



REVISTA TECNOLÓGICA DA FATEC-PR

EDIÇÃO ESPECIAL: DE DIREITO

ISSN: 2179-3778

CURITIBA, V. 1, N. 9, JAN/DEZ 2018 – ISSN 2179-3778



REVISTA TECNOLÓGICA DA FATEC-PR

EDIÇÃO ESPECIAL: DE DIREITO

ISSN: 2179-3778

CURITIBA, V.1, N. 9, JAN/DEZ 2018 – ISSN 2179-3778

FACULDADE DE TECNOLOGIA DE CURITIBA – FATEC-PR

Mantenedora: Escola Tecnológica de Curitiba S/C Ltda.

Rua Itacolomi, 450 – Portão

CEP: 81070-150 - Curitiba-PR

Telefone: 3246-7722 - Fax: 3248-0246

<http://www.fatecpr.edu.br>

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
(BIBLIOTECA DA FATEC-PR, PR BRASIL)**

Revista Tecnológica da FATEC-PR. Faculdade de Tecnologia de Curitiba. v. 9, n. 1, jan./dez. 2017. Curitiba (PR): FATEC-PR, 2018.

*Periodicidade Anual.
Texto em português*

ISSN 2179-3778

1 – Ciências Sociais - Periódicos. 2 – Direito - Periódicos. 3 – Serviço Social - Periódicos. I – Título.

CDD 340

EXPEDIENTE

Revista Tecnológica da FATEC-PR

ISSN 2179-3778

*É uma publicação Anual editada pela Faculdade de Tecnologia de Curitiba –
FATEC-PR*

Rua Itacolomi, 450 – Portão CEP: 81070-150 - Curitiba-PR

Telefone: 3246-7722 - Fax: 3248-0246

e-mail: secretaria@fatecpr.edu.br

site : <http://www.fatecpr.edu.br>

**ESCOLA TECNOLÓGICA DE CURITIBA S/C LTDA.
FACULDADE DE TECNOLOGIA DE CURITIBA – FATEC-PR**

Diretor Geral:

João Paulo Alves da Silva

Diretor Administrativo-Financeiro:

João Paulo Alves da Silva

Diretor de Ensino, Pesquisa e Extensão:

Mauro Afonso Rizzo

Diretor Acadêmico:

Rodrigo Medeiros Ribeiro

Coordenador Geral

Victor Gonçalves Cremonez

**Coordenador do Curso Superior de Tecnologia em Redes de
Computadores:**

Gustavo Hommerding Alt

Coordenador do Curso Superior de Tecnologia em Telecomunicações:

Gustavo Hommerding Alt

Coordenador do Curso Superior de Tecnologia em Eletrônica Industrial:

Gustavo Hommerding Alt

Coordenador do Curso Superior de Administração:

Camila Puhl

Coordenador do Curso Superior de Engenharia de Produção:

Vanessa Correa de Andrade Torres

Coordenador do Curso de Ciências Contábeis:

Marcos Antônio Justino

Coordenador do Curso Superior de Engenharia Civil:

Rodrigo José de Almeida Torres

Curso Superior de Serviço Social:

Eliane Benkendorf

Conselho Editorial

Aline Maria Hagers Bozo

Rodrigo Medeiros Ribeiro

Gustavo Hommerding Alt

João Paulo Alves da Silva

Clóvis Castelo Júnior

Mauro Afonso Rizzo

Victor Gonçalves Cremonez

Rodrigo José de Almeida Torres

Marianne Sumie Kawano

Equipe Técnica

Maria Angela Grechaki Dominhaki

Revisão Ortográfica

Maria Angela Grechaki Dominhaki

Diagramação

Victor Gonçalves Cremonez

*Permitida a reprodução de pequenas partes dos artigos, desde que citada a fonte.
Os conceitos emitidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva de seus
Autores.*

EDITORIAL

A Faculdade de Tecnologia de Curitiba - FATEC-PR, com sede na Rua Itacolomi, No. 450, Bairro Portão, Curitiba-PR, CEP: 81.070-150, é mantida pela ETC - Escola Tecnológica de Curitiba Ltda., pessoa jurídica de direito privado, com fins lucrativos e sede e foro em Curitiba, Estado do Paraná.

A IES foi credenciada pelo MEC através da Portaria No. 159, de 19 de janeiro de 2005, publicada no Diário Oficial da União do dia 20 de janeiro de 2005. A FATEC-PR iniciou suas atividades no ensino superior no ano de 2005, e atualmente, no início de 2016, a IES conta com 9 (nove) cursos, sendo 3 (três) cursos superiores de tecnologia e 5 (cinco) cursos de bacharelado e 1(um) curso de licenciatura.

