo único, ambos do NCPC, não se conhece do recurso quando a parte recorrente descumpra a determinação para regularização da representação processual. 3. O Superior Tribunal de Justiça considera inexistente o recurso no qual o advogado subscritor não possui procuração ou substabelecimento nos autos, consoante a aplicação da Súmula nº 115 desta Corte. 4. Esta Corte de Justiça, em diversas oportunidades, tem exarado a compreensão de que a suscitação tardia da nulidade, somente após a ciência de resultado de mérito desfavorável e quando óbvia a ciência do referido vício muito anteriormente à arguição, configura a chamada nulidade de algibeira, manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual e que é rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça inclusive nas hipóteses de nulidade absoluta (REsp 1.714.163/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/9/2019, DJe 26/9/2019). 5. Agravo interno não provido. (STJ. AgInt no AREsp 1561078/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/06/2020, DJe 01/07/2020).

H) Falta de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA N. 182/STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. Nos termos do art. 1021, § 1º, do CPC/2015, é inviável o agravo interno que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Incidência, por analogia, da Súmula n. 182/STJ. 2. Agravo interno não conhecido. (AgInt no AREsp 968.815/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 182 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO. 1. Aplicabilidade do NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. O agravo interno não impugnou as razões da decisão agravada, pois não refutou, de forma fundamentada, o não conhecimento do agravo em recurso especial por ter sido apresentado em desacordo com os requisitos do art. 544, § 4º, I, do CPC/73. Incidência da Súmula nº 182 do STJ e violação do art. 1021, § 1º, do NCPC. 3. Agravo interno não conhecido. (STJ. AgInt no AREsp 878.403/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 23/06/2016).

I) Carimbo ilegível

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CARIMBO DO PROTOCOLO ILEGÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE COMPROVADA. 1. É pacífica a jurisprudência

desta Corte no sentido de que, em sede de agravo de instrumento, a tempestividade do recurso especial é aferida pela data constante da cópia da petição recursal, contendo a data do respectivo protocolo, o qual se deve mostrar absolutamente legível. 2. "A exigência, longe de ser mera formalidade, confirma a vigência de critérios e regras processuais claras, com vistas a preservar a integridade da prestação jurisdicional, com tratamento isonômico entre as partes, em estrita observância do princípio constitucional do devido processo legal." (AgRg no Ag 578.027/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 8.11.2004). 3. Comprovada a prorrogação do prazo recursal, em virtude da não-ocorrência de expediente forense no âmbito do Tribunal de origem, no ato de interposição do recurso, deve ser afastado o fundamento relativo à intempestividade do agravo de instrumento. 4. Agravo regimental parcialmente provido, apenas para se afastar o fundamento relativo à intempestividade do agravo de instrumento, mantido, no entanto, o não-conhecimento desse recurso. (STJ. AgRg no Ag 993.416/RN, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 12/06/2008).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÓPIA DO PROTOCOLO. CARIMBO ILEGÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. 1. Pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que, em sede de agravo de instrumento, a tempestividade do recurso especial é aferida pela data constante da cópia do respectivo protocolo, que deve se mostrar absolutamente legível. 2. É da responsabilidade do agravante a fiscalização da correta formação do instrumento. 3. Cabe a esta Corte verificar os pressupostos dos recursos a ela dirigidos, não se vinculando ao juízo de admissibilidade proferido pelo Tribunal de origem. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no Ag 1142421/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 21/09/2009).

2.3. A compatibilização do princípio da primazia do julgamento do mérito recursal

Corolário do artigo 4º. do CPC, o compromisso de se fazer todo o possível para se obter o julgamento de mérito também se aplica aos recursos. Ou seja, em sede recursal, também se vela pela aplicação do princípio da primazia do julgamento de mérito, por razões ainda maiores. Em linhas gerais, quando o legislador concebeu o sistema recursal, pensou-se em um mecanismo de reexame, de modo a possibilitar, em regra, que um Tribunal (colegiado) possa reanalisar a decisão de um Juiz (monocrático). Vale dizer, o recurso foi criado para ser analisado no mérito (NEVES, 2018, p. 1.602).

