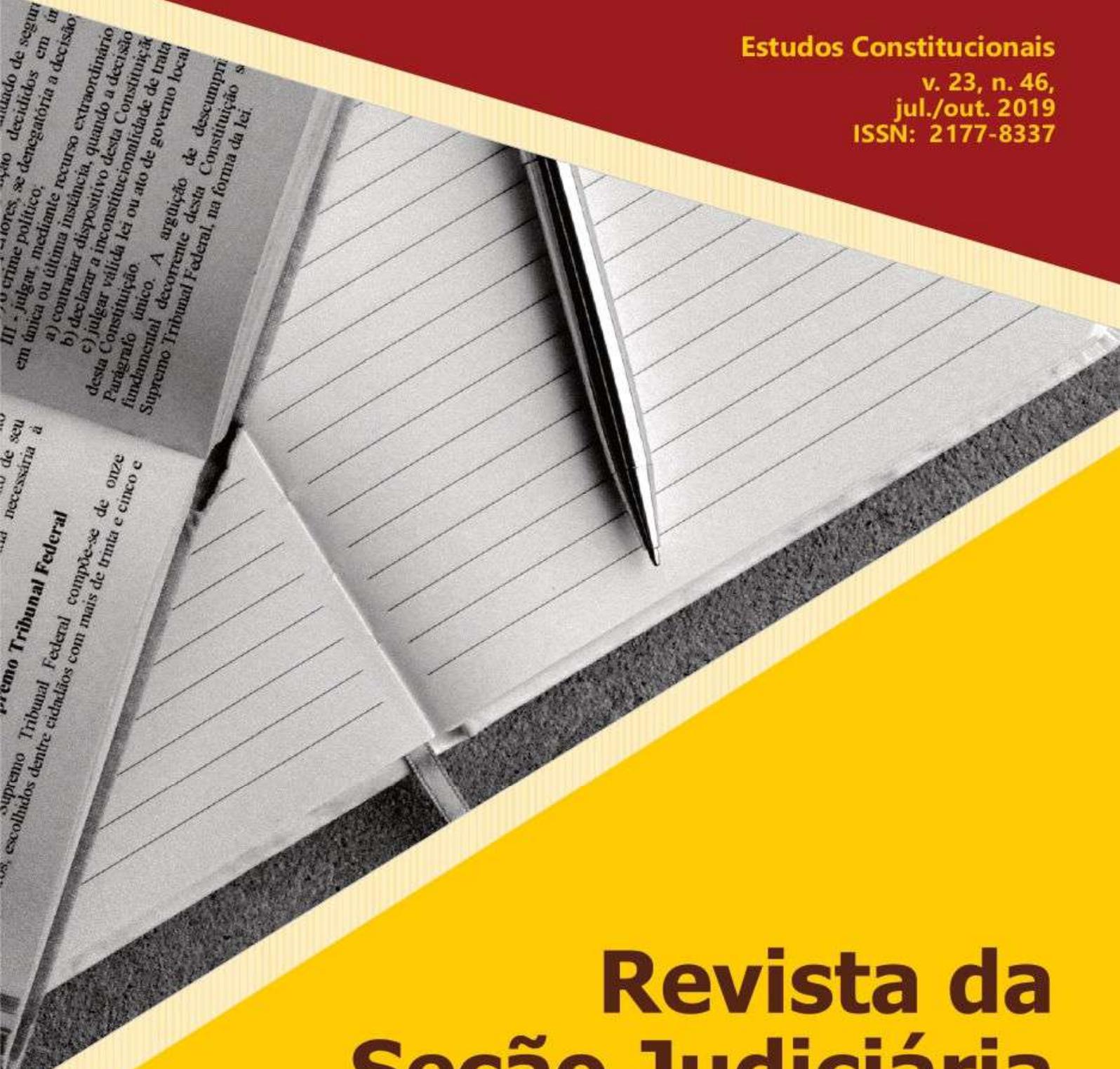


Estudos Constitucionais

v. 23, n. 46,  
jul./out. 2019  
ISSN: 2177-8337



# Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro



JUSTIÇA FEDERAL  
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



Auditorium

**Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**  
Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994-



**JUSTIÇA FEDERAL**  
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



## **EQUIPE EDITORIAL**

### **Editores-Chefes:**

Desembargador Federal Reis Friede – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)/Presidente do TRF2 no biênio 2019/2021.

Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Junior – Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

### **Editora-Executiva:**

Dra. Maria Geralda de Miranda - Pós-doutora em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)/Diretora Executiva do CCJF

### **Editor-Gerente:**

Me. Eduardo Barbuto Bicalho – Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF)/Analista Judiciário no TRF2

### **Conselho Editorial:**

Reis Friede, UNIRIO, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Andre Fontes, UNIRIO, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Maria Geralda de Miranda, UNISUAM, Centro Universitário Augurto Motta, Brasil

Carmen Sílvia Lima de Arruda, UFF, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Raquel Villardi, UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Adriano Rosa da Silva, USU, Universidade Santa Úrsula, Brasil

Alexandre Morais da Rosa, UFSC, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, UNB, Universida de Brasília, Brasil

Antonio Baptista Gonçalves, PUC-SP, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Antonio Celso Baeta Minhoto, UNIMAR, Universidade de Marília, Brasil

Carlos Alberto Lima de Almeida, UNESA, Univesidade Estácio de Sá, Brasil

Carlos Alberto Lunelli, UCS, Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Cláudio Lopes Maia, UFGO, Universidade Federal de Goiás, Brasil

Clayton Reis, UNICURITIBA, Centro Universitário Curitiba, Brasil

Cleyson de Moraes Mello, UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China

Elton Dias Xavier, UNIMONTES, Universidade Estadual de Montes Claros, Brasil

Heliana Maria Coutinho Hess, UNICAMP, Universidade de Campinas, Brasil

Janaína Rigo Santin, UPF, Universidade de Passo Fundo, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

José Henrique Mouta Araújo, UNAMA, Universidade da Amazônia, Brasil

Karen Artur, UJFJ, Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

Loussia Penha Musse Felix, UNB, Universidade de Brasília, Brasil

Marcus Lívio Gomes, UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil

Maria Stella Faria de Amorim, UFF, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Nalayne Mendonça Pinto, UFRRJ, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Oswaldo Canela Junior, PUC-PR, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

Pedro Heitor Barros Geraldo, UFF, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal

Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina

Sérgio Augustin, UCS, Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Thiago Bottino do Amaral, FGV, Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Márcia T. Cavalcanti, Universidade Santa Úrsula, Brasil

### **Revisores Ad Hoc**

Aldo Muro Jr., Instituto Federal de Goiás, Brasil, Universidade de Pisa, Itália

Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Cláudia Luiz Lourenço, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Brasil

Daniel Andrés Raizman, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Daniel Machado Gomes, Universidade Católica de Petrópolis, Brasil

Demetrius Nichele Macei, Centro Universitário Curitiba, Brasil

Érico Hack, Organização Paranaense de Ensino Técnico, Brasil

Isolda Lins Ribeiro, C.G. Jung Institut-Zurich, Suíça

Janssen Hiroshi Murayama, Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Lauro Ericksen, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Lélio Maximino Lellis, Centro Universitário Adventista de São Paulo, Brasil

Luiz Ricardo Guimarães, Instituto de Ensino Superior de Bauru, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasil

Nádia Xavier Moreira, Universidade Veiga de Almeida, Brasil

Salomão Barros Ximenes, Universidade de São Paulo, Brasil

San Romanelli Assumpção, Universidade de São Paulo, Brasil

Sandro Schmitz dos Santos, Universidad Nacional de La Matanza, Argentina

Valdirene Ribeiro de Souza Falcão, Universidade Mackenzie, Brasil

Vitor Burgo, Universidade de São Paulo, Brasil

### **Corpo Técnico Editorial:**

**Tradução:** Vitor Kifer, tradução Inglês e Espanhol, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

**Webdesign e Diagramação:** Equipe Centro Cultural Justiça Federal, CCJF e Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ

**Normalização:** Biblioteca do Centro Cultural Justiça Federal, CCJF

**Suporte Técnico:** Setor de Tecnologia da Informação, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

**Colaboração Editorial:** Amanda Alves, Aneli Beloni, Letícia Maia e Samuel Souza.

## CONTATO

Equipe Revista da SJRJ  
Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar Centro – Rio de Janeiro – RJ. CEP: 20031-001.  
Telefone: (21) 3261-6405  
revistaauditorium@sjrj.jus.br

### **Contato para Suporte Técnico:**

Revista da SJRJ Apoio  
Telefone: (21) 3261-6405  
apoio.auditorium@sjrj.jus.br

## DADOS PARA CATALOGAÇÃO

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro [recurso eletrônico] / Seção Judiciária do Rio de Janeiro. – Vol. 1, n. 1 (1994)- . – Dados eletrônicos. – Rio de Janeiro : Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994-  
v. ; 21 cm.

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014; 2018-

No ano de 2008 foram publicados apenas dois números, n. 22, 23. No ano de 2003, volume 10 possui edição especial, n. 10.

Suspensa, 2015-2017

Modo de acesso: Internet: 1994-2014: <<https://www.jfrj.jus.br/normas-e-publicacoes/publicacoes/revista-da-sjrj-1994-2014>>;2018- :

<[revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj](http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj)>

No ano de 2018 a Revista voltou a ser publicada, desta vez em colaboração com o Centro Cultural Justiça Federal (CCJF), oportunidade na qual ganhou a marca Auditorium.

ISSN 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. 4. Sociologia. 5. Cidadania. I. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. II. Centro Cultural Justiça Federal

## SUMÁRIO

- 9**            **Apresentação**  
Os Editores
- | MENSAGEM
- 12**           **Mensagem dos Dirigentes**  
Reis Friede, Messod Azulay Neto e Osair Victor de Oliveira Jr.
- | ARTIGOS
- 14**           **Breves Considerações sobre Argumentação Jurídica**  
Reis Friede
- 25**           **A Técnica de Ampliação do Colegiado no Julgamento não Unânime do Recurso de Apelação e o Incidente De Assunção de Competência nº 1 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região**  
Rodrigo Canella Soares
- 46**           **O Povo como Intérprete da Constituição: Reflexões sobre o Constitucionalismo Popular**  
Ana Paula Sabetzki Boeing
- 65**           **Revolução 4.0 no Poder Judiciário: Levantamento do Uso de Inteligência Artificial nos Tribunais Brasileiros**  
Fernanda Bragança e Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança
- 77**           **Da Situação Excepcional da Apatridia e seu Tratamento na Nova Lei de Migração (Lei Nº 13.445/2017)**  
Igor Fernando Toledo de Oliveira Moreira e Marcos Paulo Sobreiro Pulvino
- 96**           **A Base Constitucional do Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor**  
Rogério Tabet Almeida
- 107**          **Desenvolvimento Sustentável no Estado Democrático de Direito: Atendimento À Agenda 2030 da ONU por Meio da Regularização Fundiária Urbana**  
Naymi Salles Fernandes Silva Torres
- 137**          **Políticas Públicas de Combate e Enfrentamento à Violência de Gênero Na Baixada Fluminense**  
Marcus Alexandre de Pádua Cavalcanti Bastos e Eliane Cristina Tenório Cavalcanti

**154 O Idoso e a Problemática da Judicialização da Saúde no Brasil**

Maria Luiza Santos Costa, Reis Friede e Maria Geralda de Miranda

**175 Políticas Públicas de Inserção de Menores Infratores**

Manoel Manhães Ferreira Leontino e Vitor Manoel da Silva Portella

## APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com o Centro Cultural Justiça Federal, CCJF, e a Presidência do TRF2, apresenta a 46ª Edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, intitulada **Estudos Constitucionais**. A edição está composta por artigos que trazem importantes debates sobre o Direito Constitucional e suas relações com diversos outros ramos do Direito, como o Processual, o Internacional, do Consumidor, Urbanístico e com as Políticas Públicas.

Abrindo esta edição, o artigo **Breves Considerações sobre Argumentação Jurídica** aborda o exercício argumentativo na operacionalização do direito, como forma de amparar as teses apresentadas em processos judiciais, principalmente para os magistrados, que possuem o dever constitucional de fundamentar as suas decisões.

Em **A Técnica de Ampliação do Colegiado no Julgamento Não Unânime do Recurso de Apelação e o Incidente de Assunção de Competência nº 1 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, o autor objetiva analisar o entendimento adotado pelo Tribunal Regional da Segunda Região no Incidente de Assunção de Competência nº 1, que interpretou restritivamente a redação do artigo 942 do Código de Processo Civil, ao fixar que a aludida técnica, especificamente no julgamento do recurso de apelação, somente tem lugar nas hipóteses em que a maioria se firmar no sentido da reforma da sentença de mérito.

O artigo **O Povo como Intérprete da Constituição: Reflexões sobre o Constitucionalismo Popular** analisa o pensamento de dois autores estadunidenses que trataram do constitucionalismo popular: Michael Serota e Tom Donnelly, de modo a demonstrar que o pensamento dos mencionados autores não são tão contraditórios como possam parecer e que a democratização do processo decisório não necessariamente viola a obrigação de fidelidade constitucional.

Em **Revolução 4.0 no Poder Judiciário: Levantamento do Uso de Inteligência Artificial nos Tribunais Brasileiros** objetiva-se fazer um levantamento do uso de inteligência artificial pelo Judiciário brasileiro de modo a identificar os tribunais em que a mesma já está implantada e as funções que realiza.

Em sequência, o artigo **Da Situação Excepcional da Apatridia e seu Tratamento na Nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017)** busca tratar da apatridia, situação excepcional que acomete aqueles indivíduos que perdem a nacionalidade antes de adquirirem uma nova. Pretende-se discutir se há relação existente entre a apatridia e os inúmeros refugiados que a mídia constantemente divulga ao entrar nos países estrangeiros, bem como a proteção aos direitos fundamentais dessas pessoas e a garantia de proteção aos países que aceitam recebê-los.

**A Base Constitucional do Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor** apresenta algumas considerações a respeito da evolução do direito do consumidor e a base constitucional no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como expor algumas considerações que levaram a opção legislativa por um sistema codificado, porém aberto, principiológico e extremamente avançado para um país com sérios problemas sociais, e ainda em desenvolvimento.

No artigo **Desenvolvimento Sustentável no Estado Democrático de Direito: Atendimento à Agenda 2030 da ONU por meio da Regularização Fundiária Urbana**, a autora objetiva verificar quais contribuições poderia dar o Estado Social e Democrático de Direito à pretensão de firmar o caminho sustentável e resiliente definido na Agenda 2030 (ONU, 2012) para o desenvolvimento sustentável no âmbito urbano, especialmente por meio da Regularização Fundiária Urbana.

**Políticas Públicas de Combate e Enfrentamento à Violência de Gênero na Baixada Fluminense** aborda o perfil da violência perpetrada contra a mulher na Baixada Fluminense do Estado do Rio de Janeiro de 2013 a 2016, a partir dos processos em trâmite, visando identificar a eficácia da proteção legal na prática, e se tais processos atingem o objetivo de proteção das mulheres em situação de violência, seja doméstica ou de gênero.

O artigo **O Idoso e a Problemática da Judicialização da Saúde no Brasil** discute o aumento da judicialização no Brasil e o seu custo, as recomendações do TCU no que tange à matéria, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, RENAME e o *off label* e, por fim, a importância da proteção aos direitos.

Fechando a presente edição, o trabalho **Políticas Públicas de Inserção de Menores Infratores** objetiva analisar a eficácia das políticas públicas vigentes de ressocialização de menores infratores no Estado do Rio de Janeiro, compreendendo que, apesar da institucionalização de políticas públicas voltadas para o combate à violência, criminalidade e desigualdade, os programas vigentes encontram-se longe de atender de maneira específica os objetivos aos quais se destinam.

Desejamos aos nossos autores e leitores uma boa leitura.

Os Editores

## MENSAGEM DOS DIRIGENTES

Dentre os valores defendidos como basilares desta publicação, pelo seu Conselho Editorial, está o de assegurar pluralidade de temas e de ideias concernentes ao Direito e à jurisdição, em cada número ofertado ao leitor. Trata-se de critério da linha editorial que sobrepôs-se sempre, durante o criterioso processo de seleção de artigos, e que se manterá prevalente, tendo em conta que Direito e jurisdição são, por conceito e por natureza, inescapavelmente plurais. Tão plurais quanto o são os conflitos que atingem cidadãos e instituições, para cuja compreensão e pacificação foram criados esses dois produtos do intelecto humano.

No entanto, cabe alertar que pluralidade temática e doutrinária não significa, em tal contexto, ausência de conexão entre as questões suscitadas e exploradas por diferentes vieses, nos artigos que compõem os sucessivos números e volumes deste periódico acadêmico. Pelo contrário: a complexidade imanente aos problemas explorados nos artigos é, exatamente, o laço que os junte.

Por essa mesma razão, é inevitável reconhecer que o amadurecimento científico acerca de questões afetas ao dia a dia em sociedade depende da observação crítica do papel desempenhado pelo Poder Público, em suas múltiplas – e igualmente complexas - esferas de atuação. Bem como a experiência histórica exige aceitar que a solução de quaisquer demandas sociais imbrica, em muitos pontos, na harmoniosa coordenação de ações sob o comando ou, ao menos, com a estreita participação dos Poderes da República.

É, justamente, com o fim de cooperar com a necessária busca por essa integração de propósitos e de ações que significativa parte da produção acadêmica em ciências sociais deve se motivar e se efetivar, visto que, nesta área, como em outras, resulta lamentavelmente estéril a pesquisa sem compromisso com a aplicação prática.

Assim é que, na presente edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, vimos oferecer ao leitor artigos que aprofundam o debate sobre Políticas Públicas, sobretudo naquilo que seu planejamento e concretização suscita

ponderações do Direito e no campo da jurisdição. Em se tratando desse assunto, é preciso que se diga, dificilmente se esgotarão as oportunidades para fazer tais vinculações.

Basta ver que, ao refletirmos sobre o conceito de Políticas Públicas, chegamos à definição de que estas relacionam-se com o trabalho desenvolvido pelo Estado por meio de ou com a participação de entes públicos ou privados, com o propósito de prover direitos da cidadania, estabelecidos pelas Leis pela Constituição, a qual, aliás, é também tema de estudo publicado nesta edição.

Nesse eito, fica evidente o interesse de a discussão ser trazida para uma publicação que nasceu e se desenvolve no âmbito de uma Casa de Justiça. Esperamos que, ao fazê-lo, estejamos contribuindo para o aperfeiçoamento teórico referente a campo tão sensível à realidade do Brasil e dos brasileiros, mas, também, que estejamos propiciando elementos teóricos úteis a uma virtuosa aproximação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, considerando que a elaboração e a execução de Políticas Públicas relacionam-se com as atribuições constitucionais previstas para esses três pilares sobre os quais se assenta a República.

Desembargador Federal REIS FRIEDE  
Presidente do TRF2

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO  
Vice-Presidente do TRF2

Juiz Federal OSAIR VICTOR DE OLIVEIRA JR.  
Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

## **BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

### ***BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT LEGAL ARGUMENTATION***

Reis Friede\*

**Resumo:** Argumentar significa apresentar, defender e comprovar uma ideia, uma proposição, de modo a persuadir o interlocutor acerca da plausibilidade do que se afirma. Durante o exercício da respectiva atividade profissional, os operadores do Direito empregam diversos tipos de argumentação, de modo a amparar as teses apresentadas nos mais variados fóruns, do que resulta fundamental consignar algumas linhas sobre o tema.

**Palavras-chave:** Argumentação jurídica. Interpretação jurídica.

**Abstract:** Arguing means to present, defend and prove an idea, a proposition, aiming to persuade the interlocutor about the plausibility of what is being affirmed. During the practice of their respective professional activity, the Law operators employ various types of argumentation, in order to protect the theses presented in various forums. Therefore, it is fundamental to consign some lines about the subject.

**Keywords:** Legal argumentation. Legal interpretation.

---

\* Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Correio eletrônico: reisfriede@hotmail.com.

## 1 INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO

Interpretar é conhecer, saber, em essência, a consistência do texto jurídico (o objeto de interpretação), o que ele quer dizer; afirmar o seu significado, o seu alcance, as suas finalidades e, associadas a estas, as razões do seu aparecimento e as causas de sua elaboração. Venosa (2006, p. 153-154), após destacar que a interpretação não é atividade exclusivamente afeta ao campo da Ciência Jurídica, posto que presente nas artes, no trabalho e na convivência social, esclarece que “interpretar o Direito não significa simplesmente tornar clara ou compreensível a norma, mas principalmente revelar seu sentido apropriado para a vida real”. Consiste o ato de interpretar, portanto, “na realização de uma atividade intelectual; atividade intelectual que tanto é concebida como ‘descoberta’, de ‘atribuição’, como da ‘combinação’ de ambas quanto ao ‘sentido’ de algo.” (SGARBI, 2007, p. 428).

Argumentar, por sua vez, significa apresentar, defender e comprovar uma ideia, uma proposição, de modo a persuadir o interlocutor acerca da plausibilidade do que se afirma. Durante o exercício da respectiva atividade profissional, os operadores do Direito empregam diversos tipos de argumentação, de modo a amparar as teses apresentadas nos mais variados fóruns, do que resulta fundamental consignar algumas linhas sobre o tema.

A prática do Direito consiste fundamentalmente na argumentação e todos sabemos que jurista de escol é aquele que possui o dom da retórica e da argumentação. A retórica é a arte da eloquência, da oratória. A argumentação integra o conteúdo da retórica. O fato é que, no entanto, poucos juristas leram sobre as teorias da argumentação geral ou jurídica e a exercem instintivamente como dom inato. Argumentar significa, em linhas gerais, ‘oferecer um conjunto de razões a favor de uma conclusão ou oferecer dados favoráveis a uma conclusão’ (WESTON, 1996:13). Por outro lado, de forma mais simplificada pode-se afirmar que a retórica é a arte de bem falar, para persuadir, convencer. A argumentação transmite-se pela retórica. (VENOSA, 2006, p. 160).

No caso do magistrado, a argumentação jurídica adquire importância ímpar, mormente se considerarmos a regra contida no art. 93, IX, da CF, que determina que todas as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas, sob pena de

nulidade. Refletindo a respeito da argumentação no âmbito de uma decisão jurídica, Ferraz Jr. assevera que:

Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou quem colabora para a tomada de decisão apela ao atendimento de outrem. O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas *com*-provado. Essa comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras sobre a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional). A regra suprema do discurso decisório jurídico é a do dever de prova: quem fala e afirma responde pelo que diz. Para ser racional, o discurso decisório tem de estar aberto à possibilidade de questionamento. Se, num momento final, a decisão jurídica termina as questões conflitivas, pondo-lhes um fim, isso não quer dizer que, durante todo o processo, ela não seja argumentada. Da argumentação para a obtenção das decisões cuida a teoria da argumentação jurídica. (FERRAZ JR., 2015, p. 285).

Na mesma linha de raciocínio, anotou o Supremo Tribunal Federal que a decisão judicial, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível, sendo tal exigência uma decorrência do próprio Estado Democrático de Direito.

A garantia constitucional estatuída no art. 93, IX, da CF, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados. (BRASIL, 2008, p. 2).

O saudoso Ministro Menezes Direito, ao dizer, no julgado acima transcrito, que “a decisão judicial não é um ato autoritário, daí a necessidade da sua **apropriada fundamentação**”, certamente pretendeu afirmar que o processo decisório deve abarcar um conjunto de argumentos indicadores da trajetória percorrida pelo julgador e que, em última análise, fornecerão as razões que o sustentarão. Neste sentido, conforme explica Venosa (2006, p. 160), “os argumentos procuram sustentar pontos de vista com fundamento em razões apresentadas”,

sendo que a “sucessão e o encadeamento dos argumentos devem ser vistos como uma forma de investigação científica”.

Fica evidente, pois, que o raciocínio jurídico constitui-se em uma típica maneira de argumentar. Neste aspecto, e demonstrando a relevância de uma teoria da argumentação jurídica, Gavião Filho (2011, p. 143) recorda que “em uma grande quantidade de casos de aplicação das normas jurídicas resultantes do procedimento da criação do Direito, para uma mesma questão jurídica particular, várias proposições normativas são possíveis”, do que resulta a importância e a necessidade de uma “teoria da argumentação jurídica para dar conta de que a proposição normativa particular seja acompanhada das melhores razões e, assim, melhor justificada racionalmente”, o que “somente pode ser alcançado no marco do discurso jurídico racional entendido, então, como um caso especial (*Sonderfall*) do discurso prático geral”.

Segundo ALEXY, uma exigência mínima para a justificação de uma decisão judicial é que ela possa ser reconstruída de tal modo que a proposição normativa definidora do dever jurídico particular concreto siga logicamente das proposições apresentadas na justificação da mesma, juntamente com outras proposições pressupostas, resultando um conjunto todo de premissas livres de contradições. Esse, contudo, é somente um lado da justificação das decisões judiciais, pois a sua correção não deve ser limitada à correção lógica da sua cadeia de proposições. O outro lado da justificação das decisões judiciais consiste na análise da verdade, correção ou aceitabilidade das proposições apresentadas como premissas. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 164).

Também destacando a proeminência da teoria da argumentação, notadamente em matéria constitucional, afirmam Barroso e Barcellos, em texto intitulado “**O Começo da História, A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**”:

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são ideias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação. (BARROSO, 2006, p. 376).

Geremberg (2006, p. 85) assevera que a argumentação jurídica deve ser estudada em duas etapas. A primeira, denominada **justificação interna**, consiste na fase de descoberta das premissas, quando a estrutura argumentativa é organizada de acordo com as estruturas formais das regras ou dos princípios; em seguida, quando da chamada **justificação externa**, ou seja, fase de justificação das premissas, isto é, quando as premissas elencadas na etapa anterior são fundamentadas.

Venosa (2006, p. 162), com razão, destaca que nos argumentos não devem ser admitidos termos vagos, imprecisos e falaciosos, “bem como informações incompletas ou deformadas na arte de argumentar”, tais como os argumentos *ad misericordiam* (“apelar para a compaixão para receber um tratamento especial”) e *ad populum* (“apelar para as emoções da multidão”).

Tendo em vista as peculiaridades da Ciência Jurídica, é possível afirmar que o operador do Direito, ao longo de sua trajetória profissional, jamais conseguirá desincumbir-se do procedimento argumentativo. A doutrina, ciente de tal realidade, elenca uma série de argumentos jurídicos a serem empregados, cujos principais serão abordados a seguir.

## **2 ARGUMENTO AB ABSURDO**

Trata-se de argumento em que se busca demonstrar que determinado raciocínio conduz a uma solução absurda, insensata e que, portanto, não deve ser admitida. Uma vez apresentado o ilógico, absurdo ou insensato, aponta-se, em seguida, a solução considerada mais lógica e sensata.

No plano da retórica, fala-se em absurdo quando a demonstração consequente de uma proposição conduz-nos a uma conclusão manifestamente inaceitável, o que nos obriga a reconhecer a “verdade” da proposição oposta. Este é, genericamente, o sentido da chamada prova pelo absurdo. Estritamente, portanto, como argumento, *absurdo* não é o destituído de sentido, mas o que tem um sentido *falso* (isto é, inaceitável para o senso comum). (FERRAZ JR., 2015, p. 297).

Colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o seguinte julgado, em que o argumento em epígrafe foi empregado:

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Uma vez assentado pelas instâncias ordinárias o não preenchimento dos requisitos legais insertos no art. 3º do Decreto Presidencial nº 8.172/2013, em sua análise conjunta com o disposto no art. 2º do aludido Decreto, mostra-se imprópria a via do habeas corpus à revisão do entendimento.
3. A pretendida análise dissociada e independente dos requisitos previstos no art. 3º do Decreto Presidencial levaria à concessão indistintamente a todos os condenados que não tivessem sido beneficiados por decretos anteriores, o que, evidentemente, não se pode admitir como interpretação razoável do dispositivo, na medida em que teratológica. *E, nos termos dos princípios da hermenêutica jurídica, nenhuma interpretação da lei pode conduzir ao absurdo.*
4. Não há falar em extensão dos requisitos do Decreto Presidencial nº 8.172/2013 para a concessão da comutação das penas, ou em invasão da competência do Presidente da República - conforme previsto no art. 84, XII, da Constituição Federal -, quando se trata de mera interpretação teleológica e sistemática do texto da lei, inexistindo, pois, constrangimento ilegal.
5. Habeas corpus não conhecido. (BRASIL, 2016, não paginado).

### **3 ARGUMENTO A CONTRARIO SENSU**

Consiste o argumento *a contrario sensu* em, a partir de determinada proposição (e suas respectivas consequências jurídicas), afastar do alcance normativo as hipóteses não expressamente contempladas por ela. Por exemplo, o art. 228 da Constituição afirma que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ou seja, não lhes pode ser atribuída a prática de crimes ou contravenções penais. Consequentemente, mesmo que o art. 228 não o diga expressamente, é possível argumentar (*a contrario sensu*) e concluir que os maiores de dezoito anos são penalmente responsáveis.

#### **4 ARGUMENTO A FORTIORI**

O argumento *a fortiori* pode ser resumido pela máxima segundo a qual “quem pode o mais, pode o menos”. Na exata dicção de Ferraz Jr. (2015, p. 301), o argumento *a fortiori* “representa a passagem de uma proposição para uma segunda, para a qual devem valer as mesmas razões da primeira, e ainda com mais força”; vale dizer, “com mais razão ainda”.

Por exemplo, se o Código de Trânsito Brasileiro considera como infração administrativa a conduta de dirigir veículo automotor com apenas uma das mãos, é lícito concluir que tal legislação, ainda que não o diga expressamente, também proíbe e sanciona, por razões ainda mais fortes (*a fortiori*), a ação de conduzir o mesmo veículo sem as duas mãos. Transcreve-se abaixo decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na qual se empregou o argumento *a fortiori*:

AÇÃO PENAL. Crime tributário, ou crime contra a ordem tributária. Art. 1º, I e II, da Lei nº 8.137/90. Delito material. Tributo. Processo administrativo. Suspensão por decisão do Conselho de Contribuintes. Crédito tributário juridicamente inexistente. Falta irremediável de elemento normativo do tipo. Crime que se não tipificou. Condenação. Inadmissibilidade. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Precedentes. Não se tipificando crime tributário sem o lançamento fiscal definitivo, não se justifica pendência de ação penal, nem *a fortiori* condenação a esse título, quando está suspenso o procedimento administrativo por decisão do Conselho de Contribuintes. (BRASIL, 2009, não paginado).

#### **5 ARGUMENTO DA COERÊNCIA**

Leciona Sgarbi (2007, p. 547) que o argumento em epígrafe, “fundado na afirmação dogmática da racionalidade do legislador, baseia-se na defesa de suas realizações”; desta feita, a fim de atender a tal dogma, “o papel do intérprete é intervir para solucionar as incoerências melhorando, por conseguinte, a ordem jurídica”. Desta feita, através do referido argumento, busca-se a manutenção da

racionalidade e da coerência ínsitas ao ordenamento jurídico, exatamente o que fez o Plenário da Corte Excelsa ao decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277:

O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal *lócus* institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sociopolítico-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental *atributo da coerência*, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (BRASIL, 2011, p. 2-3).

## 6 ARGUMENTO A *SIMILI*

Trata-se, na essência, de se aplicar determinada norma (estabelecida para disciplinar o caso **X**) a uma situação (caso **Y**) para a qual não há previsão normativa (lacuna), sendo que as hipóteses **X** e **Y** assemelham-se e devem, portanto, ser solucionadas da mesma forma. Como se vê, segundo o argumento em questão, se os fatos são semelhantes, a decisão deve ser a mesma, razão pela qual é fundamental que aquele que emprega tal argumento demonstre a relação de similaridade que há entre ambas as hipóteses. Vê-se, assim, que o argumento *a simili* (ou analógico) pode ser adotado quando houver lacuna a ser suprida.

## 7 ARGUMENTO DE AUTORIDADE (OU *AB AUCTORITATE*)

Como a própria denominação sugere, consiste o argumento em tela no emprego do entendimento ou da manifestação de uma pessoa (ou grupo de pessoas), geralmente um doutrinador de renome, para escorar a ideia que se defende.

O argumento *ab auctoritate*, por exemplo, goza de posição importante na argumentação e retórica jurídica, pois diz respeito à opinião dos jurisconsultos, cientistas sociais, estudiosos em geral, que formam a doutrina e desempenham papel importante em nosso sistema jurídico. Tanto mais será valioso o argumento quanto mais acatado e respeitado for o doutrinador. (VENOSA, 2006, p. 161).

Conforme esclarece Ferraz Jr. (2015, p. 297), “o argumento de autoridade é tipicamente um *topos* de qualidade, pois é o prestígio pessoal do invocado que garante a tese sustentada”, podendo também adquirir “a forma de um *topos* de quantidade, quando é o grande número das opiniões que favorece a tese defendida”.

Para Nader (2017, p. 186), “o argumento se revela de maior valor e poder de convencimento, quando se forma, entre os doutrinadores, um consenso a respeito de determinada matéria”. Embora seja de frequente utilização, “não se deve atribuir ao **argumento de autoridade** um valor absoluto”, posto que, “como toda obra humana é passível de falhas, também o são as lições dos jurisconsultos. Ademais, “a eficácia do argumento de autoridade nunca é garantida, pois o magistrado, com base em convicção própria, poderá adotar tese contrária.” (NADER, 2017, p. 185).

## 8 CONCLUSÃO

**Argumentar** significa apresentar, defender e comprovar uma ideia, uma proposição, de modo a persuadir o interlocutor acerca da plausibilidade do que se afirma. Durante o exercício da respectiva atividade profissional, os operadores do Direito empregam diversos tipos de argumentação, de modo a amparar as teses apresentadas nos mais variados fóruns, do que resulta a importância do tema.

Notadamente para o magistrado, a argumentação jurídica adquire importância ímpar, mormente se considerarmos a regra contida no art. 93, IX, da CF, que determina que todas as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário nº 540.995/RJ**. Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Artigo 113, § 3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Militar. Recorrente: Ministério Público Militar. Recorrido: Silvio Artur Meira Starling. Relator: Min. Menezes Direito, 19 de fevereiro 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524513>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 86.236/AM**. Relator: Min. Cezar Peluso, 2 de junho de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8767503/habeas-corpus-hc-86236-am-2007-0154277-0/inteiro-teor-13842754?ref=serp>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (adpf). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 302.915/RS**. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 10 de maio de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21460382/habeas-corpus-hc-218629-rs-2011-0221009-6-stj/relatorio-e-voto-21460384?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 ago. 2019.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais: Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GEREMBERG, Alice Leal Wolf. **A Teoria Compreensiva de ROBERT ALEXY: A Proposta do Trialismo**. 2006. 180 f. Tese (Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito: Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VENOSA, Sílvio. **Introdução ao Estudo do Direito: Primeiras Linhas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

---

Recebido em 10/10/2019.

Aceito em 06/11/2019.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p25-45>

**A TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO NO JULGAMENTO NÃO UNÂNIME DO RECURSO DE APELAÇÃO E O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA Nº 1 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO**

***THE TECHNIQUE OF EXPANSION OF COLLEGIATE IN THE NON UNANIMOUS JUDGMENT OF THE APPEAL AND THE ASSUMPTION OF JURISDICTION INCIDENT NUMBER 1 OF THE 2RD REGIONAL FEDERAL COURT***

Rodrigo Canella Soares\*

**Resumo:** A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, introduziu no ordenamento jurídico a técnica de ampliação do colegiado, aplicável nos julgamentos da apelação, do agravo de instrumento e da ação rescisória, cujos resultados forem não unânimes, em substituição aos embargos infringentes, espécie recursal extinta. O objetivo principal do presente estudo é analisar o entendimento adotado pelo Tribunal Regional da Segunda Região no Incidente de Assunção de Competência nº 1, que interpretou restritivamente a redação do artigo 942 do Código de Processo Civil, ao fixar que a aludida técnica, especificamente no julgamento do recurso de apelação, somente tem lugar nas hipóteses em que a maioria se firmar no sentido da reforma da sentença de mérito. No tocante à estrutura, após a introdução, examina-se a técnica da ampliação do colegiado, a sua natureza e suas hipóteses de cabimento. No capítulo seguinte, analisa-se o novel instituto em cotejo com os embargos infringentes, apontando as semelhanças e as diferenças fundamentais entre eles. Logo após, apresenta-se a tese firmada pelo TRF da 2ª Região no IAC nº 1. No capítulo seguinte, trata-se do real alcance do artigo 942, *caput*, do CPC, trazendo alguns entendimentos da doutrina acerca do tema e, na conclusão, formula-se análise crítica do entendimento fixado no referido precedente vinculante.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Técnica de Ampliação do Colegiado. Artigo 942 do Código de Processo Civil.

**Abstract:** The Law nº 13,105, of March 16th, 2015, which instituted the new Code of Civil Procedure, introduced into the legal system the technique of expansion of the collegiate, applicable in the judgments of the appeal, the interlocutory appeal and the rescissory action, the results of which are not unanimous, to replace the embargoes infringed. The main objective of this study is to analyze the understanding adopted by the Regional Court of the Second Region in the Assumption of Jurisdiction Incident nº 1, which narrowly interpreted the article 942

---

\* Analista Judiciário do Tribunal Regional da 2ª Região, Assessor da Desembargadora Federal Cláudia Neiva. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

of the Civil Procedure Code, stating that the technical allusion, specifically in the judgment of the appeal, only takes place in the circumstances in which the majority asserts itself in the sense of the reform of the judgment on the merits. Regarding the structure, after the introduction, is examined the technique of collegial enlargement, its nature and its hypothesis. In the next chapter, the novel institute is analyzed in comparison with the infringing embargoes, appeal that was extinguished and replaced by the alluded judgment technique, examining the similarities and fundamental differences between them. Next, the thesis signed by the TRF of the 2nd Region in IAC N<sup>o</sup> 1 is presented. The next chapter deals with the real scope of article 942, *caput*, of the CPC, bringing some understandings of the doctrine on the subject and, in conclusion, formulates a critical analysis of the understanding set in the referred precedent binding.

**Keywords:** Civil Procedural Law. Technique of Collegiate Expansion. Article 942 of the Code of Civil Procedure.

## **1 INTRODUÇÃO**

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC), em vigor desde 18 de março de 2016, trouxe diversas novidades ao ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2015). Foram introduzidas desde modificações na estrutura do Código, como a previsão de uma Parte Geral e de uma Parte Especial, passando pela incorporação ao texto legal de princípios constitucionais relacionados ao processo, até a inauguração de novos institutos. E o presente estudo cuida de entendimento firmado em um dos novos precedentes vinculantes instituídos pelo diploma processual, qual seja, o incidente de assunção de competência, acerca de um tema também inaugurado pelo novo CPC: a técnica de ampliação do colegiado.

O presente trabalho tem como objetivo principal examinar a técnica de julgamento prevista no artigo 942 do CPC, especificamente o alcance do novel instituto atribuído pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região, no julgamento do Incidente de Assunção de Competência (IAC) nº 1, o primeiro precedente desta espécie firmado pelo mencionado Tribunal e um dos primeiros (e ainda poucos) do Brasil.

O tema versado neste precedente, como não poderia deixar de ser, diante da norma do art. 947 do CPC, envolve relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, consubstanciada na definição das situações em que a técnica de ampliação do colegiado se aplica no julgamento da apelação.

Com efeito, após breves considerações acerca da sua introdução no processo legislativo que resultou na edição da Lei nº 13.105/2015 (o Código de Processo Civil), analisam-se as suas hipóteses de cabimento, aspectos relacionados ao procedimento e a sua natureza jurídica.

Em seguida, a técnica é comparada com os embargos infringentes, apontando as semelhanças e, sobretudo, as diferenças fundamentais entre as duas figuras.

Traçadas as linhas mestras do novel instituto e formulada a sua comparação com a espécie recursal extinta pelo novo CPC, apresenta-se o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região no IAC nº 1.

Por fim, aponta-se o alcance que se reputa correto da aludida técnica, especificamente no julgamento do recurso de apelação, realizando-se leitura crítica do entendimento adotado no mencionado precedente vinculante, seguindo a linha adotada por diversos autores acerca do tema e pelo Superior Tribunal de Justiça.

## **2 DA TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO**

### **2.1 Breves considerações sobre o processo legislativo**

Numa tentativa de promover a simplificação do sistema processual<sup>1</sup>, após intensas discussões ao longo do processo legislativo – que durou até os últimos instantes da votação do CPC de 2015 na Sessão Plenária do Senado que se realizou no dia 17 de dezembro de 2014 (BUENO, 2018) –, e atendendo as críticas de boa parte da doutrina<sup>2</sup>, foi suprimido do ordenamento jurídico o recurso de embargos infringentes<sup>3</sup>, disciplinado pelos arts. 530 a 534 do CPC de 1973, voltado à rediscussão de causa ou recurso cujo resultado de julgamento foi não unânime.

Todavia, já no apagar das luzes do processo legislativo (RODRIGUES, 2016), no lugar da espécie recursal extinta, foi incluído no diploma processual uma inovadora<sup>4</sup> técnica processual de julgamento, a qual teve por escopo, nas palavras

---

<sup>1</sup> Consoante a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015.

<sup>2</sup> Nesse sentido: "A existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de tal recurso; porque, por tal razão, se devia admitir um segundo recurso de embargos toda vez que houvesse mais de um voto vencido; desta forma poderia arrastar-se a verificação por longo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão." (BUZAID, 1972, p. 111).

<sup>3</sup> "Desde o projeto inicial enviado ao Senado Federal (PLS nº 166/2010) optou-se por expungir os embargos infringentes do rol de recursos existentes no CPC (art. 994), o que foi aceito pelos Senadores na votação do texto final." (DONIZETTI, 2017, Comentários ao art. 942).

<sup>4</sup> Não obstante, José Rogério Tucci (2017, não paginado) afirma que: "Essa técnica não constitui propriamente uma novidade no âmbito do Direito Processual brasileiro, visto que remonta à tradição do velho Direito lusitano. Por meio de um assento da Casa da Suplicação de Lisboa, do século XVIII (20/12/1783), ficou estabelecido que, para confirmar a sentença de primeiro grau, bastavam dois votos concordantes; já para prover o recurso, revogando a decisão, impunham-se "três conformes". Encontra-se nesse precedente da jurisprudência reinol a gênese histórica mais próxima da reforma introduzida no nosso novel diploma processual."

de Marcelo Abelha Rodrigues (2016), preservar o princípio da colegialidade dos tribunais no seu sentido mais profundo e verdadeiro, buscando dar ao julgamento uma segurança maior com o aumento do número de julgadores, exatamente como ocorre no Código de Processo Civil de 1973 com o recurso suprimido. (NEVES, 2018, p. 1430-1431).

A inovação em comento foi uma das contribuições formuladas pelo chamado Substitutivo dos Diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual, apresentado à Câmara dos Deputados tão logo o Projeto do Senado chegou àquela Casa Legislativa. (BUENO, 2018).

Após este breve introito acerca do contexto da incorporação desta técnica ao texto do Projeto de Lei do Código de Processo Civil de 2015, passa-se à compreensão do instituto, de acordo com a sistemática adotada pelo diploma processual.

## **2.2 O comando do artigo 942, *caput* e parágrafos, do CPC**

Infere-se do comando do artigo 942 do CPC que a técnica de ampliação do colegiado, como tem sido denominada pela doutrina (DIDIER; CUNHA, 2019, p. 94)<sup>5</sup>, tem lugar no julgamento dos recursos de apelação e de agravo de instrumento e de ação rescisória, e, basicamente, tem cabimento nas hipóteses em que o colegiado decidiu por maioria de votos, ou seja, de forma não unânime. Neste caso, o julgamento não será encerrado, mas prosseguirá em sessão a ser designada posteriormente, com a convocação de outros julgadores, em número suficiente para inverter o resultado inicial, ou, se possível, na mesma sessão, completando-se o julgamento com os votos de outros julgadores que, eventualmente, componham o órgão, mas não tenham votado.