A FATEC-PR oferece atividades e Cursos de Extensão e Profissionalizantes, e Pós-graduação Lato Sensu em áreas tecnológicas dos cursos que oferta.

O Curso de Tecnologia em Redes de Computadores foi autorizado na mesma portaria de credenciamento da IES e teve o Curso de Tecnologia em Sistemas de Telecomunicações e o Curso de Tecnologia em Eletrônica Industrial, autorizados pelas Portarias No. 1.100 e 1.101, de 5 de abril de 2005, respectivamente, publicadas no DOU de 6 de abril de 2005.

O Curso de Tecnologia em Eletrônica Industrial foi reconhecido pela Portaria Ministerial Nº 471, de 22 de novembro de 2011, publicada no DOU de 24/11/2011.

O Curso de Tecnologia em Sistemas de Telecomunicações foi reconhecido pela Portaria Ministerial Nº 298, de 27 de dezembro de 2012, publicada no DOU de 31/12/2012.

O Curso de Tecnologia em Redes de Computadores foi reconhecido pela Portaria Ministerial Nº 302, de 27 de dezembro de 2012, publicada no DOU de 31/12/2012. E teve a Renovação do Reconhecimento pela Portaria 1093 de 24/12/2015, publicada no DOU de 30/12/2015.

O Curso de Administração, bacharelado, foi Autorizado pela Portaria Nº 185 de 06/02/2009, publicada no DOU de 09/02/2009, foi avaliado pelo MEC e pelo CRA – Conselho Regional de Administração e Reconhecido pela Portaria No 664, de 12/12/2013, publicada no DOU de 13/12/2013.

A Portaria 743 de 10/12/2014 publicou no DOU de 11/12/2014 a Autorização do Curso de Engenharia de Produção.

A Portaria No. 266 de 27/03/2015 publicou a Autorização do Curso de Serviço Social.

A Portaria 584 17-08-2015, DOU de 18/08/2015, publicou a Autorização do Curso de Pedagogia, licenciatura.

A Portaria No 704 de 02/10/2015 publicou a Autorização do Curso de Engenharia Civil.

A Portaria No. 816 de 29 de outubro de 2015 publicou a Autorização do Curso de Ciências Contábeis.

A partir do segundo semestre de 2013, a FATEC-PR e o CTC, instituições mantidas pela ETC, foram adquiridas por um grupo de educadores do Estado de São Paulo e que compreende 8 (oito) faculdades naquele Estado e uma IES no Distrito Federal. Desde então, a FATEC-PR compõe o grupo ao qual pertence à IERT – INSTITUIÇÕES DE ENSINO REUNIDAS DO TIETÊ, mantenedora sediada em Barra Bonita / SP ao qual pertence a Faculdade GRAN TIETÊ e a Faculdade GALILEU, e outras instituições do grupo que ofertam cursos nas áreas de administração, educação e engenharias.

Nas mesmas instalações da FATEC-PR funciona o CTC - Colégio Técnico de Curitiba, mantido pela ETC, onde são ofertados, no turno diurno e noturno, quatro cursos técnicos concomitantes e subsequentes ao nível do segundo grau (Técnico em Automação Industrial, Técnico em Informática para Internet, Técnico em Telecomunicações e Técnico em Eletrotécnica) e oferta o Curso de Ensino Médio Regular no período da manhã. A partir de 2015, o CTC também tem ofertado um curso técnico no âmbito do PRONATEC.

A FATEC-PR também tem tradição na realização de atividades e Cursos de Extensão e Profissionalizantes, em áreas tecnológicas dos cursos que oferta. Dentre estes cursos destacam-se: Comandos Industriais; Eletrônica Analógica (Eletrônica Básica); Eletrônica Digital; Instalação Elétrica Residencial e Predial; Microprocessadores e Microcontroladores PIC; Microcontrolador da Família 8051; NR 10; SEP; Informática Básica; Linguagem C++; Linguagem C; Linguagem Delphi; Linguagem Java; Linguagem Visual Basic; Programação Dot NET; Montagem e Manutenção de Computadores; Sistema Operacional Linux; Cabeamento Estruturado; Comunicações de Dados; Telefonia Básica, computação gráfica, educação e Telefonia Celular.

A FATEC-PR oferta também cursos de Pós-graduação Lato Sensu. Um dos fatos importantes é a atuação na responsabilidade social. A cada ano vem sendo desenvolvidos uma série de projetos extencionistas dentre os quais se destacaram A Faculdade de Tecnologia de Curitiba (FATEC-PR), tem desenvolvido projetos que envolvem a responsabilidade social.