O recurso é um direito das partes, o qual será exercido de acordo com as regras processuais cabíveis. Essas regras processuais são inerentes à própria existência e manutenção do sistema recursal. Requisitos e pressupostos são imprescindíveis à análise de admissibilidade, sem os quais o sistema recursal estaria fadado ao caos e à inviabilidade. Prestam-se, pois, a manter a regularidade processual cabível e à criação de filtros recursais. É de bom alvitre destacar que o legislador processualista de 2015 (Código de Processo Civil de 2015) previu os pressupostos de admissibilidade recursal, mas instituiu o princípio da primazia do julgamento de mérito como premissa maior de todo o sistema processual (NEVES, 2018, p. 1.602).

Em outras palavras, devem ser observados os pressupostos de admissibilidade – e não raras vezes os recursos encontraram óbices neles – mas deve ser estimulada e priorizada a análise do mérito recursal. Sempre que se puder salvar o recurso e levá-lo ao julgamento do mérito, deve-se, assim, proceder, de modo que a inadmissão seja uma medida excepcional (e não o contrário). Isso é a realização do princípio da primazia do julgamento do mérito recursal (NEVES, 2018, p. 1.602-1.603). É possível falar em compatibilização entre pressupostos de admissibilidades e princípio da primazia da decisão de mérito, à medida que ambos

são harmônicos e não excludentes. Isto é, a incidência de um não exclui, necessariamente, a aplicação do outro.

Nessa linha de intelecção, NEVES assevera que (2018, p. 1.602):

O juízo de admissibilidade recursal é sempre preliminar ao juízo de mérito, porque embora o segundo seja de maior importância, constituindo o objetivo normal da atividade jurisdicional ao julgar um recurso, o primeiro deve necessariamente ser positivo para que o órgão jurisdicional possa decidir o segundo". Não há dúvida de que um sistema sem pressupostos de admissibilidade recursal não funciona. A liberalidade traria consequências desastrosas. A ausência de prazo geraria eterna insegurança jurídica. A ausência de legitimidade permitiria a qualquer sujeito interpor recurso e evitar o encerramento do processo. A ausência de interesse recursal demandaria atividade jurisdicional inútil, sem qualquer benefício prático ao recorrente. Por outro lado, também não há dúvida que o fim normal do julgamento recursal é o enfrentamento do mérito do recurso, objetivo que justificou a atividade do legislador em criar os recursos em nosso sistema processual. O não julgamento do mérito recursal, portanto, causa frustração. Conforme lição de Barbosa Moreira, a inadmissão de um recurso se assemelha com aquelas refeições em que depois de servidos os aperitivos e entradas os convidados se despedem sem o anunciado prato principal. São, portanto, dois valores contrários em jogo: a necessidade da regularidade formal e o interesse no julgamento do mérito, devendo prevalecer, dentro do possível, o segundo valor.

É possível, assim, exigir a observância dos requisitos e pressupostos de admissibilidade aplicáveis e também prestigiar a análise recursal a partir da aplicação de simples regras de compatibilização, que serão mais bem examinadas adiante, são: de saneabilidade; de contraditório prévio; e de instrumentalidade.

2.4. O princípio da primazia da resolução de mérito aplicado

Como mencionado, a doutrina critica duramente a jurisprudência defensiva, porque considera que ela vai de encontro

à primazia de julgamento de mérito. Isto é, trata-se de ideia totalmente contrária ao princípio da primazia do julgamento de mérito, de modo tornar a análise recursal exceção. É a criação de inúmeros obstáculos para não se conhecer do recurso interposto. Pode-se observar a jurisprudência defensiva atuante na prática de diferentes maneiras: a) utiliza-se de um requisito formal já existente e trata-o da maneira mais formal possível; b) cria-se um requisito formal não previsto em lei e utiliza-o como fundamento para não conhecer do recurso; e c) interpreta-se dispositivo legal no afã de obstar o recurso.