Levando-se em conta apenas o texto do *caput* do art. 942 do CPC, haverá a necessidade de prolongamento do julgamento, com quórum ampliado, em qualquer hipótese de divergência de resultados (seja pelo provimento seja pelo desprovimento

---

<sup>5</sup> É possível encontrar outras denominações do instituto na doutrina, tais como: "Técnica de Julgamento Diferenciada" ou a curiosa "Embargos infringentes Cover" (GAJARDONI et al., 2018).

do recurso)<sup>6</sup> entre os julgadores na apreciação da apelação, independentemente da natureza da questão objeto da dissidência (preliminar ou mérito) e do resultado do julgamento (confirmação ou reforma da sentença). Mais à frente, será analisado se esta é a leitura que a doutrina e a jurisprudência fazem do dispositivo.

Diversamente, com relação à ação rescisória e ao agravo de instrumento, o CPC restringe a aplicação da técnica à hipótese em que a maioria se firmar no sentido da modificação do *decisum* rescindendo/recorrido, sendo que, especificamente em relação ao agravo, exige-se, ainda, que a decisão recorrida tenha julgado parcialmente o mérito.

E há, ainda, uma peculiaridade no tocante à rescisória. Diversamente dos recursos de apelação e de agravo de instrumento, em que ocorre apenas uma ampliação do quórum de julgamento, com a inclusão de outros julgadores, mas permanecendo sob a competência do mesmo órgão julgador (Turma ou Câmara, conforme o caso), na ação rescisória o prosseguimento deverá ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno (na maioria dos casos, no Órgão Especial ou no Pleno).

Acrescente-se que, como se trata de prosseguimento do julgamento, não haverá, num primeiro momento, a lavratura de acórdão, o que ocorrerá apenas quando forem coletados os votos dos novos julgadores. Inclusive, em virtude disso, aqueles que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião da retomada da sessão. E a técnica se aplica ainda que isso ocorra por parte do prolator do voto vencido. Ou seja, mesmo que o julgador que proferiu o voto dissonante da maioria volte atrás e resolva, no prolongamento da votação, seguir os demais, resultando, por assim dizer, em uma "unanimidade tardia", haverá a convocação de outros julgadores para a composição do quórum ampliado.

Nesse sentido é o enunciado 599 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que preleciona: "A revisão do voto, após a ampliação do colegiado, não afasta a aplicação da técnica de julgamento do art. 942".

Na continuação do julgamento, em nome do princípio do contraditório (TUCCI *et al.*, 2018, p. 1540), um dos mais caros ao legislador do novo Código de

---

<sup>6</sup> A mera divergência de fundamentação, mas com mesmo resultado, não enseja a prorrogação do julgamento (GAJARDONI *et al.*, 2018).

Processo Civil, é assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Por derradeiro, a ampliação do quórum não tem lugar no julgamento do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas, da remessa necessária e aquele proferido pelo plenário ou pela corte especial dos tribunais.

### **2.3 Natureza Jurídica**

Embora o mecanismo previsto no art. 942 do CPC tenha, como já mencionado, substituído o recurso de Embargos infringentes, não ostenta a mesma natureza deste<sup>7</sup>.

Chega-se a esta conclusão não apenas pela ausência de provocação da parte (voluntariedade), uma vez que, ainda assim, seria possível cogitar do seu enquadramento como recurso de ofício. O que definitivamente afasta a natureza recursal desse instituto é que, na realidade, o julgamento não é finalizado na primeira sessão, não havendo, por conseguinte, proclamação de resultado nem lavratura de acórdão parcial antes de a causa ser devidamente apreciada pelo colegiado ampliado. (COELHO, 2019).

Consoante se extrai do próprio texto legal (art. 942, § 3º, do CPC) e de acordo com a doutrina majoritária<sup>8</sup> e o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018a), trata-se de técnica de julgamento.

---

<sup>7</sup> Para Eduardo José da Fonseca Costa, a ampliação do colegiado em caso de divergência tem natureza recursal, consistindo, na verdade, num recurso de ofício. (FREIRE *et al.*, 2014, p. 399).

<sup>8</sup> Nesse sentido: Augusto Tavares Rosa Marcacini (TUCCI *et al.*, 2018); NEVES, 2018; RODRIGUES, 2016; BUENO, 2018; e outros. Araken de Assis (2017), item 34.7.1, no entanto, aponta que “as situações versadas no art. 942 constituem incidente no julgamento da apelação, do agravo de instrumento e da ação rescisória. Pode-se chamá-lo de “técnica de julgamento”, por sinal mencionada no art. 942, § 3.º, mas essa qualificação nada esclarece acerca da essência da figura. É um incidente, in eventum, no julgamento dos casos arrolados, e consiste na ampliação do quórum da deliberação, no próprio órgão originário ou em outro de maior composição. Incidentes não se originam, necessariamente, do surgimento de questões. O pedido ou a tomada de vista (art. 940) é um incidente dos julgamentos, em geral, resultando da dúvida do julgador, e, não, de uma questão.”

### **3 EMBARGOS INFRINGENTES x TÉCNICA DO ART. 942 DO CPC: ANÁLISE COMPARATIVA**

Nos termos do art. 530 do CPC/73, em sua última configuração (com redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001), o recurso de embargos infringentes tinha cabimento quando o acórdão não unânime reformasse, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou julgasse procedente ação rescisória. Ainda de acordo com o referido dispositivo legal, sendo o desacordo parcial, os embargos ficariam restritos à matéria objeto da divergência.

Assim, o finado recurso era dirigido às hipóteses de julgamento não unânime de apelação que reformasse a sentença de mérito e de ação rescisória julgada procedente. E, no caso de desacordo parcial, o recurso era limitado ao ponto divergente, não havendo rediscussão das matérias em relação às quais houvesse unanimidade.

Como se vê, levando-se em conta o que já foi dito em relação à nova técnica de julgamento, é fácil perceber que esta última possui espectro mais amplo que a extinta espécie recursal.

A uma, porque a técnica de julgamento, além do recurso de apelação e da ação rescisória, também tem lugar no julgamento do recurso de agravo de instrumento. A duas, porque, de acordo com a redação literal do art. 942, *caput*, do CPC, a ampliação do quórum tem lugar em qualquer hipótese de divergência de resultados, ou seja, não se exige que a maioria dos votos seja no sentido da reforma da sentença, como ocorria nos embargos infringentes. A três, porque, consoante tem afirmado uma boa parcela da doutrina (NERY JR; NERY, 2018)<sup>9</sup> e conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018a), ainda que, no julgamento da apelação, o desacordo seja parcial, toda a matéria objeto do recurso (mesmo as decididas à unanimidade) pode ser apreciada na continuação do julgamento. E, a quatro, o quórum ampliado tem lugar independentemente da matéria do recurso, se processual ou material, se é apelação contra sentença terminativa ou definitiva, se pretende a cassação ou reforma da decisão (RODRIGUES, 2016), enquanto o recurso suprimido só tinha cabimento se a sentença fosse de mérito.

---

<sup>9</sup> Em sentido oposto: TUCCI, 2017.

Ademais, conforme tem entendido a doutrina majoritária<sup>10</sup>, a técnica se aplica no julgamento do recurso de apelação interposto em mandado de segurança. Nesse sentido, o enunciado 62 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal<sup>11</sup> "Aplica-se a técnica prevista no art. 942 do CPC no julgamento de recurso de apelação interposto em mandado de segurança."

Diversamente, em relação aos embargos infringentes, o art. 25 da Lei nº 12.016/09 estabelecia que este recurso não tinha cabimento no rito do mandado de segurança.

Portanto, em que pese as críticas da doutrina aos embargos infringentes - em geral, no sentido de que a existência de voto vencido não era justificativa razoável para o alargamento da marcha processual -, a nova técnica de julgamento, que veio justamente para substituir o recurso extinto pelo novo CPC, além de se aplicar de forma automática, independentemente de provocação das partes, possui campo de incidência ainda mais amplo.

#### **4 DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA Nº 1, DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO**

Em sessão de julgamento ocorrida em 10 de maio de 2016, pouco menos de dois meses após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a 5ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento do recurso de apelação interposta no processo nº 0000191-46.2000.4.02.5111 (BRASIL, 2018b), suscitou incidente de assunção de competência para solucionar a seguinte controvérsia:

Aplicação da técnica de complementação de julgamento de apelação, de que trata o art. 942 do novo CPC, em face, ou de não-unanimidade simples caracterizada pelo simples placar de dois votos vencedores contra um voto vencido (independentemente do conteúdo de cada voto), ou apenas de maioria qualificada caracterizada necessariamente pelo provimento da apelação e consequente reforma da sentença definitiva (a partir de empate entre a sentença associada ao voto vencido mantenedor, e os dois votos

<sup>10</sup> Por todos: CUNHA. 2017, p. 593.

<sup>11</sup> No mesmo sentido, o enunciado 24 do I Fórum Nacional do Poder Público - Brasília/DF: "Aplica-se ao mandado de segurança a técnica de julgamentos não unânimes dos recursos prevista no art. 942 do CPC".

vencedores reformadores associados entre si). (BRASIL, 2018b, não paginado).

Em outras palavras, o incidente suscitado pelo referido órgão fracionário tinha por objeto decidir se a técnica de julgamento do art. 942 do CPC se aplica em qualquer hipótese de divergência de resultados (um voto vencido e dois vencedores) ou se somente no caso de a maioria se firmar no sentido da reforma da sentença, como se dava nos embargos infringentes.

Submetido o IAC ao crivo da 3ª Seção Especializada do TRF da 2ª Região, este órgão julgador, por entender que a questão era de interesse de todas as Turmas e Seções Especializadas deste Tribunal, com base no Regimento Interno da aludida Corte, houve por bem remeter o incidente ao Órgão Especial, que, com relatoria do Desembargador Federal José Antonio Lisboa Neiva, em sessão realizada em 5 de abril de 2018, admitiu o IAC e fixou a seguinte tese:

A técnica de complementação de julgamento de apelação de que trata o art. 942 do novo CPC aplica-se tão somente às hipóteses de reforma de sentença de mérito, quando o resultado do julgamento não for unânime. (BRASIL, 2018b, não paginado).

Desse modo, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região firmou o entendimento, em sede de incidente de assunção de competência, ao qual estão vinculados todos os juízes federais do Rio de Janeiro e do Espírito Santo e órgãos fracionários deste Tribunal (art. 947, § 3º, do CPC), de que a técnica de julgamento do art. 942 do CPC apenas se aplica quando a maioria decidir no sentido da reforma da sentença de mérito.

Ou seja, a Corte Regional, em interpretação restritiva e sistemática do referido dispositivo legal, limitou a aplicação da técnica de julgamento às mesmas hipóteses que ensejavam a interposição dos embargos infringentes previstas no art. 530 do CPC/73.

No julgamento do incidente de assunção de competência, o Órgão Especial do TRF da 2ª Região ponderou que, na criação da técnica de julgamento ampliado, o legislador manteve a tradição de prestígio à segurança jurídica, aproximando o instituto aos extintos Embargos Infringentes, sendo certo que a tendência da espécie recursal extinta era prestigiar a celeridade processual. Como exemplo dessa

afirmação, citou a limitação das hipóteses de cabimento operada pela Lei nº 10.352, de 26/12/2001, a partir da qual o recurso passou a ter lugar apenas em hipótese restrita de reforma, por maioria, de sentença de mérito ou de julgamento de procedência, também por maioria, da ação rescisória. Assim, conclui o Órgão Especial que não seria razoável supor que justamente o CPC/15 pudesse sugerir retrocesso.

Em seguida, consignou que, como o julgamento de ação rescisória e de agravo de instrumento (art. 942, § 3º, I e II, do CPC/2015), com resultado não unânime, não será ampliado se não houver reforma da decisão atacada, por razões de isonomia, eventual divergência no julgamento de apelação deveria seguir a mesma sorte, pois, se a intenção do legislador fosse ampliar o cabimento no julgamento deste recurso, não teria sentido continuar a limitá-lo à espécie de resultado na ação rescisória e no agravo de instrumento.

Diante disso, concluiu que seria mais coerente a opção por uma interpretação sistemática do art. 942 do CPC para limitar a aplicação da referida técnica de julgamento de apelação aos casos de reforma da sentença de mérito, constituindo uma séria incongruência na diferenciação de tratamento no caso do mencionado recurso, em que a complementação do julgamento se mostraria sempre cabível, ou seja, em todas as hipóteses de divergência, independentemente de ter havido, ou não, reforma de decisão de mérito, e estabelecer limitações na aplicação da técnica no caso da ação rescisória (apenas quando houver rescisão não unânime da sentença) e do agravo de instrumento (tão somente no caso de reforma, por maioria, da decisão que julgar parcialmente o mérito).

A respeito do tema, defendendo a mesma posição adotada pelo Tribunal Regional da 2ª Região, Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 1431-1432) pondera que há uma incongruência quanto às hipóteses de cabimento da técnica na apelação em relação ao agravo de instrumento e à ação rescisória e aponta que há duas possíveis interpretações a respeito do tema.

Consoante o doutrinador paulista, ou o legislador, por ter criado uma técnica de julgamento bem mais simples e informal que a gerada pelos embargos infringentes, teria decidido conscientemente alargar seu cabimento para qualquer julgamento por maioria de votos na apelação, ou teria sido uma omissão involuntária

do legislador, de forma a ser cabível tal técnica de julgamento somente na apelação julgada por maioria de votos que reforma a sentença de mérito.

Por fim, embora reconheça que o tema gerará debates, mormente diante da interpretação literal do dispositivo legal, conclui que a interpretação sistemática, apresentada na segunda hipótese ventilada no parágrafo acima, é a correta, na medida em que, se a pretensão era ampliar o cabimento, não teria sentido continuar a limitá-lo à espécie de resultado na ação rescisória e no agravo de instrumento.

Seguindo a mesma linha, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2018), no subitem 1.1.6.2, destaca que não seria razoável que a lei tratasse diferentemente o julgamento da apelação e o do agravo de instrumento contra decisão interlocutória de mérito, tendo em vista que, havendo julgamento antecipado parcial de mérito, parte do pedido estará sendo julgada por decisão interlocutória, sujeita a coisa julgada material, pois a identidade de situações exige igualdade de soluções. E acrescenta que, pressupondo que o legislador atual quis simplificar os procedimentos, a técnica de julgamento do art. 942, seja no caso de apelação, seja no caso de agravo de instrumento contra decisão de mérito, só deverá ser aplicada se o acórdão não unânime reformar a sentença ou decisão, e se for de mérito, não devendo ser aplicada a técnica na hipótese de inexistir reforma ou não sendo o acórdão de mérito.

Ademais, também efetuando leitura restritiva do art. 942 do CPC, José Miguel Garcia Medina (2017), no subitem 1.1.6.2, leciona que a interpretação sistemática da regra do *caput* do art. 942 com a normas do § 3º do art. 942 do CPC/2015 é a que melhor se ajusta à finalidade da referida técnica, razão pela qual defende a tese de que a referida técnica de julgamento deverá ser observada apenas nos casos em que se der provimento a apelação interposta contra sentença de mérito (ou, pelo menos, contra decisão que *in abstracto*, tenha aptidão para figurar como objeto de ação rescisória).

O autor paranaense destaca que a técnica deve ser observada também no julgamento de embargos de declaração, quando, no julgamento desse recurso, se chegar a um dos resultados referidos acima (por exemplo, quando no julgamento de embargos de declaração opostos contra acórdão que reformou sentença), haja vista que a decisão que julga os embargos de declaração integra a decisão embargada.

Como se vê, o precedente vinculante do TRF da 2ª Região, com o bem fundamentado voto do relator, o respeitado Desembargador Federal José Antonio Neiva, especialista em Direito Processual Civil, assim como outros desembargadores que participaram do julgamento, tais como os Desembargadores Federais Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, encontra respaldo em parcela da doutrina, que, realizando interpretação sistemática do *caput* do art. 942 do CPC, limita o cabimento da técnica no julgamento do recurso de apelação às mesmas hipóteses do extinto recurso de embargos infringentes.

## **5 DO ALCANCE (CORRETO) DO ARTIGO 942, *CAPUT*, DO CPC**

A tese adotada pelo TRF da 2ª Região no IAC nº 1, embora muito bem fundamentada e sedutora - mormente por propugnar que não faz sentido que o novo CPC, o qual teve como escopo tornar mais simples e célere o sistema processual, confira espectro mais amplo à técnica de julgamento do que o já criticado recurso de embargos infringentes -, *data maxima venia*, acaba por contrariar os termos expressos do *caput* artigo 942 do CPC.

O argumento, adotado no precedente vinculante, apontado acima não está equivocados. Ora, se um dos pontos mais criticados do antigo CPC era a aludida espécie recursal, mais coerente seria extinguir por completo a figura, sem substituí-la por técnica de julgamento que, além de ter aplicação automática (sem a necessidade de provocação das partes), tem cabimento em mais hipóteses que os embargos infringentes.

Entretanto, seja qual motivo for que o legislador do novo CPC teve em mente para introduzir o novo instituto – e, de fato, há boas razões para tanto (BRASIL, 2019)<sup>12</sup> -, o texto do *caput* do art. 942 não dá margem à interpretação restritiva levada a cabo no incidente de assunção de competência nº 1, do TRF da 2ª Região.

Nesse sentido, Elpídio Donizetti (2017) defende que o espectro de incidência é bastante amplo, pouco importando se no primeiro tempo do julgamento haja ou

---

<sup>12</sup> O Superior Tribunal de Justiça destacou, no julgamento do REsp nº 1.762.236/SP, como exemplos de pontos positivos da técnica de julgamento: o aprofundamento da discussão a respeito da controvérsia fática ou jurídica sobre a qual houve dissidência, a promoção da uniformização da jurisprudência e a manutenção da sua estabilidade, integridade e coerência, em conformidade com a norma do art. 926 do CPC/2015.

não reforma do que foi decidido na sentença ou mesmo se a questão é de direito substancial ou processual, se trata de questão inerente aos pressupostos de admissibilidade recursal, ou se a questão é principal ou prejudicial.

O citado processualista vislumbrou, ainda, a possibilidade de a doutrina e a jurisprudência formularem leitura restritiva do instituto, tal como a realizada pelo TRF da 2ª Região no IAC nº 1, asseverando que:

Os embargos infringentes eram apresentados como o bode que travava a celeridade, o que não correspondia à verdade. Como se vê, o dilargado espectro dessa tal técnica de julgamento derramou sobre o bode uma substância malcheirosa, esta sim capaz de travancar o julgamento nos órgãos colegiados. De minha parte, não faltou alerta. Mas, se podemos complicar, para que simplificar? Creio que a doutrina e a jurisprudência vão tentar reduzir o campo de incidência dessa prorrogação para aqueles casos de julgamento de apelação que, por maioria de votos, reforma a sentença de mérito. (BRASIL, 2019, não paginado).

Entretanto, não é o que diz a lei, alertando o citado autor que, caso o legislador quisesse restringir a hipótese de cabimento da prorrogação do julgamento na apelação, teria procedido como no agravo de instrumento e na ação rescisória.

Humberto Theodoro Júnior (2018) também refuta tal interpretação restritiva, afirmando que o texto do art. 942, *caput*, do CPC é claríssimo, não deixando margem para dúvida quanto à unidade do julgamento, na espécie.

Concordamos com o jurista mineiro, ao rechaçar, de forma cabal, a interpretação que busca estender a norma de exceção (§ 3º) à regra do *caput* do art. 942, adotando um argumento – ao nosso ver - irrefutável, relacionado à hermenêutica. Segundo ele, consoante elementar critério de hermenêutica, não se revela possível interpretar norma restritiva para estender sua aplicação a situações não previstas, a pretexto de analogia, sendo certo que as limitações enunciadas diretamente para a ação rescisória e para o agravo de instrumento, como exceções, não podem se generalizar para reduzir a regra específica da apelação, na qual o legislador não inseriu ressalva alguma.

Zulmar Duarte de Oliveira Jr. (GAJARDONI *et al.*, 2018) também pondera que essa nova técnica de julgamento se aplicará em qualquer recurso de apelação desde que exista voto vencido durante o julgamento e que, pela abrangência da cabeça do

dispositivo, no que se contrapõe claramente às limitações previstas no § 3º do mesmo, a aplicação da técnica na apelação se dá indistintamente, independentemente do conteúdo da decisão. Aduz que entendimento diverso implicaria ressuscitar o regime revogado, que exigia a dupla conformidade (art. 530 do CPC/73). E, por fim, concorda com o argumento de Humberto Theodoro Jr., asseverando que as exceções se interpretam restritivamente, sob pena de subverterem a regra geral, e que, de acordo com a técnica legislativa, os parágrafos do art. 942 complementam a regra estabelecida pelo *caput*, mediante disposições específicas somente aplicáveis aos mesmos.

Na mesma direção é a doutrina de Araken de Assis (2017) que critica, com veemência, a interpretação (regressiva, em suas palavras) que evoca os embargos infringentes para reduzir o campo de incidência da técnica de julgamento do art. 942 do CPC, afirmando ser descabido invocar o art. 942, § 3º, II, para restringir o cabimento da ampliação do quórum da deliberação na apelação, sendo a exigência de reforma de decisão de mérito compreensível perante a enumeração das decisões agraváveis, o que respeita somente a este recurso.

Segundo o renomado processualista:

Cumprir evitar a interpretação regressiva, evocando o cabimento dos embargos infringentes, para diminuir o campo de incidência do art. 942, *caput*. Um dos piores defeitos na interpretação da lei nova consiste em inculcar-lhe sentido idêntico ao da lei velha. Restrições interpretam-se literalmente. Assim, a reforma do provimento recorrido cabe apenas no caso do agravo de instrumento. (ASSIS, 2017, não paginado).

Saliente-se que existe, ainda, quem não apenas defenda a interpretação literal do art. 942, *caput*, do CPC<sup>13</sup>, propugnando que todas as apelações cujo julgamento não for unânime seguirão o rito definido neste artigo, como ainda questionam as restrições que o legislador impôs ao cabimento desta técnica no recurso de agravo de instrumento. Nesta linha, destaca Augusto Tavares Rosa Marcacini (TUCCI *et al.*, 2018) que, se qualquer apelação está sujeita aos ditames deste dispositivo, não soa coerente o texto do inciso II do § 3º, ao incluir no rol somente o agravo que tenha

---

<sup>13</sup> Defendem, também, este entendimento: CÂMARA, 2017; MONTENEGRO FILHO, 2018.

sido proferido para reformar o ato decisório atacado, cuidando-se, ao seu ver, de distinções puramente casuísticas.<sup>14</sup>

A matéria ora examinada foi levada ao crivo do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2018a), que, prestigiando a interpretação literal do art. 942, *caput*, do CPC, decidiu que, nos recursos de apelação, a técnica de julgamento ampliado prevista pelo artigo 942 do CPC deve ser utilizada tanto nos casos em que há reforma da sentença quanto nos casos em que a sentença é mantida, desde que a decisão não seja unânime.

A propósito, assentou a Corte Superior que que, diferentemente dos embargos infringentes, em relação aos quais o CPC/1973 limitava, no caso da apelação, a incidência do recurso aos julgamentos que resultassem em reforma da sentença de mérito, a técnica de julgamento prevista no CPC/2015 deverá ser utilizada quando o resultado da apelação for não unânime, independentemente de ser julgamento que reforma ou mantém a sentença impugnada.

Quanto ao ponto, pondera o Ministro Luis Felipe Salomão, relator do Recurso Especial nº 1.733.820/SC (BRASIL, 2018c), no voto condutor do acórdão, que, conquanto se reconheça que a interpretação literal é, em princípio, pobre e simplista demais, em algumas situações, diante da clareza do texto, ela é altamente recomendável, por não haver espaço em que o intérprete possa criar a regra, e, na espécie, a interpretação literal se robustece por sua incontestável consonância com o fim perseguido pela norma, qual seja, a melhoria da qualidade das decisões.

Prossegue o relator, citando a processualista Teresa Arruda Alvim Wambier - cuja qualidade de membro da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do novel diploma processual é exaltada em seu voto -, segundo a qual as razões da implementação da técnica de julgamento do art. 942, dentre elas o fato de que o percentual de provimentos dos embargos infringentes sempre foi alto, a demonstrar sua importância para o aperfeiçoamento da Justiça, sendo, nesses termos, lógica e absolutamente compatível a previsão de incidência do julgamento estendido para

---

<sup>14</sup> O processualista de São Paulo acrescenta que: "Se todos os pedidos forem julgados antecipadamente, da sentença total e final caberá apelação, que se submete ao procedimento deste artigo em caso de julgamento não unânime em qualquer sentido; se apenas um dos pedidos é julgado antecipadamente, por decisão interlocutória de mérito, só haverá extensão do julgamento dado por maioria caso o agravo seja provido, não havendo razões lógicas para explicar tal distinção."

todos os casos de julgamento não unânime de apelação, sem restrições quanto ao resultado, se pela reforma ou manutenção da sentença.

Ao final, conclui que, não obstante as críticas à opção do legislador de adotar um escopo amplo para a técnica do art. 942 do CPC de 2015, na apelação, a interpretação não pode se afastar da letra da lei, a qual não deixa dúvidas quanto ao seu cabimento em todas as hipóteses de resultado não unânime de julgamento da apelação, e não apenas quando ocorrer a reforma de sentença de mérito, diferentemente da ação rescisória e do agravo de instrumento (art. 942, § 3º), em relação aos quais o legislador teve o cuidado de especificar as hipóteses de cabimento da técnica processual, limitando, nesses casos, o âmbito de incidência deste dispositivo.

Como se vê, a maioria da doutrina<sup>15</sup> e o Superior Tribunal de Justiça<sup>16</sup> vêm prestigiando a leitura literal do *caput* do art. 942 e refutando a interpretação restritiva levada a cabo pelo TRF da 2ª Região, no IAC nº 1, posição que, ao nosso ver, é a mais acertada, tendo em vista que nenhum tipo de interpretação não pode contrariar os claros termos da letra da lei.

Quanto ao ponto, embora se reconheça – como fez a Corte Superior, no julgamento do recurso especial citado acima – que, por vezes, a interpretação literal tende a ser considerada pobre e simplista, não se pode, por este motivo, deixar de adotá-la quando a redação da lei já deixa evidente o sentido da norma, mormente quando há, em um dos parágrafos do artigo da lei, previsão mais restritiva dirigida a hipóteses diversas do *caput*.

Portanto, considerando que o *caput* do art. 942 não limita o cabimento da técnica à hipótese de reforma da sentença recorrida nem exige que o *decisum* trate do mérito, constituindo, neste ponto, verdadeiro silêncio eloquente do legislador, e

---

<sup>15</sup> Nesse sentido, apenas para compilar os autores citados neste trabalho: DONIZETTI, 2017; THEODORO JÚNIOR, 2018; Zulmar Duarte de Oliveira Jr. (GAJARDONI et al., 2018); ASSIS, 2017; Augusto Tavares Rosa Marcacini (TUCCI et al., 2018); CÂMARA, 2017; MONTENEGRO FILHO, 2018; RODRIGUES, 2016; Teresa Arruda Alvim Wambier (BRASIL, 2018c); DIDIER, CUNHA, 2019; BUENO, 2018, entre outros.

<sup>16</sup> Além do precedente citado, o STJ adotou a mesma posição no REsp 1.762.236/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 3ª TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 15/03/2019, sendo possível afirmar que, até o presente momento, se trata do entendimento da Corte Superior sobre a matéria.

não lacuna, não é possível, com a devida vênia, a interpretação adotada no precedente vinculante do TRF da 2ª Região.

## **6 CONCLUSÃO**

No lugar dos embargos infringentes, extinto do rol das espécies recursais no novo CPC, foi criada a figura da técnica de ampliação do colegiado, com natureza de técnica de julgamento.

Embora tenha substituído o aludido recurso, cuja existência era objeto de crítica por parte da doutrina, o julgamento com quórum ampliado, especificamente no recurso de apelação, tem cabimento não apenas na hipótese da reforma da sentença de mérito, como na figura suprimida, abarcando, consoante os termos do *caput* do art. 942 do CPC, qualquer caso de julgamento não unânime, seja no sentido da reforma seja no da manutenção da sentença, que sequer precisa ser de mérito.

As críticas doutrinárias aos embargos infringentes poderiam, em tese, ser estendidas à nova técnica de julgamento, por também alargar a marcha processual tão somente em virtude da existência de um voto vencido.

Todavia, consoante parcela considerável da doutrina e o Superior Tribunal de Justiça, a clareza do texto do art. 942, *caput*, do CPC não dá margem a interpretação que restrinja a aplicação do colegiado ampliado às mesmas hipóteses previstas para os embargos infringentes no extinto CPC, com fundamento em pretensa interpretação sistemática com o § 3º, o qual limita o julgamento com colegiado ampliado à rescisão da sentença, no caso da ação rescisória, e à reforma da decisão de mérito, quando se trata de agravo de instrumento.

Assim, nada obstante o respeito e a admiração que merecem os desembargadores federais que participaram do julgamento do incidente de assunção de competência nº 1, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, muitos deles processualistas de renome, com a devida vênia, não é possível concordar com a interpretação regressiva - nas palavras de Araken de Assis (ASSIS, 2017) - que realizaram da técnica da ampliação do colegiado, especificamente no julgamento do recurso de apelação.

Não se trata de simplesmente prestigiar a - por vezes simplista - interpretação literal em detrimento da interpretação sistemática, mas sim reconhecer que há situações, como se dá em relação ao *caput* do art. 942 do CPC, diante da clareza do seu texto, em que não existe espaço para o intérprete criar a regra.

## **REFERÊNCIAS**

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2017. e-book.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso: 12 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). **Incidente de Assunção de Competência nº 1**. Relator: Desembargador Federal José Antonio Lisboa Neiva, 16 de abril de 2018b. Disponível em: [http://www10.trf2.jus.br/portal/?q=&site=v2\\_jurisprudencia&client=v2\\_index&proxystylesheet=v2\\_index&filter=0&getfields=\\*&lr=lang\\_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&requiredfields=%28%28NumProcessoPublico%3A00001914620004025111%29%7C%28numero\\_cnj\\_judici%3A00001914620004025111%29%7C%28NumProcesso%3A00001914620004025111%29%29&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&entsp=a&wc=200&wc\\_mc=0&ud=1](http://www10.trf2.jus.br/portal/?q=&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&requiredfields=%28%28NumProcessoPublico%3A00001914620004025111%29%7C%28numero_cnj_judici%3A00001914620004025111%29%7C%28NumProcesso%3A00001914620004025111%29%29&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&entsp=a&wc=200&wc_mc=0&ud=1). Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.733.820/SC – Santa Catarina**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2 de outubro de 2018c. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1733820&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 9 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.762.236/SP – São Paulo**. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze; Relator Acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1762236&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 9 mar. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume Único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BUZAID, Alfredo. **Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil**. Estudos de direito. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas de. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Art. 942 – Técnica de Ampliação do Colegiado. **Migalhas**, [S.l.], 18 fev. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/CPCMarcado/128,MI296489,91041-Art+942+do+CPC+Tecnica+de+ampliacao+do+colegiado>. 2019. Acesso em 09 mar. 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 3.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Novas tendências do processo civil**. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. **Execução e Recursos Comentários ao CPC de 2015**. 2. ed. rev. e atual. [S.l.]: Gen Método, 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. 10. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 51. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 3.

TUCCI, José Rogério. Limites da devolução da matéria objeto da divergência no julgamento estendido. **Conjur**, [S.l.], 31 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-31/paradoxo-corte-limites-devolucao-materia-divergente-julgamento-estendido>. Acesso em: 09 mar. 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (coord.). **Código de Processo Civil Anotado**. Curitiba: OAB Paraná; São Paulo: AASP, 2018.

---

Recebido em 06/10/2019.

Aceito em 06/11/2019.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p46-64>

## **O POVO COMO INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO: REFLEXÕES SOBRE O CONSTITUCIONALISMO POPULAR**

### ***PEOPLE AS THE INTERPRETER OF THE CONSTITUTION: REFLECTIONS ON POPULAR CONSTITUTIONALISM***

Ana Paula Sabetzki Boeing\*

**Resumo:** Neste artigo será analisado o pensamento de dois autores estadunidenses que trataram do constitucionalismo popular: Michael Serota e Tom Donnelly. Inicialmente será exposta a noção de Competência Interpretativa, desenvolvida por Serota a partir da ideia de fidelidade constitucional, e as suas duas dimensões: o Conhecimento Constitucional e o Raciocínio Constitucional. Em seguida será examinada a ideia de que o povo não possui Competência Interpretativa e que os Ministros da Suprema Corte a possuem. A segunda parte do artigo tratará da agenda apresentada por Tom Donnelly para concretizar o constitucionalismo popular. Em especial, será examinada a proposta de Veto Popular. A pesquisa é qualitativa e emprega o método de abordagem dedutivo. As conclusões apontam que o pensamento de Donnelly e de Serota não são tão contraditórios como possam parecer e que a democratização do processo decisório não necessariamente viola a obrigação de fidelidade constitucional.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo popular. Competência interpretativa. Veto popular. Michael Serota. Tom Donnelly.

**Abstract:** In this paper we will analyze the work of two American authors on popular constitutionalism: Michael Serota and Tom Donnelly. Initially, we will study Serota's notion of Interpretative Competence, which is based on the idea of Constitutional Fidelity and has two dimensions: Constitutional Knowledge and Constitutional Reasoning. Next, we will examine the idea that people do not have Interpretive Competence and that Supreme Court Ministers do. The second part of the paper will deal with Tom Donnelly's agenda for making popular constitutionalism work. In particular, the People's Veto proposal will be analyzed. The research is qualitative and employs the deductive approach method. The conclusion points out that Donnelly's and Serota's ideas are not as contradictory as they may seem, and that the democratization of constitutional decision-making does not necessarily violate the obligation of constitutional fidelity.

**Keywords:** Popular constitutionalism. Interpretative competence. People's veto. Michael Serota. Tom Donnelly.

---

\* Especializada em Direito Constitucional (2013) e graduada em Direito (2010) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Participou do Programa de Consórcio Universitário CAPES/FIPSE (Graduação Sanduíche) na George Washington University, com bolsa concedida pela CAPES (2007). Atualmente é Procuradora do Estado do Paraná.

## 1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo popular é uma corrente de pensamento desenvolvida nos Estados Unidos que está associada à ideia de que o povo deveria desempenhar um papel mais ativo na interpretação da Constituição americana. (SEROTA, 2012, p. 1640). Os constitucionalistas populares têm abordagens, metodologias e propostas bastante diversificadas. Em comum está a crença de que a população (e os seus representantes eleitos) deveriam participar do processo decisório constitucional. (DONNELLY, 2012, p. 160-162).

A teoria ficou conhecida com Larry Kramer (2005), autor do livro *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Com base em uma análise histórica, Kramer sustentou que o constitucionalismo popular era uma prática arraigada na tradição constitucional americana, mas que ao longo do tempo deu lugar à ascensão da Suprema Corte. Ele defendeu o constitucionalismo popular na sua forma mais pura: o intérprete final da Constituição deveria ser o povo e não o Poder Judiciário. (SEROTA, 2012, p. 1640).

Kramer foi bastante criticado. Larry Alexander e Lawrence Solum (2005, p. 1640), por exemplo, afirmam que ele levou a ideia de soberania popular ao seu limite e evidenciou o quão desinteressante é constitucionalismo popular na sua forma pura. Um dos pontos mais criticados na teoria de Kramer consiste na ausência de indicação da forma pela qual ocorreria a transferência da autoridade interpretativa ao povo. Não só Kramer, mas os defensores do constitucionalismo popular em geral não apresentam sugestões concretas sobre a sua forma de implementação. (SEROTA, 2012, p. 1645).

Neste contexto, pretende-se analisar as ideias de dois autores estadunidenses que trataram do constitucionalismo popular: Michael Serota e Tom Donnelly. Serota, em trabalho intitulado *Popular Constitutional Interpretation*, sustenta que a autoridade de interpretar a Constituição não pode ser transferida ao povo, em virtude do seu desconhecimento acerca da Constituição e da sua interpretação. Já Donnelly, em *Making Popular Constitutionalism Work*, apresenta uma agenda positiva para concretizar o constitucionalismo popular.

Na primeira parte deste artigo, será analisado o pensamento de Michael Serota. Inicialmente será exposta a noção de Competência Interpretativa, desenvolvida pelo autor a partir da ideia de fidelidade constitucional. Serão examinadas as duas dimensões da Competência Interpretativa: o Conhecimento Constitucional e o Raciocínio Constitucional. Em seguida, será analisada a ideia de que o povo não possui competência interpretativa e que os Ministros da Suprema Corte a possuem.

A segunda parte do artigo tratará do pensamento de Tom Donnelly. O autor sustenta que os constitucionalistas populares, em vez de apenas criticarem o poder da Suprema Corte, deveriam desenvolver uma agenda positiva. Assim, serão analisados os principais pontos das reformas propostas por Donnelly, que envolvem medidas que acelerem o sistema político, ampliem a competitividade das eleições, diminuam a distância entre as decisões judiciais e a visão constitucional do povo e aprimorem a confiança e a competência cívica. Será em especial examinada a medida mais ousada proposta por Donnelly: o Veto Popular, que consiste na possibilidade de os cidadãos reverem decisões da Suprema Corte tomadas por cinco votos a quatro. A pesquisa é qualitativa e emprega o método de abordagem dedutivo.

## **2 MICHAEL SEROTA E A COMPETÊNCIA INTERPRETATIVA**

### **2.1 Fidelidade Constitucional e Competência Interpretativa**

Para Michael Serota, a fidelidade constitucional, que significa o ato de ser fiel à Constituição quando da sua interpretação, é essencial a qualquer democracia constitucional. Ela é muito mais do que um comportamento normativamente desejável ou um mecanismo para assegurar direitos individuais. Segundo Jack Balkin, a fidelidade constitucional é uma precondição e o próprio objetivo da interpretação constitucional. (SEROTA, 2012, p. 1649). Assim, Serota (2012, p. 1648-1651) fala em obrigação de fidelidade constitucional ("*constitutional fidelity obligation*"), que significa que todos que exercem autoridade interpretativa, inclusive o povo no contexto do constitucionalismo popular, devem fazê-lo de forma fiel.

Para interpretar fielmente a Constituição não basta o desejo de fazê-lo. É preciso ter aquilo que Serota denomina Competência Interpretativa ("*Interpretative Competence*"). Essa competência tem duas dimensões: o Conhecimento Constitucional ("*Constitutional Knowledge*") e o Raciocínio Constitucional ("*Constitutional Reasoning*").

O Conhecimento Constitucional significa o conhecimento básico sobre as fontes tradicionais de argumentos constitucionais - o texto e a estrutura da Constituição, a história e os precedentes - e os princípios que as fundamentam. Nos Estados Unidos a maioria dos juristas e acadêmicos concorda que essas fontes são essenciais a uma interpretação fiel da Constituição. (SEROTA, 2012, p.1651-1652).

Já o Raciocínio Constitucional significa a habilidade de ponderar, analisar e esmiuçar o texto, a estrutura, a história e os precedentes constitucionais em uma forma lógica e orientada pelos princípios da Constituição. O Raciocínio Constitucional está relacionado a duas competências essenciais: a habilidade de pensar de forma lógica e a habilidade de fazer julgamentos de segunda ordem ("*second-order judgments*"). (SEROTA, 2012, p. 1652-1655).

Segundo Daniel Farber and Suzanna Sherry, o raciocínio puramente lógico não é suficiente para a interpretação constitucional, já que dele pode não decorrer um resultado razoável ou verdadeiro. Levando em consideração o nível de discricionariedade relacionado à aplicação da linguagem geral e abstrata da Constituição a situações concretas, o Raciocínio Constitucional requer a habilidade de diferenciação entre argumentos concorrentes em uma maneira independente e objetiva. (SEROTA, 2012, p. 1653).

O nível de independência e objetividade da interpretação constitucional é facilitado por uma competência que é essencial à prática da fidelidade constitucional: a habilidade de fazer julgamentos de segunda ordem. Esse tipo de juízo leva em consideração valores de longo prazo que estão além dos fatos particulares relacionados a um problema individual. Ele se opõe, assim, ao julgamento de primeira ordem ("*first-order judgment*"), cujo objetivo consiste em alcançar a melhor decisão possível para o problema específico em questão. No controle de constitucionalidade, por exemplo, um julgamento de primeira ordem avaliaria apenas

se a lei é desejável. Já o de segunda ordem verificaria se a lei está de acordo com o sentido da Constituição (SEROTA, 2012, p. 1653-1654).

Em suma, Serota sustenta que o cumprimento da obrigação de fidelidade constitucional demanda Competência Interpretativa, ou seja, Conhecimento Constitucional e Raciocínio Constitucional. Em seguida será exposta a ideia de que o povo não possui Competência Interpretativa, argumento que - aliado à noção de que os Ministros da Suprema Corte possuem essa competência - leva Serota a desaprovar as reformas que pretendem transferir ao povo a autoridade para interpretar a Constituição.

## **2.2 O povo e a Competência Interpretativa**

Conforme exposto no tópico anterior, a fidelidade constitucional é inerente à interpretação da Constituição. Dessa forma, a adequação das reformas que pretendem transferir da Suprema Corte à população a autoridade interpretativa depende da capacidade do povo de cumprir a obrigação de fidelidade constitucional. Para tanto, a população deveria possuir o que Serota denomina Competência Interpretativa, que consiste no Conhecimento Constitucional aliado ao Raciocínio Constitucional. A verificação da fidelidade constitucional do povo, segundo Serota, deve ser feita de forma empírica. Partindo dessas premissas, ele defende que os americanos não possuem nenhum dos dois componentes da Competência Interpretativa.

Quanto ao Conhecimento Constitucional, Serota (2012, p. 1656) menciona diversas pesquisas que indicam que o cidadão médio dos Estados Unidos desconhece os aspectos mais básicos da governança. A maioria dos americanos adultos, por exemplo, não sabe apontar as funções desempenhadas pelos três Poderes ou indicar a instituição que controla a política monetária. Um terço das pessoas não sabe sequer nomear um dos três Poderes, enquanto apenas um terço consegue mencionar todos os três.

É também bastante precário o conhecimento dos americanos sobre o Judiciário. Aproximadamente metade das pessoas acredita que os juízes são responsáveis pela execução - em vez de interpretação - da Lei. Mais de um terço crê

que o acusado deve provar sua inocência e que o promotor não precisa provar a culpa. Maioria expressiva (78%) acredita que qualquer decisão proferida por uma corte estadual pode ser revista por um tribunal federal. (SEROTA, 2012, p.1656-1657).

Sobre a Suprema Corte, 22% dos americanos acreditam que ela não pode declarar a inconstitucionalidade de uma Lei e 23% não sabem opinar sobre esse assunto. 53% das pessoas creem que decisões proferidas por uma maioria de 5 a 4 têm um valor jurídico diferente daquelas tomadas de forma unânime, sendo que 23% acreditam que decisões 5 a 4 devem ser referendadas pelo Congresso. A maioria dos americanos não sabe identificar decisões paradigmáticas, como *Roe v. Wade*, *Miranda v. Arizona* e *Webster v. Reproductive Health Services*, enquanto que menos de 10% sabe indicar o nome do Presidente da Suprema Corte. Dessa forma, significativa parcela da população desconhece a Suprema Corte e o trabalho que ela desenvolve. (SEROTA, 2012, p. 1657-1658).