A missão da FATEC-PR é:

“PROMOVER EDUCAÇÃO SUPERIOR QUE DESENVOLVA NO ACADÊMICO SUAS POTENCIALIDADES MORAIS E INTELECTUAIS, PROPORCIONANDO-LHE PLENO EXERCÍCIO DA CIDADANIA E DO SERVIÇO EM PROL DA SOCIEDADE”.

A Faculdade de Tecnologia de Curitiba (FATEC-PR), tem desenvolvido projetos que envolvem a responsabilidade social. As principais realizações em 2012, 2013 e 2014, 2015, 2016 e 2017 como aconteceu em anos anteriores, incluem:

- *Bolsas de Estudos, através da ETC – Escola Tecnológica de Curitiba, mantenedora da FATEC-PR. Têm sido concedidas, anualmente, bolsas variando de 10% a 100% do valor das mensalidades.*
- *Campanha do Natal Solidário, onde ano a ano, a IES tem arrecadado brinquedos e doações que são entregues em instituições que abrigam crianças carentes;*
- *Participação na Mostra de Responsabilidade Social no COTOLENGO, evento realizado a cada ano no COTOLENGO, sob a coordenação do SINEPE, e onde são efetuadas arrecadações para apoiar pessoas portadores de necessidades especiais;*
- *Campanha do Agasalho, feita a cada ano, com a participação da*

comunidade acadêmica, permite que a IES arrecade doações que são entregues em instituições que abrigam pessoas carentes;

- *Semana Tecnológica: Anualmente é realizada a Semana Tecnológica da FATEC-PR, reunindo trabalhos de alunos, expositores convidados, trabalhos de professores e palestrantes. Esta feira é aberta à comunidade e permite aos visitantes o acesso às informações sobre inovações que ocorrem na área;*

- *Concurso de Bolsas: Desde 2012 e a cada ano, vem sendo realizado um Concurso de Bolsas, regulamentado por meio de edital da Direção Geral e que visa aumentar a procura pelos cursos, ao mesmo tempo que dá oportunidade a egressos do Ensino Médio, com menor poder aquisitivo. Esta ação trouxe bons resultados para o primeiro semestre de 2013.*

- *Trote Solidário: Em 2013 foi iniciado o Projeto Trote Solidário, onde foram arrecadadas cestas básicas junto aos alunos calouros. Estas cestas foram distribuídas para famílias carentes da Comunidade do Alto Barigui. Este projeto é desenvolvido sempre no primeiro semestre do ano.*

- *Projeto FATEC-PR Solidária: Ação Social Junto ao Hospital do Trabalhador: Iniciado em 2013, este projeto visa apoiar o Hospital do Trabalhador com doações de roupas e calçados. Trata-se de um exercício teórico e prático de ação de responsabilidade social com alunos e professores do Curso de Administração, contribuindo com a sociedade carente no universo da saúde, junto à sociedade local e regional, no caso, particularmente no Hospital do Trabalhador em Curitiba/PR. Na primeira edição foram arrecadados e entregues mais de 3 mil peças de roupas e doações.*

Além disto, em 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017 também foram intensificadas as Visitas Técnicas com destaque para VISITA TÉCNICA À USINA HIDRELÉTRICA DE ITAIPU, a VISITA TÉCNICA À APPA – ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA, a VISITA TÉCNICA À REPAR, a VISITA TÉCNICA AO CINDACTA II e a visita técnica a MASTERPISO.

JOAO PAULO ALVES DA SILVA
Diretor Geral.

SUMÁRIO

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PRIMEIRA INFÂNCIA

.....
11

A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A GRATUIDADE DA JUSTIÇA E DO RECONHECIMENTO DA INTEGRAÇÃO DESTE DIREITO AO NÚCLEO DURO DA CF/88 COMO LIMITE INTERPRETATIVO DA NORMA

.....
23

NORMAS JURÍDICAS E SEUS VALORES FUNDANTES: UMA SIMBIOSE POSSÍVEL NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

.....
40

O LIVRE CONSENTIMENTO ESCLARECIDO DO PACIENTE E A LIBERDADE CONSTITUCIONAL DO PROFISSIONAL DE SAÚDE

.....
49

OS “PRECEITOS FUNDAMENTAIS” E O ART. 102, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UMA CONCEITUAÇÃO A PARTIR DA EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

.....
62

A EFICÁCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NA REPRESSÃO DO BULLYING ESCOLAR

.....
79

AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA FORENSE DE UM ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI: O CASO F.

.....

83

A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A GRATUIDADE DA JUSTIÇA E DO RECONHECIMENTO DA INTEGRAÇÃO DESTE DIREITO AO NÚCLEO DURO DA CF/88 COMO LIMITE INTERPRETATIVO DA NORMA

.....