Frente a essa questão, o Legislador processualista de 2015 identificou algumas situações de flagrante aplicação e prejuízo por conta da jurisprudência de defensiva consolidada e cuidou de vedá-las expressamente. Um grande exemplo disso é o entendimento consolidado pela Súmula 418 do STJ, segundo a qual “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.”, a qual foi revogada, em primeiro momento, pelo artigo 1.024, §5º, do CPC, *verbis*:

§5º. Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

Posteriormente a isso, o próprio STJ, na sessão de 1º. de julho de 2016, da Corte Especial, determinou o cancelamento da referida Súmula.

Outro exemplo pertinente é aquele que vem com a edição do artigo 218, §4º, do CPC, cuja redação é a seguinte: “será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”. Antes do advento do CPC de 2015, os tribunais aplicavam a teoria do “recurso prematuro”, do qual se extrai fundamento de que, tanto o recurso interposto após o término no prazo quanto o

interposto antes do início, considerar-se-ia intempestivo. Como se pode notar da redação do artigo 218, § 4º, do CPC, tal entendimento não encontra mais espaço no atual sistema recursal.

2.5. Mecanismos disponíveis à objetivação do princípio da primazia da resolução de mérito

Como já destacado neste trabalho, o artigo 4º. do CPC é o proclamador do princípio da primazia da decisão de mérito (“artigo 4º. as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”). Tal previsão é objetivamente prestigiada a partir da aplicação das seguintes regras, que serão analisadas separadamente: a) instrumentalidade; b) saneabilidade; e c) contraditório prévio.

O princípio instrumentalidade das formas: no âmbito do processo civil, os artigos 188 e 277, ambos do CPC, consagram tal princípio, *ipsis litteris*:

Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.

[...]

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Com efeito, a sanção por um ato viciado é a nulidade, que impede que este produza os efeitos regularmente esperados. Contudo, se não houver prejuízo, de acordo com a instrumentalidade das formas, não se declarará nulidade alguma. Ou seja, não há nulidade de onde não advém prejuízo. A instrumentalidade das formas é crucial, pois, às vezes, não se declarar uma nulidade é exatamente o que é preciso para se assegurar ou preservar o julgamento de mérito.

O dever geral de prevenção de saneabilidade de vício: se existir um vício que conduza à extinção terminativa (sem mérito), mas que seja sanável, deve-se oportunizar o saneamento do vício primeiro, de maneira a propiciar sua superação e, com isso, possibilitar o julgamento do mérito. Se o vício é corrigível e pode ser sanável não há razão de extinguir o processo antes de oportunizar à parte a possibilidade de saneamento.

A regra geral do contraditório prévio: contraditório, na sua mais genuína acepção, significa ser informado, poder reagir e influenciar o julgador antes que profira seu julgamento. O artigo 9º. do CPC previu que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. Essa regra é crucial à primazia do julgamento recursal, porquanto inadmitir um recurso é decidir contra o recorrente. Logo, percebe-se que, na hipótese de eventual reconhecimento de vício, ainda que insanável, deve o Relator intimar a parte para manifestação prévia. É a oportunidade de tentar convencer o julgador de que aquele vício não existe ou de, até mesmo saneá-lo, caso seja possível. Por óbvio, o emprego dessa técnica prestigia o julgamento de mérito, pois afasta a extinção imediata, sem resolução de mérito, sem antes oportunizar à parte o contraditório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi demonstrado ao longo do presente artigo, o Direito ao acesso à justiça e o Direito à prestação jurisdicional útil receberam especial proteção dentro do ordenamento jurídico. Evidentemente, as normas jurídicas cuidaram de tratar da questão, de modo a assegurar que todas as pessoas tenham, à sua disposição, mecanismos para buscar a concretização do ideal de Justiça.

Porém, foi possível constatar-se que apenas o acesso à justiça não foi suficiente para garantir às pessoas a concretização de seus direitos. Por isso, surgiram normas que visam assegurar a prestação jurisdicional integral, satisfativa e em tempo razoável.