O pior de tudo, porém, é que o povo sabe muito pouco a respeito da Constituição: 72% dos americanos não sabe identificar três direitos da Primeira Emenda, 98% não sabe apontar dois direitos da Quinta Emenda, 80% desconhece o conteúdo da Décima Emenda e a maioria não sabe identificar a quantidade de Senadores estabelecida pela Constituição. Uma pesquisa realizada em 2010 revelou que em apenas 32% das vezes os americanos respondiam de forma correta a perguntas básicas sobre o "Bill of Rights" e as liberdades que ele protege. Se o povo sabe tão pouco a respeito dos aspectos mais básicos do texto constitucional, ele logicamente desconhece a estrutura e a história da Constituição e os princípios necessários à prática da fidelidade constitucional. (SEROTA, 2012, p.1658-1695).

Além de não possuir Conhecimento Constitucional, na visão de Serota a população em geral tampouco dispõe de Raciocínio Constitucional. O povo não é acostumado a fazer julgamentos de segunda ordem e não é treinado a levar em consideração os valores de longo prazo relacionados à fidelidade constitucional. De acordo com Frederick Schauer, as pessoas ordinariamente tentam alcançar a melhor solução para o problema em questão, o que consiste no juízo de primeira ordem. Isso não ocorre, porém, com os juristas, pois as Faculdades de Direito ensinam os

estudantes que a melhor solução para o caso concreto não é necessariamente o melhor resultado no contexto geral. (SEROTA, 2012, p. 1660).

Os defensores do Constitucionalismo Popular poderiam argumentar que, quando a autoridade para interpretar a Constituição fosse transferida ao povo, ele poderia buscar conhecimento e adquirir Competência Interpretativa. Todavia, Serota (2012, p. 1661-1662) afirma que a ciência política demonstra a improbabilidade dessa hipótese. Os americanos, apesar de possuírem o direito a votar, são extremamente desinformados sobre as questões políticas da atualidade e evitam se envolver com assuntos dessa natureza. Para Serota, a ausência de Competência Interpretativa e a aversão a questões políticas demonstram que o povo é incapaz de cumprir a obrigação de fidelidade constitucional relacionada à autoridade interpretativa. Já a Suprema Corte, segundo o autor, possui aquela competência, conforme será exposto no tópico seguinte.

### **2.3 Os Ministros da Suprema Corte e a Competência Interpretativa**

Segundo Serota (2012, p. 1663), os Ministros da Suprema Corte claramente possuem Competência Interpretativa. É importante ter em mente que, para ele, a obrigação de fidelidade constitucional requer apenas que o intérprete possua o entendimento básico das fontes tradicionais de argumentos constitucionais, dos princípios que as fundamentam e tenha a habilidade de fazer julgamentos de segunda ordem. Essas são justamente as competências ensinadas nas Faculdades de Direito e que os Ministros da Suprema Corte exercem regularmente ao fundamentarem suas decisões.

É possível, porém, questionar se a Competência Interpretativa não é apenas um mecanismo utilizado pelos Ministros para justificar artificialmente decisões que foram tomadas com base em preferências políticas. De acordo com o modelo atitudinal ("attitudinalist model"), o que predomina no processo decisório dos Ministros são as suas preferências políticas e não a Lei. Neste caso, não haveria motivo para privilegiar a opinião dos Ministros em detrimento das preferências da população. (SEROTA, 2012, p. 1665).

Para Serota (2012, p. 1665-1666), porém, o modelo atitudinal não é adequado. Segundo o autor, a Competência Interpretativa é o fator que mais influencia a atividade de interpretação dos Ministros da Suprema Corte. O impacto das preferências políticas opera principalmente através de uma tendência inconsciente, que, no entanto, é limitada pela Competência Interpretativa. Ele defende essa ideia com base em argumentos da ciência política e da psicologia cognitiva.

No termo de 2010-2011, por exemplo, apenas 10 dos 82 casos julgados refletiram uma divisão entre liberais e conservadores, enquanto que no termo 2011-2012 aquela segmentação representou apenas 5 dos 75 julgamentos. Segundo Michael Bailey e Forrest Matzmann, os Ministros frequentemente proferem decisões que não estão alinhadas com as suas preferências políticas. No mesmo sentido são os estudos de Howard Gilman. (SEROTA, 2012, p.1665-1667).

De acordo com a psicologia cognitiva, as decisões humanas são influenciadas por dois tipos de motivações: os objetivos direcionados e os objetivos de precisão. No primeiro caso se busca alcançar uma conclusão determinada (decisão orientada pelo resultado), enquanto que no segundo o propósito é alcançar uma conclusão precisa, qualquer que ela seja (decisão orientada pelo processo). Os Ministros da Suprema Corte estão sujeitos tanto aos objetivos direcionados - que, no contexto da decisão constitucional, são as motivações políticas -, como aos objetivos de precisão - que são as motivações baseadas na fidelidade à Constituição. (SEROTA, 2012, p.1668-1671).

Serota (2012, p. 1670-1672) sustenta que os objetivos de precisão predominam na atividade dos Ministros. Desde o momento em que ingressam na Faculdade de Direito, eles são constantemente socializados de acordo com as normas tradicionais de decisão judicial, segundo as quais os juízes devem decidir de forma imparcial e devem resolver os casos apenas com base em razões jurídicas. Eles internalizam essas normas e têm, assim, uma forte motivação para aplicar a Lei de forma fiel. Essa motivação é aumentada pelo fato de que os votos dos Ministros são publicados e analisados por outros juristas, agentes públicos, acadêmicos e jornalistas. Por outro lado, os Ministros devem convencer os seus colegas no Tribunal da correção das suas decisões e, além disso, podem ser acusados em um voto

divergente de decidir de forma política. Tudo isso contribui para que eles interpretem fielmente a Constituição.

É claro que eventualmente as preferências políticas têm um papel de destaque na Suprema Corte. Porém, segundo Serota (2012, p. 1667-1668), quando a importância da fidelidade constitucional é analisada em face da ausência de competência interpretativa do povo, até mesmo um modelo híbrido de tomada de decisão na Suprema Corte - no qual Competência Interpretativa e preferências políticas influenciam os Ministros em alguma medida - é preferível à alternativa do constitucionalismo popular.

### **3 A AGENDA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR DE TOM DONNELLY**

#### **3.1 Para além da crítica à Suprema Corte**

Diferentemente de Michael Serota, Tom Donnelly tem uma visão positiva sobre o constitucionalismo popular. Para Donnelly, é importante a reabilitação do pensamento de Larry Kramer, autor mais diretamente associado àquela corrente de pensamento. Kramer sofreu diversas críticas pela abstração de sua teoria, que não indicaria a sua forma de implementação, e pelo seu radicalismo, que enfraqueceria a autoridade do Poder Judiciário e resultaria em uma tirania majoritária. (DONNELLY, 2012, p. 163).

Segundo Donnelly (2012, p. 178), o pensamento de Kramer não é tão radical como a sua retórica parece sugerir. A sua principal falha foi o foco exagerado na ascensão do Poder Judiciário, em detrimento de todos os outros desafios do constitucionalismo popular. Kramer não só criticou severamente uma instituição popular (a Suprema Corte), mas também ignorou a agenda mais ampla do constitucionalismo popular. Para Donnelly, os constitucionalistas populares deveriam fazer mais que apenas atacar a supremacia judicial. Eles deveriam se concentrar nos aspectos do sistema constitucional que prejudicam a autonomia do povo.

Kramer diagnosticou dois problemas da cultura constitucional dos Estados Unidos: a supremacia judiciária e a inércia dos cidadãos. Esses fenômenos estão, logicamente, conectados. Na visão de Kramer (2005), aquela supremacia surgiu

quando os americanos deixaram de desempenhar um papel ativo na decisão constitucional. Embora Kramer exagere o grau de agressividade da Suprema Corte, Donnelly afirma que ele está correto ao identificar a inércia dos cidadãos como um problema profundo para o constitucionalismo popular. Kramer, porém, dedicou pouco tempo para explorar a forma pela qual a estrutura do sistema constitucional contribui para a apatia do povo. (DONNELLY, 2012, p. 178).

Os Estados Unidos foram concebidos como uma República em que o poder de diversas facções se neutralizasse reciprocamente. Porém no sistema atual há uma divisão acirrada apenas entre dois partidos. Segundo Donnelly (2012, p. 178-179), isso acarreta paralisia legislativa, a qual, por sua vez, diminui o ativismo da população em pelo menos duas maneiras. Em primeiro lugar, ela acarreta sentimentos de desilusão, desconfiança e alienação entre os cidadãos. Em segundo, ela confere poder à Suprema Corte.

Embora o índice de aprovação do Congresso tenha caído drasticamente nos últimos anos, o apoio público à Suprema Corte se manteve alto e estável. Isso dificulta o questionamento das práticas do Tribunal por parte dos agentes públicos eleitos. Além disso, qualquer forma de contestação à Corte demandaria o comprometimento de ambos os partidos, o que dificilmente se concretiza em uma situação de forte polarização partidária. Nesse contexto, Donnelly (2012, p. 179-180) apresenta uma agenda para o Constitucionalismo Popular.

### **3.2 A agenda para o Constitucionalismo Popular**

Tom Donnelly (2012, p. 180,181, 185) sustenta que os constitucionalistas populares, em vez de concentrarem-se apenas nos problemas decorrentes de uma Corte poderosa, deveriam avançar por meio de uma agenda comprometida com a autonomia popular e o constitucionalismo. Ele defende que o constitucionalismo popular é melhor concebido como uma revolução institucional focada na reforma do sistema constitucional para a promoção da competência cívica, do ativismo dos cidadãos e da responsividade eleitoral.

Dessa forma, Donnelly (2012, p. 186) defende uma agenda que inclua reformas que: a) acelerem o sistema político; b) ampliem a competitividade das

eleições; c) diminuam a distância entre as decisões judiciais e a visão constitucional do povo; d) aprimorem a confiança e a competência cívica. Essa agenda objetiva, de um lado, facilitar o governo das coalisões vitoriosas e, de outro, favorecer a substituição dessas mesmas coalisões caso elas não satisfaçam o povo americano.

### 3.2.1 Aceleração do sistema político

O primeiro ponto da agenda diz respeito a medidas que contenham a paralisia legislativa. Conforme mencionado no tópico anterior, a paralisia diminui o ativismo da população ao provocar sentimentos de desilusão, desconfiança e alienação e ao conferir poder à Suprema Corte.

Assim, as reformas devem acelerar o sistema político e atribuir poder ao Congresso para que haja em conformidade com a sua visão constitucional. Para tanto, Donnelly propõe duas medidas: a) a eliminação das práticas de obstrução (“filibuster”), por meio das quais os congressistas impedem que uma medida seja levada à votação; b) a defesa do poder do Congresso em face de investidas do Judiciário. (DONNELLY, 2012, p. 181).

A proposta de Donnelly, segundo ele próprio afirma, não é radicalmente majoritária. Trata-se de pequenas medidas que objetivam neutralizar as anomalias causadas pela paralisia legislativa. Assim, o bicamellarismo, o veto presidencial e o controle de constitucionalidade permaneceriam importantes no sistema por ele concebido. Esse sistema, porém, deveria assegurar que a visão constitucional dos governantes refletisse aquela da população. (DONNELLY, 2012, p. 181-182).

### 3.2.2 Competitividade eleitoral

Apesar de o Congresso americano ser extremamente impopular, os seus membros são reeleitos mais de 90% das vezes. Para que o constitucionalismo popular realmente funcione, deve haver freios eleitorais sempre que o sistema constitucional tem um desempenho abaixo do esperado. Assim, as reformas devem promover a competitividade eleitoral, especialmente na Câmara dos Deputados americana. Donnelly sugere duas medidas: a) alteração no financiamento das

campanhas, para que sejam disponibilizados recursos adicionais aos novos candidatos; b) aumento do número de distritos eleitorais competitivos. (DONNELLY, 2012, p. 182-183).

### 3.2.3 Reforma judiciária

Anualmente a Suprema Corte decide alguns casos controvertidos por uma maioria estreita. Às vezes essas decisões refletem a opinião da vasta maioria dos americanos, mas outras vezes elas são bastante impopulares. (DONNELLY, 2012, p. 183).

Apesar de o sistema constitucional funcionar bem e de as decisões daquele Tribunal largamente incorporarem a visão do povo americano, é impossível reverter no curto prazo uma decisão impopular, ainda que ela tenha dividido os membros da Corte. Esse quadro é agravado pela aposentadoria irregular dos Ministros. Eles com frequência permanecem em atividade o tempo necessário a que o Presidente certo indique o sucessor. Dessa forma, a Corte reflete de forma imperfeita as visões constitucionais dos governantes ao longo do tempo. (DONNELLY, 2012, p. 183-184).

Diante desse quadro, Donnelly (2012, p. 184) propõe o fim dos mandatos vitalícios dos Ministros da Suprema Corte. Essa medida, que já é popular entre os americanos, garantiria que cada Presidente pudesse nomear certo número de Ministros. Isso também limitaria o esforço dos membros da Corte para escolher os próprios sucessores. Ao longo do tempo haveria maior controle da população sobre as decisões do Tribunal, na medida em que as decisões melhor refletiriam a opinião pública (ou pelo menos a visão dos Presidentes recentes).

Donnelly também propõe um mecanismo para que o povo possa rever decisões da Corte proferidas por uma maioria estreita em questões constitucionais relevantes. Essa questão será objeto do tópico 2.3.

### 3.2.4 Aprimoramento da confiança e competência do povo

Ao longo de décadas os cientistas políticos têm qualificado o cidadão médio de politicamente ignorante e inativo. Ele não apenas desconhece a maioria das

questões da agenda pública, mas também sabe muito pouco sobre os fundamentos do sistema constitucional. Para Donnelly, a noção de constitucionalismo popular seria bastante irreal se o nível do "popular" ou do "constitucional" exigido fosse muito elevado. (DONNELLY, 2012, p. 184-185).

Nesse contexto, Donnelly (2012, p. 185) defende que os constitucionalistas promovam uma agenda que aprimore a confiança e a competência do povo em questões constitucionais. As propostas mencionadas acima têm justamente esse objetivo. Além disso, o autor sugere a utilização do ensino nas escolas, dos fóruns públicos e da mídia para promover uma agenda que auxilie a cultura constitucional contemporânea a superar a fase da veneração aos fundadores dos Estados Unidos e à supremacia judicial.

### **3.3 O Veto Popular**

A proposta mais ousada de Donnelly é o Veto Popular ("People's veto"), que consiste na possibilidade de a população rever decisões da Suprema Corte tomadas por cinco votos a quatro em matérias relevantes.

A primeira discussão a respeito do Veto Popular ocorreu em 1912, quando Theodore Roosevelt apresentou a sua Carta para a Democracia ("Charter for Democracy") à Convenção que reformaria a Constituição do Estado de Ohio. Descontente com decisões judiciais que haviam afastado a aplicação de leis trabalhistas, Roosevelt defendeu reformas que assegurassem à população a última palavra em questões constitucionais importantes. Possivelmente se tratou da maior defesa do constitucionalismo popular oferecida por um grande político americano (DONNELLY, 2012, p. 186).

No centro da agenda de Roosevelt estava a possibilidade de o povo rever decisões da Suprema Corte que fossem tomadas por uma maioria estreita. A independência do Judiciário seria preservada na maioria dos casos, mas o povo passaria a ser considerado o intérprete final da Constituição. Os americanos, segundo Roosevelt, seriam os mestres e não os servos da maior Corte do país. (DONNELLY, 2012, p. 186-187).

Na proposta de Donnelly, após a Corte proferir uma decisão por cinco votos a quatro, o Congresso, mediante o voto de uma maioria qualificada, poderia submeter a questão a referendo nacional. Assim, o povo só interviria em casos nos quais se alcançasse um consenso bipartidário de que a Corte errou. Isso faria com que a população fosse chamada a decidir somente questões especialmente controvertidas ou importantes, além de assegurar que a preocupação com as decisões da Corte transcendesse as linhas partidárias. (DONNELLY, 2012, p. 188-189).

Para Donnelly (2012, p. 188), as decisões tomadas por cinco votos a quatro frequentemente ocorrem quando uma maioria está tentando alterar posições anteriores da Corte. Assim, o veto possibilitaria a intervenção da população antes que a maioria pudesse promover a mudança. Por outro lado, os americanos geralmente valoram as decisões judiciais pela estabilidade que elas proporcionam, tendo em vista a importância associada à honra dos precedentes. Dessa forma, na maioria dos casos, o relativo consenso legal - exteriorizado pelo voto de ao menos seis ministros - prevaleceria, sem a possibilidade de intervenção popular. O sistema só seria alterado em casos nos quais houvesse duas construções constitucionais excepcionalmente plausíveis.

Segundo Donnelly (2012, p. 188-189), é importante a existência de tempo suficiente entre a decisão da Corte e o referendo nacional, o que possibilitaria uma deliberação consciente por parte da população. Dessa forma, a votação apenas ocorreria após um período de discussões públicas, possivelmente conduzidas pelos próprios Ministros.

Para o autor, a perspectiva da Suprema Corte mudaria. Os Ministros passariam a buscar entre si um consenso mais amplo em vez de proferirem decisões por uma maioria estreita. O Veto Popular, além disso, poderia encorajá-los a escrever em uma maneira mais direta e acessível ao cidadão médio. Por outro lado, os Ministros que presumidamente perderiam certo caso teriam um incentivo adicional para votarem pela sua aceitação para julgamento pela Corte, já que haveria a possibilidade de revisão pela população. Isso é importante num contexto em que a pauta da Corte vem diminuindo, tanto em termos de quantidade quanto de relevância dos casos julgados. (DONNELLY, 2012, p. 193-194).

O veto popular permitiria que o povo se situasse acima da Suprema Corte na hierarquia constitucional, mesmo que a Corte permanecesse com a última palavra em quase todos os casos. Ainda que a população não revertesse uma única decisão da Corte, remanesceria a importância simbólica de colocar o povo no topo daquela hierarquia. Além disso, a questão constitucional seria incluída diretamente na agenda pública e tiraria o cidadão comum da sua inércia cívica. Com o tempo a população passaria a se perceber como intérprete da Constituição em casos controvertidos. Os efeitos a longo prazo dependeriam da intenção entre o Judiciário, os poderes eleitos e o povo americano. (DONNELLY, 2012, p. 188-189).

A objeção mais forte à proposta consiste na ameaça de uma tirania da maioria, o que seria agravado pela ignorância cívica da maioria dos cidadãos. Nos referendos estaduais, por exemplo, a linguagem das cédulas é confusa, a população comparece de forma limitada e as opiniões dadas são superficiais. Donnelly sustenta que a sua proposta enfrenta essas questões. (DONNELLY, 2012, p. 188-190).

Ao contrário do que ocorre em muitos referendos estaduais, no Voto Popular os cidadãos concentrariam sua atenção em uma questão constitucional específica para um caso particular apresentado. Os fatos relacionados ao caso auxiliariam as pessoas a visualizar os efeitos das possíveis construções jurídicas. (DONNELLY, 2012, p. 190).

Além disso, apenas questões muito relevantes - ao contrário dos questionamentos obscuros que muitas vezes são formulados nos referendos estaduais - satisfariam o critério da maioria qualificada no Congresso e, assim, poderiam ser objeto do Veto Popular. O cidadão apenas teria que focar a sua mente em um número limitado de questões constitucionais ao longo do tempo. Essas questões poderiam até mesmo ser mais simples do que o voto típico para um mandato eletivo, que demanda do eleitor o conhecimento acerca do histórico do candidato e dos poderes do cargo. (DONNELLY, 2012, p. 190-191).

Por outro lado, o povo poderia votar na opinião da maioria ou em qualquer voto vencido. Isso implicaria um processo decisório mais focado e transparente do que ocorre em outros contextos políticos. Não seria difícil aos americanos encontrar fontes de informação confiáveis, apesar da provável existência de campanhas financiadas em defesa das posições em disputa. (DONNELLY, 2012, p. 190).

Com a implementação do Veto Popular, Donnelly espera que os Ministros da Suprema Corte desempenhem um papel importante na educação do povo. Ele também acredita que o processo ampliará o interesse individual e produzirá resultados que são mais compatíveis com a soberania popular do que decisões tomadas por 5 votos a 4. Os cidadãos passariam a prestar mais atenção no trabalho ordinário da Corte e se sentiriam mais confortáveis para lidar com questões constitucionais. A mídia passaria a questionar se determinada questão iria a voto popular e, logo após uma decisão 5 a 4, pesquisas de opinião seriam feitas para indagar se a população deseja rever a decisão. O povo pensaria com mais frequência e de forma mais profunda em questões constitucionais. Essa dinâmica aproximaria o cidadão da Constituição e promoveria o seu engajamento constitucional. (DONNELLY, 2012, p. 192-193).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste artigo se analisou o pensamento de Michael Serota e Tom Donnelly acerca do Constitucionalismo Popular. Em Serota, a noção de fidelidade constitucional desempenha um papel central. Ele sustenta que a legitimidade de qualquer autoridade interpretativa depende da sua habilidade de interpretar fielmente a Constituição. Para tanto, é necessário possuir Competência Interpretativa, que consiste no Conhecimento Constitucional (conhecimento básico sobre as fontes tradicionais de argumentos constitucionais e os princípios que as fundamentam) aliado ao Raciocínio Constitucional (habilidade de ponderar, analisar e esmiuçar o texto, a estrutura, a história e os precedentes constitucionais em uma forma lógica e orientada pelos princípios da Constituição).

Dessa forma, a adequação das reformas que pretendem delegar ao povo aquela autoridade dependeria do conhecimento da população acerca da Constituição e da sua interpretação. Para Serota, essa é a questão mais importante que os constitucionalistas populares deveriam discutir. Na sua visão, os americanos não possuem Competência Interpretativa e, além disso, dificilmente irão obtê-la. Para fundamentar a sua conclusão, Serota apresenta pesquisas que evidenciam o desconhecimento da população acerca do texto constitucional. Os números são

bastante surpreendentes: 98% dos americanos não sabe apontar dois direitos da Quinta Emenda, 80% desconhece o conteúdo da Décima Emenda e a maioria não sabe identificar a quantidade de Senadores estabelecida pela Constituição.

Por outro lado, a ciência política e a psicologia cognitiva sugerem que, apesar de os Ministros da Suprema Corte serem influenciados por preferências políticas, a Competência Interpretativa é a principal motivação das suas decisões. Embora essa conclusão não constitua um suporte irrestrito à prática do controle de constitucionalidade, para Serota ela valida a rejeição das reformas que pretendem delegar ao povo a autoridade interpretativa da Constituição.

Já Tom Donnelly acredita que o constitucionalismo popular é possível. Segundo ele, a primeira fase de constitucionalistas populares concentrou seus estudos de forma exagerada na ascensão e agressividade do Poder Judiciário. Assim, Donnelly sustenta que a teoria deve avançar por meio de uma agenda comprometida com o aprimoramento das competências dos cidadãos e com uma reforma institucional.

São quatro os pontos principais da agenda reformista de Donnelly: a) a paralisia legislativa deve ser contida e o sistema político acelerado, por meio de medidas como a eliminação das práticas de desobstrução e a defesa do poder do Congresso em face das investidas do Judiciário; b) a competitividade eleitoral deve ser promovida através do aumento do número de distritos eleitorais competitivos e da disponibilização de recursos adicionais ao financiamento das campanhas de novos candidatos; c) deve haver uma reforma judiciária que diminua a distância entre as decisões judiciais e a visão constitucional do povo, o que ocorreria por meio da implementação do Veto Popular e do término dos mandatos vitalícios dos Ministros da Suprema Corte; d) a confiança e a competência da população em questões constitucionais deve ser aprimorada, mediante o auxílio das escolas, dos fóruns públicos e da mídia.

A adoção do Veto Popular é a proposta mais ousada de Donnelly. Ao povo seria atribuído o poder de rever decisões da Suprema Corte tomadas por 5 votos a 4, desde que uma maioria qualificada do Congresso votasse pela submissão da questão a referendo nacional. Assim, os Ministros permaneceriam com a última palavra na quase totalidade das questões constitucionais, pois os únicos casos submetidos ao

povo seriam aqueles que dividissem a Corte e ainda contassem com uma maioria qualificada no Congresso favorável à reconsideração pública. A população votaria depois de um período de discussões públicas, possivelmente conduzidas pelos próprios Ministros.

Donnelly pretende que o povo divida a responsabilidade decisória com a Suprema Corte e ao longo do tempo passe a se perceber no topo da hierarquia constitucional. Questões constitucionais seriam incluídas diretamente na agenda pública e tirariam o cidadão comum da sua inércia cívica. O Veto Popular iria educar, engajar e conferir poder ao povo. Trata-se de uma das possíveis formas concretas de fazer o constitucionalismo popular funcionar.

O objetivo da agenda de Donnelly, segundo ele próprio afirma, consiste em manter um elevado nível de independência judiciária e, ao mesmo tempo, promover diversos caminhos (novos e antigos) para o ativismo constitucional da população. Para ele, é desnecessário que alguém tenha uma visão contrária à Suprema Corte ou superestime a capacidade do cidadão comum para aceitar que os americanos deveriam desempenhar um papel mais direto e deliberativo no processo decisório constitucional.

A opinião de Donnelly e Serota não são tão contraditórias como elas possam parecer. É claro que não se pode transferir a autoridade para interpretar a Constituição a um ator que desconhece os aspectos mais básicos do texto constitucional. Isso não exclui, porém, a implementação de medidas que democratizem o processo decisório. O Veto Popular é uma proposta que tem justamente esse objetivo. Mas há outras medidas que podem ser cogitadas. David Pozen (2010), por exemplo, defende as eleições dos juízes como uma forma de concretizar o constitucionalismo popular. As audiências públicas também poderiam servir a esse propósito, desde que as discussões nela ocorridas fossem efetivamente levadas em consideração no momento da decisão constitucional. Em suma, a democratização do processo decisório não necessariamente viola a obrigação de fidelidade constitucional.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXANDER, Larry; SOLUM, Lawrence B. Popular? Constitutionalism? **Harvard Law Review**, Cambridge, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=692224>. Acesso em: 28 jul. 2019.

DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. **Harvard Public Law Working Paper**, Cambridge, n. 11-29, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1962580>. Acesso em: 28 jul. 2019.

KRAMER, Larry D. **The people themselves**: Popular Constitutionalism and Judicial Review. Oxford: Oxford University Press, 2005.

POZEN, David. Judicial Elections as Popular Constitutionalism. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 110, p. 2047-2134, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1708253>. Acesso em: 28 jul. 2019.

SEROTA, Michael. Popular Constitutional Interpretation. **Connecticut Law Review**, Connecticut, v. 44, n. 5, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1807226>. Acesso em: 28 jul. 2019.

---

Recebido em 29/07/2019.

Aceito em 16/10/2019.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p65-76>

## **REVOLUÇÃO 4.0 NO PODER JUDICIÁRIO: LEVANTAMENTO DO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

### ***REVOLUTION 4.0 IN JUDICIAL POWER: MAPPING THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN BRAZILIAN COURTS***

Fernanda Bragança\*  
Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança\*\*

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo fazer um levantamento do uso de inteligência artificial pelo Judiciário brasileiro de modo a identificar os tribunais em que a mesma já está implantada e as funções que realiza. Os portais institucionais e alguns sites especializados divulgam notícias esparsas sobre esta temática, mas a necessidade de constante atualização dificulta a elaboração de estudos sistematizados. Esta pesquisa visa contribuir com algumas informações mais detalhadas sobre a realidade tecnológica de alguns órgãos judiciários do país e sobre o que se pode esperar para um futuro próximo neste campo. A metodologia consistiu em uma revisão bibliográfica de artigos que abordaram este assunto.

**Palavras-chaves:** Inteligência artificial. Poder Judiciário. Processo decisório.

**Abstract:** The objective of this article is to map the use of artificial intelligence by Brazilian Judiciary, identifying the courts where it is already established and the functions it performs. Institutional portals and some specialized websites spread sparse news on this subject despite the constant need for updating, hindering the elaboration of systematic studies. The present research aims to provide more detailed and consistent information about the technological reality in some judicial organs in the country and what can be expected on this subject in the near future. The methodology consisted in a bibliographic review of articles on this subject.

**Keywords:** Artificial intelligence. Judicial power. Decision making.

---

\* Doutoranda no Programa de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ/FND. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ/FND. Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais – LAFEP.

\*\* Doutora pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Professora da Universidade Federal Fluminense- UFF.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema desta pesquisa é o uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário brasileiro. O movimento mais recente de modernização deste órgão está impulsionado pelo uso da mesma e a todo momento surgem notícias de projetos e emprego de novas tecnologias em algum tribunal do país. Diante deste contexto, esta investigação tem dois objetivos principais: identificar quais os órgãos judiciários usam I.A. nas suas atividades e verificar quais tarefas a mesma desempenha. A proposta é, portanto, fazer um mapeamento abrangente a partir das experiências registradas e divulgadas pelas Cortes de Justiça.

Esta pesquisa busca enfrentar as seguintes indagações: em quais Cortes de Justiça do Brasil a inteligência artificial está sendo empregada e como se dá o seu funcionamento? Apesar de ser um assunto pujante na atualidade, as informações institucionais esparsas veiculadas pelas assessorias de comunicação dos tribunais não permitem uma verificação concreta de quais trabalhos a I.A. vem desempenhando. Somente através de um levantamento criterioso será possível visualizar o nível de avanço tecnológico que há no país no âmbito judicial.

A metodologia de estudo consiste em uma revisão bibliográfica de artigos científicos que tratam sobre esta temática na esfera do Judiciário e que contribuam com algum exemplo, referência ou análise de caso sobre um ou mais sistemas de I.A. já implantados pela Justiça brasileira.

## 2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A inteligência artificial vem se tornando cada vez mais presente nas operações casuais do dia a dia, como no reconhecimento facial para desbloquear o aparelho celular, na personalização de ofertas de produtos e anúncios a partir de uma busca realizada na internet, no comando de voz para mudança de uma estação de rádio no veículo. Estamos mais conectados e interagimos com uma frequência crescente com as assistentes virtuais dos *smartphones* como a Siri, por exemplo.

Toda essa conectividade facilita e agiliza a vida das pessoas, a produtividade aumenta e um número progressivamente maior de tarefas consegue ser

desempenhado com apoio desses recursos tecnológicos. Esta interatividade chegou também no âmbito do Poder Judiciário, que atualmente, já conta com a ajuda de robôs para algumas atividades. A I.A. encontra-se inserida, inclusive, no próprio processo decisional.

Em uma análise retrospectiva, a I.A. no Direito por muito tempo se restringiu à edição de textos e construção de planilhas de dados. No início da década, o tratamento dessas informações era bastante incipiente e poucas ferramentas estavam disponíveis. Com os anos, esta tecnologia começou a ser inserida nos grandes escritórios de advocacia e trouxe avanços na classificação e gestão dos processos.

A partir do ano de 2016, começou-se a evidenciar uma mudança mais robusta na utilização da I.A., que pode ser explicada pela diminuição do custo de armazenamento e aumento da capacidade de processamento de dados. Com a explosão das *startups*, inclusive no setor jurídico, o ambiente tornou-se fortemente digitalizado e propício ao tratamento de informações de massa. (COELHO, 2019).

Foi neste cenário que a I.A. encontrou um contexto favorável para colocar em prática toda a sua potencialidade, tanto para a organização de dados não estruturados quanto para as correlações e sugestões voltadas à tomada de decisão.

Atualmente, o que existe de mais avançado e que está sendo empregado no contencioso de alguns escritórios de advocacia não está relacionado à formulação de petições, como facilmente se poderia cogitar. Isto pode ser feito por simples recursos de automação. Hoje, o que há de mais sofisticado são os *softwares* que melhoram a pesquisa jurídica, identificam o assunto, as partes e os pedidos do processo e separam as decisões de maneira a facilitar o trabalho dos advogados, promotores e juízes. (COELHO, 2019).

O primeiro momento da onda de utilização deste tipo de tecnologia foi marcado pela sua proliferação por todos os campos e a interatividade passou a ser sinônimo de modernidade e melhor desempenho. Mais recentemente, essa empolgação deu lugar à uma preocupação com o mapeamento de informações pessoais e acesso à vida privada. Com relação às decisões judiciais, esta mudança de percepção é ainda mais sensível, tendo em vista a complexidade inerente ao próprio ofício: decidir sobre a vida de uma pessoa.

O uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário na sua atividade típica ganhou tanto destaque que passou a ser debatido em diversos seminários e fóruns sediados nas próprias escolas de magistratura. Ainda assim, há muito pouca clareza quanto a aspectos elementares dessa temática, em que pese a manifesta curiosidade e disponibilidade desses servidores em tentar entender o que acontece nas máquinas para que emitam uma determinada decisão.

O perigo dessa falta de conhecimento sobre o funcionamento dessas tecnologias é que este conteúdo é a base para todas as outras discussões que envolvem as suas repercussões e faz com que as avaliações dos riscos do seu uso e do impacto sobre os profissionais da área<sup>1</sup> fiquem extremamente prejudicadas, por exemplo. (KUZNIETEZ, 2018).

A definição sobre o que consiste a I.A. é uma tarefa bastante desafiadora. Ela está inserida em um campo vasto e interage com vários ramos do conhecimento que vão muito além das áreas técnicas e da computação. À grosso modo, a fabricação de uma I.A. visa à imitação do processo cognitivo do ser humano. A expansão recente do seu uso se explica, sobretudo, pelo progresso no “aprendizado” das máquinas.

De modo geral, a I.A. diz respeito à programação de computadores para três principais finalidades: aprendizagem, percepção e planejamento, que são características da inteligência humana. Trata-se de um modelo computacional em que os programadores inserem os dados pertinentes de modo que, com o tempo, esta tecnologia é capaz de elaborar os próprios resultados. Através de um mecanismo conhecido como *machine learning*, a máquina aprende com as informações colocadas por humanos e a partir daí desenvolve sua própria capacidade

---

<sup>1</sup> É possível citar pelo menos três impactos do uso de novas tecnologias, incluindo I.A. para os profissionais da área jurídica, que variam conforme o momento profissional de cada um:

- Para os recém-formados em direito, o treinamento e o desenvolvimento de habilidades e talentos estão cada vez mais focados em áreas de maior valor agregado, ficando em um segundo plano as operações mecânicas, de memória ou meramente administrativas.

- Para os profissionais do direito na procura de oportunidades de crescimento, é essencial a compreensão e o gerenciamento de novas tecnologias disponíveis, de forma que estas contribuam para a melhoria da sua produtividade e não sejam uma tentação para sua substituição.

- Para aqueles que lideram equipes de advogados em escritório ou diretorias jurídicas de empresas, é fundamental o desenvolvimento de uma estratégia clara que permita incorporar tecnologias, mantendo um equilíbrio entre eficiência, produtividade e talento.

cognitiva e decisória. À grosso modo, ela assimila como “pensar” de forma racional e autônoma diante de uma determinada situação.

Um sistema programado para utilizar a I.A. tem a capacidade de decidir, dentre as opções pré-estabelecidas, a que melhor se adequa ao caso. Isto é possível graças a um banco de dados constantemente abastecido por novas informações pela própria máquina, as quais são captadas a partir das referências programadas inicialmente pelo desenvolvedor.

Neste momento cabe frisar o seguinte ponto: quem define os dados a partir dos quais a I.A. irá fazer as suas análises é um indivíduo e, portanto, cabe a reflexão de que neste processo existe a possibilidade de que o mesmo desvirtue a máquina a reproduzir padrões discriminatórios que ele mesmo eventualmente possua, ainda que o faça de modo inconsciente.

Deste modo, fica claro que a constituição dos sistemas se faz a partir das preferências dos programadores ou dos adquirentes do produto e são reflexo das opiniões e prioridades desses sujeitos. A máquina, por conseguinte, não é inteiramente isenta, uma vez que depende de uma atividade humana preliminar de seleção de informações; o que gera uma preocupação quanto a esses desvios cognitivos.

O fato do sistema ser constituído por dados selecionados, por si só, não representa um problema. A questão é que se trata de uma situação desconhecida e que é agravada pela falta de transparência do funcionamento dos algoritmos<sup>2</sup> que o compõe. O perigo é que tudo isso possa estar revestido de uma pretensa imparcialidade matemática quando na verdade é um mecanismo que provoca desajuste social.

Uma amostra prática da dimensão que pode alcançar este tipo de complicação é o *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions – COMPAS*, um sistema que opera a partir de uma I.A. e que foi largamente utilizado nos EUA para avaliar o risco de reincidência dos criminosos do

---

<sup>2</sup> À grosso modo, o algoritmo corresponde à uma sequência de passos para a execução de uma tarefa que quando aplicados a um determinado conjunto de dados permite solucionar problemas semelhantes (AB2L, 2017). Em geral, uma grande quantidade de algoritmos compõe o sistema de inteligência artificial. Através do mecanismo de *machine learning*, por exemplo, os algoritmos aprendem automaticamente a partir de dados.

país. No entanto, uma verificação realizada pelo organismo *ProPublica* constatou que o algoritmo era tendencioso em classificar réus negros como de maior reincidência que os brancos. O agravante é que alguns estados norte-americanos se baseavam nesses resultados para determinar a pena do acusado e quanto maior o índice de reincidência, mais tempo de reclusão era cominado ao detento. (NUNES; MARQUES, 2018, p. 6). Em que pese esta experiência e outros exemplos no mesmo sentido, a reação não deve ser de medo da I.A. O esforço que precisa ser feito é de bem compreendê-la em toda a sua operação.

### **3 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

A I.A. já uma realidade inclusive na mais alta Corte do Brasil. O Supremo Tribunal Federal tem o seu próprio projeto, que foi apelidado de Victor e desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília a um custo de aproximadamente um milhão e meio de reais. A previsão é que esteja operando na sua plena capacidade ainda neste ano de 2019. Esta cooperação com o meio universitário irá produzir inúmeras pesquisas de ponta no país que assumirá finalmente um destaque nas discussões sobre inovação. A estimativa é que os recursos investidos já foram totalmente recuperados. (TEIXEIRA, 2018).

A iniciativa foi nomeada em homenagem ao ex-ministro do STF Victor Nunes Leal, que foi o primeiro magistrado da Instituição que teve uma postura ativa na sistematização dos precedentes do Tribunal de modo a facilitar o reconhecimento dos assuntos mais frequentes.

Essa ferramenta é capaz de executar, por exemplo, a identificação dos recursos que se enquadram em um dos vinte e sete temas mais recorrentes de repercussão geral e a respectiva devolução aos tribunais de origem. Esta última pode ter por finalidade tanto a aplicação de uma tese já consagrada pelo STF quanto o sobrestamento de um processo enquanto aguarda o julgamento pelos ministros. (TEIXEIRA, 2018).

Além disso, Victor está habilitado para proceder à identificação e separação das cinco principais peças dos autos: acórdão recorrido, o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, petição do recurso extraordinário, sentença e agravo no

recurso. Os servidores do núcleo de repercussão geral levavam em torno de trinta minutos para concluir este trabalho, enquanto que a I.A. demora apenas cinco segundos. (TEIXEIRA, 2018).

Devido à sobrecarga de trabalho em algumas varas, muitos processos sequer passavam por este tipo de triagem e eram enviados ao relator sem qualquer prévia identificação das peças. Agora, tudo chega devidamente separado; o que facilita bastante a elaboração do voto.

O Victor também converte de arquivos de imagem em texto e permite a edição de recursos de "copia e cola" de palavras ou trechos para outros documentos. Isto agiliza bastante a redação dos acórdãos com base no que consta nos autos. Se levada em consideração a elaboração de uma única decisão, pode parecer pouca economia de tempo, mas com um volume de escala, os ganhos com a celeridade passam a ser mais evidentes. O diretor-geral do STF, Eduardo Toledo, ressaltou, inclusive, que este projeto certamente contribuirá para fomentar o investimento em inovação no Judiciário.

De acordo com o portal institucional do STF, o Victor não se limitará ao seu objetivo inicial de aumentar a velocidade de tramitação dos processos por meio da utilização da tecnologia. O que não quer significar, porém, que a máquina irá ocupar o lugar dos juízes. A mesma não decide ou julga; ela está sendo treinada tão somente para atuar na organização dos processos visando o aumento da eficiência e da velocidade da avaliação judicial.

Desde meados de 2018, o Superior Tribunal de Justiça está desenvolvendo o projeto Sócrates. Ele é capaz de fazer o reconhecimento de texto e classificar o processo por assunto antes mesmo da distribuição processual. Além disso, está sendo aprimorado para separar casos com controvérsias idênticas e localizar ações em que sejam aplicáveis os mesmos precedentes do tribunal. (CONSULTOR JURÍDICO, 2018).

A expectativa é que o Sócrates será finalmente testado em agosto de 2019 e espera-se uma redução de pelo menos 25% do tempo entre a distribuição e a primeira decisão em recurso especial. Em termos de produtividade, isso representaria um ganho de 10% nos processos julgados em relação ao volume protocolizado no mesmo período. (MIGALHAS, 2019).

O Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais, através de sua diretoria de informática, projetou o Radar, uma I.A. com capacidade para identificar e separar recursos com pedidos idênticos. Após esta separação, os desembargadores elaboram um voto padrão a partir de teses das Cortes Superiores e do próprio TJMG, o qual é então utilizado pela máquina para proceder a julgamentos em conjunto dos casos similares. Na primeira oportunidade em que foi empregado, o Radar julgou de uma só vez duzentos e oitenta processos. (MINAS GERAIS, 2018).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte também já usa ferramentas de I.A. para dar celeridade aos processos por meio do auxílio de três robôs batizados de Poti, Jerimum e Clara, todos em fase de testes. O Poti realiza automaticamente a busca e bloqueio de valores em contas bancárias em apenas trinta e cinco segundos<sup>3</sup>. Ele também é habilitado a atualizar o valor da ação de execução fiscal e transferir a quantia bloqueada para as contas oficiais indicadas no processo. A rapidez e a eficiência são tão impressionantes que provocou a extinção do setor que cuidava das penhoras na comarca de Natal.

O Jerimum, por sua vez, classifica e rotula processos enquanto Clara lê documentos e recomenda decisões semelhantes, como por exemplo, a extinção de uma execução quando o tributo já foi pago. Todos os três sistemas foram desenvolvidos em parceria com a Universidade Federal do RN. (BAETA, 2019).

O TJ de Rondônia seguiu nessa mesma linha e criou o Sinapse através de seu próprio núcleo de inteligência artificial. Uma das suas habilidades é o "módulo gabinete", que indica ao juiz as etapas seguintes do processo e o auxilia na elaboração de sentenças a partir de sugestões de frases. A Corte estadual de Pernambuco criou o Elis, que analisa uma certidão de dívida ativa, confere os dados, verifica a existência de prescrição e analisa a competência. Esta I.A. é direcionada a um setor de grande gargalo no Judiciário, a execução fiscal. (BAETA, 2019).

Em fevereiro de 2019, o Conselho Nacional de Justiça implantou o seu laboratório de inovação e um centro de I.A. voltado a atender ao Judiciário. A ideia é

---

<sup>3</sup> Graças ao robô Poti não é mais necessário que o servidor entre no sistema eletrônico do Banco Central, o Bacen Jud e solicite manualmente a busca e o bloqueio de valores em contas bancárias. Mesmo sem dinheiro em conta, o Poti pode ser programado para buscar o montante em períodos consecutivos de 15, 30 ou 60 dias.

criar ferramentas, produzir pesquisas e comparar experiências que auxiliem os magistrados a decidir melhor, tornar mais célere os fluxos processuais e encerrar com mais rapidez os processos. Os focos são essencialmente automatizar as rotinas judiciais com o uso de robôs e usar I.A. para criar soluções de apoio às decisões dos juízes. (BAETA, 2019).

Uma grande preocupação do CNJ, atualmente, está voltada à questão dos sistemas dos diversos tribunais do país “conversarem” entre si. Essa funcionalidade é fundamental para a produção de métricas, diagnósticos e a longo prazo, a definição de políticas públicas. (SKAF, 2019).