91

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIVÓRCIO CONSENSUAL EXTRAJUDICIAL POR ESCRITURA PÚBLICA E SEUS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS APÓS A VIGÊNCIA DO CPC/2015

.....

108

SUPORTE TEÓRICO DO MICROENSINO NA EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA: OS DESDOBRAMENTOS DO PENSAMENTO DE VYGOTSKY E SEUS COLABORADORES LURIA E LEONTIEV

.....

130

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PRIMEIRA INFÂNCIA

PUBLIC POLICIES FOR FIRST CHILDHOOD

Ângela Maria Griboggi¹; Aline Maria Hagers Bozo²; Sergio Rodrigo De Pádua³

GRIBOGGI et al..Políticas públicas para a primeira infância . Revista Tecnológica da FATEC-PR: Edição especial de Direito, v.1,n.9, p. 11-22, jan/dez, 2018.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo verificar se o Brasil está realizando as políticas públicas voltadas para a primeira infância. Para tanto, será feita uma abordagem sobre o segmento pesquisado, que é o público infantil, considerando-o como possuidor de direitos. Enfocou-se as conquistas legais obtidas com a Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e a Lei nº 13.257/2016 considerada um marco legal da primeira infância. De posse desses conhecimentos, passou-se a analisar a realidade das políticas públicas direcionadas à infância, momento em que foram conhecidos os principais problemas que as crianças estão expostas, como a violência, a educação precária, os abusos, o desrespeito e a falta de dignidade. Por fim, constatou-se que as políticas públicas direcionadas ao público infantil, apesar do arcabouço legal que as defendem, ainda são ineficientes e realmente, esses indivíduos ainda estão à mercê de uma sociedade injusta e que não lhe garante o respeito, a dignidade e políticas públicas de boa qualidade.

Palavras-chave: Crianças; Direitos; Leis; Políticas públicas.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to verify if Brazil is carrying out public policies focused on early childhood. To do so, an approach will be taken on the researched segment, which is the children's audience, considering it as having rights. The legal achievements of the 1988 Constitution, the Statute of the Child and Adolescent - ECA and Law 13,257 / 2016 were considered as a legal framework for early childhood. In the possession of this knowledge, the reality of public policies aimed at children was analyzed, at which time the main problems that children were exposed were known, such as violence, precarious education, abuse,

¹ Ângela Maria Griboggi. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Especialista em Direito Civil pela FGV. Especialista em Direito Ambiental pela PUC/PR. Possui graduação em Direito pela PUC/PR. Possui graduação em Filosofia pela UFPR. Servidora Pública - UFPR. Advogada militante na área do Direito Civil. Professora de Direito nas instituições FATEC, FANEESP e FESP. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SJP-PR. Membro Consultivo da Comissão de Direito Ambiental da OAB/SJP-PR.

² Aline Maria Hagers Bozo é graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel. É graduada em Letras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Especialista em Direito Criminal pela UniCuritiba. Mestre em Direito Econômico e Ambiental pela PUC/PR. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: licitação, contratos, procedimentos administrativos, pregoeira do Estado e presidente de comissões de licitações por mais de seis anos. Professora da FANEESP nas disciplinas de história do direito, direito penal e direito criminal.

³ Sérgio Rodrigo de Pádua é professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Teoria do Direito, mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela Unibrasil. Especialista em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla/Espanha). Especialista em Direito e Administração Pública pelo Instituto Busato de Ensino. Bacharel em Direito pela UEPG. Membro do Colégio de professores da ABDCnst.

disrespect and lack of dignity. Finally, it was found that public policies aimed at children, despite the legal framework that defend them, are still ineffective and indeed, these individuals are still at the mercy of an unjust society and do not guarantee the respect, dignity and public policies.

Keywords: *Children; Rights; Laws; Public policy.*

1 INTRODUÇÃO

A primeira infância pode ser caracterizada por um período de crescimento e desenvolvimento do ser humano que abrange a faixa etária que vai de zero a seis anos. É um período que o indivíduo começa a dar os primeiros passos em direção ao amadurecimento do cérebro, aquisição dos movimentos e desenvolvimento de sua capacidade de aprendizado.

Acredita-se que quando as condições de desenvolvimento das crianças na primeira infância são satisfatórias, é possível que alcancem o melhor de seu potencial quando adultos.

Contudo, o atual cenário da primeira infância no Brasil que se verifica na mídia televisiva, mostra casos de maus tratos, abandono, abuso físico, sexual, psicológico e todo tipo de maldade contra esse público. O enfrentamento dessa questão deixa claro que é necessária uma articulação entre o poder público e a sociedade.