Uma Justiça célere e efetiva, por meio da qual os indivíduos podem obter um resultado útil com a deflagração do processo judicial.

Tanto a Constituição da República, quanto na legislação infraconstitucional, tratou de regular a questão, buscando a concretização de direitos. Aliás, o Código de Processo Civil de 2015 foi além e consagrou o princípio da primazia da resolução de mérito, do qual se extrai que o julgamento de mérito deve ser prestigiado, donde que o juiz, sempre que possível, deve resolver o mérito da lide – justamente porque, quando se concebeu o processo judicial, pensou-se, obviamente, no julgamento do mérito como a forma de resolução do conflito submetido. De nada adiantaria uma Justiça que não enfrentasse a questão que lhe é submetida. Ou seja, não se pensou na criação do processo para acabar sem a resolução de mérito, pois o processo não é um fim em si mesmo. O processo existe para alcançar o objetivo final, qual seja: o pronunciamento judicial de mérito, de sorte que a sentença terminativa (sem resolução de mérito) seja situação excepcional.

Contra esse ideal, as chamadas jurisprudências defensivas foram criadas e são artifícios pensados pelos Tribunais para não se examinar o mérito recursal. Mas, elas ofendem o princípio da primazia da resolução de mérito, pois são mecanismos que funcionam como filtro recursal concebido para diminuir a quantidade de recursos que chegam à análise meritória das Cortes Superiores. Pode-se notar que essa prática foi adotada, porque os Tribunais, diante da limitação estrutural, escolheram não conhecer de recursos considerados de menor relevância. Por isso, criaram-se os entendimentos nas jurisprudências defensivas.

De fato, o problema existe e deve ser superado. Os Tribunais Superiores não devem funcionar como Terceiro Grau de Jurisdição. A quantidade de processos distribuídos anualmente às Cortes Superiores ainda é demasiadamente grande. É defensável, pois, que os Tribunais façam um filtro recursal, mas isso deve decorrer de parâmetros transparentes e bem definidos em Lei, sob pena de se tornar ilegítima tal postura e de acarretar enorme insegurança jurídica.

Por fim, entende-se que o princípio da primazia da resolução de mérito é compatível com os pressupostos de admissibilidade recursal, porquanto ambos são harmônicos e não excludentes. A incidência de um não exclui, necessariamente, a aplicação do outro, mas a extensão da limitação recursal, como afirmado, deve ser transparente e legítima. É uma escolha a ser feita, sobretudo porque deve ser extirpada a ideia de que devido processo legal é o que nunca acaba.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Justiça em Números**. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1/PainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>, acesso em 22-7-2020.

_____. **Número de processos em tramitação na Justiça cai pela primeira vez em 15 anos**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Numero-de-processos-em-tramitacao-na-Justica-cai-pela-primeira-vez-em-15-anos.aspx>>, acesso em 22-7-2020.

_____. **STJ julga um processo por minuto e passa de meio milhão em 2018**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-12-19_17-53_STJ-julga-um-processo-por-minuto-e-passa-de-meio-milhao-em-2018.aspx>, acesso em 22-7-2020.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 141-146, 1998.

_____. **A Prestação Jurisdicional e a Efetividade dos Direitos Declarados**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista01/revista01_141.pd f>, acesso em 30-7-2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: Introdução à problemática científica do direito, tradução de J. Cretello Jr. E Agnes Cretella. 7ª Edição revisada da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMAFILHO, FranciscodasChagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim, **Manual de Direito Processual Civil**: Volume Único. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020.

VAUGHN, Gustavo Fávero. **A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.17.PDF>, acesso em 22-7-2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Os textos que dão forma a esta obra coletiva são produções científicas dos professores do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, que ao lado de seus coautores apresentam ao leitor, a cada capítulo, múltiplas inquietações, abarcando teorias, questionamentos, perspectivas e ambições que se coadunam à urgência de boas práticas em Direitos Humanos nos mais diversos espaços de atuação.

(Os organizadores)



Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino,
Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul



ISBN 978-65-265-0377-5