Desde março de 2019, o Conselho da Justiça Federal investe no programa de desburocratização e simplificação que visa incentivar e captar práticas e casos de sucesso na Justiça Federal que facilitem procedimentos judiciais, extrajudiciais e de administração judicial. A iniciativa foi apelidada de FLUI JF e incentivou uma postura mais ativa por parte do órgão. Em junho, o CJF anunciou a criação de uma plataforma de inteligência artificial, a Lia, com o objetivo de responder dúvidas dos usuários por meio de um portal.

Na sua fase inicial de testes, o robô fará consultas à agenda funcional e responderá perguntas frequentes que são direcionadas à Ouvidoria. Segundo os desenvolvedores do sistema, a proposta é que o mesmo colete informações e gere novos dados, adaptando-se às necessidades do usuário. (BRASIL, 2019).

O Presidente do CJF e ministro do STJ, João Otávio de Noronha, já sinalizou o interesse em discutir um padrão de inteligência artificial que se adeque à realidade de todos os tribunais regionais federais e convocou para o mês de agosto uma reunião com servidores da área de tecnologia da informação. (BRASIL, 2019).

Essas iniciativas foram as pioneiras no país em termos de uso de I.A. pelo Judiciário. Pelo menos outros oito tribunais estão em vias de desenvolverem projetos de sistemas inteligentes como Acre, São Paulo, Alagoas, Ceará, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Amazonas e Rio de Janeiro. Nas tabelas abaixo é possível verificar de uma forma mais sistematizada o que já está em operação no Brasil.

**Tabela 1 - Inteligência Artificial nos Tribunais brasileiros**

	<b>TJMG</b>	<b>TJRN</b>	<b>TJRO</b>	<b>TJPE</b>	<b>STF</b>	<b>STJ</b>
Nome da Inteligência Artificial	Radar	Poti, Jerimum e Clara	Sinapse	Elias	Victor	Sócrates

**Fonte:** Autoras.

**Tabela 2 – Inteligência Artificial nos demais órgãos judiciários**

	<b>CJF</b>	<b>CNJ</b>
Nome da Inteligência Artificial	Lia	Laboratório de Inovação

**Fonte:** Autoras

## 4 CONCLUSÃO

A inteligência artificial é uma realidade em pelo menos seis tribunais do país, além de outros dois órgãos do Judiciário. Há ainda projetos em andamento para implementação em toda a Justiça federal e em outras oito Cortes estaduais. Neste momento, o uso de I.A. pela Justiça tem como principal objetivo conferir maior celeridade aos processos com a prolação mais rápida de decisões e as funções mais comuns são identificação de peças e separação dos casos por assunto. Os sistemas mais sofisticados auxiliam na elaboração de textos e preparação de sentenças.

A região Nordeste é a que mais faz uso de I.A. no seu sistema judiciário e algumas dessas tecnologias resultaram de parcerias com universidades; o que gera investimento, fomenta a pesquisa acadêmica e desenvolve o empreendedorismo universitário por parte tanto dos docentes pesquisadores quanto dos próprios alunos.

Uma iniciativa das mais expressivas foi a construção de um laboratório de inovação pelo CNJ que tem como uma das suas metas fazer com que os sistemas que estão em operação interajam entre si de maneira a possibilitar uma maior troca de informações, bem como ampliar a produção de estatísticas e o conhecimento sobre o contexto judicial.

## REFERÊNCIAS

BAETA, Zínia. Tribunais investem em robôs para reduzir volume de ações. **Jornal Valor Econômico**, legislação, São Paulo, 18 mar. 2019. Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/6164599/tribunais-investem-em-robos-para-reduzir-volume-de-acoas>. Acesso em: 6 ago. 2019.

COELHO, Alexandre Zavaglia. A ciência de dados e a inteligência artificial no Direito em 2018 – Parte I. **Conjur**, [S.l.], 1 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/zavaglia-ciencia-dados-inteligencia-artificial-direito>. Acesso em: 12 ago. 2019.

KUZNIETEZ, Gabriel. Inteligência artificial no Direito chegou para ficar. **Jota**, tecnologia, coluna do Demarest, 5 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-demarest/inteligencia-artificial-no-direito-chegou-para-ficar-05122018>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Justiça Federal. Na era da Inteligência artificial, Conselho da Justiça federal lança plataforma que interage com usuários no portal. **Portal CJF**, Notícias, Tecnologia, 24 jun. 2019. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2019/06-junho/na-era-da-inteligencia-artificial-conselho-da-justica-federal-lanca-plataforma-que-interage-com-usuarios-no-portal>. Acesso em: 6 ago. 2019.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algoritmos e os riscos de atribuição de função decisórias às máquinas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 285, p. 421-447, nov. 2018.

MIGALHAS. **Projeto-piloto do Sócrates, programa de inteligência artificial do STJ, é esperado para agosto**. [S.l.], 6 abr. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI299820,51045-Projetopiloto+do+Socrates+programa+de+inteligencia+artificial+do+STJ>. Acesso em: 6 ago. 2019.

SKAF, Paulo. Inovação no Judiciário Paulista. **Jota**, São Paulo, 8 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inovacao-no-judiciario-paulista-08042019>. Acesso em: 6 ago. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. **STJ cria sistema de inteligência artificial para agilizar processos**. [S.l.], 14 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/stj-cria-sistema-inteligencia-artificial-agilizar-processos>. Acesso em: 2 ago. 2018.

TEIXEIRA, Matheus. STF investe em inteligência artificial para dar celeridade a processos. **Jota**, Tecnologia, [S.l.], 11 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/stf-aposta-inteligencia-artificial-celeridade-processos-11122018>. Acesso: 2 ago. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. **Portal TJMG**, Notícias, Belo Horizonte, 7 nov. 2018. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XcChotVKiUk>. Acesso em: 3 ago. 2019.

---

Recebido em 27/08/2019.

Aceito em 01/10/2019.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p77-95>

## **DA SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DA APATRIDIA E SEU TRATAMENTO NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO (LEI Nº 13.445/2017)\***

### ***THE EXCEPTIONAL SITUATION OF STATELESSNESS AND ITS TREATMENT OF THE NEW MIGRATION LAW (LAW Nº 13.445/2017)***

Igor Fernando Toledo de Oliveira Moreira<sup>\*\*</sup>  
Marcos Paulo Sobreiro Pulvino<sup>\*\*\*</sup>

**Resumo:** O artigo em questão buscará tratar da apatridia, situação excepcional que acomete aqueles indivíduos que perdem a nacionalidade antes de adquirirem uma nova. Dessa forma, perdem o vínculo com um Estado, perdendo também a proteção jurídica de seus direitos. Muito embora a época atual seja de propagação dos direitos humanos, o artigo pretende demonstrar que em matéria da nacionalidade, a mediação estatal é importante. Nessa seara, é imprescindível anotar que o artigo pretende discutir se há relação existente entre a apatridia e os inúmeros refugiados que a mídia constantemente divulga ao entrar nos países estrangeiros, bem como a proteção aos direitos fundamentais dessas pessoas e a garantia de proteção aos países que aceitam recebê-los. Por derradeiro, o artigo também pretende discutir a forma pela qual o ordenamento jurídico brasileiro decidiu proteger a matéria, definindo seu trâmite na Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) e no Decreto nº 9.199, que regulamenta a supracitada lei, sugerindo uma nova sistemática para a matéria.

**Palavras-chave:** Apátridas. Lei de Migração. Nacionalidade.

**Abstract:** The article in question will seek to address statelessness, an exceptional situation that affects those individuals who lose their nationality before acquiring a new one. In this way, they lose the bond with a State, also losing the legal protection of their rights. Although the current era is the propagation of human rights, the article intends to demonstrate that in matters of nationality, state mediation is important. In this section, it is essential to note that the article intends to discuss whether there is a relation between statelessness and the numerous refugees that the media constantly divulges when entering foreign countries, as well as the protection of the fundamental rights of these people and the guarantee of protection to the countries that accept them. Lastly, the article also intends to discuss how the Brazilian legal system decided to protect the matter, defining its process in the Migration Law (Law no. 13.445 / 2017) and Decree No. 9.199, which regulates the aforementioned law, suggesting a new systematic approach to the subject.

---

\* Uma versão modificada deste artigo foi publicada no livro "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Rogério Moura de Almeida Filho", de coordenação de Cleyson de Moraes Mello, José Rogério Moura de Almeida Neto e Regina Pentagna Pentrillo.

\*\* Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas de Cruzeiro.

\*\*\* Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Salesiano.

**Keywords:** Atateless. Migration Law. Nationality.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado é uma das criações mais complexas feitas pela humanidade. Essa é uma instituição criada com o objetivo de alcance do bem comum. Essa instituição é formada pela sociedade política que se organizou através do tempo e percebeu que havia benefícios oriundos dessa aliança entre os homens e mulheres constantes daquele espaço físico, como a organização política e a proteção contra os demais Estados. Essa sociedade política, no entanto, se tornou tão complexa que seu estudo se mostrou imprescindível para permitir a própria continuidade estatal.

Entretanto, urge inicialmente discorrer sobre a criação do Estado e sua importância para a evolução da humanidade, bem como sobre as consequências para a vida humana com o advento do Estado moderno. Um desses resultados é evidentemente a ligação que o Estado possui com seus cidadãos, que ocorre com a nacionalidade. De forma singela, pode-se dizer que a nacionalidade é o vínculo que une o indivíduo a determinada comunidade e que dá direitos e deveres aos mesmos, tudo definido pela ordem legal do país de origem da pessoa. "De qualquer maneira é um status que define o vínculo nacional da pessoa, os seus direitos e deveres em presença do Estado e que normalmente acompanha cada indivíduo por toda a vida." (BONAVIDES, 2000).

Porém, engana-se quem acredita que a nacionalidade já era igual no passado. Ela não tinha o mesmo tratamento jurídico como possui hoje, pois toda a Ciência Política é oriunda de um processo evolutivo através das eras e com a nacionalidade isso não difere. Na antiguidade, o conceito de nacionalidade não era firme como atualmente e havia apenas o sentimento de pertencimento a uma localidade, sem, contudo, haver juridicamente o recebimento de direitos e deveres para o ser humano.

É certo, porém, que na Grécia antiga, as cidades estavam organizadas de forma independentes umas das outras, de modo que eram chamadas de cidades-estados, para demonstrar a sua autossuficiência em relação as demais. Dessa maneira, por exemplo, Tessalônica tinha sua estrutura própria, ao passo que Atenas tinha entre seus cidadãos a sua forma própria de conduzir os negócios da *pólis*, em que os cidadãos se dirigiam até a *ágora* para manifestar diretamente aquilo que

desejavam para a cidade. Essa antiga forma de constituição, muito embora receba o nome de *Estado*, ainda não possui a maturidade para a criação de uma instituição política com livre estabelecimento de suas normas, o que só seria criado em meados do século XVII.

O juspolitólogo e professor italiano Santi Romano esclareceu na sua obra **Princípios de Direito Constitucional** que “é evidente que os gregos referiam-se ao Estado com a palavra (*Pólis*), que, embora utilizada para indicar regiões e países [...] comumente significa cidade e, portanto, como correspondente nome *civitas* empregado pelos latinos para significar o Estado [...]” (ROMANO, 1977, p. 59).

Da mesma forma, em Roma, a atribuição da condição de cidadão não tinha ligação com uma instituição forte e centralizada e a cidadania romana era dada aquele indivíduo que pertencia a mesma comunidade ou família patrícia e não devido ao pertencimento ao território. Tais privilégios davam acesso às magistraturas e também a possibilidade de figurar como parte em querelas judiciais, utilizando-se a lei romana. No livro dos Atos dos Apóstolos, São Paulo chega a mencionar o fato de que é cidadão romano ao ser preso por um centurião sob a acusação de ser cristão, já que a cidadania romana transmitia o aspecto de uma preeminência sobre os demais povos.

Quando o iam amarrando com a correia, Paulo perguntou a um centurião que estava presente: É permitido açoitar um cidadão romano que nem sequer foi julgado? Ao ouvir isso, o centurião foi ter com o tribuno e avisou-o: Que vais fazer? Este homem é cidadão romano. Veio o tribuno e perguntou-lhe: Dize-me, és romano? Sim, respondeu-lhe. O tribuno replicou: Eu adquiri este direito de cidadão por grande soma de dinheiro. Paulo respondeu: Pois eu o sou de nascimento. (BÍBLIA, 1995, p. 1442).

Ainda em Roma, o conceito de *civitas* foi ampliado durante toda a jornada daquela civilização antiga. Sabe-se que Roma teve três grandes etapas da sua história, compreendendo formas de governo distintas. Assim, “a história da *urbs* se divide em Realeza [...], República [...] e Império [...]. Este último ainda pode ser subdividido entre Alto [...] e Baixo Império [...]; esta subdivisão baseia-se no absolutismo do imperador, que era menor no primeiro e incondicional no segundo.” (CASTRO, 2008, p. 78-79). Ser cidadão romano era um prestígio muito grande e já

revelava um embrião da nacionalidade que seria concedida pelos Estados Nacionais aos originários daquele território alguns séculos mais tarde.

Inicialmente, era romano apenas aquele que nascesse dentro da cidade de Roma, excluindo-se os estrangeiros da benesse. A *civitas* era exclusividade dos bem nascidos, sendo uma das características do *optimus iure*, ou seja, uma livre imposição de restrições aos direitos concedidos aqueles que eram romanos. “*Optimus iure* refers to persons and things, free from legal restrictions and charges. A person *optimo iure* is one who has full legal capacity.” (BERGER, 1991, p. 610).

Ocorre que na época compreendida no Império Romano, o imperador Caracala decidiu conceder a *civitas* romana a todos aqueles que tivessem nascido em quaisquer localidades que pertenciam a Roma. Em 212 d.C. a **Constituição Antonina**, também conhecida como **Édito de Caracala**, fez conceder a cidadania romana a todos os habitantes do vastíssimo Império Romano, estendendo-se o direito a todos. E ao alargar esse direito a todos, o imperador causou uma enorme perda de privilégios aos antigos originais romanos, já que a integralidade dos cidadãos agora tinham os mesmos direitos dos nascidos entre as Sete Colinas.

Avançando o lapso temporal, entretanto, o Estado como é conhecido atualmente nasceu após disputas territoriais entre os reis católicos e protestantes que desencadearam na Guerra dos Trinta Anos, travada entre 1618 a 1648, ocorrida, em sua maior parte, na Alemanha. Após os combates, foi assinado um acordo que garantiu a possibilidade de os Estados criarem livremente suas leis dentro de seus espaços físicos. O Tratado de Vestefália trouxe nova configuração de poder para os europeus, mudando os domínios dos povos daquele continente, além de representar uma queda no poder da Igreja Católica nas relações internacionais da época. “Os tratados de Vestefália representam um avanço significativo rumo à secularização da ordem política, diplomática, bélica, jurídica.” (ROMANO, 2012, p. 55).

Tal liberdade recebeu o nome de a **Paz de Vestefália**. O que interessa nessa situação é que essa paz possibilitou o nascimento do conceito de soberania em conjunto com a jurisdição territorial<sup>1</sup>, havendo os ingredientes para a criação de um

---

<sup>1</sup> Em sentido contrário, o interessante artigo do professor Luís Moita, da Universidade Autônoma de Lisboa, que procura questionar o papel da Paz de Vestefália na inauguração do Estado-Nação. Para ele, “[...] o Estado-Nação, no sentido moderno do termo, resulta historicamente de uma confluência

Estado moderno. Esses elementos são a soberania, o território, o povo e a finalidade e atualmente já há pensamentos no sentido da necessidade do reconhecimento do Estado pela comunidade internacional, já que não há Estados isolados que não mantenham relações diplomáticas e comerciais com seus vizinhos e demais Estados<sup>2</sup>. Com isso, tem-se a sociedade política complexa integrada por toda a sorte de pessoas, que convergem todos os seus interesses particulares a uma única vontade geral de construir uma instituição forte e centralizada capaz de regular a vida do povo.

Adiantando um bocado para a experiência pátria, o Estado brasileiro a Constituição da República de 1988 concede a nacionalidade brasileira aos cidadãos em seu artigo 12, porém nesse mesmo dispositivo faz clara menção a perda da nacionalidade brasileira, deixando claro que o cidadão pode perde-la, correndo o risco de transformar-se num apátrida. É nítido o esforço dos países em tentar evitar que a apatridia ocorra, com a assinatura de tratados internacionais sobre o tema e a inclusão no ordenamento jurídico de legislações mais protetivas a nacionalidade. E uma dessas medidas tomadas pelo Brasil foi a inserção de um capítulo sobre o tema na nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) que será analisada nos próximos tópicos. (BRASIL, 2017).

Proteções inerentes aos indivíduos integrantes de um Estado, estejam estes em seu território pátrio ou não, têm parte de sua objetivação advinda do tipo de vínculo jurídico que esses indivíduos mantêm com o país, além dos direitos e garantias fundamentais a eles outorgados independentes de sua condição.

Sabe-se que um dos vínculos jurídicos mais importantes que uma pessoa pode manter com um Estado é a nacionalidade, e como se verá adiante, desta relação tem-se inúmeras garantias que repousam sobre a pessoa. Sendo elas a nacionalidade dita originária, de primeiro grau, ou a derivada, de segundo grau. No

---

de elementos: por um lado, o fim do ancien régime ditado pela revolução francesa, por outro, a emergência do capitalismo industrial." (MOITA, 2012, p. 38).

Não é intuito do artigo estudar com afinco as teorias sobre o nascimento do Estado, porém, referencia-se esse estudo em razão de seu recorte revisional do tema.

<sup>2</sup> É o entendimento do procurador de justiça do Estado do Rio de Janeiro, Kleber Couto Pinto, que insere esse caractere no rol dos elementos do Estado moderno. Aduz ele que "o Estado tem existência em relação à comunidade internacional, além da reunião de seus elementos essenciais, precisa de uma considerável número de reconhecimentos por parte dos demais Estados já existentes para que seja garantida a sua sobrevivência." (PINTO, 2013, p. 78)

entanto, há indivíduos que não possuem vínculo com Estado algum, são os ditos indivíduos apátridas (*heimatlos*), que por esta situação acabam sendo marginalizados de uma convivência plena como membros devidamente reconhecidos de uma sociedade.

Este labor tem como objetivo trazer à baila a discussão da proteção aos apátridas e a necessidade de que a previsão da percepção de nacionalidade, aos que se encontram em tal situação, deve advir de lei *strictu sensu*, diferentemente do que acontece hodiernamente com a previsão de que “regulamento disporá sobre instituto protetivo especial do apátrida, consolidado em processo simplificado de naturalização.” (BRASIL, 2017), como dispõe a nova Lei de Migração.

Aventa-se também a hipótese de que a outorga de nacionalidade se perfaz em um dos expoentes máximos da soberania de um Estado, fazendo-se dessa forma com que a qualidade de nacional advenha da vontade geral do povo, e não de mera regulação de um presidente, ou de quem este tenha delegado esse ato, já que a carga subjetiva, além da periodicidade de renovação do mandatário do poder eletivo poderia conferir maior insegurança jurídica a quem já se encontra em posição fragilizada.

## **2 A APATRIDIA E A CONCESSÃO DA NACIONALIDADE NO ORDENAMENTO PÁTRIO**

Terminados os combates da Segunda Guerra Mundial, a humanidade percebeu como alguns Estados poderiam criar políticas de extermínio contra outrem. Dessa forma, se fez necessária a criação de mecanismos para a proteção de todos os habitantes do planeta. Assim, em 1948, foi assinada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, que trazia inúmeros direitos e expressava quais defesas e garantias o ser humano teria para que as violências não voltassem a ser cometidas. E a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 tem por objetivo expresso o, como posto em seu preâmbulo:

“ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a

constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição". (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, não paginado)

Isto é, visa o documento em comento ampliar e garantir, a todos aqueles que se encontram sob a jurisdição da Organização das Nações Unidas, o respeito aos direitos fundamentais inerentes aos homens, tanto como indivíduos como coletividade.

E dentre a gama de direitos fornecida a humanidade, o artigo 15 dessa carta descreve o direito a nacionalidade como um dos direitos fundamentais e que concede a dignidade ao cidadão que pertence a determinado Estado, como assim declara: "Artigo XV. 1. Todo ser humano tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, não paginado).

A nacionalidade implica num vínculo que faz o cidadão pertencer juntamente com outros no rol de pessoas provenientes de uma localidade. Um conceito mais profundo pode ser retirado da professora Ana Paula de Barcellos, que preleciona que "a nacionalidade, como se sabe, é o vínculo jurídico que liga um indivíduo a determinado Estado, gerando para ele direitos e deveres em face desse Estado. De fato, o Estado tem deveres para com seus nacionais." (BARCELLOS, 2018, p. 203). Desse conceito descrito, ainda é possível explicitar a diferença entre a nacionalidade e a cidadania, deixando a nacionalidade unicamente como um distintivo entre as pessoas no cenário global. "Já a cidadania consiste na possibilidade de exercício dos direitos políticos (ativos e passivos) dentro das fronteiras do Estado." (MOTTA, 2018).

Nacionalidade esta que pode ser definida também como o "vínculo jurídico-político de direito público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado." (PONTES DE MIRANDA, 1969 *apud* BULOS, 2016, p. 839). Assim, passa o indivíduo a integrar o composto orgânico estatal com a

aquisição de nacionalidade, a partir disso é povo, detentor de direitos e garantias fundamentais, como também de deveres.

Ou seja, ser nacional de um Estado é garantia fundamental de todo homem, tal fato é inerente as condições de dignidade que necessita todo ser humano. No entanto, existem no mundo cerca de 10 milhões de pessoas que estão em situação de apatridia (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2014a, p. 3), ou melhor, não possuem vínculo jurídico com país algum.

Tal situação configura total estágio de desproteção de indivíduos sem nacionalidade, já que:

Este indivíduo não possui vínculo com um grupo e, conseqüentemente, está desconectado de outras pessoas; não encontra, assim, qualquer espaço de ação, está fora da política e "fora do mundo". Como reconhecer a igualdade desse outro que não pode exercer suas capacidades mais humanas? (LISOWSKI, 2012, p. 118).

O apátrida encontra-se não só em estado de desproteção como de humilhação, já que não é cidadão de lugar nenhum, não pode participar ativamente da vida política de um país da condução do interesse de alguma coletividade que se perfaz em Estado. Tal acepção pode ser corroborada pelos trabalhos realizados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados ao dizer que: "Pessoas apátridas estão entre as mais vulneráveis do mundo, frequentemente impedidas de usufruir de direitos como a igualdade perante a lei, o direito ao trabalho, educação ou atendimento médico." (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2014b, p. 1).

Todo e qualquer ser humano merece proteção, posto a fragilidade inerente a sua condição, no entanto, os *heimatlos* lutam para ser reconhecidos como pertencentes a um local, são cidadãos de lugar nenhum que buscam, antes de qualquer direito, serem reconhecidos como parte integrantes de um país, de um conjunto que está sob a proteção de uma Constituição, e conseqüentemente serem reconhecidos como pertencentes de um povo.

No Brasil, a lei Maior do ordenamento jurídico dedica um capítulo exclusivo para tratar da nacionalidade. Ao analisar-se o Capítulo III do Título III percebe-se

que a nacionalidade brasileira pode ser de dois tipos, nacionalidade primária, ou originária, e nacionalidade secundária ou derivada. A nacionalidade primária é:

Inerente ao brasileiro nato, deriva do nascimento, sendo aferida mediante a observância de laços sanguíneos, territoriais, ou de ambos ao mesmo tempo. É unilateral, pois é o Estado que estabelece os critérios para a sua outorga. Pouco importa o desejo humano de adquiri-la. (BULOS, 2016, p. 841).

No caso brasileiro adotou-se, segundo Bulos (2016, p. 841), uma condição mista de outorga de nacionalidade originária, mesclando-se o critério *jus soli*, aquele que leva em consideração o lugar de nascimento da pessoa, com o critério *jus sanguinis*, que leva em consideração os laços sanguíneos do indivíduo.

Já a nacionalidade secundária é, segundo Moraes (2016, p. 369), aquela “a que se adquire por vontade própria, após o nascimento e, em regra, pela naturalização”. Ou seja, esse tipo de nacionalidade é típico do brasileiro naturalizado, aquele que a adquire após ter outra nacionalidade, ou no caso dos apátridas, não tendo nacionalidade alguma.

Depreendendo do que foi descrito acima, a Constituição da República de 1988 definiu a nacionalidade no artigo 12 da Carta Constitucional.

### CAPÍTULO III DA NACIONALIDADE

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II - naturalizados:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
- b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e

sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira (BRASIL, [2016], não paginado).

A nacionalidade brasileira que é concedida aos particulares implica aos cidadãos em receber direitos e cumprir deveres para o Estado, já que esse liame cria situações jurídicas. Um exemplo disso é o serviço militar obrigatório aos indivíduos do sexo masculino ao atingir a maioridade, mas que a própria Constituição permitiu em seu artigo 143, § 1º que obrigação alternativa fosse cumprida por aqueles que alegarem a escusa de consciência por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica do artigo 5, inciso VIII. Já no que tange aos direitos, tem-se o rol de direitos dados aos brasileiros pela mesma Constituição e que envolvem os direitos fundamentais e os direitos sociais, espalhados por toda a extensão da Lei Fundamental.

Ocorre que a nacionalidade também pode ser perdida, gerando situações excepcionais e que causam muito prejuízo e angústia. Perde-se a proteção estatal de alguns direitos, mesmo a humanidade vivenciando a época de proteção aos Direitos Humanos. Muito sangue fora derramado até que a ordem internacional fosse orientada a proteção integral dos seres humanos.

A primeira premissa da qual se tem que partir ao estudar os *direitos* das pessoas é a de que tais direitos têm dupla proteção atualmente: uma proteção *interna* (afeta ao Direito Constitucional e às leis) e outra *internacional* (objeto de estudo do Direito Internacional Público).<sup>1</sup> À base normativa que disciplina e rege a proteção internacional de direitos dá-se o nome de *Direito Internacional dos Direitos Humanos, hoje disciplina autônoma que conta com regras e princípios próprios*. (MAZZUOLI, 2019).

Vê-se que além de prever as hipóteses de concessão de nacionalidade a Constituição também explicitou as situações em que o brasileiro poderá perder a nacionalidade, já que, conforme § 4º de seu art. 13:

Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:  
I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;  
II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:  
a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (BRASIL, [2016], não paginado).

Poderá, dessa forma, mesmo o brasileiro nato vir a perder sua nacionalidade ao optar voluntariamente pela aquisição de outra cidadania, ressalvadas as exceções constitucionais, além da hipótese de cancelamento de naturalização oriundo de processo judicial, assegurados a ampla defesa e o contraditório, claramente.

Isso revela com clareza que a nacionalidade não é um direito indelével ou imutável. A perda da nacionalidade pode acontecer e se a decisão estatal vier antes de o indivíduo adquirir uma nova nacionalidade de um outro país, pode gerar a apatridia. Portanto, os apátridas são aqueles que não possuem nacionalidade alguma e são como se não tivessem casa dentro do mundo. E conseqüentemente os apátridas perdem a proteção jurídica que a nacionalidade confere.

Com uma breve reflexão pode-se concluir que com a ocorrência de problemas na naturalização alienígena, como não preenchimento dos requisitos no decorrer de processo de naturalização, emergirá o fenômeno da apatridia, lembrando-se que a "perda da nacionalidade segue uma ordem taxativa (numerus clausus), pois só pode ocorrer nas hipóteses definidas pela Constituição Federal (art. 12, § 4º-, I e II)." (BULOS, 2016, p. 858).

Já no ordenamento jurídico infraconstitucional pode-se encontrar não causas de perda de nacionalidade, mas a evolução de definições importantes sobre o tema.

Imprescindível anotar que na atual sistemática da globalização mundial, o Brasil fez surgir no seu ordenamento jurídico a nova Lei de Migração, que regula a matéria das pessoas que decidem deixar seus países em razão de conflitos armados ou de perseguições políticas e religiosas e também dos apátridas. Os diversos países do globo já assinaram acordos internacionais sobre o tema, de modo que o problema é antigo. A Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou em 1951 a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados e Apátridas, que dispôs inicialmente sobre o tema. Em seguida, em 1954, o mesmo organismo internacional aprovou a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, que trata especificamente sobre o tema. Como se isso não bastasse, em 1961, a ONU ainda tratou sobre a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, sinalizando a vontade de a comunidade

internacional de resolver isso nos países plenipotenciários que assinaram esses acordos, entre eles, o Brasil.

Por essa razão, a Lei nº 13.343/2017 veio para o ordenamento jurídico nacional a fim de regular as entradas dos imigrantes no Brasil, os direitos dos egressos e também como os apátridas podem viver no país com dignidade, documento este que coloca o Brasil como modelo no combate a apatridia. (FELIX; NUNES, 2017, p. 25).

Daí, a lei trouxe o conceito do que seria a apatridia, facilitando seu entendimento. Dispõe a lei no seu artigo 1º, § 1º, inciso VI que o apátrida é a “pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro” (BRASIL, 2017). O Decreto nº 9.199 de 20 de novembro de 2017, que regulamenta a Lei de Migração trouxe idêntico conceito dos apátridas, mostrando que a legislação anda sempre no mesmo sentido para explicar a situação do indivíduo que não possui nacionalidade alguma.

Isto é, o reconhecimento da condição de apátrida se dá nos moldes do Estatuto de 1954, além do reconhecimento em legislação pátria, que hodiernamente se dá em forma de regulamento. Apesar do grande avanço reconhecimento de quem são os apátridas, nosso ordenamento ainda está longe do ideal em vários pontos, um deles tema do próximo tópico

### **3 A OUTORGA DE NACIONALIDADE E SUBJETIVIDADE – CONTRASTES PRESCINDÍVEIS AOS DESPROTEGIDOS**

Como dantes citado, a aquisição de nacionalidade brasileira pode se dar de duas formas, originária ou derivada. A aquisição derivada possibilita aos estrangeiros e apátridas tornarem-se brasileiros naturalizados. A Carta Magna de 5 de outubro de 1988 prevê, em seu artigo 12, inciso II, os casos de naturalização. Isso significa que existe ainda uma subdivisão na naturalização e, segundo BULOS (2016, p. 850), pode ser quinzenária, aquela prevista na alínea b supracitada no tópico anterior, ou ordinária, explicitada na alínea a.

Segundo Moraes (2016, p. 382), a naturalização quinzenária configura inovação no ordenamento constitucional pátrio, uma vez que a acepção de nacionalidade brasileira se configura direito subjetivo, já que fica a cargo do interessado requerer ser brasileiro naturalizado, não havendo discricionariedade do Estado nesse processo.

Por sua vez a naturalização ordinária é aquela que o processo é regulado por lei, excluídos os indivíduos que advém de países de língua portuguesa, cujas exigências são somente a residência no país de forma ininterrupta por um ano e idoneidade moral.

A lei que regula o processo de naturalização brasileira é, como já citada nesta feita, a Lei de Migração, e para aquisição de nacionalidade é indispensável o preenchimento dos requisitos presentes nesse instituto, sendo eles, de acordo com o artigo 65:

Será concedida a naturalização ordinária àquele que preencher as seguintes condições:

I - ter capacidade civil, segundo a lei brasileira;

II - ter residência em território nacional, pelo prazo mínimo de 4 (quatro) anos;

III - comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando; e

IV - não possuir condenação penal ou estiver reabilitado, nos termos da lei. (BRASIL, 2017, não paginado)

Além da previsão destes requisitos explícitos ainda há um requisito implícito, que é a:

Aquiescência do Chefe do Poder Executivo em aceitar o rogo do interessado. Recordemos que esse ato é discricionário. Pode ser concedido, ou não. Advém da soberania do Estado brasileiro. Assim, não basta que o sujeito satisfaça os requisitos expressos, a seguir mencionados; é indispensável a anuência do Executivo para que possa obter a naturalização ordinária. (BULOS, 2016, p. 849).

Dessa forma a participação do Poder Executivo se faz presente no processo de outorga de nacionalização. Tal participação, segundo entendimento de nossa Corte Máxima, não afasta a constitucionalidade do processo uma vez que:

A concessão da naturalização constitui, em nosso sistema jurídico, ato de soberania que se insere na esfera de competência do Ministro da Justiça, qualificando-se, sob tal perspectiva, como faculdade

exclusiva e discricionária do Poder Executivo. (BRASIL, 2009, não paginado).

Ao analisar-se tal entendimento nota-se que impera no momento da concessão de nacionalidade a soberania do Estado, exercida através do chefe do Poder Executivo. No entanto, com a máxima vênua que se lhe é devida, a outorga de nacionalidade é tema sensível que afeta a composição do Estado em seu cerne, uma vez que faz incidir num dos pilares do Estado, o povo, e não deveria dessa forma estar subordinados a decisões que, infelizmente, serão tomadas com alto grau de subjetividade ou motivações políticas.

No caso dos apátridas, indivíduos com máxima desproteção, a subjetividade na concessão de nacionalidade é ainda maior, uma vez que, segundo a Lei de Migração, o meio hábil para tratar do assunto seria um Regulamento. Dispõe o artigo 26 da Lei de Migração que “Art. 26. Regulamento disporá sobre instituto protetivo especial do apátrida, consolidado em processo simplificado de naturalização.” (BRASIL, 2017). Explicando com pormenor a vontade da lei, a proteção do apátrida fica condicionada, além da chancela ao final do processo de naturalização, a regulamentação do Chefe do Executivo. *In casu*, o Decreto nº 9.199 de 20 de novembro de 2017 regulamenta a Lei de Migração e também dispõe sobre os apátridas no Capítulo V, a partir do artigo 95.

Sabe-se que o Regulamento refere-se ao conteúdo do ato que é emitido através de um Decreto. É ato do Presidente da República permitido pela Constituição. “Os decretos são atos administrativos editados privativamente pelo chefe do Executivo, na forma do art. 84, IV, da CRFB, com o objetivo de reger relações gerais ou individuais.” (OLIVEIRA, 2018). Ocorre que as leis são provenientes do Legislativo, compostos por duas casas, ou seja, um colegiado. É comum que essa reunião de membros do Legislativo seja muito plural e que permita discussões sobre o tema, sendo obrigatório que as leis passem por avaliações dadas nas Comissões, diferentemente do Poder Executivo, composto por um único membro. Dessa maneira, uma lei que trate do assunto tende a ser mais legítimo do ponto de vista da soberania do que um decreto.

Nessa mesma linha de raciocínio, a soberania com relação a composição de um povo somente pode advir do mesmo povo, não de um representante, uma vez que a soberania é:

Senão o exercício da vontade geral, jamais se pode alienar, e que o soberano, que nada mais é senão um ser coletivo, não pode ser representado a não ser por si mesmo; é perfeitamente possível transmitir o poder, não porém a vontade. (ROUSSEAU, 2003, p. 22).

A vontade geral dar-se-ia de maneira efetiva através da norma com maior participação popular possível que, no ordenamento pátrio, é aquela advinda de processo legiferante formal, com ampla discussão e debate sociais, para que nasça justa e igualitária e represente a vontade geral, que tende ao bem-estar social. E não se pode olvidar que na teoria da hierarquia das normas, a lei tem prevalência sobre um decreto, que é considerada uma norma inferior, justamente por conta dessa menor representatividade e importância frente a lei.

Além do mais, o apátrida encontra-se em uma posição de extrema vulnerabilidade que diminui com a sua integração a um Estado, integração esta que precisa ser sólida, célere e efetiva, já que o que se encontra em risco é um direito humano fundamental, direito de pertencer a um lugar, direito de ser alguém, direito de integrar um povo, direito que precisa ter a segurança jurídica vai além de medida singular, direito que necessita advir do seio da nação que os *heimatlos* irão integrar.

Por essa razão, muito embora o ordenamento jurídico já tenha trazido para a vigência o Decreto nº 9.199/2017, com base em todos os argumentos mencionados nesse tópico, nesse momento propõe-se *de lege ferenda* que uma legislação própria para os apátridas seja criada, com a intenção de normatizar o assunto para que todos os indivíduos sem pátria sejam tratados com a máxima justiça que o caso demanda.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a nova Lei de Migração, o Estado brasileiro dá mostras de respeito aos ditames dos Direitos Humanos, tendo procurado criar normas acerca da entrada e saída de estrangeiros no território nacional. Sendo o Brasil um dos países de maior

fronteira dentre as duas centenas de países do globo, é natural que exista certa preocupação com o assunto, ainda mais em épocas em que o terrorismo é preocupação de todos os países e as novas tecnologias são comumente utilizadas em prejuízo da humanidade. Por isso, a lei de 2017 tratou dos imigrantes, mas também dispensou especial atenção aos apátridas, em conformidade com os compromissos firmados pelo Brasil na ordem internacional com as Convenções de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas e de 1961 sobre a Redução dos Casos de Apatridia. Nesse diapasão, a Lei nº 13.445 dispôs que os casos de pessoas sem nacionalidade seriam geridos por Regulamento, que criará instrumentos protetivos para essas pessoas. Tal figura legislativa já existe, perfazendo no Decreto nº 9.199/2017. Entretanto, após análise do problema de pesquisa, é possível notar que a nacionalidade é assunto de competência privativa da União, na forma do artigo 22, inciso XIII da Norma Fundamental, tendo ela sido bem clara em mencionar o termo *legislar*, pressupondo a ocorrência de um preceito advindo do Poder Legislativo e não um ato normativo do Executivo.

Continuando-se, temas tão delicados quanto a nacionalidade, bem como a falta dela tem de ser discutidos e avaliados pelo povo e não por um representante dele, já que deve ser garantida a manifestação da vontade geral do povo ao meio com maior participação popular possível. Isso quer dizer que a lei tem maior alcance que um decreto e como solução *de lege ferenda*, fora proposta a elaboração de uma lei que trate dos apátridas com a retidão que esses menos favorecidos necessitam.

## REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Manual de Proteção aos Apátridas de acordo com a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas**. Genebra: ACNUR 2014a. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual\\_de\\_prote%C3%A7%C3%A3o\\_aos\\_ap%C3%A1tridas.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_prote%C3%A7%C3%A3o_aos_ap%C3%A1tridas.pdf). Acesso em: 30 dez. 2018.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Nacionalidade e apatridia**: Manual para parlamentares. Genebra: ACNUR, 2014b. Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual-para-parlamentares-N%C2%BA22\\_Nacionalidade-e-Apatridia.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual-para-parlamentares-N%C2%BA22_Nacionalidade-e-Apatridia.pdf). Acesso em: 30 dez. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BERGER, Adolf. **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991. v. 43, parte 2.

BÍBLIA. Novo Testamento. Atos dos Apóstolos. **Bíblia Sagrada**. Português. 96. ed. São Paulo: Ave Maria, 1995. cap. 22. p. 1441-1442.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. E-book.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 28 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm). Acesso em 28 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Deferimento de pedido de extradição**. Extradição número 1121. Estados Unidos da América e Leonard Kolschowsky. Relator: Ministro Celso de Mello. [Brasília, DF], 18 dez. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2606686>. Acesso em: 17 nov. 2018.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito Geral e Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FELIX, Jaqueline dos Santos; NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte. A apatridia frente ao direito brasileiro: procedimentos e obstáculos para a aquisição da nacionalidade brasileira pelo indivíduo apátrida. **Actio Revista de Estudos Jurídicos**, Maringá, v. 1, n. 27, p. 7-36, jan./jun. 2017.

LISOWSKI, Telma. A apatridia e o "direito a ter direitos": um estudo sobre o histórico e o Estatuto Jurídico dos apátridas. **Revista jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 3, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MOITA, Luís. Uma releitura crítica do consenso em torno do 'sistema vestefaliano'. **JANUS.NET**: e-journal of International Relations, [S.l.], v. 3, n. 2, out. 2012. Disponível em: [observare.ual.pt/janus.net/pt\\_vol3\\_n2\\_art2](http://observare.ual.pt/janus.net/pt_vol3_n2_art2). Acesso em 28 dez. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNRIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 28 dez. 2018.

PINTO, Kleber Couto. **Curso de teoria geral do estado**: fundamento do Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Atlas, 2013.

ROMANO, Roberto. **Paz de Westfália**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

---

Recebido em 25/09/2019.

Aceito em 26/09/2019.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p96-106>

## **A BASE CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR\***

### ***THE CONSTITUTIONAL BASIS OF THE BRAZILIAN CODE OF CONSUMER PROTECTION AND DEFENSE***

Rogério Tabet Almeida\*\*

**Resumo:** A legislação brasileira se caracteriza como um microsistema jurídico específico de proteção e defesa do consumidor, tido como uma das mais avançadas do mundo. Este trabalho busca apresentar algumas considerações a respeito da evolução do direito do consumidor e a base constitucional no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como expor algumas considerações que levaram a opção legislativa por um sistema codificado, porém aberto, principiológico e extremamente avançado para um país com sérios problemas sociais, e ainda em desenvolvimento. Serão feitas algumas considerações históricas a respeito da evolução legislativa, consequência das intensas relações comerciais advindas com a Revolução Industrial e notória situação de desamparo ao consumidor, o que levou o Direito a caminhar no sentido de ampará-lo, direta ou indiretamente.

**Palavras-chave:** Defesa do consumidor. Legislação. Evolução legislativa.

**Abstract:** Brazilian legislation is characterized as a specific legal system of protection and consumer defense, considered as one of the most advanced in the world. This paper aims to present some considerations regarding the evolution of consumer law and the constitutional basis in the Consumer Protection and Protection Code, as well as to present some considerations that have led to the legislative option for a codified but open, principiological and extremely advanced system for a country with serious social problems and still in development. Some historical considerations will be made regarding the legislative evolution, because of the intense commercial relations that came with the Industrial Revolution and a notorious situation of consumer helplessness, which led the Right to walk in the direction of support, directly or indirectly.

**Keywords:** Consumer defense. Law. Legislative evolution.

---

\* Uma versão modificada deste artigo foi publicada no livro "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Rogério Moura de Almeida Filho", de coordenação de Cleyson de Moraes Mello, José Rogério Moura de Almeida Neto e Regina Pentagna Penttillo.

\*\* Mestre em Direito pela UNIPAC. Pós-graduado em Direito Processual pela FDV/CESVA. Pós-Graduado em Direito do Consumidor pela EMERJ/ESA. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Valença - FDV Professor nas disciplinas de Responsabilidade Civil, Direito do Consumidor e Deontologia Jurídica - FDV/CESVA. Editor Chefe da Revista Interdisciplinar de Direito da FDV/CESVA.

## **1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

A tutela específica do consumidor é matéria que já se encontra entre nós há alguns anos, mesmo assim ainda se considera relativamente recente no campo do Direito, surgindo como um ramo autônomo do Direito praticamente na metade do século XX, entretanto diversas disposições legais são encontradas em inúmeras normas ao longo da história.

Podemos inclusive citar no próprio Código de Hamurabi, em 2300 a.C., onde se verifica que o controle e a supervisão do comércio se encontrava a cargo do palácio, o que demonstrava uma preocupação, mesmo que indireta, com o consumo, o lucro excessivo e a prestação do serviço.

Como exemplo, podemos citar a Lei nº 235 do referido Código, que dispunha que o construtor de barco estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural dentro do prazo de um ano. Fica evidente o resguardo ao interesse do consumidor, já naquele remoto momento de normatização jurídica.

Verificamos igualmente a preocupação com os direitos dos consumidores em disposições legais na Mesopotâmia, no Egito Antigo e na Índia do século XVIII a.C., onde o Código de Massú dispunha pena de multa e ressarcimento de danos àqueles que adulterassem seus produtos ou fornecessem produto diverso do combinado. (“Lei 967, 968”).

Já no Direito Romano, temos disposições como as que dita que o vendedor é responsável pelos vícios das coisas a menos que os ignorassem. No período Justiniano, a responsabilidade do vendedor pelos vícios independia de seu conhecimento e, caso fosse identificada a má-fé, a devolução do valor deveria ocorrer em dobro.