Esses aspectos serviram de estímulo para esta pesquisa que tem como objetivo verificar se o Brasil está realizando as políticas públicas específicas voltadas para a primeira infância.

O assunto é relevante e durante a pesquisa serão relatados os principais instrumentos legais de apoio à primeira infância, especialmente a Constituição de 1988, a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 13.257/2016 que definiu as políticas públicas para a primeira infância.

A metodologia utilizada para esta pesquisa é de cunho bibliográfica, exploratória e descritiva, oportunizada pela consulta à livros, artigos e publicações da internet que investigam o tema em questão.

1.1 OBJETIVO GERAL

Debater o tema das políticas públicas para a primeira infância, apontando se tais institutos são instrumentos capazes de garantir a efetividade dos direitos das crianças e de todos os princípios constitucionais processuais que deste decorrem.

1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) - Expor a legislação constitucional e infraconstitucional que disciplina a os cuidados com a primeira infância;
- b) - Estabelecer quais são os programas de governo vigentes;
- c) - Chamar a atenção para a realidade das crianças brasileiras;
- d) - Apontar a inefetividade dos Conselhos tutelares.

2 JUSTIFICATIVA

O estudo justifica-se em função de ponderar sobre tema que envolve a primeira infância e as políticas públicas que visam assegurar os direitos das crianças, verificando quão efetivas são as políticas públicas, e principalmente, se são aplicadas. Tal análise tem tamanha importância vez que será através das políticas públicas que se construirá a base educacional dos futuros nacionais brasileiros.

3 METODOLOGIA

A metodologia utilizada para esta pesquisa é de cunho bibliográfica, exploratória e descritiva, oportunizada pela consulta à livros, artigos e publicações da internet que investigam o tema em questão.

4 DESENVOLVIMENTO

4.1 INSTRUMENTOS LEGAIS DE APOIO À PRIMEIRA INFÂNCIA

Os cuidados com a primeira infância é um fato recente. A luta em prol dos direitos da criança foi construída por meio de dispositivos legais e documentos internacionais. Podem ser citados: a Declaração de Genebra (1924)⁴, a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959)⁵ e a Convenção dos Direitos da Criança (1989).⁶

O objetivo desses instrumentos legais é o de promover a qualidade de vida, o ensino, a saúde e a proteção das crianças contra abusos, exploração e violência. Coerente com esses pensamentos, Miceli (2010) relata que os textos legais procuram consolidar as necessidades biopsicossociais das crianças, por meio do acolhimento familiar, alimentação saudável e assistência médica satisfatórias. Destacam-se também, o fortalecimento de vínculos afetivos estáveis, promoção da autoestima e o incentivo à convivência social.

No Brasil, com a promulgação do Código de Menores de 1979, inaugurou-se a chamada Doutrina da Situação Irregular do Menor. Foi considerada absurda por muitos juristas, por não oferecer proteção à criança e ao adolescente. Quer dizer, as crianças eram afastadas da sociedade, ou seja, segregadas do convívio social, desrespeitando sua dignidade como pessoa humana. Em seu artigo 2º, a referida lei considerava irregular a criança que não possuía condições essenciais à sua existência, falta ou omissão dos pais, vítima de maus tratos ou em perigo moral com desvio de conduta. Para Marques in Pereira (2000, p. 311), “tal doutrina se traduz numa perspectiva tutelar, sem considerar seus direitos à convivência familiar e comunitária, à opinião, ao respeito e à dignidade”.

Para tentar ‘garantir’ essa política assistencialista, foram criadas a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM).

A FUNABEM seguia os ditames da ditadura militar implantada no Brasil em 1964, especialmente no que diz respeito à estratégia psicossocial de coerção e controle da

⁴ Foi a primeira declaração de direitos da criança compreendendo os meios necessários para o seu desenvolvimento normal, material e espiritual.

⁵ Destaca-se o princípio I, que estabelece: “A criança desfrutará de todos os direitos enunciados nesta Declaração. Estes direitos serão outorgados a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família.” (UNICEF, 1959).

⁶ Visa a proteção das crianças e adolescentes e o seu desenvolvimento individual e social saudável. (UNICEF, 2006).

população. Esses aspectos, segundo Rezende (2001) tinham como objetivo preservar a intervenção dos militares na sociedade brasileira, que deveria permitir a construção de sua legitimidade.

A FEBEM foi duramente criticada dentro e fora do Estado de São Paulo, especialmente pelas rebeliões, denúncias de maus tratos, além de torturas e superlotação. Essas críticas são de Spinelli (2006), e mostram uma realidade que é preciso esquecer, por ser ineficiente e conservar uma cultura carcerária de contenção e repressão.

Certamente, esses aspectos contribuíram para que se adotasse instrumentos legais que pudessem proteger a criança. A Carta Magna de 1988 procurou garantir os direitos fundamentais da infância e da juventude por meio do artigo 227 que assim dispôs:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e aos adolescentes 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-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Esses princípios foram fruto de uma intensa luta em prol de uma garantia especial à criança brasileira. No artigo supracitado, a criança é o foco central de todas as preocupações constitucionais. Para Pereira (2008) o artigo revela que a sociedade brasileira percebeu os avanços internacionais em favor da infância e da juventude, especialmente as políticas da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e Adolescentes,⁷ na qual a criança era considerada prioridade absoluta, resguardando-se seus direitos fundamentais.

A Constituição de 1998 reafirmou a doutrina de proteção integral da criança e adolescentes, que passam a ser sujeitos de direitos. Essa Constituição fundamentou o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA (Lei nº 8069/90), que dispôs em seu artigo 1º a proteção integral da criança e do adolescente. Pelo artigo 3º, tanto a criança como o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades, com a finalidade de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral e social. O art. 4º estabeleceu os deveres da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, que são o da efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. O parágrafo único do art. 4º do ECA estabeleceu a garantia de prioridade, contemplando a primazia da criança de receber socorro em qualquer situação, além da precedência de atendimento nos serviços públicos, a preferência na formulação de políticas sociais e a destinação privilegiada de recursos públicos na proteção à infância e à juventude.

Para Veronese (2003), o ECA foi um instrumento legal muito útil na defesa dos direitos das crianças e adolescentes, que passou a ser dever de todos. Neste contexto, Costa (1993, p. 232-233), enumera três saltos para que o ECA seja efetivamente implantado, a saber:

Primeiro salto: necessidade de alteração no panorama legal: necessidade de que os Municípios e Estados se adequem à nova realidade normativa. Necessidade de implementação dos conselhos tutelares de forma efetiva, com meios para tal, bem como os fundos destinados à infância.

⁷ Essa Convenção adotou a doutrina da proteção integral da criança, reconhecendo-a como pessoa em desenvolvimento, preservando o direito à convivência familiar e a garantia dos seus direitos com absoluta prioridade.

Segundo salto: ordenamento e reordenamento institucional: necessidade de colocar em prática a nova realidade apresentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Conselhos dos direitos, conselhos tutelares, fundos, instituições que venham a executar as medidas socioeducativas e articulações com as redes locais para a proteção integral.

Terceiro salto: melhoria nas formas de atenção direta: é necessário todo um processo de alteração da visão dos profissionais que trabalham de forma direta com as crianças e os adolescentes. É necessário, também, alterar a maneira de ver, entender e agir. Os profissionais que têm lidado com as crianças e os adolescentes têm, historicamente, uma visão marcada pela prática assistencialista, corretiva e a maioria das vezes meramente repressora. É necessário mudar essa orientação.

Um olhar sobre esses aspectos deixa claro que é preciso adotar medidas para complementar o ECA, quanto à postura da família, escola, sociedade e Estado.

O direito à família é ressaltado por Gueiros e Oliveira (2005), no qual os pais têm o direito de criar e educar a criança, além do direito à convivência familiar. Evidencia-se aqui a preferência da criança em permanecer junto aos seus genitores biológicos.

Quanto à escola ou educação, o § 3º do Artigo 54 do ECA estabelece que o Estado deve assegurar o direito à educação. A própria Constituição exige que o Estado deve fazer um recenseamento das crianças e adolescentes em idade escolar para que possam frequentar a Escola. Essa tarefa deve ser compartilhada com os pais ou responsáveis e a comunidade.

5 A LEI Nº 13.257/2016 – POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PRIMEIRA INFÂNCIA

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi alterado pela Lei nº 13257/2016. Essa lei priorizou os direitos da criança, do adolescente e do jovem, constantes no artigo 227 da Constituição Federal e do artigo 4º da Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

No artigo 2º da Lei nº 13257/2016, ficou estabelecido que a primeira infância abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança. Por essa lei o Estado tem a obrigação de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância.

O financiamento das políticas voltadas à primeira infância provém do salário educação, que abrange toda a educação básica, do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, destinado à educação básica aplicáveis às seguintes ponderações: a) creche em tempo integral e creche em tempo parcial. Os programas governamentais para a faixa de até cinco anos estão descritos no quadro 1.