Há antecedentes que apontam que Aristóteles já se referia a manobras de especuladores na Grécia Antiga. Igualmente há estudos a respeito de que Cícero (séc. I a.C.) assegurava ao comprador a garantia sobre vícios ocultos.

As disposições protetivas do mercado, de certa forma, sempre estiveram presentes em diversas leis esparsas, entretanto não era o consumidor o centro das atenções, mas sim o mercado.

Exemplos como do Direito Francês de 1481 (Luiz XI) demonstram a preocupação com o comércio, na qual dispunha que o vendedor seria punido no caso de vender manteiga com pedra, com o objetivo de ver aumentado o peso de sua mercadoria.

Em Portugal, os Códigos Penais de 1852 e o vigente de 1886 reprimiam certas práticas comerciais ditas desonestas protegendo, mesmo que indiretamente, o consumidor. Vemos na Suécia a primeira legislação protetiva do consumidor em 1910. Identifica-se a Revolução Industrial de 1776 como a revolução do consumidor.

Em 1785, nos EUA, houve um fato de extrema significância para os direitos dos consumidores – a Lei do Pão. Por esta lei restou garantida a não alteração das características do pão no Estado de Massachusetts. Em 1914, também nos EUA, foi criada a *Federal Trade Commission*, que tinha como atribuição a aplicação da lei antitruste e assim proteger os direitos dos consumidores.

Mas foi em 1962, com a mensagem do Presidente J. F. Kennedy ao Congresso Americano, que se consolidou a ideia específica da tutela do consumidor, ao declarar: “Consumidores somos todos nós”. Conhecida como Declaração dos Direitos Sociais do Consumidor, elencando quatro de seus direitos básicos: “1. os bens e serviços colocados no mercado devem ser sadios e seguros para o uso, promovidos e apresentados de uma maneira que permita ao consumidor fazer uma escolha satisfatória; 2. que a voz do consumidor seja ouvida no processo de tomada de decisão governamental que detenha o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado; 3. tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições e serviços; 4. e ainda o direito a preços justos”

A referida mensagem foi um marco histórico importante para a consolidação dos direitos do consumidor em todo o mundo.

## **2 A NECESSIDADE DA TUTELA**

Sem sombra de dúvida todos somos consumidores, verdade indiscutível e indissociável do ser humano. Não há como se enxergar o indivíduo sem vislumbrarmos várias situações de consumo ocorrendo a todo momento. Vários são

os motivos que levam os indivíduos às relações de consumo, sejam eles por razões de necessidade, sejam por simples consumismo desenfreado.

A evolução histórica das relações comerciais, iniciado com a revolução industrial e o crescimento do comércio, em razão da urbanização das cidades ocorrida no final do século XVIII e, ainda, o antagonismo dos interesses das partes nas relações de compra e venda levaram a uma necessidade de maior proteção nas relações, especialmente em relação àquele que adquiria os produtos e serviços.

A sociedade de consumo não trouxe apenas benefícios, muito pelo contrário, em certos casos a posição de consumidor na relação de consumo o deixou muito inferiorizado, colocando-o em uma situação de extrema vulnerabilidade. Este fato é facilmente verificado quando analisamos a relação existente anteriormente, na qual consumidor e fornecedor tinham um contato pessoal e, muitas das vezes, um convívio social. A relação existente entre ambos era equilibrada, praticamente não se verificava a vulnerabilidade do consumidor na relação.

O homem atual vive em uma sociedade de consumo extremamente selvagem e predatória, caracterizada por uma oferta de produtos e serviços diversificada, cujo marketing e o crédito dominam as relações. A dificuldade de acesso aos meios legais de proteção torna mais grave a situação do consumidor, já tão vulnerável na relação de consumo.

Diante da nova figura de fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador, comerciante e prestador de serviço) fica claro enxergar quem está a ditar as regras, ou melhor, quem possui posição de força na relação. Por outro lado, igualmente fica claro identificar quem está em situação de desvantagem, sendo obrigado, em muitos dos casos, a se submeter às regras e práticas do fornecedor.

O mercado por si só demonstrou-se incompetente para a regulação das diferenças, não equilibrando, nem mesmo mitigando, as desigualdades latentes entre consumidor e fornecedor.

Percebida a problemática, resta evidente a necessidade de intervenção do Estado, e conseqüentemente a evolução legislativa protetiva do notório vulnerável da relação – o consumidor.

Reconhecida à vulnerabilidade do consumidor e igualmente reconhecidas todas as suas facetas, buscou-se uma proteção ampla de modo a possibilitar **efetiva proteção**. A tutela do consumidor se apresenta de várias maneiras: tutela administrativa; tutela processual; tutela civil; tutela penal; tutela coletiva.

A implementação de todas elas faz com que todas as esferas do Estado estejam envolvidas na consecução dos fins pretendidos, assim se verifica o estado presente no Legislativo, no Executivo e no Judiciário.

O que se pretende é a efetiva proteção integral do consumidor, sistemática e dinâmica. O equilíbrio da relação é o objetivo maior e não o desequilíbrio em favor do consumidor, o que se entende inclusive inalcançável.

### **3 O INTERVENCIONISMO ESTATAL**

Reconhecida à impossibilidade do mercado se auto-regulamentar, principalmente em se tratando de relação de consumo especificamente, faz-se necessária a sua "purificação" no dizer de Ada Pellegrini Grinover e outros autores (2004).

Assim, a intervenção estatal se faz imprescindível, posto que, apesar de inúmeras regulamentações privadas se demonstrar eficientes e necessárias, a presença de controles no relacionamento consumidor-fornecedor é um imperativo.

O intervencionismo estatal não mais é objeto de debates sob sua pertinência. Todas as economias de mercado avançadas possuem a presença do Estado de algum modo, umas vezes em maior grau, outras de forma menos intervencionista, mas não mais se admite a ausência do Estado, como preconizam de forma infundada para os dias atuais os economistas liberais que entendem por uma auto-regulamentação por parte dos agentes envolvidos, o que já se demonstrou ineficaz.

A intervenção do Estado no domínio econômico guarda íntima relação com o surgimento da tutela do consumidor. O Estado Liberal tinha como ordem à não intervenção nas relações privadas, entendendo pela auto-regulação segundo as regras de mercado.

Entretanto, como o Estado Liberal se demonstrou insuficiente para atender aos anseios do povo, houve necessidade da presença do Estado para organizar as atividades produtivas, em especial para dar uma resposta aos anseios das massas.

Diante de tamanha lacuna o caminho natural seria a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, intervindo no excessivo liberalismo, ineficiente e desleal, para regular a relação humanizando-a, com reflexos extremamente positivos para as relações de consumo, em especial o consumidor, agente vulnerável na relação.

#### **4 A INFLUÊNCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO**

É fundamental fazer uma análise do surgimento da proteção do consumidor nas legislações estrangeiras para que se possa ter uma visão clara da opção do legislador pátrio, haja vista as fortes e inevitáveis influências sofridas.

A defesa dos direitos dos consumidores sempre esteve ligada a países com forte desenvolvimento econômico, como foi o caso da Inglaterra, França, Alemanha, Itália, EUA, Suécia, etc.

Na Inglaterra, a tutela dos consumidores se deu de forma indireta, através de leis de caráter geral. Em 1893, veio a ser promulgado o "*Sale of Goods Act*", que defendia os consumidores nas relações de compra e venda.

Alguns dos grandes avanços se deram mesmo nos EUA, onde destacamos a responsabilidade objetiva do fornecedor, a inversão do ônus da prova, o que veio a influenciar diversos países, inclusive o Brasil.

Outro marco importante foi a Resolução nº 2542/1969, das Organizações das Nações Unidas, que em seus artigos 5º e 10º, reconheceu os direitos do consumidor internacionalmente.

A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29ª Sessão, em 1973, em Genebra, defendeu os chamados Direitos Fundamentais do Consumidor, destacando: direito a segurança; direito a integridade física; direito a dignidade humana dos consumidores.

A Assembleia Constituinte do Conselho Europeu elaborou a Carta de Proteção dos Consumidores, cuja resolução nº 543 de 1973 serviu de base para o

Conselho da Comunidade Europeia em 1975, na qual se abriu os caminhos para a prevenção e reparação dos danos causados aos consumidores.

Nela, os direitos fundamentais eram assim divididos: "1. proteção da saúde e da segurança; 2. proteção dos interesses econômicos; 3. reparação dos prejuízos; 4. informação e educação; 5. representação (direito de ser ouvido)".

A influência francesa se destaca, principalmente em razão de seu "*Code de La Consummation*", o Código de Defesa do Consumidor Francês.

Diversas outras influências poderiam ser aqui destacadas, mas o que realmente importa saber é que a evolução legislativa internacional propiciou ao Brasil uma legislação atual das mais avançadas do mundo, inclusive, atualmente, influenciando suas fontes tendo em vista as virtudes da legislação brasileira.

## **5 A OPÇÃO DO BRASIL**

No Brasil, verificou-se a transformação do Estado Liberal para o Estado Social nos anos 30, quando a Constituição de 1930 introduziu um capítulo específico à Ordem Econômica e Social, equilibrando a liberdade econômica com os princípios da justiça social e dignidade humana.

As primeiras normas de proteção popular no Brasil surgiram no ano de 1934. Devendo ser destacada a Lei Delegada nº 4/1962, destinada a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

Não se pode olvidar o fato de que realmente a evolução legislativa em proteção ao consumidor se deu a partir da Constituição de 1988. A nova Constituição brasileira elegeu a dignidade da pessoa humana como valor maior do sistema constitucional, o que faz admitir uma hierarquia axiológica.

Seguindo essa lógica teve-se o legislador constituinte em garantir a efetividade do princípio nas relações de consumo, inserindo no capítulo das garantias fundamentais a promoção pelo Estado da proteção e defesa do consumidor.

A nova Constituição (BRASIL, 1988) cuidou de separar em títulos diversos temas que anteriormente eram tratados em conjunto e de forma singular. O Título

VII trata da “Ordem Econômica e Financeira”; já o Título VIII isoladamente veio a tratar da “Ordem Social”.

Em que pese um capítulo específico para a ordem econômica, em diversas outras oportunidades a matéria é igualmente contemplada na CF/88. Entretanto há que se destacar o dispositivo que eleva a proteção e defesa do consumidor a nível de princípio da ordem econômica – artigo 170, V:

Titulo VII  
Da Ordem Econômica e Financeira  
Capítulo I  
Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica  
Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]  
**V – defesa do consumidor**  
[...] (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Tal princípio significa dizer que o Estado intervirá na área econômica para garantir a defesa do consumidor, tida como um direito constitucional fundamental (Art. 5º, XXXII da CF/88). Do exposto tem-se a necessidade de intervenção na ordem econômica como forma de proteção, justificando-se assim a tutela.

Assim, a Constituição atual norteou qual o seu interesse maior, afastando-se do pensamento individualista e patrimonial do passado, para posicionamento ideológico da dignidade do homem. O modelo de intervenção estatal pode se manifestar de duas formas em especial – leis esparsas e codificação.

Majoritariamente, tem-se visto a opção por leis esparsas, específicas para cada uma das atividades econômicas relacionadas com o consumidor, como por exemplo: crédito, publicidade, responsabilidade civil, garantias, etc. Minoritariamente, ou até mesmo exclusivamente, o legislador brasileiro optou por um ordenamento codificado e sistêmico, reunindo-se todo um conjunto de normas gerais em uma única lei – Código (CDC).

Apesar de pioneiro em 1990, o Brasil não estava sozinho e seguia o entendimento dos maiores juristas do mundo sobre a matéria, opção esta que vem sendo adotada paulatinamente por países como França, Holanda, Bélgica, dentre outros.

A opção por uma “codificação” foi decidida na Assembleia Nacional Constituinte, o que elevou suas disposições a ordem constitucional. A Constituição de 1988 dispôs em seu artigo 5º, inciso XXXII, ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais que: **“o Estado promoverá, na forma da lei, a DEFESA DO CONSUMIDOR”**. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Entretanto, tal disposição isolada, apesar de contundente e específica, não bastava para a garantia dos direitos que se pretendiam ver tutelados de forma efetiva e, mais adiante, no artigo 24, VIII CF/88 atribui-se competência concorrente para se legislar sobre a matéria.

Como já visto anteriormente, no capítulo que trata da Ordem Econômica, a defesa do consumidor é um dos motivos justificadores da intervenção do Estado na economia, conforme se verifica na disposição do artigo 170, V CF/88.

O legislador constituinte, entretanto, ainda não se deu por satisfeito e determinou, no capítulo referente às Disposições Constitucionais Transitórias, que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborasse um Código de Defesa do Consumidor.

Newton De Lucca (2003) assevera que “não apenas o Código de Defesa do Consumidor tem base constitucional (art. 48 do ADCT) como, mais amplamente, todos os princípios da proteção acham-se constitucionalmente assegurados”.

Neste momento o legislador pátrio inovou, alçando o direito do consumidor a nível constitucional. Não restam dúvidas de que o legislador pátrio reconheceu a fragilidade de se garantir o direito do consumidor por leis esparsas. O legislador constituinte claramente optou por um arcabouço específico e geral para o regramento do mercado de consumo em defesa do notoriamente vulnerável consumidor.

Seguindo os passos da melhor doutrina, entretanto, inovando para melhor, foi ousado, para um país conservador e com sérias deficiências sociais e políticas. Não há dúvida de que o Brasil possui um código e não uma simples lei.

O mandamento constitucional afasta por completo opiniões em sentido contrário, hoje sendo uma unanimidade o entendimento de que efetivamente temos um Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Os benefícios da codificação são infinitamente superiores ao argumento de sua estratificação. Destaca-se a homogeneidade a um determinado ramo do Direito, possibilitando sua autonomia. Por outro lado, simplifica e dá transparência ao regramento legal sobre a matéria, favorecendo sua aplicação e inteligência.

Trata-se, na verdade, de uma sobre estrutura jurídica de vocação constitucional, que regula todas as relações de consumo, não se permitindo qualquer revogação ou derrogação de suas normas, princípios e disposições, tendo em vista determinação expressa de disposição pétrea, somente passível através de uma nova Assembleia Geral Constituinte, em que pese opiniões divergentes sobre o tema.

Pelo que se pode observar, trata-se de uma lei de cunho inter e multidisciplinar, além de ter um caráter de verdadeiro microssistema jurídico, o que quer dizer que ao lado de princípios que lhe são próprios, o CDC relaciona-se com outros ramos do Direito, atualizando-os.

De outro modo, a notória multidisciplinaridade se faz presente no momento que cuida de questões inseridas no Direito Constitucional, Civil, Penal, Administrativo, Processual, mas sempre destacando-se a vulnerabilidade do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor então é, na verdade, um microssistema jurídico, sendo o Direito do Consumidor tido como um novo Ramo do Direito, tendo em vista seus princípios e disposições próprios, norteados e informados pelo Princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana.

Quando se diz que a legislação brasileira (consumerista) é uma das mais avançadas do mundo, não se está apenas querendo ressaltar uma boa lei, mas sim destacar o fato de que o consumidor brasileiro está amparado legislativamente, devendo, por óbvio, ainda conquistar várias vitórias para a efetividade de sua proteção e defesa.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 maio 2018.

DE LUCCA, Newton. **Direito Do Consumidor**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini et all. **Código De Defesa Do Consumidor Comentado Pelos Autores Do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

## **FONTES CONSULTADAS**

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica Do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos Do Consumidor** – Comentários à Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional E Teoria Da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição De 1988**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos No Código De Defesa Do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; CAFFARATE, Viviane Machado. Evolução Histórica Do Direito Do Consumidor. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio de 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso De Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

---

Recebido em 25/09/2019.

Aceito em 26/09/2019.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p107-136>

**DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ATENDIMENTO À AGENDA 2030 DA ONU POR MEIO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA**

***SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: RESPONSE TO THE UN AGENDA 2030 THROUGH URBAN ENVIRONMENTAL REGULARIZATION***

Naymi Salles Fernandes Silva Torres\*

**Resumo:** Com base na premissa de que o Estado deve elaborar políticas públicas visando à efetiva proteção a direitos constitucionais, pretende-se verificar quais contribuições poderia dar o Estado Social e Democrático de Direito à pretensão de firmar o caminho sustentável e resiliente definido na Agenda 2030 (ONU, 2012) para o desenvolvimento sustentável no âmbito urbano, especialmente por meio da Regularização Fundiária Urbana. Para tanto, pretende-se verificar os avanços obtidos pelo Estado de Direito na seara dinâmica evolutiva dos direitos fundamentais, notadamente em relação à sua terceira dimensão/geração, bem como analisar e avaliar políticas públicas recentes voltadas à realização do desenvolvimento sustentável e da implementação da resiliência, em especial aquelas decorrentes de Conferências da ONU e as que constam na Lei nº 13.465/2017. Inscrita no paradigma qualitativo, a pesquisa é eminentemente bibliográfica, com incursões em aspectos da pesquisa documental, assumindo características de uma investigação de natureza exploratória e descritiva.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Desenvolvimento Sustentável. Regularização Fundiária Urbana.

**Abstract:** Based on the premise that the State must develop public policies aimed at the effective protection of constitutional rights, it is intended to verify which contributions could give the Social and Democratic State of Law to the intention to establish the sustainable and resilient path defined in Agenda 2030 (UN, 2012) for sustainable development in the urban sphere, especially through urban land regularization. The aim is to verify the progress made by the rule of law in the dynamic evolution of fundamental rights, especially in relation to its third dimension / generation, as well as to analyze and evaluate recent public policies aimed at the achievement of sustainable development and the implementation of the resilience, especially those resulting from UN Conferences and those contained in Law n. 13.465/2017. Inscribed in the qualitative paradigm, the research is eminently

---

\* Mestre em Direito Empresarial pela Escola Paulista de Direito (EDP). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera (Uniderp) e em Direito Tributário-Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). E-mail: [naymitorres@torresadvogados.com](mailto:naymitorres@torresadvogados.com).

bibliographical, with incursions into aspects of the documentary research, assuming characteristics of an investigation of exploratory and descriptive nature.

**Keywords:** Human Rights. Sustainable development. Urban land regularization.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Historicamente a sociedade vem experimentando sucessivas modificações na conceituação e modo de atuar do Estado, resultado de um processo de constante evolução e desenvolvimento. Verificaram-se transições em razão do próprio surgimento do Estado, bem como de seu avanço para a ideia de Estado Liberal e, subsequentemente, Estado Social (NOVELINO, 2014, p. 70), além de Estado Regulador e Garantidor (NUNES, 2013a, p. 153-162).

Na sequência desse estágio evolutivo, passou-se a falar em um Estado Social e Democrático de Direito (FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 51) que, em síntese, pode ser considerado um projeto de Estado voltado para a população, à medida que visa à satisfação dos interesses coletivos, focado especialmente na implementação de direitos sociais, econômicos e culturais – o que, por óbvio, gera benefícios e traz consequências.

Aí, considerando que o Estado deve elaborar políticas públicas visando à efetiva proteção de direitos constitucionais e ao cumprimento dos compromissos internacionais pactuados, notadamente no que diz respeito ao desenvolvimento sustentável no ambiente urbano – em atendimento à Agenda 2030 da ONU por intermédio da Regularização Fundiária Urbana –, é cogente avaliar quais atribuições se inscrevem na alçada do poder do Estado Social e Democrático de Direito, bem como quais poderiam ser os resultados práticos obtidos a partir dessas conjecturas.

Para especificar e delimitar melhor a proposta aqui delineada, pretende-se verificar quais contribuições poderia dar o Estado Social e Democrático de Direito à pretensão de firmar o caminho sustentável e resiliente definido na Agenda 2030 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012) para o desenvolvimento sustentável no ambiente urbano, vislumbrando-se algumas contribuições jurídicas trazidas pela Lei nº 13.465/2017 que trata da Regularização Fundiária Urbana.

No que diz respeito à metodologia adotada, em razão da ausência de preocupação com representatividade numérica ou com comprovação de fatos e orientada pela especificidade das ciências sociais, esta proposta inscreve-se no paradigma qualitativo e busca produzir informações novas e aprofundadas acerca do

tema em estudo. À luz das lições de Minayo (2001), o projeto orienta-se para a descrição, análise e compreensão de questões estreitamente articuladas à dinâmica das relações sociais.

Considerados os objetivos da investigação, entende-se que a pesquisa assume traços de pesquisa exploratória, sem descartar momentos de pendor descritivo (GIL, 2002). Quanto aos procedimentos adotados, caracteriza-se como predominantemente bibliográfica, já que prioriza o levantamento de referências teóricas publicadas em meios escritos e eletrônicos, a fim de reunir, discutir e problematizar informações ou conhecimentos prévios sobre o problema em tela. Como se recorre também a outras fontes, especificamente documentos oficiais e legislação, alguns procedimentos próprios da pesquisa documental são adotados. (GIL, 2002).

## **2 ESTADO DE DIREITO E AGENDA 2030 DA ONU**

No direito brasileiro, procedendo a uma análise incipiente da Constituição Federal de 1988, a demonstrar a incorporação do paradigma social e da inspiração de fraternidade no Estado de Direito, destaca-se o objetivo fundamental da “garantia do desenvolvimento nacional” e o dever comum de “proteção do meio ambiente”, ao lado dos demais direitos e garantias fundamentais, sujeitos a uma ampla tutela e fiscalização – tanto por parte do Estado quanto de seus cidadãos.

Pela ótica da hermenêutica jurídica, é uníssono entre os pesquisadores que, no Estado (Social e) Democrático de Direito, vigem os princípios da máxima efetividade e do efeito integrador constitucional (HESSE, 1998, p. 68), por meio dos quais as normas e princípios elencados da Carta Republicana devem ser interpretados de forma a garantir a maior efetividade possível, favorecendo a integração política e social pretendida pelo Diploma Maior (CANOTILHO, 2000, p. 1187).

Se, de um lado, a proteção dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais e da democracia pode ser considerada um dos desígnios da Carta Magna, os efeitos (ônus e bônus) do desenvolvimento dos modelos de Estado devem ser

avaliados com prudência, criando-se e adaptando-se instrumentos jurídicos para a consecução das finalidades previstas pelo Constituinte.

É fato que a missão mais importante é defender integralmente os direitos humanos e não apenas fundamentá-los na seara da doutrina. Há um consenso doutrinário com o escopo de universalizar tais direitos e, assim, complementar e integrar os mais variados sistemas de proteção em âmbito doméstico, regional e universal (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 173).

Um dos direitos anunciados pela Carta Republicana diz respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que deve ser garantido a todos – objeto de tutela em âmbito universal, inclusive –, de modo que a adoção de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável é medida que urge.

Tanto é verdadeira essa premissa que tem sido crescente a preocupação de organismos internacionais – destaque-se a atuação da Organização das Nações Unidas e suas agências – com a sustentabilidade. Em setembro de 2015, durante a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, no âmbito da Assembleia Geral da ONU, foi divulgada a Agenda 2030, contendo os novos “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)”, a refletir os novos desafios de desenvolvimento.

O trabalho resultou do encontro da Rio+20, Conferência da ONU sobre desenvolvimento sustentável realizada em 2012 no Rio de Janeiro, e baseou-se, em grande parte, nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), estabelecidos a partir do ano 2000, cujo maior foco era a redução da pobreza, mas que se mostrou insuficiente, dada a ampla dimensão dos problemas.

A Agenda 2030 busca fortalecer a paz universal e a erradicação da pobreza, com a implementação de medidas transformadoras destinadas a direcionar o mundo para um caminho sustentável e resiliente. Trata das três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental – que em muito se assimila com os objetivos do Estado Social e Democrático de Direito.

Em seu 'Objetivo 11', que corresponde a “tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”, incluem-se metas como: habitação segura, urbanização de favelas, aumento da urbanização inclusiva e sustentável, planejamento e gestão de assentamentos humanos

participativos, integrados e sustentáveis, acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes. Esta parece, outrossim, a finalidade do legislador pátrio ao instituir a Regularização Fundiária Urbana no Brasil em 2017, por meio da Lei nº 13.465.

### 3 DESENVOLVIMENTO DO ESTADO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme exposições doutrinárias de Kant, o surgimento do Estado representou uma ameaça aos indivíduos que desfrutavam de um *locus* no qual o homem fruía de plena liberdade (primitiva, é verdade), passando a sofrer sucessivas restrições. (BONAVIDES, 2014. p. 40).

Diante do embate secular entre a liberdade individual e o absolutismo do monarca nasce a noção de *Estado de Direito*, voltado para a defesa e proteção da liberdade do indivíduo em face do próprio ente estatal. (BONAVIDES, 2014. p. 41). É o Estado Liberal, com marco relevante na Revolução Francesa de 1789, prevendo a separação entre Estado e sociedade, além de distanciar o Estado da economia.<sup>1</sup>

Em verdade, a luta verificada nessa e em outras revoluções da época era justificada pelos anseios da classe em ascensão, a burguesia. As novas relações produtivas contrastaram ainda mais as classes econômicas – a burguesia capitalista e os trabalhadores assalariados – que exigiam novas funções estatais (NOVELINO, 2014, p. 71). Sobreveio um novo modelo de Estado (Social) no intuito de acolher anseios de uma classe que se sentia oprimida – com maior ingerência em sua forma de atuar, ao promover interferências na economia, porém com respeito às liberdades individuais.<sup>2</sup>

Ocorre não apenas uma aproximação do Estado, mas também o cidadão se torna credor das prestações referidas. Há aí um elevado custo, os meios de financiamento marcham em declínio e esse modelo de atuação estatal também tem empecilhos a ultrapassar. Conforme Morais (2011, p. 44), na década de 1970 o

---

<sup>1</sup> Montesquieu, Rousseau, Adam Smith, John Locke e Stuart Mill ganharam grande notoriedade ao sustentar e pleitear o direito à liberdade, propriedade e igualdade.

<sup>2</sup> Friedrich Engels e Karl Marx tiveram papel determinante na luta em prol da igualdade material, direitos do trabalhador e intervenção do Estado na Economia.

desequilíbrio econômico, aprofundado pela crise energética de base petroquímica, aumenta com as demandas em face do Estado e com a diminuição da arrecadação.

Numa proposta mais contemporânea se fala no Estado Social e Democrático de Direito, que visa especialmente ao real interesse da coletividade. Nesse modelo de Estado, é imperioso que se confira liberdade ao indivíduo para que possa opinar sobre a coisa pública, sendo também imprescindível a garantia de igualdade material para que a deliberação seja justa, livre e consciente. A prestação concreta do serviço de qualidade em saúde e educação, por exemplo, é *conditio sine qua non* para uma verdadeira democracia.

Pois bem. Em paralelo, assim como o desenvolvimento do próprio Estado, existe um procedimento histórico e dinâmico de mutação dos direitos fundamentais, coletivos e difusos: a assim chamada *dinamogenesis* (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 191). Nota-se, desde a Antiguidade Clássica, o surgimento e a reiterada renovação dos direitos humanos (que são *universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados*) com o escopo de atender as necessidades atuais dos seres humanos, adequando-os à realidade e protegendo valores tidos como essenciais para a consecução da dignidade da pessoa humana. (AMARAL, 2009, p. 167-173).

Essa relação existente entre evolução dos modelos de Estado com o desenvolvimento dos Direitos Humanos é muito bem explicada pelos doutores Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano:

[...] não se trata de proteger um ou outro direito conforme interesses ideológicos, mas de garantir a integralidade desses direitos de forma indivisível e interdependente, o que implica considerar o homem de forma pluridimensional. O primado da dignidade da pessoa humana vai se concretizando pouco a pouco através da *dinamogenesis* – isto é, o nascimento dinâmico dos direitos humanos com fundamento na dignidade do indivíduo, manifestado pelas exigências e reclamos de cada momento histórico. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 175).

Desse modo, o progresso dos direitos sofreu diversos impactos decorrentes da evolução do Estado de Direito e da necessidade de um desenvolvimento sustentável. Com ampliações e inovações da tecnologia, comunicação e transporte, também se multiplicam impactos ambientais decorrentes das mais variadas atividades humanas.

Como não podia ser diferente, o Brasil tem adotado as conclusões de estudos internacionais da ONU na proteção ao meio ambiente, visando à prosperidade salutar da nação. Senão, observem-se conclusões dos autores mencionados:

O direito ao desenvolvimento foi objeto de uma declaração de 1986 da ONU, cujo artigo 1º afirma ser o direito ao desenvolvimento inalienável ao homem e fundamental para que ele desfrute de suas liberdades. Do mesmo modo, a Constituição brasileira de 1988 destaca no artigo 4º, inciso IX, a cooperação entre as nações para o progresso da humanidade.

[...]

O meio ambiente foi outra área contemplada pelos direitos de terceira geração. Sua proteção foi garantida em 1972, na Declaração de Estocolmo, e reafirmada na Declaração do Rio, em 1992. A CF de 1988 contempla expressamente o cuidado com a natureza em seu artigo 225. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 178).

Destarte, o Estado Social e Democrático de Direito é ponto essencial da análise aqui realizada. É a partir da visão conjunta do Direito Público<sup>3</sup> e dos direitos humanos que se pode gerar uma nova ótica de desenvolvimento sustentável com a proteção que atividades resilientes podem conferir, tornando tais direitos mais efetivos e dinâmicos, por meio da Regularização Fundiária Urbana.

Importante sopesar que, para tanto, os direitos fundamentais devem ser tutelados em sua amplitude, pois o homem (sujeito de Direito) depende do meio ambiente saudável e da democracia para viabilizar o desenvolvimento sustentável. Em via reversa, como um elemento cíclico, entende-se que somente com desenvolvimento sustentável e resiliência é possível efetivar a plenitude do Direito ao meio ambiente e à democracia. Eis aqui o ponto nevrálgico deste embate.

Nessa esteira, Norberto Bobbio defendia ser necessária essa proteção permanente dos direitos fundamentais, por serem interdependentes:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. (BOBBIO, 2004, p. 6).

---

<sup>3</sup> Referimo-nos ao Direito Constitucional, Administrativo, Ambiental e Urbanístico.

Daí, considerando a vasta gama de direitos fundamentais publicizados na Carta Magna, bem como o direito à democracia e o dever do Estado de proporcionar e exigir o desenvolvimento sustentável, é imperioso verificar quais os critérios e limites de cada um destes preceitos de forma a harmonizá-los, para, assim, definir políticas públicas afinadas com as necessidades humanas e que sejam efetivas o suficiente para atender as exigências da Agenda 2030 da ONU.

Forçoso examinar, outrossim, se a Regularização Fundiária Urbana prevista na Lei nº 13.465/2017 é suficiente para agregar tais primados visando a sua máxima efetividade por intermédio da aplicação dos Direitos Coletivos e Difusos, sempre com vistas a "habitação segura, urbanização de favelas, urbanização inclusiva e sustentável, planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis", tal como publicado na mencionada Agenda.

Saliente-se que, conforme exposto no artigo 9º da mencionada Lei 13.465/2017, a Regularização Fundiária Urbana "abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes." (BRASIL, 2017, não paginado).

Exatamente em razão do dever outorgado ao Estado Democrático de Direito, consta no artigo 9º, §1º, da Lei 13.465/2017 que União, Estado e Município "formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente." (BRASIL, 2017, não paginado). Trata-se, em verdade, de nítida tentativa de execução do compromisso firmado em torno da Agenda 2030 da ONU.

### **3.1 Desenvolvimento sustentável e Regularização Fundiária Urbana**

No que diz respeito à imperativa necessidade de efetivar o desenvolvimento sustentável em âmbito urbano, busca-se a implantação e execução de políticas e planos integrados para a inclusão, eficiência dos recursos, mitigação e adaptação às mudanças climáticas, além da resiliência a desastres, de modo que as cidades e

assentamentos humanos privilegiem construções sustentáveis e resilientes, tornando-se locais mais adequados.

Com todas essas metas em vista, não se pode deixá-las ao alvedrio da sorte, tampouco submeter as efetivas prioridades públicas ao livre julgamento dos governantes – muito menos diante da grave crise econômica e política vivenciada. Ao revés, há de se analisar a importância e o potencial dos instrumentos jurídicos existentes para efetivar ou promover o alcance desses objetivos, em especial no tocante ao planejamento urbano.

Políticas públicas eficientes como projetos de Regularização Fundiária Urbana podem representar o encurtamento do caminho para a identificação dos principais responsáveis pelo desrespeito às normas urbanísticas, primados de desenvolvimento sustentável e ocupações irregulares (ou os legitimados a impedir sua perpetuação). Torna-se, pois, imprescindível uma atuação em conjunto com os cidadãos que, em muito, podem contribuir no trato da questão – em nítido desempenho da atividade de um Estado Social e Democrático de Direito.

É notório que, diante dos reflexos imediatos da Carta sobre os direitos do homem e do agravamento das condições ambientais do planeta, pesquisadores de diferentes áreas têm demonstrado interesse pelo estudo do desenvolvimento sustentável. Há de se mencionar, no que tange ao agravamento mencionado, a piora nas condições de sobrevivência nos assentamentos e ocupações urbanas, causado em grande parte pela urbanização e ocupação desenfreadas, pelo processo de industrialização e desenvolvimento sem o apropriado planejamento, além do uso de recursos naturais sem moderação ou critérios adequados.

No âmbito do Direito, ainda são, no entanto, raras as pesquisas acerca dessa problemática e das correspondentes políticas públicas. Indaga-se, oportunamente: de que forma é possível garantir, no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito, a adoção do paradigma do desenvolvimento sustentável e a implementação da resiliência no planejamento urbano e na própria sociedade? A Regularização Fundiária Urbana, prevista na Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, colabora no trato desta questão?

### 3.1.1 Algumas peculiaridades da Regularização Fundiária

Conforme antecipado, e de acordo com o que se extrai do art. 9º da Lei nº 13.465/2017, a regularização fundiária urbana abarca "medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais" visando pôr fim à vulnerabilidade física, social e ambiental dos ocupantes do solo urbano, podendo este procedimento ser destinado para legitimar "núcleos urbanos informais comprovadamente existentes" até de dezembro de 2016.

Extrai-se dos objetivos da Regularização Fundiária, previstos no art. 10 da mencionada Lei, intenções convergentes aos anseios do Estado Social e Democrático de Direito ao vislumbrar em última análise o atendimento à dignidade da pessoa humana por intermédio do desenvolvimento sustentável. Senão, vejamos tais objetivos:

- I - identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;
- II - criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;
- III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;
- IV - promover a integração social e a geração de emprego e renda;
- V - estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;
- VI - garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;
- VII - garantir a efetivação da função social da propriedade;
- VIII - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;
- IX - concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo;
- X - prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;
- XI - conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;
- XII - franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária. (BRASIL, 2017, não paginado).

Mediante o método teleológico da hermenêutica, verifica-se que o legislador pretende reintegrar o ocupante do solo na sociedade, retirando-o da margem do sistema e incluindo-o no centro de políticas públicas essenciais.

Ora, por meio da regularização fundiária urbana é possível fornecer e controlar o saneamento básico, prevenir doenças e evitar epidemias, resolver conflitos de forma extrajudicial, dentre tantas outras práticas públicas visando efetivar direitos humanos. Não obstante, para fins de aplicação da Lei sob análise, é imperioso verificar alguns conceitos essenciais tipificados legalmente:

I - núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural;

II - núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização;

III - núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município;

IV - demarcação urbanística: procedimento destinado a identificar os imóveis públicos e privados abrangidos pelo núcleo urbano informal e a obter a anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos imóveis ocupados, culminando com averbação na matrícula destes imóveis da viabilidade da regularização fundiária, a ser promovida a critério do Município;

V - Certidão de Regularização Fundiária (CRF): documento expedido pelo Município ao final do procedimento da Reurb, constituído do projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo a sua execução e, no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse, da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos;

VI - legitimação de posse: ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, conversível em aquisição de direito real de propriedade na forma desta Lei, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse;

VII - legitimação fundiária: mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb;

VIII - ocupante: aquele que mantém poder de fato sobre lote ou fração ideal de terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais. (BRASIL, 2017, não paginado).

O legislador, então, trata de forma distinta os núcleos urbanos decorrentes de parcelamentos irregulares de núcleos urbanos informais decorrentes de ocupações ou invasões, sem, contudo, deixar de apresentar solução para ambos.

A regularização fundiária urbana também se aplica, em verdade, a imóveis localizados em área rural, “desde que a unidade imobiliária tenha área inferior à fração mínima de parcelamento” constante do Certificado de Cadastro do Imóvel Rural – CCIR, ou seja, apenas aquelas que não podem ser regularizadas pelo meio ordinário previsto na Lei de Registros Públicos e Estatuto da Terra.

E mais, no que tange a aspectos procedimentais específicos, a aprovação municipal da regularização fundiária engloba tanto a aprovação urbanística quanto a ambiental, caso o Município conte com “órgão ambiental capacitado”, podendo esta ser feita “pelos Estados na hipótese de o Município não dispor de capacidade técnica para a aprovação dos estudos”.

Diante da variedade de núcleos urbanos existentes e de distintas características de seus ocupantes, a Lei divide a regularização em duas modalidades. Vejamos:

- I - Reurb de Interesse Social (Reurb-S) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal; e
- II - Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I deste artigo. (BRASIL, 2017, não paginado).

Daí, exatamente visando a integral reintegração social dos ocupantes, desde que disponíveis os “equipamentos e infraestrutura para prestação de serviço público” no que diz respeito ao “abastecimento de água, coleta de esgoto, distribuição de energia elétrica” dentre outros, existe a previsão de obrigatoriedade “aos beneficiários da Reurb realizar a conexão da edificação à rede de água, de coleta de esgoto ou de distribuição de energia elétrica”. Trata-se de nítido ônus outorgado ao ocupante do solo que recebe o bônus estatal, qual seja, serviço público básico e indispensável para fiel cumprimento de políticas públicas essenciais.

No que diz respeito à legitimidade para requerer a almejada regularização fundiária, a Lei prevê que os capacitados são a União, Estados e Municípios, inclusive por intermédio de órgãos da administração indireta, bem como os ocupantes beneficiários, os “proprietários de imóveis ou de terrenos, loteadores ou incorporadores”, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Importante salientar que no caso de condomínio ou loteamento irregular, “a conclusão da Reurb confere direito de regresso àqueles que suportarem os seus custos e obrigações contra os responsáveis pela implantação dos núcleos urbanos informais”, já que o loteador ou incorporador que agiu contra a Lei de Parcelamento do Solo tem responsabilidade civil e criminal acerca de atos praticados.

Já no que importa aos instrumentos jurídicos empregados visando a integral regularização fundiária, sem prejuízo de outros, poderão ser:

- I - a legitimação fundiária e a legitimação de posse;
- II - a usucapião;
- III - a desapropriação em favor dos possuidores;
- IV - a arrecadação de bem vago;
- V - o consórcio imobiliário;
- VI - a desapropriação por interesse social;
- VII - o direito de preempção, nos termos do inciso I do art. 26 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;
- VIII - a transferência do direito de construir, nos termos do inciso III do art. 35 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;
- IX - a requisição, em caso de perigo público iminente;
- X - a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular;
- XI - a alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor, nos termos da alínea f do inciso I do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;
- XII - a concessão de uso especial para fins de moradia;
- XIII - a concessão de direito real de uso;
- XIV - a doação; e
- XV - a compra e venda. (BRASIL, 2017, não paginado).

Clarifique-se que “na Reurb-E, promovida sobre bem público, havendo solução consensual, a aquisição de direitos reais pelo particular ficará condicionada ao pagamento do justo valor da unidade imobiliária regularizada”, em evidente adoção de meios extrajudiciais de solução de controvérsias – MESCAs, reforçando a possibilidade de o poder público transacionar direitos patrimoniais disponíveis – sempre visando o interesse público coletivo, por óbvio.

Contudo, no que diz respeito aos direitos dos titulares de domínio e confrontantes da área demarcada, é imprescindível a prévia notificação pelo poder público visando apresentação de anuência ou impugnação, sendo que o silêncio será tido “como concordância com a demarcação urbanística”.

Note-se, ainda, que a “legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade”, ou seja, “o ocupante adquire a unidade imobiliária com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado”.

A Lei nº 13.465/2017 inaugurou precioso instrumento jurídico que deve ser adotado de forma gradual e coletiva em todos os municípios brasileiros, resguardando-se sempre os direitos humanos tão essenciais como a dignidade, direito à moradia, saúde, dentre outros. É fato, ainda, que ao regularizar ocupações urbanas está tratando com responsabilidade o desenvolvimento sustentável tanto em termos ambientais quanto econômicos.

#### **4 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL SOB A ÓTICA DA DOUTRINA**

No cenário atual, compreende-se que o Estado deve viabilizar condições mínimas a seu cidadão, possibilitando a “dignidade da pessoa humana” mediante a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, garantindo o “desenvolvimento nacional”. (BRASIL, 1988, não paginado)<sup>4</sup>.

A busca do desenvolvimento aliada aos direitos humanos e democracia encontra intenso amparo na Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 – Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que preceitua:

A democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente. A democracia assenta no desejo livremente expresso dos povos em determinar os seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e a sua participação plena em todos os aspectos das suas vidas. Neste contexto, a promoção e a proteção dos Direitos Humanos e das liberdades

---

<sup>4</sup> Art. 1º, III, e Art. 3º, I, II, da Constituição Federal de 1988.

fundamentais, a nível nacional e internacional, devem ser universais e conduzidas sem restrições adicionais. A comunidade internacional deverá apoiar o reforço e a promoção da democracia, do desenvolvimento e do respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais no mundo inteiro. (BRASIL, 1988, não paginado).

Essa vinculação é inquestionável, tal como assevera José Augusto Lindgren Alves:

[...] a interdependência da tríade democracia, desenvolvimento e direitos humanos, mais do que um novo conceito, é o dado essencial que inspira toda a Declaração e Programa de Ação de Viena. [...] Em termos teóricos, ninguém jamais questionaria essa vinculação. As dificuldades são de ordem prática. (ALVES, 2015, p. 137).

Apesar disso, Sérgio Resende de Barros ressalta que, de fato, a grande dificuldade é garantir efetividade plena aos direitos humanos:

Cumprir distinguir eficácia jurídica de eficácia social. Aquela é a capacidade de produzir efeitos jurídicos. Esta – que também se pode chamar efetividade – consiste na realização social do direito segundo os valores que o instruem. É a transformação da norma legislada na conduta desejada. Essa transformação tem sido apontada como 'o desafio' aos direitos humanos, seja enquanto positivados em constituições nacionais, seja enquanto inseridos em declarações supranacionais, seja enquanto abrigados em tratados internacionais. (BARROS, 2013, p. 245).

Outrossim, não obstante a crise de eficácia social de mencionados direitos, Celso Lafer ressalva a interdependência do direito ao desenvolvimento em prol da plenitude dos direitos humanos:

O fim da Guerra Fria, ao pôr termo à batalha ideológica que a caracterizava, permitiu tornar os direitos humanos um 'tema global' que, à maneira do meio ambiente, passou a ser encarado como a expressão de uma kantiana 'razão abrangente da humanidade'. Esta 'razão abrangente' se viu reconhecida pela Conferência de Viena de 1993 sobre os direitos humanos, que afirmou a sua universalidade, interdependência e indivisibilidade, asseverando, neste contexto, a importância do direito ao desenvolvimento como ingrediente importante para a realização de todos os direitos humanos. Daí a importância atribuída na Declaração e no Programa de Ação de Viena a uma cooperação internacional eficaz, a relações econômicas equitativas e a um ambiente econômico favorável em nível internacional. (LAFER, 2015, p. 113).

Denota-se que, diante da crise de efetividade vivenciada historicamente, juristas internacionais voltaram seus olhares para a análise e defesa dos direitos humanos:

Desde o pós-guerra, os direitos humanos passam a constituir tema de legítimo interesse da comunidade internacional, em crescente processo de internacionalização.