Quadro 1: Programas educacionais destinados à primeira infância – até 5 anos

Programa	Recursos 2016/2017 (em milhões de reais)	Descrição
Brasil Carinhoso	765,65 (FNDE 2016)	Transferência automática de recursos financeiros ao DF e aos municípios, sem necessidade de convênio.
Proinfância	728,8 (LDO 2017)	Assistência financeira ao Distrito Federal e aos municípios que efetuaram o Termo de Adesão ao

		Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação e elaboraram o Plano de Ações Articuladas – PAR.
Criança Feliz	328,98 (LOA 2017)	Atendimento semanal a famílias feito por “visitadores domiciliares capacitados”.
Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE	4.147 (LOA 2017) Obs.: está incluído no rol de despesas que não serão objeto de limitação de empenho, nos termos do art. 9º, § 2º, da LRF, por constituírem obrigações constitucionais ou legais da União.	Transferência de recursos financeiros para promover a oferta da alimentação escolar e de ações de educação alimentar e nutricional, de forma a atender aos alunos de toda a educação básica (entre os quais os da educação infantil) matriculados em escolas públicas, filantrópicas e em entidades comunitárias (conveniadas com o poder público).

Fonte: Martins (2017).

O Programa Brasil Carinhoso consiste na transferência automática de recursos financeiros para custear despesas com manutenção e desenvolvimento da educação infantil, além de contribuir com ações de cuidado integral, segurança alimentar e nutricional e garantir a educação infantil.

O Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil tem como meta garantir o acesso de crianças e creches e escolas de educação infantil da rede pública. Presta assistência financeira ao Distrito Federal e aos municípios que efetuarem o Termo de Adesão ao Plano de Metas e Compromissos Todos pela Educação e elaborarem o Plano de Ações Articuladas – PAP.

O Criança Feliz é um programa com caráter assistencial e destina-se às famílias com crianças entre zero e seis anos para promover o seu desenvolvimento integral.

O Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE procura atender aos alunos da educação básica e promove a oferta da alimentação escolar e de ações de educação alimentar e nutricional.

Destinados à primeira infância, na faixa etária de 6 anos, os programas educacionais estão citados no quadro 2. Indica os recursos previstos para os programas suplementares para a educação básica, tais como: Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, Programa Nacional do Livro Didático – PNLD, Programa Nacional de Apoio ao Transporte escolar – PNATE, Programa Saúde na Escola – PSE, Programa Nacional de Bibliotecas Escolares – PNBE e Programa Novo Mais Educação.

Quadro 2 – Programas educacionais destinados à primeira infância – 6 anos

Programa	Recursos 2016/2017 (em milhões de reais)	Descrição
Programa Nacional do Livro Didático – PNLD	1.985 (LOA 2017)	Tem por objetivo prover as escolas públicas de ensino fundamental e médio com livros didáticos e acervos de obras complementares e dicionários
Programa Nacional de Alimentação	4.147 (LOA 2017) Obs.: está incluído no rol	Transferência de recursos financeiros para promover a oferta da alimentação escolar e de ações de educação alimentar

Escolar – PNAE	de despesas que não serão objeto de limitação de empenho, nos termos do art. 9º, § 2º, da LRF, por constituírem obrigações constitucionais ou legais da União.	e nutricional de forma a atender aos alunos de toda a educação básica, matriculados em escolas públicas, filantrópicas e em entidades comunitárias (conveniadas com o poder público).
Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar - PNATE	794	Assistência financeira, em caráter suplementar, aos estados, Distrito Federal e municípios para garantir o acesso e a permanência nos estabelecimentos escolares dos alunos do ensino fundamental público residentes em área rural que utilizem transporte escolar.
Programa Saúde na Escola – PSE	Não á dotação específica. O programa vincula-se às ações do MS 8735 Implementação de ações voltadas à alimentação e nutrição para a saúde (R\$ 10,7 bi). 20AD Piso de atenção básica variável 9 - Saúde da Família (R\$ 32,5 mi).	Política Intersetorial da Saúde e da Educação, na perspectiva da atenção integral (prevenção, promoção, atenção e formação).
Programa Nacional de Bibliotecas Escolares – PNBE	Ação genérica (MEC). 20RP Apoio à Infraestrutura para a Educação Básica (R\$ 1,0 bi).	Fornecimento, a todas as escolas públicas cadastradas no censo escolar, de obras e demais materiais de apoio à prática da educação básica.
Programa Novo Mais Educação	Vincula-se ao Plano de Ações Articuladas – PAR por meio da ação 0509 – Apoio ao Desenvolvimento da Educação Básica (R\$ 914,7 milhões para 2017).	Ampliação da jornada escolar de crianças e adolescentes, mediante a complementação da carga horária de cinco ou quinze horas semanais no turno e contraturno escolar.

Fonte: Martins (2017).