Não mais apenas sob o prisma moral e político, mas também sob o prisma jurídico, torna-se possível a proteção e a defesa dos direitos humanos no plano internacional, mediante a consolidação de uma arquitetura protetiva internacional, que compreende instituições, procedimentos e mecanismos vocacionados à salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos afetos à dignidade humana. (PIOVESAN, 2007, p. 309).

Especialmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo que fundamenta os demais direitos fundamentais, considerado basilar para Estados Sociais e Democráticos de Direito, Carlos Roberto Siqueira Castro delinea:

[...] no que toca aos direitos fundamentais do homem, impende reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos às coletividades. (CASTRO, 2006, p. 135).

O Professor Vladimir Oliveira da Silveira ressalta a importância desse primado, pois:

Todos os valores políticos, econômicos, sociais e culturais, que ao longo da história fundamentaram a criação de direitos humanos, tinham por objetivo a proteção dignidade vital das pessoas. Assim, esta dignidade é um valor expresso por uma sociedade e cultura que fundamenta a criação dos direitos humanos, que tem como objetivo, portanto, expressar e concretizar este valor. (SILVEIRA, 2015, p. 107).

Para garantir as finalidades precípuas de desenvolvimento, proteção ao meio ambiente e à dignidade humana, a Constituição Federal adotou o Estado Democrático de Direito com um modelo estatal – tendo consignado expressamente

em seu preâmbulo. Neste ponto, é oportuno ilustrar o entendimento de Konrad Hesse:

Se, em vista dessa situação, a Lei Fundamental qualifica o Estado, por ela constituído, como 'estado de direito social', então isso significa não só um reconhecimento forçado de uma realidade que não mais pode ser negada. Senão, isso significa, que 'as tarefas do Estado' não mais se esgotam na proteção, conservação, só ocasionalmente, intervenção. O Estado da Lei Fundamental é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro vida individual como social e isso é posto para ele, pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa. (HESSE, 1998, p. 175).

Em tentativa de melhor definir os direitos sociais elencados na Constituição Federal, e que por óbvio devem ser afiançados pelo Estado, Ingo Wolfgang Sarlet entende que:

[...] cumpre aceitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na implementação e garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna (o que nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade). (SARLET, 2006, p. 557).

Pois bem. Historicamente, no que tange à conquista desses direitos (recentemente) elevados a nível Constitucional, vale reprimir que decorreu de incessantes lutas no decorrer dos séculos. Com isso em vista, Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano definem que:

Os movimentos sociais dos séculos XIX e XX não clamavam, porém, apenas pela ampliação dos chamados direitos da liberdade, mas também pela inserção de direitos até então desconhecidos ao movimento liberal, como os direitos econômicos, sociais e culturais – os direitos da igualdade. Enquanto os liberais lutaram contra o Estado absolutista, considerado opressor em relação ao indivíduo, e buscaram garantir as liberdades contra a ingerência estatal na esfera privada, os socialistas pugnavam pela intervenção do Estado para minimizar as desigualdades econômicas, sociais e culturais, propiciando a condição de "bem-estar social" a todos os seus cidadãos e não apenas aos mais abastados. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 174).

Por sua vez, para António José Avelãs Nunes, a ideia liberal se:

[...] assenta na ideia de que o melhor dos mundos se atinge, graças à *mão invisível* inventada por Adam Smith, deixando funcionar o mercado para que a taxa de lucro possa crescer, e, com ela, o investimento, o crescimento econômico e o bem-estar para todos. (NUNES, 2013b, p. 175).

Verifica-se, então, que a outorga de direitos fundamentais, coletivos e difusos pelo Estado não foi inaugurada pela Constituinte de 1988, além de que certamente não podem ser objeto de reversão – é a vedação ao retrocesso.

António José Avelãs Nunes deixa clara essa irreversibilidade, ao analisar a prestação de serviços públicos tidos como essenciais para o bem-estar social, demonstrando sua recusa a um discurso que aceita

[...] que a chamada tese da irreversibilidade dos direitos sociais adquiridos se deve entender com razoabilidade e racionalidade, pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social. (NUNES, 2013b, p. 197).

Considerando que os direitos humanos foram expressamente reconhecidos (e declarados), há de se clarificar, oportunamente, que não há distinção entre estes e os direitos fundamentais (taxativamente previstos na Carta Republicana). Tanto que Sérgio Resende de Barros explicita:

[...] entre direitos humanos e direitos fundamentais não há dicotomia. Só, abreviação, dentro do mesmo instituto jurídico. Exato, Ferreira Filho, ao reputar politicamente correto o termo direitos humanos, aditando: direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação.

[...] Não há separar direitos fundamentais e direitos humanos, pondo aqueles numa situação ontológica, na qual têm concreção normativa, definidos, firmes, positivados, reforçados na constituição jurídica do Estado, e estes numa situação deontológica imprecisa e insegura, sem uma definição positiva que deveriam ter mas não têm e, daí, sem tutela ou concreção reforçada. Mesmo porque tanto uns quanto outros estão em ambas as situações.

Na verdade, o instituto nasceu uno e nunca foi senão um, conquanto admita, como outros institutos e conceitos jurídicos, níveis ou campos de compreensão e extensão que podem variar, do mais geral e fundamental, ao mais particular e operacional. Tal variância impõe reconhecer a existência de direitos humanos fundamentais e direitos

humanos operacionais: aqueles estruturais, principais destes; estes conjunturais, subsidiários daqueles; mas todos no mesmo espaço institucional, compondo um só instituto jurídico: os direitos humanos. (BARROS, 2001, p. 28-29).

Barros prossegue, explanando que a evolução do direito complementa a evolução até os direitos – como uma sucessão:

Direitos humanos são poderes-deveres. Constituem direitos que ao mesmo tempo são deveres dos indivíduos humanos entre si mesmos – de todos para com cada um e de cada um para com todos – nos aspectos objetivos e subjetivos necessários a manter a humanidade pela manutenção da comunidade humana fundamental, isto é, pela preservação dos fatos e valores que são logicamente porque são historicamente comuns e necessários à humanidade.

[...] Direito humano é consubstância de poder com dever. Essa integração foi gerada pela necessidade de – sucessiva e cumulativamente – sustentar, conter e obter a ação dos poderes pela exatidão dos deveres na constituição e governo da sociedade política de todos os indivíduos humanos. Sob impulsão dessa necessidade, a relação entre poder e dever evoluiu por imposição, composição, oposição e hoje clama por recomposição. Nesse trajeto, a era dos direitos sobreveio não como ruptura, mas como contínuo, até o atual processo de consubstanciação dos direitos humanos com os deveres de todos em que se arrimam, pois é destes que, se devidamente cumpridos, ganham eficácia.

Consubstanciando poder com dever, os direitos humanos erguem uma ordem jurídica onde se deve tanto quanto se pode para construir e preservar a humanidade. Vale dizer: onde se exige o mesmo que se deve dar ou fazer, assim como se faz ou dá o mesmo que se pode exigir, sendo equânimes e recíprocas as prestações, porque os objetos são comuns e difusos entre os sujeitos prestantes. Equidade e reciprocidade essas, que garantem a comunidade humana: eis o mundo dos direitos humanos. (BARROS, 2001, p. 1-8).

Como elucidado, a conquista dos direitos é fruto de processo árduo, longo e complexo de evolução da sociedade quando sobrevieram as dimensões (ou gerações) dos Direitos Fundamentais, que podem ser divididas em:

- Liberdade: presente desde a antiguidade, resume-se no direito à vida e à propriedade privada, exigindo atividade negativa do Estado com vistas a não prejudicar o indivíduo;

- Igualdade: originada na Revolução Industrial, donde vieram os direitos sociais que devem ser prestados positivamente pelo Estado visando auxiliar o indivíduo a conquistar e manter seus direitos básicos;

- Fraternidade: considerada a terceira dimensão dos direitos fundamentais, resultou da Segunda Guerra Mundial, quando se notou a existência de direitos difusos (transindividuais) que rogavam pela proteção ao meio ambiente e demais direitos que não poderiam ser verificados de forma individualizada.

A doutrina entende inclusive que “a terceira geração sintetiza os direitos da primeira e da segunda gerações sob o viés de solidariedade, adensando-os numa perspectiva de equilíbrio de poder – inclusive ideológico – em favor do ser humano” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 177).

Condensando a análise das dimensões mencionadas, Eduardo A. A. Augusto leciona:

[...] a noção de dignidade da pessoa humana extrapolou a simples observância dos direitos fundamentais (1ª dimensão) e a preocupação com a saúde e a segurança dos indivíduos (2ª dimensão). Nos dias atuais, prevalecem os ideais de fraternidade e solidariedade, visando à formação de um mundo melhor para as futuras gerações. (AUGUSTO, 2013, p. 49).

Acerca do estudo das gerações dos direitos, Sérgio Resende de Barros chama a atenção para o fato de que:

Muito se tem escrito sobre a evolução dos direitos, sobretudo após a sua atrativa divisão em três gerações, o que não só incitou a entendê-las, mas até excitou a descobrir novas gerações. Porém, atraído por este tema mais recente, pouco tem o direito político focado a evolução até os direitos, o que é necessário, pois aquela é continuação desta, culminando-a. Ambas se completam.

[...] A evolução gradual terminou em revolução radical: as revoluções liberais. Mas, embora radical, a mudança foi de ângulo. Variou o ângulo da consideração: não variou a coisa considerada. No fundo, o objeto em vista na era dos deveres e na era dos direitos, assim como na transição de uma à outra, é o mesmo: a relação de governo. No bojo dela, lenta mas crescentemente, ganharam força política os governados em face dos governantes, vindo a constituir novo polo de atração da prática e teoria do direito político e da governabilidade, que é seu objeto. No todo, a moral social passou a ser observada não só do ângulo da sociedade, mas também do indivíduo. Como parte da moral, a política sofreu essa revolução, bem como o direito. Ao menos, na civilização determinante do sistema ocidental.

[...] Na construção histórica do sistema ocidental, deveras houve mudança de eras, com o deslocamento do foco preponderante na apreciação da relação de governo. Contudo, não foi simples mudança de ângulo. O deslocamento do foco gerou, como tem propiciado,

transformações no próprio direito político do sistema ocidental. Porém, sempre ancoradas na mesma raiz, que as condiciona: o princípio-fim comunitário, a preservação da comunidade básica das existências individuais. (BARROS, 2001, p. 1-4).

Ora, diante do fato de que os mais básicos direitos já estão devidamente codificados, além de que os direitos sociais já são considerados dever do Estado (ainda que precariamente prestados), resta-nos verificar se esses Direitos e prerrogativas são tutelados de fato, pois sem eles não se pode concretizar a proteção ao meio ambiente mediante um desenvolvimento sustentável.

Segundo Frederico Augusto Di Trindade Amado, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável ou Ecodesenvolvimento:

Tem previsão implícita na cabeça do artigo 225, combinado com o artigo 170, VI, ambos da Constituição Federal e expressa no Princípio 04 da Declaração do Rio: 'Para se alcançar um desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo do desenvolvimento e não pode ser considerada separadamente', tendo sido plantada a sua semente mundial na Conferência de Estocolmo de 1972. (AMADO, 2014, p. 85).

Nota-se que o mundo clama por essa sustentabilidade sob pena de sucumbir toda sua população. Não se trata mais de previsões negativas, mas de sérias comprovações científicas de diversos pesquisadores que são divulgadas desde longa data.

Alaôr Caffé Alves, no que interessa ao tema em estudo, ensina que:

A questão ambiental, no presente momento histórico, se analisada criticamente, põe em jogo os contrastes, contradições, articulações e conflitos entre a realidade econômica, as condições sociais e as limitações da natureza. Aqui vemos as dimensões básicas da realidade atual: a social, a econômica e a ambiental (natureza e meio ambiente artificial). Costuma-se dizer que o equilíbrio entre essas dimensões, dentro de certos critérios racionais e dinâmicos, compreende a sustentabilidade.

[...] O Estado não está acima da sociedade e de suas classes sociais; pelo contrário, ele é produto derivado das forças sociais e de suas lutas e conflitos. O Estado não existe, em nosso sistema, para promover essencialmente a igualdade e a felicidade de todos, indistintamente. A igualdade e a liberdade por ele propugnadas são as que fundamentam e garantem os contratos formais entre as pessoas, independentemente de suas origens ou situação material de existência. (ALVES, 2015, p. 81-85).

No âmbito jurídico, no que tange à convergência entre a universalização dos direitos humanos e a solidariedade decorrente da terceira geração dos direitos, os professores Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano lecionam que:

A presença da sociedade internacional é imprescindível na união de esforços para a construção deste novo paradigma na medida em que inclui na agenda global a preocupação com a paz, o desenvolvimento, a autodeterminação dos povos e o cuidado com o meio ambiente, entre outros temas difusos e globais. (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 177).

Uma das formas de garantir esse desenvolvimento sustentável, com a observância dos Direitos Fundamentais e da Democracia, é oferecer práticas de resiliência, de acordo com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável do Órgão das Nações Unidas. Tais práticas se resumem em:

- [...] garantir sistemas sustentáveis de produção de alimentos e implementar práticas agrícolas resilientes, que aumentem a produtividade e a produção, que ajudem a manter os ecossistemas, que fortaleçam a capacidade de adaptação às mudanças climáticas, às condições meteorológicas extremas, secas, inundações e outros desastres, e que melhorem progressivamente a qualidade da terra e do solo
- Desenvolver infraestrutura de qualidade, confiável, sustentável e resiliente, incluindo infraestrutura regional e transfronteiriça, para apoiar o desenvolvimento econômico e o bem-estar humano, com foco no acesso equitativo e a preços acessíveis para todos
- Facilitar o desenvolvimento de infraestrutura sustentável e resiliente em países em desenvolvimento, por meio de maior apoio financeiro, tecnológico e técnico aos países africanos, aos países menos desenvolvidos, aos países em desenvolvimento sem litoral e aos pequenos Estados insulares em desenvolvimento
- Até 2020, aumentar substancialmente o número de cidades e assentamentos humanos adotando e implementando políticas e planos integrados para a inclusão, a eficiência dos recursos, mitigação e adaptação às mudanças climáticas, a resiliência a desastres;
- Reforçar a resiliência e a capacidade de adaptação a riscos relacionados ao clima e às catástrofes naturais em todos os países;
- Até 2020, gerir de forma sustentável e proteger os ecossistemas marinhos e costeiros para evitar impactos adversos significativos, inclusive por meio do reforço da sua capacidade de resiliência, e tomar medidas para a sua restauração, a fim de assegurar oceanos saudáveis e produtivos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012).

Com o fito de clarificar o que é uma cidade resiliente a desastres, importa transcrever o teor do guia "Como construir cidades mais resilientes" elaborado pela ONU à Campanha Global 2010-2015:

- É um local onde os desastres são minimizados porque sua população vive em residências e comunidades com serviços e infraestrutura organizados e que obedecem a padrões de segurança e códigos de construção; sem ocupações irregulares construídas em planícies de inundação ou em encostas íngremes por falta de outras terras disponíveis.
- Possui um governo local competente, inclusivo e transparente que se preocupa com uma urbanização sustentável e investe os recursos necessários ao desenvolvimento de capacidades para gestão e organização municipal antes, durante e após um evento adverso ou ameaça natural.
- É onde as autoridades locais e a população compreendem os riscos que enfrentam e desenvolvem processos de informação local e compartilhada com base nos danos por desastres, ameaças e riscos, inclusive sobre quem está exposto e quem é vulnerável.
- É onde existe o empoderamento dos cidadãos para participação, decisão e planejamento de sua cidade em conjunto com as autoridades locais; e onde existe a valorização do conhecimento local e indígena, suas capacidades e recursos.
- Preocupa-se em antecipar e mitigar os impactos dos desastres, incorporando tecnologias de monitoramento, alerta e alarme para a proteção da infraestrutura, dos bens comunitários e individuais – incluindo suas residências e bens materiais –, do patrimônio cultural e ambiental, e do capital econômico. Está também apta a minimizar danos físicos e sociais decorrentes de eventos climáticos extremos, terremotos e outras ameaças naturais ou induzidas pela ação humana.
- É capaz de responder, implantar estratégias imediatas de reconstrução e reestabelecer rapidamente os serviços básicos para retomar suas atividades sociais, institucionais e econômicas após um evento adverso.
- Compreende que grande parte dos itens anteriores são também pontos centrais para a construção da resiliência às mudanças ambientais, incluindo as mudanças climáticas, além de reduzir as emissões dos gases que provocam o efeito estufa. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, p. 11).

Posto isso, importante que pesquisadores busquem formas de contribuir para o desenvolvimento sustentável em curto e médio prazo, bem como instrumentos que possam maximizar seu potencial. Gilda Collet Bruna e Arlindo Philippi Jr. abreviam a problemática:

Atualmente, talvez em razão da crescente urbanização, cumpre atuar e exigir principalmente a aplicação de políticas públicas que levem a população mais desfavorecida a melhorias em termos de desigualdade social e de acesso aos recursos ambientais. É importante que haja ascensão também dessa população menos favorecida pela desigualdade urbana, pois o processo mundial de urbanização crescente em geral origina aumento do custo de vida; de um lado, o endividamento torna-se mais comum, e, conseqüentemente, de outro, os recursos naturais precisam ser compartilhados por todas as classes sociais; cada vez incluindo mais pessoas no rol daqueles que conseguem acessar os recursos naturais e bens produzidos. As políticas públicas são vitais para interferir positivamente nessas situações de inclusão social, estimulando a participação de todos da comunidade, além de velar pela proteção ambiental. Também, com o crescimento da população nas proporções que atualmente vem ocorrendo, provavelmente será necessário utilizar cada vez mais recursos naturais renováveis, pois se prevê que o consumo de recursos não renováveis possa pôr cada vez mais o planeta em situação de depauperação.

É importante contar com padrões sustentáveis de desenvolvimento, contemplando os quatro pilares da sustentabilidade – social, econômico, ambiental e cultural –, conduzindo a um desenvolvimento com qualidade e justiça social.

[...] Observa-se assim, frente à possibilidade de uma nova visão urbana, que não basta estabelecer políticas públicas, é preciso implementá-las, conhecendo todos os meios que possam interferir no processo, de modo a realmente levar a resultados condizentes com as qualidades ambientais de sustentabilidade, aproveitando as vantagens das novas tecnologias da informação. (BRUNA; PHILIPPI, 2016, p. 8-25).

É fato que desenvolvimento sustentável somente se conquista com democracia e pleno respeito à dignidade humana, notadamente sob a égide do Estado Social e Democrático de Direito. Senão, vejamos o questionamento de Fabio Konder Comparato:

Tal como no plano constitucional dos Estados, só a democracia assegura a organização da vida internacional com base no respeito integral à dignidade humana. Como não perceber que o reconhecimento dos direitos fundamentais dos povos e dos direitos da própria humanidade exige, para sua efetividade, a instituição conseqüente de um governo democrático mundial? (COMPARATO, 2017, P. 575).

Ora, trata-se de um raciocínio cíclico, já que não há desenvolvimento sem democracia. Senão vejamos exposição de Amartya Sen:

Desenvolver e fortalecer um sistema democrático é um componente essencial do processo de desenvolvimento. A importância da democracia reside, como procuramos mostrar, em três virtudes distintas: (1) sua *importância intrínseca*, (2) suas *contribuições instrumentais* e (3) seu *papel construtivo* na criação de valores e normas. Nenhuma avaliação da forma de governo democrática pode ser completa sem considerar cada uma dessas virtudes. (SEN, 2010, 207).

Imperioso o fortalecimento da democracia para a consecução dos objetivos do Estado Social e Democrático de Direito, dentre eles o desenvolvimento sustentável e a preservação da dignidade humana. Tanto é que Barros reforça:

Emprestemos de Rousseau o seu idealismo. Tão forte era, que abriu nova era. A potência do seu ideal recuperou para os atos humanos algo que, então, era um mundo futuro de um mundo passado: a democracia, que desde os antigos atenienses estava perdida, mas que os contemporâneos continuando no ideal e ideias de Rousseau fazem sempre mais ativa e participativa, buscando cada vez mais transformar a vontade de todos na vontade geral e, assim, chegar a uma sociedade política integral: o Estado Liberal, Social, Democrático de Direito. (BARROS, 2001, p. 345-346).

Logo, se a meta é alcançar o desenvolvimento sustentável e proteção à dignidade humana, mostra-se imprescindível implantar as premissas do Estado Social e Democrático de Direito – que não surge apenas como uma junção gramatical dos termos Estado de Direito, Estado Social e Democracia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa objetivou analisar alguns dos parâmetros do Estado Social e Democrático de Direito, além da respectiva função social a ser exercida em favor de seus sujeitos, procedendo à reflexão acerca das políticas públicas decorrentes do compromisso firmado em torno da Agenda 2030 da ONU no que tange ao desenvolvimento sustentável, em especial a novel legislação acerca da Regularização Fundiária Urbana.

Diante do conteúdo analisado observou-se que o Estado Social e Democrático de Direito pode contribuir significativamente em prol da potencialização do desenvolvimento sustentável, por intermédio da Regularização Fundiária Urbana,

atentando-se à proteção e efetivação dos direitos humanos que devem ser tutelados em âmbito doméstico, regional e universal.

Com supedâneo nos preceitos inerentes à Regularização Fundiária Urbana, aliás, se extraiu o intuito de preservar e maximizar direitos fundamentais, coletivos e difusos, resguardando, assim, ao ser humano o exercício do princípio da dignidade humana e a sobrevivência em condições adequadas e saudáveis.

É imprescindível, para tanto, se garantir fiel e irrestrito cumprimento à Lei nº 13.465/2017 em todo o território nacional, valendo-se de políticas públicas inerentes ao modelo do Estado Social e Democrático de Direito, visando transformar a realidade atualmente vivenciada com o fito de minorar as vulnerabilidades sociais, ambientais e espaciais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2015.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AMARAL, Ana Paula Martins. A internacionalização dos direitos humanos: evolução histórica. *In*: BITTAR, Eduardo Carlos B. (org.). **Direitos Humanos no Século XXI**: cenários de tensão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. v. 1, p. 167-173.

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. **Registro de Imóveis, retificação de registro e georreferenciamento**: fundamento e prática. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. A eficácia dos direitos humanos. *In*: COSTA et. al. (org.) **Direito - teoria e experiência**: Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos: paradoxo da civilização**. 2001. Tese (Doutorado em Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/10227/14586286/a\\_era\\_dos\\_direitos.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/10227/14586286/a_era_dos_direitos.pdf). Acesso em: 26 set. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm). Acesso em: 26 set. 2019.

BRUNA, Gilda Collet; PHILIPPI Jr., Arlindo. Políticas públicas e sustentabilidade no meio urbano. *In*: PHILIPPI JR, Arlindo; FREITAS, Vladimir Passos de; SPÍNDOLA, Ana Luíza Silva. **Direito Ambiental e sustentabilidade**. Barueri, SP: Manole, 2016. (Coleção Ambiental, v. 18).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LAFER, Celso. **Direitos humanos**: um percurso no direito no século XXI. São Paulo: Atlas, 2015.

MINAYO, M. C. S. (org.). **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2001.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição, n. 1).

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUNES, António José Avelãs. A crise atual do capitalismo: crise esperada e quase programada. *In*: COSTA, José Augusto Fontoura et al. (org.). **Direito: teoria e experiência**. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2013a. p. 175-214.

NUNES, António José Avelãs. **O estado capitalista e as suas máscaras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013b.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Como Construir Cidades Mais Resilientes**: Um Guia para Gestores Públicos Locais. Genebra: ONU, 2012. Disponível em: [http://www.unisdr.org/files/26462\\_guiagestorespublicosweb.pdf](http://www.unisdr.org/files/26462_guiagestorespublicosweb.pdf). Acesso em: 26 set. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. *In*: PIOVESAN, Flávia et al. (org.). **Direito - Direitos humanos**: fundamento, proteção e implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVEIRA, Vladimir O. Direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência. **Revista Direito UFMS**, v. 1, n. 1, edição especial, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://seer.ufms.br/index.php/revdir/issue/view/98/showToc>. Acesso em: 25 set. 2017.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

## FONTES CONSULTADAS

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **17 Objetivos para transformar nosso mundo**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em 13 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS)**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/134-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>. Acesso em 13 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 13 set. 2016.

---

Recebido em 12/08/2019.

Aceito em 25/10/2019.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p137-153>

## **POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE E ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA BAIXADA FLUMINENSE**

### ***PUBLIC POLICIES TO COMBAT AND CONFRONT GENDER VIOLENCE IN THE BAIXADA FLUMINENSE***

Marcus Alexandre de Pádua Cavalcanti Bastos<sup>\*</sup>  
Eliane Cristina Tenório Cavalcanti<sup>\*\*</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo traçar o perfil da violência perpetrada contra a mulher na Baixada Fluminense do Estado do Rio de Janeiro de 2013 a 2016, a partir dos processos em trâmite, visando identificar a eficácia da proteção legal na prática, e se tais processos atingem o objetivo de proteção das mulheres em situação de violência, seja doméstica ou de gênero. Para isso, o presente estudo se propõe a articular a perspectiva de gênero às análises sobre violência em suas dimensões jurídica, social e cultural. O estudo sobre o cotidiano da violência contra a mulher na Baixada Fluminense nos possibilita conhecer a realidade multifacetada das mulheres em seus diferentes contextos e ter acesso a dados que poderão contribuir para a construção do aporte teórico da área, o qual, por sua vez, pode subsidiar as políticas públicas com perspectiva de gênero.

**Palavras-chave:** Violência. Gênero. Baixada Fluminense.

**Abstract:** This article aims to outline the profile of violence perpetrated against women in the Baixada Fluminense of the State of Rio de Janeiro from 2013 to 2016, from the processes underway, aiming to identify the effectiveness of legal protection in practice, and if such processes achieve the objective of protecting women in situations of violence, whether domestic or gender. For this, the present study proposes to articulate the gender perspective to the analysis on violence in its legal, social and cultural dimensions. The study of the daily violence against women in the Baixada Fluminense allows us to know the multifaceted reality of women in their different contexts and have access to data that may contribute to the construction of the theoretical framework of the area, which, in turn, can subsidize public policies with a gender perspective.

**Keywords:** Violence. Gender. Baixada Fluminense.

---

<sup>\*</sup>Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ em Núcleo de Tecnologia Educacional para a Ciência e Saúde, Filósofo e Psicanalista.

<sup>\*\*</sup>Doutoranda pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada em atendimento especializado jurídico-social das mulheres vítimas de violência doméstica.

## **1 INTRODUÇÃO**

Hodiernamente discute-se a exigência consistente de uma maior igualdade de direitos entre mulheres e homens. Daí a necessidade de suscitar novas abordagens que tragam consigo práticas de resistências à cultura patriarcal opressiva que torna as mulheres alvo de violência.

A violência contra a mulher se tornou um tema freqüentemente analisado nos dias atuais em razão de contar com uma maior visibilidade, através da intensa divulgação pela mídia, campanhas, ações do governo e de instituições civis que enfocam a questão. A violência de gênero é uma reação a uma relação desigual e, por isso, discriminatória, punida pela lei como delito e combatida pelo Estado (GOMES, 2015).

Importante se faz destacar que, no Brasil, a violência contra a mulher pode ser tipificada como crime, e tem como finalidade em primeiro plano protegê-la, e em segundo plano punir os agressores de forma a reduzir os índices destes delitos. Com o objetivo de alertar as mulheres, a fim de que percebam que podem ser vítimas de seus companheiros e garantir os seus direitos na sociedade, é que em 7 de agosto de 2006 foi sancionada pelo Presidente da República a Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha. Nela, são definidos cinco tipos de violência: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Cabe ressaltar que com a promulgação da Lei do feminicídio trouxe mais uma modalidade de homicídio qualificado para o código penal (§ 2º do artigo 121), a qual foi acrescentada como norma explicativa do termo "razões da condição de sexo feminino", elucidando que incidirá em duas hipóteses: 1) violência doméstica e familiar; 2) menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A pena prevista para homicídio qualificado é de reclusão de 12 a 30 anos (MELLO, 2015).

De acordo com Mello (2015), o feminicídio pressupõe todo e qualquer ato de agressão derivado da dominação de gênero, cometido contra indivíduo do sexo feminino, ocasionando sua morte. Estas mortes de mulheres por questões de gênero sucedidas nos diferentes contextos sociais e políticos são oriundas de uma cultura de dominação e desequilíbrio de poder existente entre os gêneros masculino e o

feminino, que, por sua vez, produz a subordinação da condição feminina, redundando em violência extremada.

Gomes (2015) afirma que as mortes de mulheres por questões de gênero sucedidas nos diferentes contextos sociais e políticos, nomeadas de feminicídio, estão presentes em todas as sociedades e são oriundas de uma cultura de dominação e desequilíbrio de poder existente entre os gêneros masculino e o feminino, que, por sua vez, produz a inferiorização da condição feminina, redundando em violência extremada com a qual se ceifa a vida de muitas mulheres.

Na expectativa de contribuir com possibilidades de pensar esse complexo processo, o presente estudo se propõe a articular a perspectiva de gênero às análises sobre violência em suas dimensões jurídica, social e cultural, buscando (re)leituras críticas acerca das definições dessas violências. O intuito é discutir esta temática em suas amplas possibilidades de modo interdisciplinar por meio de conexões com outros saberes como em uma tentativa de favorecer a ampliação do conhecimento sobre esse assunto.

O instrumento para a coleta de dados foi construído por meio de levantamento de dados quantitativos disponibilizados nos Juizados de Violência Doméstica na Baixada Fluminense no ano de 2013 a 2016 partir dos processos em trâmite, visando identificar a eficácia da proteção legal na prática, e se tais processos atingem o objetivo de proteção das mulheres em situação de violência, seja doméstica ou de gênero.

### **1.1 A biopolítica: o corpo e a vida das mulheres**

Na presente pesquisa, utilizamos a definição de gênero, tendo como orientação metodológica, a conceituação analítica e histórica de Scott (1990), historiadora e feminista americana, cujo texto *Gênero uma categoria útil de análise histórica*, publicado no país em 1990, teve grande impacto e repercussão nos estudos brasileiros desenvolvidos sobre a temática. Para uma das grandes estudiosas das relações de gênero, Saffioti (1992), o conceito de poder foucaultiano atrelado à discussão das relações de gênero torna-se substancial na compreensão da

desigualdade de gênero, desmistificando a oposição entre dominadores, os homens, e dominadas, as mulheres.

Neste sentido, torna-se valiosa a contribuição de Foucault (1990) quando tratamos da violência contra a mulher, uma vez que, as mulheres não se encontram destituídas de poder, mas fazem uso dos mecanismos que detém naquele momento. A questão do poder como posição privilegiada de mando é compreendida aqui como um exercício, possuindo uma natureza relacional e disseminada por toda estrutura social. E onde há luta para a manutenção desse poder há resistência. Ao compreender o poder como algo que se exerce em rede, que capilariza-se e investe todo o corpo social, a investigação do exercício do poder exige à inversão da análise jurídica clássica, em busca da análise das práticas reais e efetivas do poder. Compreendemos baseados em Foucault que as Políticas Públicas caracterizam-se por mecanismos de biopoder, o qual enfoca o poder que incide sobre a vida e a biopolítica que são as estratégias e técnicas utilizada pelo Estado para regular e controlar a vida da população.

Agamben (2004) complementa e aprofunda essas análises formuladas por Foucault, sobre o biopoder e a biopolítica, com ênfase nos seus efeitos no campo do direito. O autor problematiza o momento em que a vida se torna objeto da política e considera a necessidade de que haja uma regulação e controle da vida por parte do Estado, na relação entre política e vida.

Agamben (2004) argumenta existir pessoas cujas mortes não serão importantes para o Estado, sendo estas denominadas de vidas nuas. A vida nua corresponde ao indivíduo, que apresenta alguma característica peculiar (religião, nacionalidade, etc), e esta característica fez com que perdesse seus direitos de proteção dado pelo Estado, ou seja, sua cidadania, e por isso é uma vida matável. Podemos citar como exemplo, as mulheres vítimas de violência doméstica, porque seus maridos ou ex-maridos se julgam no direito de lhes tirar a vida, e muitas mulheres já foram assassinadas em decorrência deste tipo de violência.

A partir de uma figura do direito romano arcaico, designado *homo sacer*, ou “homem sacro<sup>1</sup>”, “na qual a vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão, (ou seja, de sua absoluta matabilidade)”, Agamben (2004, p. 14) propõe uma concepção de poder dissociada tanto do direito humano quanto do direito divino revelando um ponto oculto “de interseção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder.” (AGAMBEN, 1998, p. 14).

## 2 METODOLOGIA

Buscamos apoio nos campos teóricos do pós-estruturalismo, no pensamento foucaultiano e nos estudos de gênero. Do ponto de vista metodológico trata-se de pesquisa do tipo estudo de caso, com abordagem quantitativa, retrospectiva e descritiva com objetivo de traçar o perfil da violência perpetrada contra a mulher no município de Duque de Caxias.

A construção do perfil da violência contra as mulheres na Baixada Fluminense, elaborada dentro de uma perspectiva quantitativa, tem a finalidade de contextualizar a violência nesse grupo populacional no município.

Os elementos estatísticos buscam compreender como se dá a administração dos corpos e a gestão calculista da vida das mulheres vítimas de violência doméstica na Baixada Fluminense. Essa prática caracteriza o que Foucault (1985) chama de biopolítica. O autor enumera três campos que são os três grandes domínios de intervenção biopolítica: a higiene pública, o meio urbano e os mecanismos de segurança. O terceiro tipo, que estamos utilizando nessa pesquisa, diz respeito ao uso de técnicas estatísticas para averiguar a taxa de violência contra a mulher na região, ou seja, se as taxas aumentam ou diminuem e qual o custo social da violência contra a mulher e seus danos, permitindo intervir sobre tais fenômenos e assim estabelecer mecanismos reguladores dessa população.

---

<sup>1</sup> Homem sacro é aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribunicia se adverte que se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida (AGAMBEN, 1998).

### 3 DISCUSSÃO E ANÁLISE

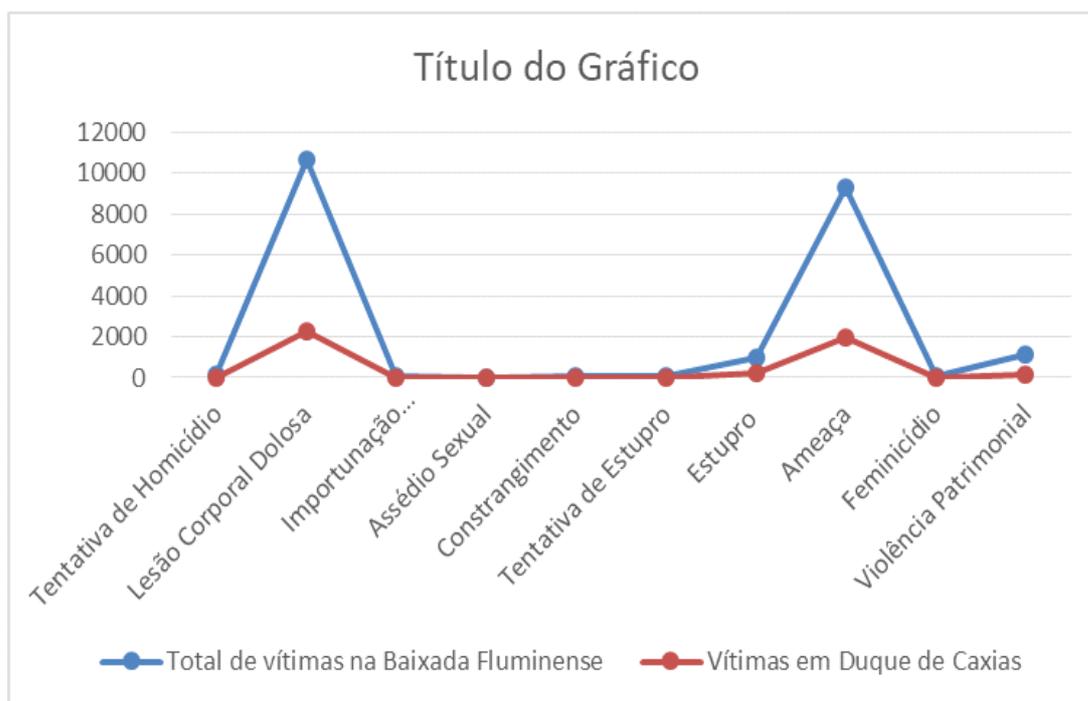
Segundo dados do Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro (ISP), o município de Duque de Caxias ocupou, no ano de 2016, os primeiros lugares do total de vítimas da Baixada Fluminense, variando entre o primeiro e o segundo lugar nos onze delitos apresentados na Tabela 1. Essa informação demonstra os altos índices de violência contra as mulheres na cidade.

**Tabela 1 - Posição de Duque de Caxias em relação aos municípios da Baixada Fluminense por delito, segundo indicadores de violência contra a mulher em 2016**

Delitos	Total de vítimas na Baixada Fluminense	Percentual da Violência na Baixada	Vítimas em Duque de Caxias	Posição de Duque de Caxias (%)
Tentativa de Homicídio	146		29	1º Lugar - 20%
Lesão Corporal Dolosa	10.652		2.300	1º Lugar - 22%
Importunação Ofensiva ao Pudor	69		17	1º Lugar - 25%
Assédio Sexual	18		5	1º Lugar - 28%
Constrangimento	81		26	1º Lugar - 31%
Tentativa de Estupro	104		17	2º Lugar - 16%
Estupro	1.017		236	2º Lugar - 23%
Ameaça	9.324		1.988	2º Lugar - 21%
Feminicídio	110		23	2º Lugar - 23%
Violência Patrimonial	1.111		181	2º Lugar - 26%

**Fonte:** elaborada pelos autores com base nos dados do Instituto de Segurança Pública, Dossiê Mulher 2017.

**GRÁFICO 01 - Posição de Duque de Caxias em relação aos municípios da Baixada Fluminense por delito, segundo indicadores de violência contra a mulher em 2016.**



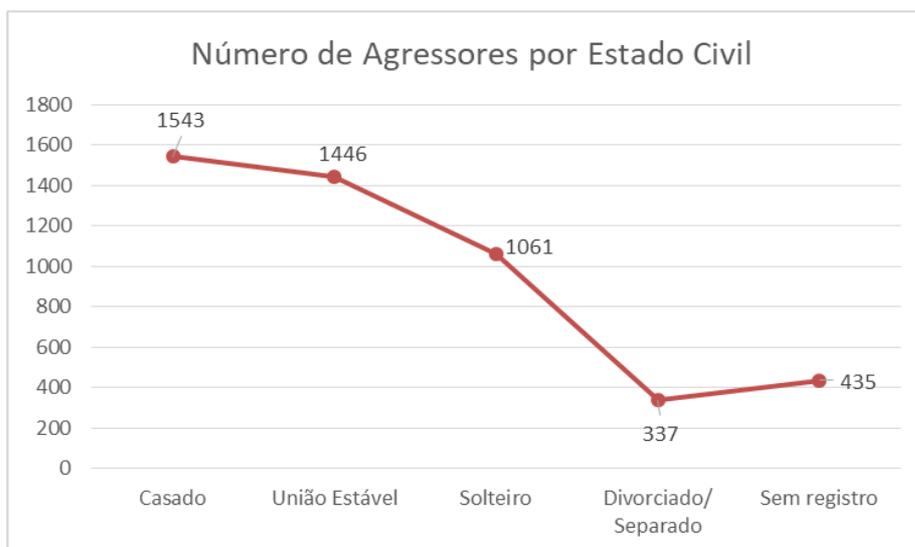
**Fonte:** Gráfico elaborado pelos autores.

Conforme podemos observar, o Dossiê Mulher (PINTO; MORAES; MANSO, 2017) indica que houve 26.279 casos de mulheres que sofreram violência na Baixada Fluminense, no ano de 2016, o que representa 20% do total de vítimas do estado e 30% da Região Metropolitana. Esses números comprovam que a Baixada Fluminense apresenta índices elevados de violência contra a mulher.

Nesse sentido Medeiros e Santos (2017) acreditam que o número elevado de casos de a violência contra a mulher na Baixada Fluminense é resultado da

Grande concentração de pobreza e carência de infraestrutura urbana desemprego; informalidade e precarização das relações de trabalho; precariedade das políticas públicas; insuficiência em quantidade e qualidade de equipamentos sociais; violência urbana com destaque para os altos índices de violência contra as mulheres com proeminência para a violência doméstica e familiar perpetrada pelo parceiro íntimo, marcas da periferia metropolitana. (MEDEIROS; SANTOS, 2017, p. 13).

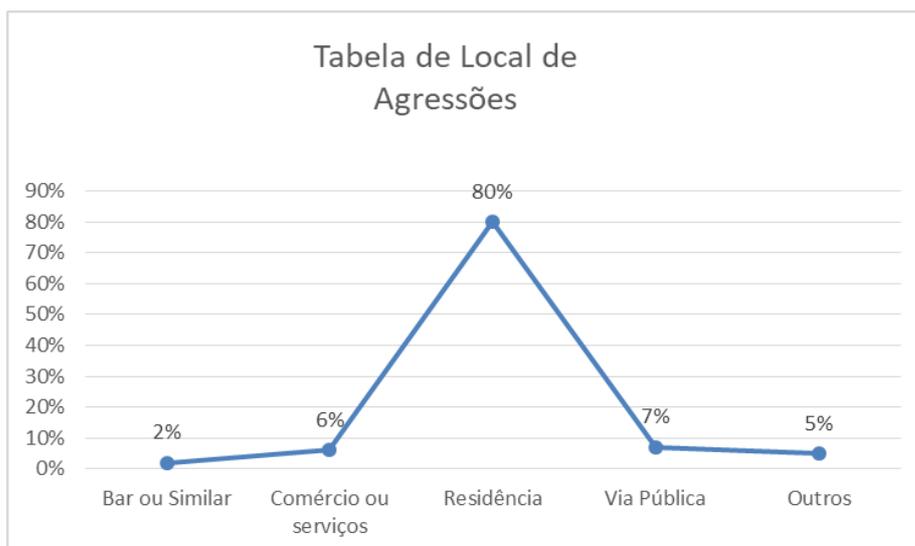
**GRÁFICO 02 - Distribuição de agressores segundo estado civil/situação conjugal. Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**



**Fonte:** Gráfico elaborado pelos autores.

Na maioria dos processos estudados O cônjuge era o principal responsável pelos incidentes violentos, com 32%, seguido do quem vive em união estável, com 30% dos casos. Os solteiros somam 22% dos casos, divorciado/ separado vem a seguir com 7% e sem registro 9%.

**GRÁFICO 03 - Distribuição de agressores segundo local de ocorrência da agressão. Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**



**Fonte:** Gráfico elaborado pelos autores.

Está claro que o espaço doméstico é o local mais privilegiado para a violência contra a mulher, na qual, assegurado da não interferência de terceiros, o cônjuge/companheiro conta ainda com o medo e a vergonha da pessoa agredida em denunciá-lo. A violência doméstica seja relacional, ou seja, pertencente às relações sociais entre os sujeitos e um modo de significar as relações de poder.

Diante dessa grave realidade, os movimentos de mulheres e feministas da cidade de Duque de Caxias, através do Fórum Municipal dos Direitos da Mulher (FMDM/ DC), vêm ao longo dos anos fazendo denúncias ao Ministério Público e reivindicando um espaço na Prefeitura que sirva para o atendimento a essas vítimas da violência. Esse espaço, pela sua proximidade com o centro, facilitaria o acesso aos demais serviços, dentre os quais a Delegacia de Atendimento à Mulher – DEAM de Duque de Caxias e o Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Para conquistar esse espaço, o Fórum Municipal dos Direitos das Mulheres de Duque de Caxias (FMDM/DC), no início de 2017, se mobilizou criando uma petição online dirigida ao prefeito de Duque de Caxias, Washington Reis convidando a população a assinar e divulgar esta campanha.

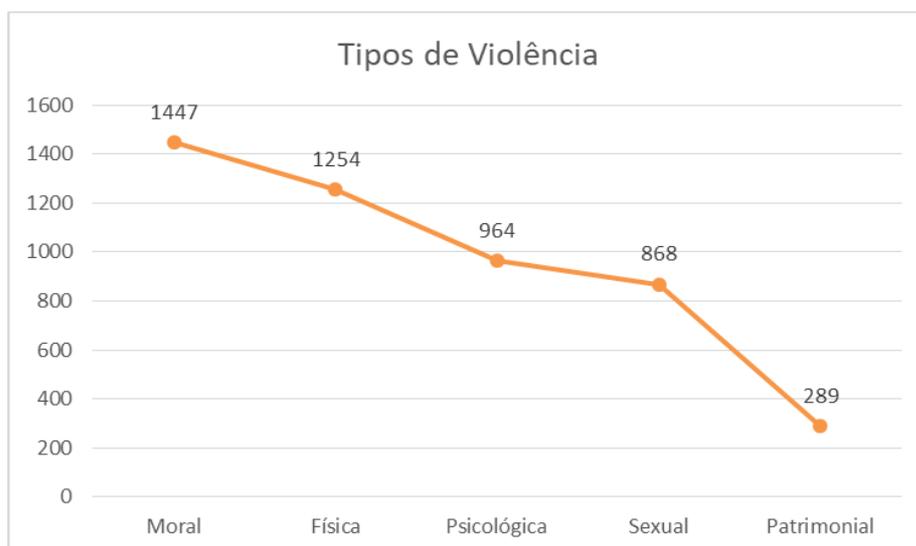
Outra iniciativa tomada para efetivar as políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher no município, foi o estabelecimento de estratégias e ações com alocação de responsáveis (tanto na esfera governamental como na da sociedade civil), parceiros e prazos, tanto no campo da prevenção à violência contra a mulher, no âmbito da Rede de Enfrentamento e Atendimento às Mulheres em Situação de Violência, como na esfera dos serviços especializados e não especializados no atendimento às mulheres em situação de violência.

Nesse sentido, cabe ressaltar algumas normas estabelecidas no Plano Municipal de Políticas para as Mulheres, no Artigo 2º da Lei 2.764/2016:

I – constituir Duque de Caxias como uma Cidade no Feminino; II – instituir políticas, programas e ações de enfrentamento do racismo, sexismo, lesbofobia e intolerância religiosa e assegurar a incorporação da perspectiva de raça/etnia e orientação sexual nas políticas públicas de Duque de Caxias, ampliando os direitos das mulheres em suas múltiplas possibilidades identitárias; (...) V – implementar políticas públicas de proteção, apoio e atenção às mulheres por meio da integralidade e humanização do atendimento às mulheres em situação de violência, considerando as

especificidades de raça/etnia, geração, religião, orientação sexual, deficiências físicas e mentais. (DUQUE DE CAXIAS, 2016, não paginado).

**GRAFICO 04 - Distribuição de agressores segundo tipo de violência cometida no Município de Duque de Caxias 2016. Juizado da Violência Doméstica e Familiar**



**Fonte:** Gráfico elaborado pelos autores.

A forma mais grave de violência doméstica e familiar contra a mulher foi a violência moral (30%), seguida pela violência física (26%). A violência psicológica apareceu em terceira posição, com 20 %, sendo que a violência sexual apresentou um percentual de 18 % e a violência e a patrimonial apresentou um percentual de 6 %.

A despeito de, nesse estudo, o percentual de violência sexual ter ficado em quarto lugar, é necessário ressaltar que, em muitas sociedades, a mulher não entende o sexo forçado como violência, caso ela esteja casada ou vivendo com o agressor, daí não denunciá-lo (COSTA et al., 2011).

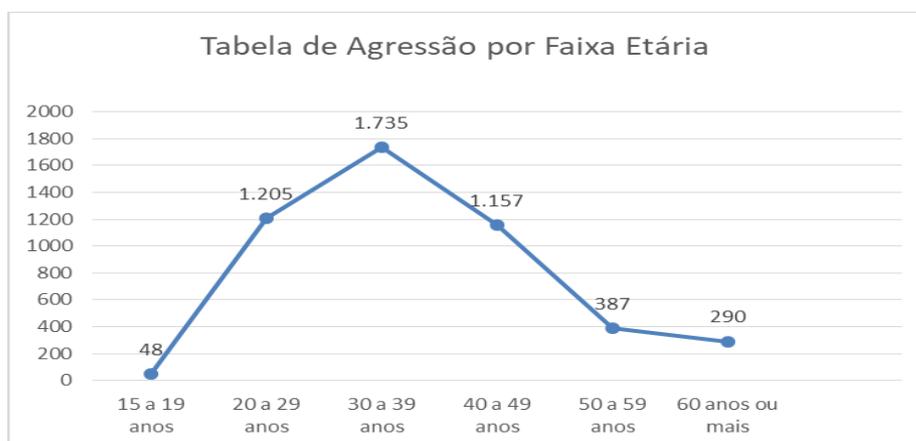
Muito embora a Baixada Fluminense seja composta por 13 municípios, verificou-se que somente havia instauração de Juizados de Violência Doméstica e Familiar nas cidades de Duque de Caxias e Nova Iguaçu. Nas demais cidades, os crimes de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar (JVDFM) são processados juntamente com os crimes de menor potencial ofensivo de competência dos Juizados Criminais (JECRIM). Assim, não há uma estatística específica dos crimes

de violência doméstica nos demais municípios para nortear a presente pesquisa, dentro dos resultados apresentados por cada Juizado.

Acreditamos que, esse não é um problema exclusivo dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Essa antiga problemática é inerente ao sistema judiciário brasileiro. E tão antigos são também problemas físico-estruturais. Por mais que os Tribunais de Justiça façam investimentos em obras de infraestrutura, a falta de espaço físico parece uma constante em muitos Juizados, que nem sempre são contemplados com melhorias.

A falta dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar sobrecarrega o trabalho daqueles já existentes, pois impõe enormes áreas abrangidas por um único Juizado. A Baixada Fluminense conta com 13 municípios e população total de mais de 2 milhões e 950 mil habitantes – quase metade da população da cidade do Rio de Janeiro, que é de 6,32 milhões de habitantes – possui apenas dois juizados.

**GRAFICO 05 - Distribuição de agressores segundo faixa etária. Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher 2016. Fonte: Juizado da Violência Doméstica e Familiar**



**Fonte:** Gráfico elaborado pelos autores.

A tabela 02 apresenta os resultados quantitativos do Total de Registros de Processos mensais tramitados no Juizado de Violência Doméstica e Familiar (JVDFM) de Duque de Caxias em pesquisa realizada no ano de 2016.

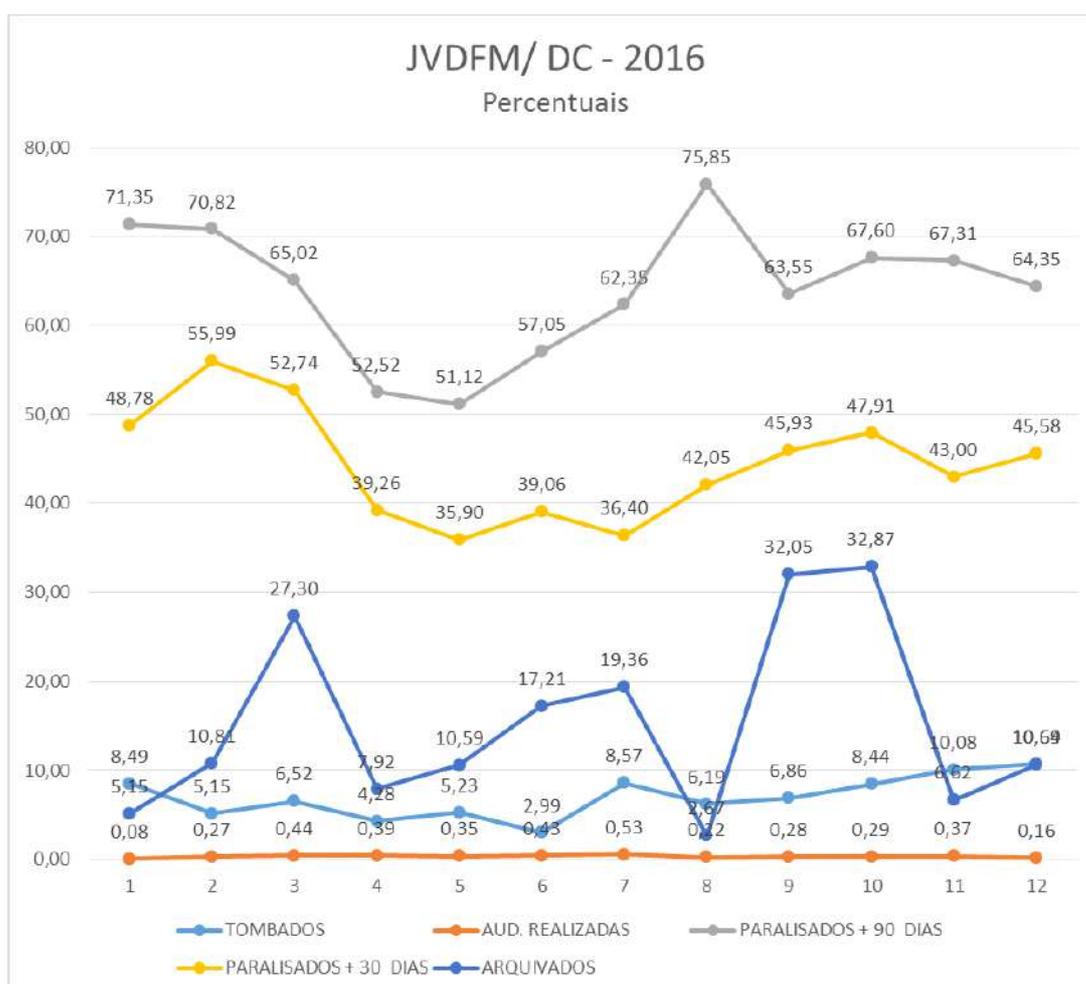
**Tabela 02 - Total de Registros de Processos mensais tramitados no JVD FM - Duque de Caxias – 2016**

	Janeiro	Fevereiro	Março	Abril	Mai	Junho	Julho	Agosto	Setembro	Outubro	Novembro	Dezembro
ACERVO	10.332	9.828	8.480	8.393	8.339	8.105	8.261	8.723	8.321	8.188	8.488	9.815
TOMBADOS	877	506	553	359	436	242	708	540	571	691	856	1049
AUD. REALIZADAS	8	27	37	33	29	35	44	19	23	24	31	16
PARALISADOS + 90 DIAS	7372	6960	5514	4408	4263	4624	5151	6616	5288	5535	5713	6316
PARALISADOS + 30 DIAS	5040	5503	4472	3295	2994	3166	3007	3668	3822	3923	3650	4474
ARQUIVADOS	532	1.062	2.315	665	883	1.395	1.599	233	2.667	2.691	562	1.044

Fonte: elaborada pelos autores.

O gráfico abaixo apresenta o número de casos de violência contra as mulheres no município de Duque de Caxias no ano de 2016, tomando por base a população feminina residente no local.

**GRAFICO 06 - Percentual de Crimes Contra Mulheres por mês no Município de Duque de Caxias - 2016.**

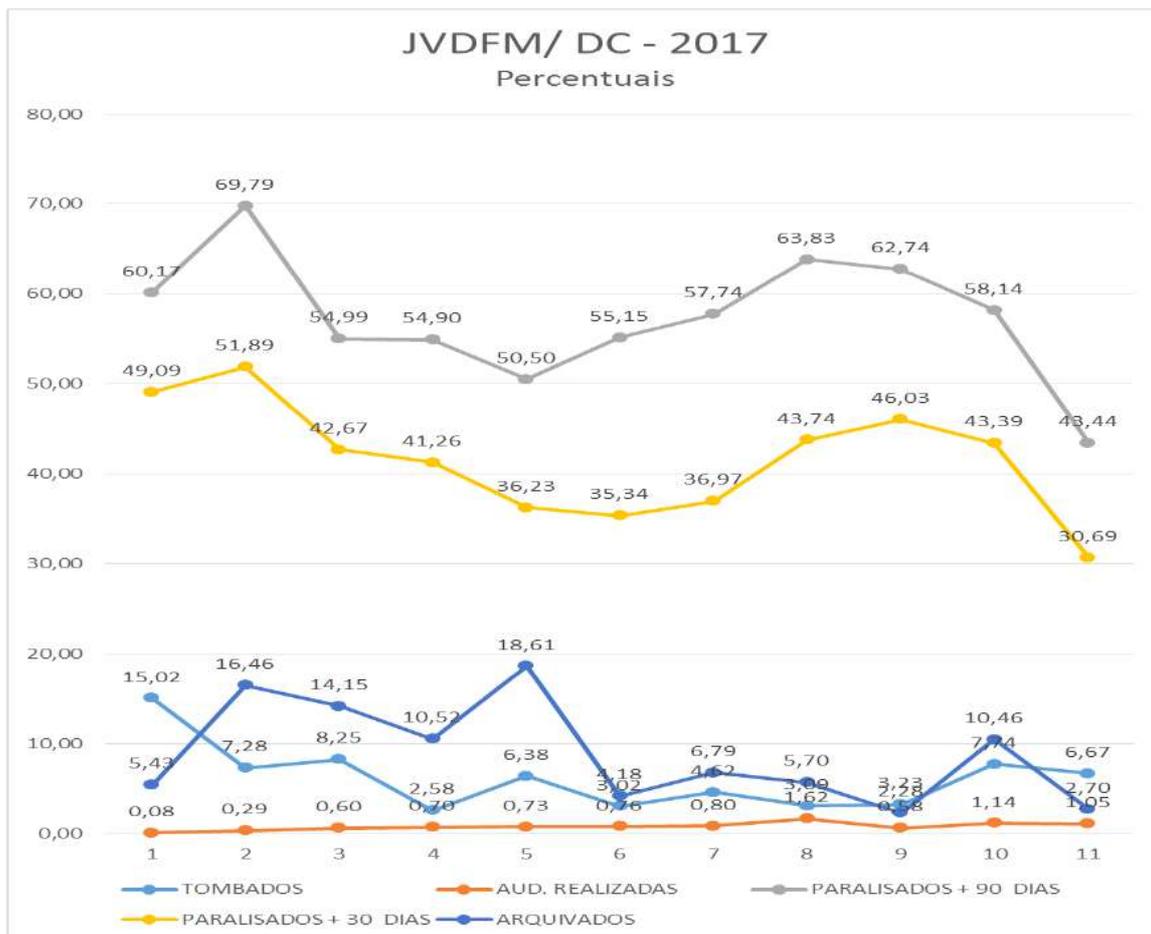


Fonte: Juizados de Violência Doméstica (RIO DE JANEIRO, [2017]).

Verificamos que no ano de 2016, os meses com maior incidência de violência contra a mulher incidem no final e início do ano (meses de dezembro, janeiro e fevereiro). Dentro do acervo existente no Juizado, o número de processos paralisados a mais de 90 dias gira em torno de 60% a 70%, e somente em dois meses girou na casa dos 50%. Os processos paralisados a mais de 30 dias figuraram em uma média de 35% a 55%. Os processos arquivados também tiveram uma média em dissonância do número de audiências realizadas. Consideramos que na maioria dos processos deveria ter sido realizada uma audiência, para depois ser findado e arquivado. Na realidade, constatamos que a maioria dos processos foram arquivados sem audiência, ou seja, sem a devida culpabilização do agressor. O número de audiências realizadas por mês no Juizado alcançou uma margem inferior a 1% do acervo existente no cartório do Juizado. Tais dados só corroboram com o descaso e impunidade dos agressores, pois toda a tramitação processual não finaliza o processo com o devido processo legal, mas valendo-se de um dispositivo da lei que acaba por penalizar duplamente a mulher agredida, que é o arquivamento do processo por falta de interesse processual onde o mesmo é arquivado após ficar 30 dias sem movimentação.

Nesse sentido, podemos constatar conforme Pasinato (2015), que essas estatísticas soam como um alerta de que a lei não está sendo aplicada como deveria e que o país falha em não reduzir mais o sofrimento e as mortes de milhares de brasileiras. A socióloga afirma ainda que o Judiciário brasileiro simplesmente não está preparado para aplicar uma legislação de proteção à mulher.

**GRAFICO 07 - Percentual de Crimes Contra Mulheres por mês no Município de Duque de Caxias - 2017**



**Fonte:** Juizados de Violência Doméstica (RIO DE JANEIRO, [2017]).

No ano de 2017, verificamos que os meses com maior incidência de violência contra a mulher incidem no início do ano (janeiro e fevereiro). Dentro do acervo existente no Juizado, o número de processos paralisados a mais de 90 dias gira em torno de 50% a 70%, e somente um mês encontrou-se na faixa dos 43%. Os processos paralisados a mais de 30 dias figuraram em uma média de 35% a 51%, somente tendo um mês na casa dos 43%. Os processos arquivados também tiveram uma média entre 10% a 18% em dissonância com o número de audiências realizadas, cuja porcentagem máxima foi a de 1,62%. Novamente verificamos que a maioria dos processos são arquivados sem audiência, ou seja, sem a devida culpabilização do agressor. O ano de 2017 continua demonstrando o descaso e impunidade dos agressores, sem a devida tramitação processual e a dupla

penalização da mulher agredida, com números exorbitantes de processos paralisados e arquivados por falta de movimentação.

O fato das mulheres denunciarem as agressões indica que elas não são subordinadas totalmente, há sempre a possibilidades de modificarem sua dominação em condições determinadas e segundo estratégias precisas.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho buscou analisar a violência contra a mulher na Baixada Fluminense. Para isso, buscamos dados que pudessem contribuir de forma significativa para compreensão sobre o cotidiano da violência contra a mulher nessa região e instrumentos que nos possibilitasse conhecer a realidade multifacetada dessas mulheres, principalmente as que se encontram em situação de violência, e ter acesso a dados que no futuro, poderão contribuir para a construção de aporte teórico, o qual, por sua vez, servirá para subsidiar as políticas públicas nessa área.

Constatamos que o sistema de justiça na maioria dos casos, não foi capaz de atender as mulheres vítimas de violência, pois geralmente, ao fazer a denúncia, embora o atendimento na DEAM seja imediato e o deferimento das medidas protetivas pelo juiz ocorra em curto prazo, quando o processo chega ao cartório, para as providências cabíveis de intimação do agressor, este procedimento não é imediato. Na maioria dos processos que pudemos acompanhar, percebemos que muitas vezes a mulher faz a queixa, mas demora a receber proteção e, em um número significativo de casos, nesse período, ela acaba sendo assassinada.

Essa constatação somada ao descaso e omissão do judiciário reduz e muito o êxito processual, pois além dos tribunais sofrerem com as restrições referentes à capacitação e sensibilização dos recursos humanos, sofre também de carência dos equipamentos necessários aos procedimentos de investigação e acompanhamento dos casos que dizem respeito a esse tipo de violência. Diante das dificuldades, são muitos os desafios a enfrentar.

Mais do que a criminalização dos atos, é importante a possibilidade de recorrer a medidas de proteção e poder contar com o apoio legal para ajudar a superar situações de opressão. A denúncia do crime de violência é mais do que

clamor por justiça. E também o início de um processo de emancipação, ou pelo menos, a possibilidade de ele poder vir a ocorrer. Observar os números, seguir as suas trilhas e, tanto quanto possível, a história que contam, é registrar o impacto da lei na sociedade e o seu poder de trazer à tona realidades sofridas desde há muito, escondidas ou silenciadas na violência.

## **REFERÊNCIAS**

AGAMBEN, G. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, G. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

DUQUE DE CAXIAS. **Lei nº 2.764 de 04 de abril de 2016**. Aprova a adequação do Plano Municipal de Políticas para Mulheres ao Plano Nacional para o Decênio 2015/2025 e dá outras providências. Duque de Caxias: Prefeitura Municipal de Duque De Caxias, 04 abr. 2016.

COSTA, A. M. da; MOREIRA, K. de A. P.; HENRIQUES, A. C. P. T.; MARQUES, J. F.; FERNANDES, A. F. C. Violência Contra a Mulher: Caracterização de Casos Atendidos em um Centro Estadual de Referência. **Revista da Rede de Enfermagem do Nordeste**, Fortaleza: UFC, v. 12, n. 3, p. 627-635, jul.- set./2011.

FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal. 1985.

GOMES, I. S. Femicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal. **Gênero & Direito, Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas**, João Pessoa, n. 1, p. 188-218, 2015.

MEDEIROS, L.; SANTOS, E. C. dos. Violência contra a Mulher, Políticas Públicas de Gênero e Controle Social: a construção do I Plano Municipal de Políticas para as Mulheres de Duque de Caxias. **Cadernos de Segurança Pública**, [Rio de Janeiro], n. 09, nov. de 2017.

MELLO, A. Femicídio: Breves comentários à Lei 13.104/15. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 47-100, 2. sem. 2015. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume23/volume23\\_49.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume23/volume23_49.pdf). Acesso em: 07 set. 2016.

PASINATO, Wânia. Femicídios e as mortes de mulheres no Brasil. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 37, jul./dez. 2015.

PINTO A. S.; MORAES, O. C.; MANSO, F. V (org.). **Dossiê Mulher 2017**. Rio de Janeiro: ISP, 2017. (Estudos, 2).

RIO DE JANEIRO (Estado). Poder judiciário. Juizados de Violência Doméstica. **PJERJ**, [2017].

SAFFIOTI, H. I. B. Rearticulando gênero e classe social. *In*: OLVEIRA, A.; BRUSCINI, C. (org.). **Uma questão de gênero**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992. p. 183-215.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**. Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 5-22, jul./dez. 1990.

---

Recebido em 11/06/2019.

Aceito em 14/11/2019.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p154-174>

## **O IDOSO E A PROBLEMÁTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL**

### ***THE ELDERLY AND PROBLEM OF HEALTH JUDICIALIZATION IN BRAZIL***

Maria Luiza Santos Costa<sup>\*</sup>  
Reis Friede<sup>\*\*</sup>  
Maria Geralda de Miranda<sup>\*\*\*</sup>

**Resumo:** A judicialização da saúde consiste na busca ao Poder Judiciária como última forma de garantir direitos. O idoso cada vez mais tem buscado auxílio no judiciário para garantir tratamento e fornecimento de medicamentos, porém, além da doença que lhe faz buscar a via judicial, como qualquer outro cidadão, ele está em situação de vulnerabilidade, justamente pela sua idade. Este estudo discute o aumento da judicialização no Brasil e o seu custo, as recomendações do TCU no que tange à matéria, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, RENAME e o *off label* e, por fim, a importância da proteção aos direitos.

**Palavras-chave:** Sistema de Saúde. Idoso. Medicamentos. Direito do idoso à saúde.

**Abstract:** The judicialization of health is the search for the judiciary as a last way to guarantee rights. The elderly are increasingly seeking help in the judiciary to ensure treatment and supply of medicines, but in addition to the disease that makes them seek the judicial path, like any other citizen, he is in a situation of vulnerability, precisely because of his age. This study discusses the increase in judicialization in Brazil and its cost; TCU recommendations on the subject, the National List of Essential Medicines, RENAME and the off label and, finally, the importance of protection of rights.

**Keywords:** Health System. Elderly. Medicines. Elderly right to health.

---

<sup>\*</sup>Mestre em Desenvolvimento Local pela UNISUAM. Advogada. Professora da Universidade Iguazu.

<sup>\*\*</sup> Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Correio eletrônico: reisfriede@hotmail.com.

<sup>\*\*\*</sup> Pós-doutora em políticas públicas pela UERJ e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM.

## **1 INTRODUÇÃO**

A judicialização da saúde como última forma de garantir fornecimento de medicamentos, seja por não estarem previstos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, RENAME, seja por não estarem disponíveis no Sistema Único de Saúde, ou por não possuírem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA, ou por falta de condições financeiras para arcar com os valores da medicação, é um problema social importante que preocupa familiares, autoridades públicas e juristas.

De acordo com Barroso (2008), a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. A judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

A Relação Nacional de Medicamentos, RENAME, conforme texto constante no site do Ministério da Saúde, é elaborada atendendo aos princípios fundamentais do SUS, isto é, a universalidade, a equidade e a integralidade, configurando-se como a relação dos medicamentos disponibilizados por meio de políticas públicas e indicados para os tratamentos das doenças e agravos que acometem a população brasileira. Seus fundamentos estão estabelecidos em atos normativos pactuados entre as três esferas de gestão do SUS. (BRASIL, 2017a).

Apesar dos princípios fundamentais do SUS, a lista elaborada com os medicamentos que são fornecidos não vem sendo suficiente, dando ensejo, conforme mencionado, às diversas ações judiciais contra os entes federativos na tentativa de proteger o bem maior de cada indivíduo, a vida. A Constituição Federal (CF) traz em seu artigo 23, inciso II, o dever comum entre União, Estados e Municípios em assegurar a proteção e defesa da saúde, cabendo a eles implementarem as políticas de saúde e delimitarem a atuação de cada um. A atuação

do judiciário é uma forma de tentar garantir o bem comum, pois caso não houvesse a judicialização dos direitos à saúde a falha estatal seria ainda maior do que a que já ocorre na saúde pública do país.

## **2 A JUDICIALIZAÇÃO E O SEU CUSTO**

Em regra, a judicialização da saúde é feita de forma individual, mas pode ser também coletiva, onde o indivíduo que necessita de algum tratamento e não tem condições de arcar com ele, pede socorro ao judiciário, utilizando como base seus direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Conforme Ventura et al. (2010, p. 71), a alta intensidade da demanda judicial no âmbito da saúde reflete essa busca de aproximação, ou melhor, de efetividade de um aspecto desse direito, que é o acesso aos meios materiais para seu alcance. No caso do Brasil, o Estado é o principal responsável e cumula deveres legais de proteção da saúde, no âmbito individual e coletivo, e de prover os meios para o cuidado de todos os cidadãos.

O ministro do Supremo Tribunal de Justiça, Benedito Gonçalves, por força do Recurso Especial de nº 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7), destaca alguns requisitos que devem ser cumpridos para que o pedido de fornecimento, não incorporado ao Sistema Único de Saúde – SUS, seja acolhido. Sendo eles: a demonstração que o medicamento é imprescindível ao tratamento, através de laudo fundamentado; a comprovação da hipossuficiência daquele que requer o medicamento, ou seja, que a sua aquisição implique o comprometimento da sua própria subsistência ou de seu grupo familiar e que o medicamento pretendido já tenha sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA (BRASIL, 2018a).

Percebe-se que a pessoa deve comprovar a necessidade da utilização dos medicamentos, a negativa através das vias administrativas, ou a demora, que em muitos casos pode ser fatal, e comprovar também a sua hipossuficiência em financiar o tratamento, e só assim ingressar com a ação cabível.

Nos últimos anos a judicialização da saúde vem crescendo, haja vista o envelhecimento populacional, a conscientização sobre os direitos fundamentais e

sociais e a dificuldade dos entes governamentais em proverem esses tratamentos, havendo a necessidade de coerção através de uma decisão processual.

O Tribunal de Contas da União (TCU) divulgou através de seu portal que foi realizado um estudo abrangendo União, estados e municípios, que são os entes responsáveis solidariamente pelo fornecimento de medicamentos, e foi detectado que os gastos com a judicialização da saúde pela União alcançaram em 2015 o valor de R\$ 1 bilhão e um aumento nas demandas em mais de 1.000% em sete anos. Conforme demonstrado pelo acórdão 1787/2017, que segue:

Auditoria operacional. Fiscalização de orientação centralizada (FOC). judicialização da saúde. Identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, bem como investigar a atuação do ministério da saúde para mitigar seus efeitos nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde. Constatação de ações individuais, de caráter curativo, com alta probabilidade de êxito. Gastos crescentes, que saltaram de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão em 2015. Deficiências de controle. Pagamentos por fármacos sem registro na ANVISA ou já disponibilizados pelo SUS. Falta de adoção de recomendações do CNJ. Ausência de procedimentos de ressarcimento Inter federativo. Determinações e recomendações. Ciência e arquivamento. (BRASIL, 2017b, p. 1).

Em consequência do aumento da judicialização, os ministros do TCU acordaram nos termos abaixo, além de outras as seguintes recomendações:

Recomendar ao Ministério da Saúde, com fundamento no art. 250, III, do Regimento Interno do TCU, c/c arts. 4º, 6º e 8º, II e III, da Resolução TCU 265/2014, que, em articulação com os demais órgãos envolvidos, avalie a conveniência e a oportunidade de adotar os seguintes procedimentos, com vistas à melhoria do controle administrativo sobre as ações judiciais referentes à saúde, bem como da eficiência, eficácia e economicidade dos procedimentos adotados para tratar o problema dos crescentes gastos com a judicialização da saúde. (BRASIL, 2017b, p. 1).

Para que o entendimento quanto às recomendações ficasse mais claro, optou-se por dividi-las em grupos, primeiramente seguem as recomendações feitas de modo a identificar o motivo para o aumento excessivo da judicialização da saúde, bem como apurar o gasto financeiro causado por ela.

- 9.1.1. Rotinas permanentes de coleta, processamento e análise de dados relativos às ações judiciais de saúde, bem como rotinas de detecção de indícios de fraude, por meio do cruzamento de dados e da observação de padrões e inconsistências, podendo usar como referência o Sistema de Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS (S-Codes), adotado pela Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo;
- 9.1.2. Estabelecimento de objetivos e metas com o intuito de minimizar os impactos da crescente judicialização da saúde;
- 9.1.3. Criação de coordenação, núcleo ou congênere para centralizar todas as informações relativas aos processos judiciais e coordenar todas as ações que envolvam a judicialização da saúde, com atribuições, em especial, de:
  - 9.1.3.1. Auxiliar a formulação da defesa do ente público pela respectiva procuradoria;
  - 9.1.3.2. Produzir um diagnóstico preciso e consistente sobre o impacto da judicialização no orçamento e na gestão da política pública;
  - [...] 9.1.3.5. Detectar a ocorrência de fraudes cometidas no âmbito da judicialização da saúde;
  - [...] 9.1.3.9. Classificar os itens de saúde judicializados<sup>27</sup>. (BRASIL, 2017c, p. 1-2).

As recomendações a seguir tratam das questões financeiras que envolvem a judicialização e meios para diminuir os custos trazidos com as demandas.

- 9.1.3.3. Tornar mais racional, eficiente e econômica a compra de medicamentos que deverão ser fornecidos por força de decisões judiciais;
- 9.1.3.4. Tornar mais racional, eficiente e econômica a prestação de serviços concernentes ao tratamento médico-hospitalar a ser fornecido por força de decisões judiciais;
- 9.1.3.6. Identificar duplicidades de pagamento por parte dos entes federativos;
- 9.1.3.7. Monitorar os pacientes beneficiários de decisões judiciais;
- 9.1.3.8. Realizar inspeções em processos e avaliações de pacientes, selecionados conforme critérios de risco e materialidade;
- 9.1.3.10. Identificar os itens incorporados ao SUS que são judicializados, de forma a reconhecer e corrigir eventuais falhas na gestão;
- 9.1.3.11. Auxiliar os magistrados na tomada de decisão por meio do fornecimento de informações técnicas, a serem disponibilizadas preferencialmente na internet, a fim de que possam alcançar as varas judiciais mais remotas, sobre medicamentos e tratamentos incorporados ao SUS, protocolos clínicos, medicamentos e

---

<sup>27</sup> Por exemplo: existência ou não de registro na ANVISA, apreciação ou não pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – Conitec, incorporados ou não às políticas do SUS e uso off-label.

tratamentos alternativos, medicamentos não registrados na Anvisa etc.;

9.1.3.12. Monitorar o atingimento dos objetivos e metas estabelecidos, propondo melhorias;

(...) 9.2. Recomendar ao Ministério da Saúde, com fundamento no art. 250, III, do Regimento Interno do TCU, c/c arts. 4º, 6º e 8º, II e III, da Resolução TCU 265/2014, que, em articulação com os demais órgãos envolvidos, avalie a conveniência e a oportunidade de adotar os seguintes procedimentos, com vistas a diminuir gastos com medicamentos judicializados de alto custo não incorporados ao SUS, não registrados na Anvisa ou já regularmente fornecidos pelo SUS:

[...] 9.3.2. Controle e divulgação do ressarcimento dos valores acima descritos. (BRASIL, 2017c, p. 1-2).

As demais recomendações têm como fulcro melhorar a forma de atuação dos entes públicos como meio de evitar a judicialização e diminuir os gastos gerados por ela. Verifica-se através das recomendações a busca pela participação de todos os envolvidos nas causas que podem gerar a judicialização, como os médicos e os Conselhos Regionais de Medicina, inclusive trazendo recomendações aos magistrados.

9.2.1. Envio tempestivo das informações ao Ministério Público Federal, diante do indício de fraudes no âmbito da judicialização da saúde, como, por exemplo, a repetição sistemática de prescrições por parte dos mesmos profissionais de saúde e/ou de advogados e a existência de rede entre pacientes, associações, médicos e advogados que denotem ações articuladas objetivando benefícios indevidos;

9.2.2. Exame da possibilidade e da pertinência de concessão, de ofício, de licença compulsória para a exploração da patente, nos casos de emergência nacional ou interesse público, conforme disposto no art. 71 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996;

9.3. Recomendar ao Ministério da Saúde, nos termos do art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, c/c arts. 4º, 6º e 8º, II e III, da Resolução TCU 265/2014, que, em articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos, avalie a conveniência e a oportunidade de adotar os seguintes procedimentos, com vistas à melhoria dos procedimentos de ressarcimento financeiro a estados e municípios que custeiam ações e serviços de saúde judicializados que são de competência federal:

9.3.1. Regulamentação do processo de ressarcimento de valores despendidos pelas secretarias estaduais e municipais de saúde em face do cumprimento de decisões judiciais que imputam a estados, ao Distrito Federal e aos municípios obrigações diversas das estabelecidas nas políticas de saúde do SUS, considerando, inclusive, a glosa de valores despendidos pela União no cumprimento de decisões judiciais cujas ações e serviços de saúde são de competência de outro ente federativo;

9.4. Recomendar ao Conselho Federal de Medicina (CFM) , com fundamento no art. 250, III, do Regimento Interno do TCU, c/c art.

6º da Resolução TCU 265/2014, que, com vistas a prevenir a emissão de prescrições em dissonância com o Parecer CFM 2/2016:

9.4.1. Conjuntamente com os Conselhos Regionais de Medicina, fiscalize a emissão de prescrições médicas de medicamentos, procedimentos e outros itens de saúde que não tenham sido registrados pela Anvisa, inclusive os casos off-label, exigindo o registro das motivações, o acompanhamento do paciente e, nos casos off-label, o consentimento esclarecido do paciente ou, em razão de impedimento, do seu responsável legal, tendo em vista o disposto no Parecer CFM 2/2016;

9.4.2. Divulgue e alerte aos profissionais médicos que a prescrição de medicamento sem registro na Anvisa afronta a Lei 6.360/1976 e o Código de Ética Médica. (BRASIL, 2017c, p. 1-2).

Percebe-se por meio das recomendações mencionadas que o Tribunal de Contas da União não trata apenas de medidas emergenciais, mas sim de todo o problema, de modo a identificar o perfil dos problemas que estão causando o volume excessivo das ações que clamam por saúde, além dos impactos causados. Demonstra-se que é necessário identificar o motivo de iniciar um processo relacionado à saúde e assim buscar resolver as falhas, minimizar os impactos, os gastos gerados e, dessa forma, voltar a concentrar os valores para o sistema público de saúde, atendendo cada vez mais pessoas sem a necessidade da busca pelo Poder Judiciário.

Entre o ano de 2008 e 2015 o gasto com a judicialização passou de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão. O TCU divulgou ainda que as ações que visam o fornecimento de medicamentos equivalem a 80% das ações propostas.

No mês de maio de 2017 o número de ações distribuídas em relação à saúde já era superior ao número de ações cadastradas em todo ano de 2016, conforme a divulgação feita pelo Ministério da Saúde. Nos cinco primeiros meses de 2017 foram cadastradas 18.678 contra 17.893 durante os 12 meses de 2016.

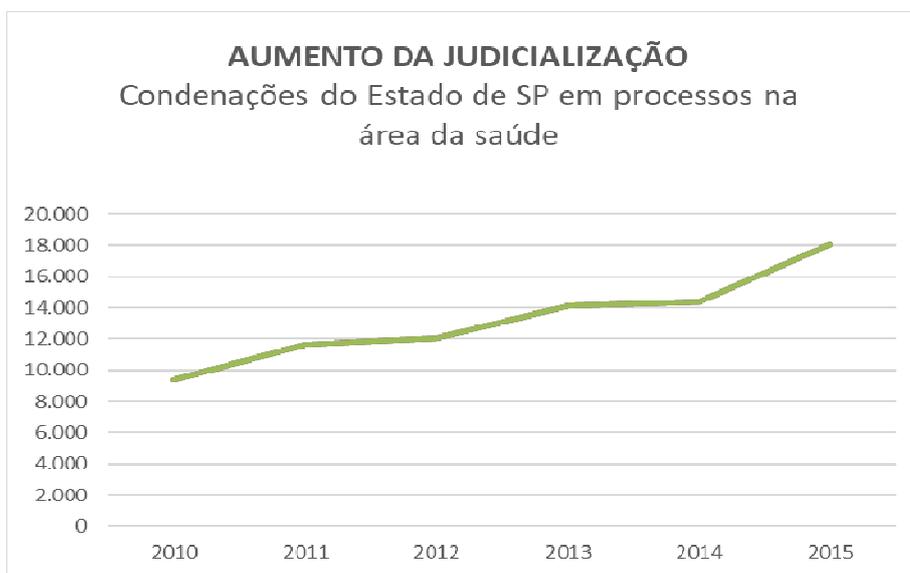
**Figura 1 - Número de ações sobre saúde cadastradas em 2017 nos estados brasileiros**



**Fonte:** Ministério da Saúde, 2017.

De acordo com a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo, entre 2010 e 2015 as condenações do Estado de São Paulo sobre processos de saúde passaram de 9.385 para 18.045, um aumento aproximado de 96%, conforme demonstra o gráfico abaixo.

**Gráfico - Aumento da Judicialização**



**Fonte:** Elaborado pelos autores, com base em dados publicados pelo Jornal Folha online, 2015.

O acordo 1787/87, também já citado, além da judicialização tratou também de uma tentativa de diminuir seus impactos e gastos, visando meios de diminuir as despesas pelos entes federativos, conforme pode-se perceber através do relatório do próprio acordo.

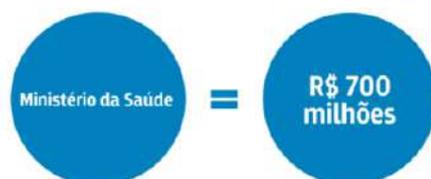
Cuidam os autos de auditoria operacional (registro Fiscais 142/2015) realizada com o objetivo de identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, bem como investigar a atuação do Ministério da Saúde e de outros órgãos e entidades dos três poderes para mitigar os efeitos negativos da judicialização nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde. (BRASIL, 2018).

**Figura 2 - Estados com maiores gastos com a judicialização**

### Maiores gastos estaduais com judicialização da saúde



### Gastos da União com judicialização da saúde



Fonte: TCU

Mathias Soares / Arte On

**Fonte:** BRASIL, 2017.

Além das centenas de processos que são distribuídos por ano para discutir o fornecimento de medicamentos, conforme já demonstrado, o que ocasiona também a sobrecarga do judiciário.

### 3 A RENAME E O OFF LABEL

A Portaria 3.916/98 determina que é responsabilidade do município definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, cabendo ao

estado, de acordo com o artigo 17 da lei 8.080/90, de forma suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde.

Todos os produtos constantes das listas deverão ter sido registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Mas muitas vezes alguns medicamentos indicados por médicos para tratamentos de seus pacientes não possuem esse registro, caracterizando o uso *off label* do medicamento.

O uso *off label* de um medicamento é feito por conta e risco do médico que o prescreve e pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico, mas na maioria das vezes trata-se de uso correto, apenas ainda não aprovado. Há casos mesmo em que esta indicação nunca será aprovada por uma agência reguladora, como em doenças raras cujo tratamento medicamentoso só é respaldado por séries de casos. Tais indicações possivelmente nunca constarão da bula do medicamento porque jamais serão estudadas por ensaios clínicos (BRASIL, [2018]).

O uso *off label* consiste no fato do medicamento indicado e utilizado não ser aprovado pela agência reguladora, mas não corresponde a ideia que o uso esteja incorreto, e isso resulta em mais demandas judiciais, pois o requerente do medicamento deseja o tratamento, deseja continuar a viver e assim fundamenta seu pedido na Constituição Federal, utilizando como base os direitos sociais nela previstos e por outro lado, existem os entes públicos que argumentam que tais medicamentos não podem ser entregues ao consumo sem que antes seja registrado no Ministério da Saúde, conforme prevê o artigo 12 da Lei 6.360 de 1976: "Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde".

O Ministério da Saúde divulgou no ano de 2017 a lista com os 10 remédios mais solicitados na Justiça pelo SUS e os seus gastos anuais. Nessa lista 8 medicamentos não faziam parte dos que são fornecidos pelo SUS e três não eram registrados pela ANVISA.

**Figura 3 - 10 remédios mais solicitados na Justiça**

## 10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS



	Nome comercial	Gasto anual	Indicação
1º	Procysby	R\$ 6,06 milhões \$ \$ \$	tratamento da cistinose nefropática (doença renal rara e genética)
2º	Translarna	R\$ 45,4 milhões \$ \$ \$ \$ \$	distrofia muscular de Duchenne
3º	Pirfenex	R\$ 170,5 mil \$ \$	fibrose pulmonar idiopática
4º	Naglazyme	R\$ 127,1 milhões \$ \$ \$ \$ \$	terapia de reposição enzimática para doença rara e hereditária
5º	Vimizim	R\$ 94 milhões \$ \$ \$ \$ \$	mucopolissacaridose tipo IVA
6º	Mimpara	R\$ 455 mil \$ \$	hiperparatireoidismo secundário em pacientes com doença grave no rim
7º	Soliris	R\$ 613 milhões \$ \$ \$ \$ \$ \$	HPN*, que é uma forma rara de anemia; e SHUA**
8º	Zytiga	R\$ 1,3 milhão \$ \$ \$	câncer de próstata avançado ou com metástase
9º	Replagal	R\$ 70,5 milhão \$ \$ \$ \$ \$	doença de Fabry, distúrbio hereditário
10º	Gabapentina	R\$ 21,7 mil \$	dor crônica

\*Himunoglobulinúria Paroxística Noturna

\*\* Síndrome Hemolítica Urêmica Atípica

**Fonte:** Ministério da Saúde, 2017.

Com a atualização do RENAME o medicamento que aparece em décimo lugar foi introduzido na lista.

## 4 A PROTEÇÃO AO IDOSO

O envelhecimento é um desafio que precisa ser enfrentado, não apenas por quem está passando pelo processo, mas por todos que têm o dever de cuidado com o idoso. Em razão da idade ocorre uma redução das atividades funcionais e conforme

já mencionado é comum que algumas doenças apareçam. O envelhecimento é um processo natural e universal, gerando a necessidade de construção de políticas públicas voltadas para atender esses idosos e se adequar às necessidades que virão junto com a necessidade da realidade da população.

No século XXI, o envelhecimento aumentará as demandas sociais e econômicas em todo o mundo. No entanto, apesar de na maioria das vezes serem ignorados, os idosos deveriam ser considerados essenciais para a estrutura das sociedades. (MIRANDA; MENDES; SILVA, 2016, p. 507-519).

De acordo com o IBGE e a sua projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação a população de idosos está e continuará em crescimento. De acordo com o Instituto, a população idosa é a única que se manterá crescente até o ano de 2030, ao contrário da população de jovens e da PIA (população em idade ativa), que conforme os dados apresentados, aparecem em porcentagem menor, levando em consideração o período entre os anos 2000 – 2030.

**Tabela – Percentual de jovens (idade de 10 a 64 anos) e idosos (65 anos ou mais)**

	<b>Jovens (10-14 anos)</b>	<b>PIA (15-64 anos)</b>	<b>Idosos (65 anos ou mais)</b>
2000	30,04%	64,35%	5,61%
2001	29,56%	64,76%	5,68%
2002	29,10%	65,12%	5,78%
2003	28,66%	65,46%	5,88%
2004	28,23%	65,78%	5,99%
2005	27,79%	66,11%	6,10%
2006	27,34%	66,44%	6,22%
2007	26,90%	66,76%	6,34%
2008	26,45%	67,08%	6,47%
2009	26,00%	67,39%	6,61%
2010	25,54%	67,68%	6,78%
2011	25,08%	67,95%	6,97%
2012	24,61%	68,21%	7,17%
2013	24,14%	68,46%	7,40%
2014	23,66%	68,70%	7,64%
2015	23,19%	68,92%	7,90%
2016	22,69%	69,14%	8,17%

2017	22,22%	69,32%	8,46%
2018	21,76%	69,47%	8,77%
2019	21,32%	69,59%	9,09%
2020	20,90%	69,68%	9,42%
2021	20,49%	69,74%	9,77%
2022	20,11%	69,76%	10,13%
2023	19,74%	69,75%	10,51%
2024	19,39%	69,71%	10,90%
2025	19,05%	69,65%	11,30%
2026	18,73%	69,55%	11,72%
2027	18,43%	69,43%	12,14%
2028	18,14%	69,28%	12,58%
2029	17,86%	69,13%	13,01%
2030	17,59%	68,97%	13,44%

Fonte: IBGE, 2018.

O idoso enfrenta e protagoniza os mesmos problemas que qualquer cidadão que busca auxílio no judiciário para garantir algum tratamento e o fornecimento de medicamentos, porém, além da doença que lhe faz buscar a via judicial, o que já lhe coloca em posição de vulnerabilidade, o idoso está em posição ainda mais desfavorável, justamente pela sua idade, pelo seu tempo, o que o torna ainda mais frágil.

Com isso, é necessário que além das proteções previstas a todos, os idosos tenham um maior amparo, para tanto, tornam-se essenciais as políticas públicas em favor dos idosos e as legislações especiais que cuidam deles. Como afirma Bahia (2017), os idosos encontram hoje algumas facilidades para enfrentar a vida cotidiana nas cidades, mas nenhuma tranquilidade sobre futuros ou atuais atendimentos a problemas de saúde. Os cuidados à saúde e as tecnologias contribuem para o aumento da expectativa e qualidade da vida, mas pressionam orçamentos públicos e privados. Minimizar direitos ou o impacto de gastos crescentes com saúde é antidemocrático e inspira concepções sombrias ou irrealistas. (BAHIA, 2017).

No Censo 2010, o IBGE divulgou que o Brasil caminha para um envelhecimento populacional. O índice de envelhecimento aponta para mudanças na estrutura etária da população brasileira. Em 2008, para cada grupo de 100 crianças de 0 a 14 anos existem 24,7 idosos de 65 anos ou mais. Em 2050, o quadro muda e para cada 100 crianças de 0 a 14 anos existirão 172, 7 idosos.

Um exame das estruturas etárias projetadas mostra, também, a transformação nas relações entre pessoas que ingressam (e permanecem) nas idades ativas e aquelas que atingem as chamadas idades potencialmente inativas. Em 2000, para cada pessoa (1) com 65 anos ou mais de idade, aproximadamente 12 estavam na faixa etária chamada de potencialmente ativa (15 a 64 anos). Já em 2050, para cada pessoa (1) com 65 anos ou mais de idade, pouco menos de 3 estarão na faixa etária potencialmente ativa. No tocante às crianças e jovens, existirão cada vez mais pessoas em idade potencialmente ativas destinadas a suprir suas necessidades (IBGE, 2008).

O envelhecimento da população está relacionada ao desenvolvimento do país, o que é positivo, mas o cuidado com o idoso é essencial nessa fase da vida. Sendo a saúde um cuidado que merece atenção do poder público.

Sancionada em 2003, a Lei 10.741, o Estatuto do Idoso assegura direitos às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, trazendo ainda, prioridades para os idosos que possuem mais de 80 (oitenta) anos, conforme alteração realizada através da Lei 13.466 de 12 de julho de 2017. Decorre a lei de um desdobramento da Constituição Federal de 1988, como uma lei dirigida especificamente àqueles que estão em uma fase da vida que requer maiores cuidados, que merece mais atenção, uma lei voltada ao idoso para fins de promover a autonomia, integração e no tocante do processo saúde-doença<sup>28</sup>.

O Estatuto do idoso é destinado a regulamentar os direitos das pessoas idosas, como forma de complementar e ampliar direitos já previstos na CF e também a Lei 8.842 de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso (CNDI - Conselho Nacional dos Direitos do Idoso), órgão criado no ano de 2002 e que teve suas atribuições definidas através do Decreto nº 5.109, de 17 de junho de 2004.

A lei representa um marco em relação ao tratamento da velhice na sociedade, pois trouxe mudanças significativas e uma série de obrigações de ordem pública, "reflete a influência de atuação de especialistas, políticos e segmentos da sociedade organizada." (NÉRI, 2005, p. 7).

---

<sup>28</sup> Processo saúde-doença é uma expressão que trata das variáveis que envolvem a saúde e a doença de uma população.

Nos mais de 100 (cem) artigos previstos no estatuto, alguns vêm fortalecer a importância da facilitação da saúde ao idoso e trata da vulnerabilidade do idoso quanto às demais pessoas.

O artigo 2º da Lei traz expressamente a proteção à saúde física e mental do idoso. Art. 2º: O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, “assegurando-se lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” (BRASIL, 2003, não paginado).

O artigo 3º do mesmo Estatuto impõe também à família, além do Poder público, o dever de assegurar ao idoso o direito à vida e à saúde, este artigo, além de outros dois, sofreu alteração em julho de 2017 e passou a dar prioridade especial para idosos com mais de 80 (oitenta) anos. Art. 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º A garantia de prioridade compreende: (Redação dada pela Lei nº 13.466, de 2017)

(...)

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII – **garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social local.**

IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda. (Incluído pela Lei nº 11.765, de 2008).

§ 2º Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos. (Grifo dos autores. Incluído pela Lei nº 13.466, de 2017). (BRASIL, 2003, não paginado).

O Estatuto que visa à proteção do idoso traz ainda em seu artigo 15, o direito do idoso quanto à saúde e ao acesso ao Sistema Único de Saúde, conforme abaixo:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 1.º A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de:

- I - Cadastramento da população idosa embase territorial;
- II - atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios;
- III - unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;
- IV - Atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;
- V - Reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das sequelas decorrentes do agravo da saúde.

§ 2.º Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação. (BRASIL, 2003, não paginado).

Conforme Ventura (2010, p. 77), os trabalhos empíricos apontam que a demanda judicial brasileira mais recorrente no âmbito da saúde é constituída por pedidos, individuais e coletivos, de medicamentos. Os pedidos judiciais se respaldam numa prescrição médica e na suposta urgência de obter aquele insumo, ou de realizar um exame diagnóstico ou procedimento, considerados capazes de solucionar determinada "necessidade" ou "problema de saúde".

A escolha da via judicial para o pedido pode ser dar pela pressão para a incorporação do medicamento/procedimento no SUS ou pela ausência ou deficiência da prestação estatal na rede de serviços públicos (VENTURA, 2010, p. 77-100).

A via judicial é a forma de compelir o estado a solucionar sua deficiência. Não se pode deixar de levar em consideração que a crescente judicialização, apesar de fazer com que, muitas das vezes, os cidadãos consigam garantir seus direitos, causam também uma desestruturação em relação ao sistema de medicamentos fornecidos pelo Estado.

É notório que o Estatuto do Idoso trouxe um marco de proteção a homens e mulheres acima de 60 (sessenta) anos, garantindo direitos, sem que pareçam aos demais, favores, entretanto, sabe-se ainda que apesar da importância do Estatuto, a cada dia a Justiça recebe mais ações impetradas por idoso ou por seus familiares, em busca sobretudo de medições que faltam no Sistema Único de Saúde. Isso demonstra, por um lado, que a proteção do Estatuto, e de outras legislações, é fundamental, mas que é necessário construir uma cidadania do acesso a todas as pessoas idosas, porque as que não entram com ações na justiça acabam ficando sem atendimento de suas necessidades.

Daí também se infere que é necessário que os próprios beneficiados pela lei, ou seja, os idosos estejam conscientes dos próprios direitos, para que estes sejam exercidos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Organização Mundial de Saúde, OMS, define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de afecção ou doença”.

A definição trazida pela organização mundial de saúde nem sempre está de acordo com a vida das pessoas, tal equilíbrio de bem-estar apontado pode não ser a realidade de muitas pessoas, principalmente quando estivermos tratando de idosos.

Com o passar da vida, parece que alguns problemas e doenças decidem aparecer comprometendo a saúde, o bem-estar e a vida financeira de muitos idosos, já que muitas vezes eles não podem pagar pelo tratamento necessário e adequado. Nesse momento surge o dever do Estado como garantidor do direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana.

Não que envelhecimento esteja diretamente associado a doenças, existem diversos idosos com uma vida saudável, apesar das limitações próprias da idade. De acordo com Ordacgy (2009, p. 16), a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a

atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

É fato que o direito à saúde no Brasil vem passando por uma evolução, embora ainda esteja longe de ser considerado o ideal para a sua população. Conforme demonstrado, o conceito de saúde vai muito além de um laudo médico, está ligado também ao bem-estar de cada indivíduo.

É notório que o Estatuto do Idoso trouxe um marco de proteção a homens e mulheres acima de 60 (sessenta) anos, garantindo direitos, sem que pareçam aos demais, favores, entretanto, sabe-se ainda que apesar da importância do Estatuto, a cada dia a Justiça recebe mais ações impetradas por idoso ou por seus familiares, em busca sobretudo de medições que faltam no Sistema Único de Saúde. Isso demonstra, por um lado, que a proteção do Estatuto, e de outras legislações, é fundamental, mas que é necessário construir uma cidadania do acesso a todas as pessoas idosas, porque as que não entram com ações na justiça acabam ficando sem atendimento de suas necessidades.

Daí também se infere que é necessário que os próprios beneficiados pela lei, ou seja, os idosos estejam conscientes dos próprios direitos, para que estes sejam exercidos.

## **REFERÊNCIAS**

BAHIA, Ligia. O seguro morreu de velho. **O Globo**, [S.l.], 2017. Disponível em: <http://noblato.globo.com/geral/noticia/2017/10/seguro-morreu-de-velho.html>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Conjur**, [S.l.], 2008. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=2](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2). Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. **Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm). Acesso em: 23 maio 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Uso off label de medicamentos**. Brasília, DF, 2018a. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1657156/RJ (2017/0025629-7)**. Rel. e Voto. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 25 de abril de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1787/2017**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas, 16 de agosto de 2017c. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/auditoria\\_operacional/aops/Anexo\\_2.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/auditoria_operacional/aops/Anexo_2.pdf). Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 016.264/2017-7**. Relatório. Relator: Ministro August0 Nardes, 2017b. Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551783727/relatorio-de-auditoria-ra-ra-1626420177/inteiro-teor-551783773>. Acesso em: 20 jun. 2018.

IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 30 abr. 2018.

IBGE. População brasileira envelhece em ritmo acelerado. **Censo 2010**, notícias, Rio de Janeiro, 27 nov. 2008. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&idnoticia=1272&t=ibge-populacao-brasileira-envelhece-ritmo-acelerad&view=noticia>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde**. Brasília, DF: CNJ, 2017a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 30 mai. 2018.

MIRANDA, Gabriella Morais Duarte, MENDES, Antonio da Cruz Gouveia, SILVA, Ana Lucia Andrade da. O envelhecimento populacional brasileiro: desafios e consequências sociais atuais e futuras. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 507-519, maio./jun. 2016. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=403846785012>. Acesso em: 03 abr. 2018.

NÉRI, Anita Liberalesso. As Políticas de atendimento aos direitos da pessoa idosa no Estatuto do Idoso. **A terceira idade**, São Paulo, v. 16, n. 34, out. 2005. Disponível em: <http://apps.cofen.gov.br/cbcenf/sistemainscricoes/arquivosTrabalhos/I40088.E10.T6032.D6AP.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2018.

ORDACGY, André da Silva. O direito humano fundamental à saúde pública. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília: DPU, n. 1, p. 16-35, jan./jun. 2009.

VENTURA, M.; SIMAS, L.; PEPE, V. L. E.; SCHRAMM, F. R. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010373312010000100006&script=sci\\_abstract&tIng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010373312010000100006&script=sci_abstract&tIng=es). Acesso em: 12 maio 2018.

## **FONTES CONSULTADAS**

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 129 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm). Acesso: 5 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6360.htm). Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. FUNASA. **Cronologia Histórica da Saúde Pública**. 2017. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica>. Acesso em: 03 jun.2018.

BRASIL. Ministerio da Saude. **Ministério da Saúde vai disponibilizar software para controlar ações judiciais**. Disponível em: [http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/julho/28/1-a-27-07-2017-S-Codes\\_judicializacao\\_com-edicao.pdf](http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/julho/28/1-a-27-07-2017-S-Codes_judicializacao_com-edicao.pdf). Acesso: 22 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Saude. **Ministério da Saúde pública nova lista de medicamentos essenciais para o SUS**. Disponível em: <http://portalfns.saude.gov.br/ultimas-noticias/1727-ministerio-da-saude-publica-nova-lista-de-medicamentos-essenciais-para-o-sus>. Acesso 30 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.577 de 27 de outubro de 2006**. Disponível em: [http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2577\\_27\\_10\\_2006\\_comp.htm](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2577_27_10_2006_comp.htm). Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Disponível em:  
<http://www4.tjrj.jus.br/ConsultaUnificada/consulta.do#tabs-nome-indice1>. Acesso  
em: 2 fev.2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região TRF-2. **Agravo De Instrumento:  
AG 200502010014980 RJ 2005.02.01.001498-0**. Relator Desembargador  
Federal Antônio Cruz Netto. Sessão 19/12/2007. Disponível em: [https://trf-  
2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6595202/agravo-de-instrumento-ag-  
200502010014980-rj-20050201001498-0?ref=juris-tabs](https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6595202/agravo-de-instrumento-ag-200502010014980-rj-20050201001498-0?ref=juris-tabs). Acesso em: 22 abr. 2018.

---

Recebido em 22/10/2019.

Aceito em 30/10/2019.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p175-189>

## **POLÍTICAS PÚBLICAS DE INSERÇÃO DE MENORES INFRATORES**

### ***PUBLIC POLICY INSERTION OF MINOR INFRATORES***

Manoel Manhães Ferreira Leontino\*  
Vitor Manoel da Silva Portella\*\*

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é demonstrar, e também particularizar, a ineficácia das políticas públicas vigentes de ressocialização de menores infratores no Estado do Rio de Janeiro. Ao longo do presente estudo será discutido o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e questões como a pobreza e criminalidade. As políticas socioeducativas oportunizam a reintegração do menor ao ambiente social, contudo, apesar da institucionalização de políticas públicas voltadas para o combate à violência, criminalidade e desigualdade, os programas vigentes encontram-se longe de atender de maneira específica os objetivos aos quais se destinam, apesar Doutrina da Proteção Integral.

**Palavras-chave:** Menor Infrator. Políticas Públicas. ECA. Ressocialização. Medidas Socioeducativas.

**Abstract:** The aim of this article is to demonstrate, and to particularize, the ineffectiveness of the current public policies of resocialization of juvenile offenders in the State of Rio de Janeiro. Throughout this study will be discussed the Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) and issues such as poverty and crime. The socio-educational policies provide opportunities for the reintegration of the minor into the social environment. However, despite the institutionalization of public policies aimed at combating violence, crime and inequality, current programs are far from specifically meeting the objectives for which they are intended, despite the Doctrine of Integral Protection.

**Keywords:** Minor offender. Public policy. ECA. Resocialization. Educational measures.

---

\* Mestrando pela Universidade Augusto Motta (UNISUAM). Pós-graduado do Curso de Direito Penal pela Faculdade Internacional Signorelli. Graduado em Direito pela Universidade Augusto Motta. E-mail: manhaesferreira@yahoo.com.br

\*\* Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdades Integradas de Jacarepaguá (FIJ). Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho.

## **1 INTRODUÇÃO**

Os problemas que a população de uma determinada localidade apresenta devem ser entendidos e solucionados através da adoção propícia de políticas públicas, cuja elaboração, planejamento e execução fazem parte das competências do setor público. Entretanto, é possível constatar que nas mais variadas situações, as mesmas não apresentam uma sistematização para o seu planejamento e consequente execução, em virtude dos diferenciados interesses apresentados pelas partes envolvidas.

Assim sendo, a concepção de políticas públicas engloba processos decisórios e posteriores orientações, intervenção governamental e a escolha das melhores decisões; tais políticas podem ser executadas pelo ente estatal, por organizações voluntárias, sem fins lucrativos, e também, por organizações não governamentais.

A violência e a criminalidade sempre fizeram parte da vida da sociedade, entretanto, nos últimos anos foi possível observar o seu crescimento vertiginoso, o acarreta preocupações do Estado, das comunidades carentes e do próprio ambiente familiar. Na atualidade, as principais vítimas e também autores de atos ilícitos são as crianças e os adolescentes. Anteriormente, a marginalização, a desigualdade social, a exclusão, o racismo, entre outros fatores levavam a sociedade a acreditar que somente a população negra, menos favorecida economicamente eram capazes de praticar infrações. Este cenário mudou e o perfil dos infratores também, ou seja, nos dias atuais, independentemente da cor, situação econômica e financeira pessoas de todas as classes e etnias cometem infrações.

No Brasil (1988), após a promulgação da Constituição Federal (CF/88) é possível verificar os avanços referentes à legislação de uma maneira geral, inclusive no que diz respeito aos direitos dos jovens e adolescentes, assim como as relações responsáveis, as quais são devidamente compartilhadas entre a sociedade, a comunidade, o governo e a própria família.

Apesar da preocupação com a qualidade de vida do cidadão na sociedade, e também das garantias asseguradas pela CF/88, o adolescente continua vulnerável após cometer atos infracionais, tendo em vista a falta de acompanhamento. Ter

princípios reconhecidos legalmente, ou seja, dignidade da pessoa humana e igualdade em várias situações não representam vida digna e produtiva, tendo em vista que não são verificadas grandes mudanças de comportamento dentro da sociedade, mantendo-se neste caso, a expressiva discriminação.

Diante das dificuldades existentes, desponta a seguinte dúvida, que será devidamente esclarecida no decorrer do trabalho: As Políticas Públicas de recuperação/ressocialização vigentes cumprem o seu papel efetivo?

## **2 O ECA e a CF/1988**

A Lei nº 12.594/12 refere-se à inserção das políticas socioeducativas, ou seja, o governo deveria cumprir o seu papel quanto à elaboração de leis (políticas Públicas Sociais), porém nem sempre estas são consideradas eficientes, uma vez que as instituições que teriam a função de reintegrar o menor ao corpo social não cumprem as suas tarefas de maneira efetiva, o que torna necessário, e de forma bem imediata à revisão e adequação dos procedimentos e normas vigentes.

A CF/1988 e o ECA entendem que o tratamento dispensado ao menor infrator deve seguir a Doutrina da Proteção Integral, ou seja, após a prática de um delito, devem ser aplicadas as medidas socioeducativas compatíveis, cuja finalidade é educar, esclarecer sobre os perigos da criminalidade e violência, e principalmente ajudar o menor a reconhecer que toda atitude gera uma consequência, e no caso das penalidades impostas, elas devem ser aceitas e devidamente cumpridas; tal penalidade pode se a advertência, a reparação de danos, a prestação de serviço comunitário, a liberdade assistida, semiliberdade ou, até mesmo a internação, que é aplicada para infrações bem mais graves.

Posteriormente, após o cumprimento da sanção imposta, o mesmo tem o direito a reinclusão social, uma vez que este processo reafirma o acesso igualitário aos diversos espaços da vida, pois é uma das essências do desenvolvimento social. Dentre todas as medidas a liberdade assistida é a que apresenta o melhor êxito, tendo em vista o acompanhamento do adolescente dentro da realidade do seu ambiente familiar e social.

A medida socioeducativa é ao mesmo tempo a sanção e a oportunidade de ressocialização, contendo, portanto, uma dimensão coercitiva, uma vez que o adolescente é obrigado a cumpri-la, e educativa, uma vez que seu objetivo não se reduz a punir o adolescente, mas prepará-lo para o convívio social (VOLPI, 2001, p. 66).

Normalmente, os jovens que entram em conflitos com a lei são oriundos de famílias pouco estruturadas, além de terem como exemplo, e até mesmo vivenciar, a prática de atos violentos no seu período de formação/desenvolvimento; neste contexto, a causa para o envolvimento com a criminalidade pode estar diretamente associado a não aceitação da sua condição desprivilegiada dentro da sociedade.

O ECA preconiza a garantia dos direitos fundamentais a todas as crianças e adolescentes brasileiros “[...] à liberdade ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.” (BRASIL, 1990, não paginado).

No mundo contemporâneo, o consumismo é um dos “elementos chave” para a existência dos mais variados tipos de problemas, e conseqüentemente, os menos favorecidos economicamente, nem sempre aceitam ou se contentam em apenas “olhar” determinado objeto; em muitas situações, a pobreza ou a falta de recurso financeiro se torna um agravante para que os indivíduos venham a roubar, isto é, na concepção do pensamento do menor, este irá adquirir aquilo que a sociedade apresenta como uma “novidade” a qualquer preço, mesmo que tenha que praticar atos ilícitos.

Anteriormente, somente os jovens negros e “pobres” eram acusados e presos, em virtude ao aliciamento ao tráfico de drogas, armas, assédio sexual ou crimes de internet. Este cenário mudou, constata-se que o tráfico, o consumo e o próprio comércio virtual, ou seja, artigos de vestuário, tecnológico (*ipods*, telefone celular, *palm-tops*) tornaram-se uma prática também dos jovens brancos e bem mais afortunados economicamente, pois se comprova uma modificação dos perfis.

Na atualidade, não existe um comprometimento para a formação dos indivíduos que irão compor o país futuramente, ou seja, as crianças e os adolescentes; diante de tal fato, tornou-se muito comum os pais, familiares ou

responsáveis legais procurar ajuda na Vara da Infância e Juventude, antigo Juizado de Menores, a partir do momento em que tomam consciência de que não possuem controle sobre a educação dos próprios filhos. A “violência” é um reflexo das humilhações impostas aos seres humanos, ou seja, são detectadas no ambiente de trabalho, no ambiente doméstico e na própria rotina social.

No Brasil, com o crescente quadro de abandono de crianças e diante da despreocupação da sociedade em acolher esta infância desvalida, estes infelizes passaram a ser estigmatizados de menores, num sentido pejorativo, que recebe a conotação de criminosos e infratores. Naquele momento, mais especificamente em 1922, passou a funcionar, no Rio de Janeiro, o primeiro estabelecimento público de atendimento a menor do Distrito Federal. (CUCCI, 2009, p. 194).

Acabou se tornando elementar rever as práticas voltadas para a formação de crianças e adolescentes, no que diz respeito à aplicação de leis, que possam atuar diretamente na solução dos problemas da criminalidade infanto-juvenil, assim como, oportunizar meios para que seja possível estabelecer uma vida em sociedade com menores índices de violência, principalmente junto à população que apresenta maiores riscos. (MATOS, 2006).

### **3 AS PRÁTICAS SOCIOEDUCATIVAS**

As práticas socioeducativas destinadas aos jovens, em especial aos de baixa renda, não oferecem condições muito favoráveis para a transição do indivíduo para a fase adulta, isto é, o futuro apresenta poucas chances de melhoria na vida. O tempo disponível destes indivíduos, não deve ser preenchido como ações meramente “presentistas”, as quais são oferecidas pelas instituições tradicionais de socialização, quer dizer, formação apenas de caráter compulsório, institucional e complementar. Os jovens necessitam de uma ampliação total dos seus níveis de conhecimento, cujo objetivo é evidenciar melhorias no momento atual, e principalmente, estas devem alicerçar o futuro, ou seja, período da fase adulta. (SPÓSITO, 2009).

A pobreza, principalmente urbana, caracterizada pela precariedade de condições de vida, pela ausência ou limitação de recursos públicos de infraestrutura e serviços, e pelo enfraquecimento das solidariedades

entre vizinhos, transforma-se na principal causa a ser combatida, propondo-se como intervenção a promoção social do adolescente e sua família. (LIANA, 2011, p. 5).

Apesar da sobriedade, a sociedade brasileira apresentou significativos progressos no que tange à democracia, bem como no provisionamento de bens coletivos, principalmente os que se encontram relacionados à educação, à saúde e ao trabalho; entretanto, apesar dos avanços na esfera democrática, constata-se uma severa decomposição do setor público quanto ao controle dos níveis do crescimento da criminalidade e violência. (SAPORI, 2007).

Violência e criminalidade são elementos cotidianos no meio urbano, apesar de também ocorrer no meio rural; negros e pobres são normalmente considerados os autores e vítimas de tais práticas, apesar da comprovação de existência também dentro da população branca e com melhores condições econômicas e financeiras.

A deterioração da ordem pública nos últimos anos pode ser constatada pela faixa etária dos jovens, uma vez que apresentam idades entre 15 e 29 anos. Os processos de exclusão e tração dos infratores foram fortemente disseminados através dos meios de comunicação em massa, pela compreensão de atitudes individualistas, pelos modelos culturais evidenciados pela classe média, e pelo próprio consumismo. O crescimento da violência junto à população menos favorecida economicamente é decorrente da contradição e simultaneidade existente entre o "mundo dos ricos" e o "mundo dos pobres", além das desigualdades sociais.

O Poder Judiciário tem a função de legitimador da democracia e dos direitos. Sua função estende-se a respaldar ou rejeitar práticas governamentais que possam desencadear o aumento de desigualdades e tantos males sociais, pois quanto maior o hiato se fizer presente entre o sistema normativo e a realidade social, mas se obterá a falta de efetividade e a total deslegitimação da ordem jurídica. (BONAVIDES, 2018, p. 63).

Através das políticas socioeducativas, a legislação brasileira oferece amparo às crianças e adolescentes, que acabam por se envolverem em conflitos legais, cuja finalidade é proporcionar a reintegração dos mesmos no meio social. Entretanto, para que seja estabelecido um ambiente apropriado e de "convivência pacífica", são praticadas determinadas ações institucionais e jurídicas um tanto quanto desumanas

e arbitrárias, tendo em vista, as tensões apresentadas pelos adolescentes, ou seja, os padrões de violência já criaram raízes profundas dentro do indivíduo). (MATOS, 2006).

Historicamente, é totalmente oportuno avaliar as condições de vida apresentadas pelo menor, ou seja, os aspectos culturais, familiares e econômicos, tendo em vista que:

Crime não é visto como uma patologia (uma doença), mas como uma relação multicausal complexa com raízes na própria sociedade [...] com ênfase nas condições sociais e estruturais da sociedade capitalista que propicia o surgimento da delinquência [...] as condições culturais também propiciam uma ambiente mais ou menos favorável ao delito e à reincidência, pois marcam um lugar para o sujeito na construção de sua história e das mudanças de sua trajetória. (FALEIROS, 2004, p. 90-91).

O Estado oportuniza as seguintes garantias ao direito social relativo aos menores, através da promulgação da Lei nº 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo): medidas socioeducativas que não privam a liberdade do indivíduo, tais como: a prestação de serviços comunitários, a liberdade com o devido acompanhamento, a repreensão e a retração aos danos cometidos; e, medidas que privam a liberdade do ser, as quais englobam a internação, e também, os processos de semiliberdade.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1990, não paginado).

De acordo com o art. 112 do ECA (BRASIL, 1990) será admitido o menor que praticar atos infracionais considerados "leves", e desde que o menor seja primário, ou, que as infrações ocorram de maneira ocasional. A advertência é um aviso verbalizado, porém, será reduzida a termo e assinada; a referida ação consiste em avisar, informar de maneira imediata o menor, assim como aos seus responsáveis e familiares sobre o risco de envolvimento em atos infracionários.

O art. 116 delibera sobre as obrigações de reparação de danos ao patrimônio; dependendo do entendimento das autoridades competentes, o menor deverá repor o objetivo danificado, de maneira a compensar os prejuízos causados à vítima. Este é um procedimento obrigatório, embora a finalidade seja “educativa”, isto é, uma tentativa para que o menor reconheça os seus erros e venha a repará-los. Embora válida, nos dias atuais é pouco aplicada em virtude da carência financeira dos menores infratores, e também por ocasionar ônus aos pais ou responsáveis.

[...] os direitos fundamentais são multifuncionais, um mesmo direito fundamental pode tanto ter função defensiva como prestacional. E é esse caráter multifuncional que ajusta a edificação de uma sociedade inclusiva, [...] menos excludente com vistas a proporcionar a concessão de direitos aptos a transformar a situação de abandono que parcela qualitativamente significativa da população está inserida. (LIMA, 2011, p. 268).

O art. 117 disciplina sobre as aplicações de serviços comunitários, os quais normalmente são gratuitos, além se servirem ao interesse geral e para o próprio bem-estar da coletividade, tais como: desempenho de atividades em ambientes hospitalares, escolares, entidades assistenciais e estabelecimentos semelhantes, programas comunitários ou governamentais; tais práticas não poderão ser superiores ao período de seis meses. A prestação de serviço comunitário acaba promovendo o envolvimento do adolescente com o seu núcleo familiar e com a comunidade, tendo em vista que, as tarefas são atribuídas mediante as aptidões individuais, além de não ser admitida nenhuma situação que venha a ocasionar vexame ou constrangimento.

De sorte que, é difícil para o legislador ou para o executivo garantir que uma norma de lei vá ser aplicada conforme foi engendrada e homologada. Há uma autonomia possível para cada agente de implementação proceder de acordo com suas referências. Igualmente existem outros fatores ou variáveis independentes da vontade do legislador, como as condições contextuais e os fatores subjetivos a cada agente envolvido. (OLIVEIRA, 2012, p. 28-29).

O art. 119 do ECA dispõe sobre a liberdade assistida; esta apresenta os melhores êxitos, uma vez que existe o acompanhamento do adolescente dentro da sua realidade social e familiar, ao serem estabelecidos valores e reflexões sobre as

práticas de atos ilícitos. A liberdade assistida é aplicada aos menores que cometem infrações “menos graves”, ou como medida inicial, e também, nas situações de afastamento das medidas de semiliberdade e internação nos seus processos conclusivos.

As medidas privativas de liberdade devem respeitar os princípios dos direitos humanos, pelo menos de forma teórica, apesar da constatação de violações na aplicação e execução das medidas socioeducativas. O Brasil é marcado por traços de segregação e desrespeito aos direitos humanos. Observa-se que, por inúmeras vezes, os dirigentes optam pelo processo de internação em locais desumanos, ao invés de tentar outros tipos de medidas.

O art. 120 disciplina sobre o regime de semiliberdade, ou seja, medida alternativa para que o menor não venha a ser totalmente institucionalizado; neste caso, o infrator terá restrições quanto à sua liberdade; tal processo pode ser aplicado na fase de internação ou reingresso social, no período diurno para a realização de trabalhos externos, e no período noturno, ou seja, o menor deverá ser recolhido de volta à entidade, e contará com o apoio de orientadores e técnicos sociais. O autoritarismo se faz presente nesta medida, ao ser possível evidenciar o afastamento do adolescente com a sociedade e núcleo familiar, apesar do mesmo não ser privado do seu direito de ir e vir.

O art. 121 disciplina sobre a medida socioeducativa com o maior grau de severidade, ou seja, a internação, apesar dos seus aspectos pedagógicos e educativos. Tal restrição não pode ou deve privar o menor dos seus direitos fundamentais, isto é, deve apenas limitar o seu trânsito.

[...] as medidas socioeducativas [...] são aplicadas com uma finalidade educativa e de inibição da reincidência; ou seja, os métodos, para sua aplicação, devem incluir a assistência de profissionais ligados à área social, pedagógica, psicológica, psiquiátrica e outras, possibilitando sua integração na família e na comunidade<sup>8</sup> consolidando, assim, a garantia de todos os direitos constitucionalmente assegurados. (LIBERATTI, 2002, p. 128).

O ECA considera como menor infrator, o indivíduo com idade entre 12 e 18 anos incompletos, devendo este receber um tipo de tratamento consentâneo com o

seu âmbito sócio-familiar, e principalmente, quanto à sua fase de desenvolvimento. Apesar da promulgação da Lei nº 8.069/90, verifica-se que a legislação brasileira passou por processos de transformações; entretanto, em determinadas situações, as instituições e as utopias sociais mantêm as mesmas, o que tende a propiciar a reincidência das infrações e conseqüente aumento da criminalidade.

A ressocialização é um problema que muito inquieta a sociedade, em virtude da ausência de um comprometimento político efetivo com a população vulnerável, assim como a crise econômica e suas oscilações, pois os intentos políticos representam apenas os interesses da classe dominante.

As políticas sociais do tipo setoriais é um terreno novo no campo da Ciência Política, a qual enfoca, sobretudo o aspecto técnico. Acresce ainda que o caráter apolítico do enfoque, até agora dominante, tem influenciado a orientação com que se tem encarado a produção teórica a respeito, basicamente centrada na análise evolutiva e comparativa dos diferentes modelos institucionais e programáticos das políticas da juventude e a vinculação das políticas sociais da juventude com os processos de reforma administrativa. (ABAD, 2003, p. 16-17).

No Brasil, anteriormente o atendimento ao menor representava um "auxílio à pobreza", o qual passou da caridade à filantropia, até que se tornou um problema de ordem e ações públicas, pois se acreditava que ser "pobre" era uma condição religiosa ou social, ou seja, um meio para se alcançar a salvação. Posteriormente, a sociedade industrial começou a intervir, cujo objetivo era instruir e capacitar os menores para o mercado de trabalho. "Aos poucos se altera a visão caritativa, essencialmente religiosa e moral na busca de salvar a alma, em troca de salvar os corpos, através da filantropia", segundo Colombo (2006, p. 35).

Pode se afirmar que a nova condição juvenil se constrói sobre o pano de fundo da crise das instituições tradicionalmente consagradas à transmissão de uma cultura hegemônica, cujo prestígio tem se debilitado pelo não cumprimento de suas promessas e pela perda de sua eficácia simbólica como ordenadoras da sociedade. (ABAD, 2003, p. 26).

Todos os indivíduos, inclusive os adolescentes possuem direitos assegurados por lei, no que diz respeito à igualdade de tratamento, ou seja, não é admitido nenhum tipo de diferenciação ou discriminação, cujo objetivo é respeita à vida, à

segurança, à liberdade, à igualdade, bem como a própria história de vida do indivíduo. Tais elementos demonstram a existência de uma sociedade totalmente democrática, na qual são aceitas as adversidades existentes, incluindo os adolescentes que cometem atos ilícitos. Entretanto, verifica-se uma significativa desconsideração com estes indivíduos, pois os mesmos não são incluídos na pauta prioritária da esfera governamental.

A sociedade cobra medidas repressivas, porém é totalmente omissa na luta por melhoramento das qualidades de atendimento para estes jovens. As instituições, que teriam a função de ressocializar, apenas estigmatizam estes adolescentes, o que pode ser comprovado pelo insucesso das medidas socioeducativas, ou seja, após o cumprimento da penalidade devida, este jovem continuará desamparado e com poucas chances de uma reinclusão verdadeira na sociedade, ou seja, estes continuarão a serem rotulados como um “perigo” para a população.

Na atualidade, as verdadeiras preocupações da sociedade deveriam estar destinadas à efetiva prática do ECA, pois é inadmissível que após vinte anos da sua promulgação, a realidade continue apenas “teórica”, ou seja, pouca prática daquilo que esta devidamente estabelecido por lei.

No mundo contemporâneo, a violência e a criminalidade independem de raça, cor, sexo ou condição social; anteriormente, acreditava-se que apenas os “negros e pobres” um dia se tornariam “infratores”; este perfil e cenário foram modificados ao longo do tempo, em virtude dos mais variados fatores.

Tornou-se imperativo aceitar que “adolescentes infratores” devem ser tratados como um problema prioritário, com a independência da existência de relações de autoritarismo, relativas ao poder e valor econômico, da baixa capacidade política, ou até mesmo, da precariedade das instituições, visto que, toda ação irá proporcionar uma reação, e que as omissões também geram consequências bastante significativas, o que neste caso fica evidenciado pelo aumento da violência e o número abundante de atos infracionais.

O Estado deve cumprir as obrigações e responsabilidades, mesmo que venha a desagradar os interesses de determinadas camadas sociais, devendo respeitar sempre o interesse público; assim sendo, a família e a sociedade devem oportunizar meios para o desenvolvimento social e político da nação, cuja finalidade é adequar

determinadas ações para o atendimento das necessidades dos indivíduos mais vulneráveis.

O adolescente, ao ser conceituado como um ser dotado de direito, que detém certas prioridades, que é uma pessoa em desenvolvimento, acaba perdendo a sua verdadeira essência, isto é, este não mais será reconhecido como uma "vítima" da sociedade que o excluiu, e sim, como o agente "agressor". Após ser identificado como "infrator", este passará a arcar com as suas responsabilidades e de maneira definitiva, diante de tais fatos, tudo perderá a relevância, como por exemplo, o seu sofrimento, seus prazeres, discursos, origens, as causas que o motivaram para a prática de delitos, ou seja, tudo passará ser banalizado.

A sociedade levou muitos anos para ultrapassar o sistema político repressor e autoritário, porém, tais elementos ainda fazem parte do cotidiano da sociedade, tendo em vista a criação de "profundas raízes", visto que, "muito" foi realmente estabelecido em lei, porém, pouco divulgado e, normalmente, assumiu um caráter apenas transitório.

O Poder Público conjuntamente com a sociedade deveria reduzir o estado de retificação social, nos quais se encontram os menores infratores; entretanto, a inexistência de uma vontade política acarreta o sustento da miséria, e conseqüentemente, o aumento da criminalidade.

A criminalidade não é oriunda da negação do direito de proteção integral da criança e do adolescente, mas, é um dos fatores que desencadeia os atos criminais e violentos, em virtude ausência de medidas econômicas que possam devidamente inserir os que são rotulados de "marginais"; diante de tais fatos, verifica-se que não existe uma unanimidade quanto aos processos de inclusão, tendo em vista a existência de algumas máculas, para que seja possível reconhecer as diferenças, e também as relacionadas à viabilidade das medidas socioeducativas. Neste contexto, evidencia-se que jovem infrator não é o único a ser discriminado, ou seja, a família também sofre os efeitos desta condenação.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após uma extensa leitura, conclui-se que os questionamentos sobre as origens e repercussões dos crimes cometidos por menores datam desde o tempo do Brasil Colônia. A proposta apresentada pelo ECA significou o rompimento dos modelos até então praticados no país, o qual, infelizmente, se comprovou improfícuo em relação às suas expectativas, principalmente o que está diretamente relacionado à ressocialização do jovem infrator. A composição do ECA faz parte da legislação mais avançada, porém, as medidas socioeducativas ainda possuem conotações de “pena”, ou seja, não podem ser evidenciadas medidas de regeneração ou educação, o que tende a propiciar a revolta destes infratores, além de serem tendenciosas para o aumento da criminalidade.

Após a promulgação do ECA, a expressão “menor” foi substituída pelo termo “criança e adolescente”, assim como “infração penal” recebeu a denominação de “ato infracional”, no qual está incluída a contravenção e o próprio crime, e o “Juiz” deixou de ser o único que atua perante as práticas de atos infracionais, ou seja, na atualidade, o “Conselho Tutelar” tornou-se a nova autoridade administrativa.

Contudo, apesar das medidas alvitadas pelo ECA, a maioria dos problemas relacionados aos adolescentes infratores continuam sem solução, em virtude da realidade estrutural social e conjuntural brasileira, a qual, por sua vez imputa severos limites para a sua aplicação.

Nos dias atuais, um contingente populacional expressivo sofre com o processo de exclusão social, ou seja, não existem grandes possibilidades e expectativas para uma suposta ascensão social, assim como a automanutenção dentro da sociedade capitalista. As famílias marginalizadas acabam permitindo a saída dos seus filhos, os quais irão buscar por trabalho ou, até mesmo, a sua institucionalização, uma vez que não possuem estrutura ou recursos financeiros para a manutenção dos mesmos. Paralelamente aos fatores econômicos, outra questão de suma importância é a desagregação familiar, ou mais grave ainda, a ausência total dos familiares quando o infrator é institucionalizado.

Assim, devemos entender que nos momentos atuais, as políticas públicas sociais e as medidas socioeducativas devem ser reelaboradas, ou seja, não devem apresentar traços de “punição”, a começar pela parte estrutural das instituições, que deve ser remodelada, já que se pretende descartar a ideia de reformatório, internato, tão comum aos tempos remotos, o acompanhamento e ressocialização devem incluir os familiares e/ou responsáveis, além do menor, é preciso, principalmente, mudar a “visão” da sociedade em relação aos “infratores”.

## REFERÊNCIAS

ABAD, M. Crítica política das políticas de juventude. *In*: FREITAS, Maria Virginia de; PAPA, Fernanda de Carvalho (org.). **Políticas públicas juventude em pauta**. São Paulo: Cortez, 2003. p. 13-32.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

COLOMBO, I. M. **Adolescência infratora paranaense**: história, perfil e prática discursiva. 2006. Tese (Doutorado em História) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 26 nov. 2018.

CUCCI, G. P. A proteção integral da criança e do adolescente como meio adequado de inclusão social. *In*: SIQUEIRA, Dirceu pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati (coord.). **Inclusão social e direitos fundamentais**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2009. p. 193-209.

FALEIROS, V. P. Impunidade e inimizabilidade. **Serviço Social & Sociedade**, [S.l.], ano XXIV, n. 77, 2004.

LIANA, P. **Liberdade assistida**: punição e cidadania na cidade de São Paulo. 2011. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

LIBERATTI, W. D. **Adolescente e o ato infracional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LIMA, J. N. A cidadania social por meio de reconhecimento do direito fundamental à inclusão social. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BRITO ALVES, Fernando (org.).

**Políticas públicas da previsibilidade a obrigatoriedade**: uma análise sob o prisma do Estado social de direitos. Birigui, SP: Boreal Editora, 2011. p. 258-801.

MATOS, R. N. **Crime e castigo**: reflexões sensíveis sobre adolescentes privados de liberdade em Uberlândia. 2006. Dissertação (Mestrado em História) – Instituto de História, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2006.

OLIVEIRA, I. de L. M. **Avaliação de Políticas Públicas de Recuperação de Aprendizagem em Alfabetização na visão de quem as implementa**. 2012. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2012.

SAPORI, L. F. Política de segurança pública em Minas Gerais. *In*: SAPORI, L. F. **Segurança pública no Brasil**: desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 137-153.

SPÓSITO, M. P. **O estado da arte sobre juventude na pós-graduação brasileira**: educação, ciências sociais e serviço social (1999-2006). Belo Horizonte: Argvmentvm, 2009.

VOLPI, Mário. **Sem liberdade, sem direitos**: a privação de liberdade na percepção do adolescente. São Paulo: Cortez, 2001.

---

Recebido em 12/11/2019.

Aceito em 22/11/2019.