6 A REALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS À INFÂNCIA

O atendimento à infância pelas políticas públicas tem sido de grande importância e uma necessidade vital para o bem-estar desses indivíduos. Contudo, a realidade da situação das crianças no Brasil aponta, entre outras coisas, um processo de vitimização das crianças dentro e fora de seus lares. Em seus comentários sobre o assunto, Minayo (2002) descreve alguns atos de violência dos adultos contra o público infantil. A violência física é um deles e ocorre pelo uso da força física de um adulto sobre a criança, começando com uma leve dor e progredindo com o passar do tempo, podendo chegar a uma tentativa de homicídio. A violência sexual acontece quando um adulto procura usar a criança com a finalidade de estimulá-los sexualmente. Na violência psicológica, o adulto deprecia as

crianças ou bloqueia sua autoestima com ameaças de abandono ou crueldade. Por fim, as negligências podem ser representadas pela falta de alimentos, de vestimenta, de cuidados escolares ou com a saúde.

Analisando esses fatores de violência contra o público infantil, é necessário que a família e os diversos atores envolvidos na educação das crianças, adotem medidas de estímulo ao desenvolvimento de políticas sociais de enfrentamento à violência. Contudo, as expressões de violência estão associadas às condições de vida das pessoas, segundo Fávero (2007). Quer dizer, a questão social e suas variáveis, como: pobreza, desemprego, falta de moradia, afetam não somente a maioria das famílias da sociedade brasileira, como também, a vida das crianças.

Outro fator que chama a atenção quando se fala em políticas públicas direcionadas à infância, é o caso da exclusão que atinge as crianças. Essa situação ocorre pelo trabalho infantil, desagregação familiar ou desemprego dos pais. Esses infantes precisam trabalhar para auxiliar no sustento da família e perdem a escola, tornando-se excluídos.

Essa situação de exclusão, segundo Martins (1997, p. 18) abrange: “privação de emprego, privação de meios para participar do mercado de consumo, privação de bem-estar, privação de direitos, privação de liberdade, privação de esperança”. Tais contextos levam a crer que há ausência de políticas públicas que possam auferir às famílias condições dignas de sobrevivência.

Behring e Boschetti (2006) deixam claro que existe um paradoxo na concretização dos direitos previstos em lei com a realidade vivida pelas famílias. A vulnerabilidade das famílias contribui para a violação dos direitos das crianças aliada à precariedade das políticas públicas. Essa situação coloca em risco as crianças e adolescentes, segundo Martins (1993). Contraria o que dispõe o ECA em seu artigo 7º, que estabelece: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (BRASIL, 1990). Ao que tudo indica, o ECA estabeleceu muitos direitos econômicos, sociais e culturais, mas as autoridades não se preocupam em normatizar as condições para sua garantia material.

Um caminho para a construção da política de atendimento à criança, foi a criação de Conselhos, definidos pela Carta Magna de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Dessa maneira, foram criados os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente nas esferas nacional, estadual e municipal, e os Conselhos Tutelares com a tarefa de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

Contudo, os Conselhos de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, especialmente os municipais, encontram muitas dificuldades para se auto afirmarem como órgãos deliberativos com vida e identidade próprias. Esse aspecto é ressaltado pela Fundação Abrinq (2018) que em 2006 realizou um pesquisa no país junto a Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente - CMDCA e Conselhos Tutelares e constatou que apenas 49% dos Conselhos Estaduais e Municipais funcionavam regularmente, 47% deles tiveram períodos de interrupção das atividades ou nunca desenvolveram uma ação efetiva em seu município. A pesquisa revelou também, que apenas 20% dos Conselhos contam com diagnóstico de suas localidades e 23% já produziram um plano de ação documentado. As funções essenciais desses Conselhos não vêm sendo executadas ou têm sido realizada de forma precária.

O Conselho Tutelar é composto por crianças que tenham seus direitos ameaçados ou violados. O ECA elenca as atribuições e responsabilidades do Conselho Tutelar conforme disposto no art. 136 do ECA. Assim, tem como finalidade atender as crianças e adolescentes, atender e aconselhar os pais ou responsáveis, promover a execução de suas decisões, podendo requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança. Para Veronese (1999) o conselho tutelar, em

algumas vezes, trabalha fora de suas atribuições, fugindo de sua atuação que está na lei. Encontram diversos tipos de dificuldades para atuar de forma consistente e superar restrições que lhe são impostas. As iniciativas em prol da atenção integral à criança e ao adolescente são pouco divulgadas, fortalecendo o descrédito dessas instituições.

Em defesa dos direitos das crianças foram criados órgãos de proteção integral. O Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes – CONANDA, foi criado em 1991, integrado por representantes do Poder executivo e tem como objetivo o controle das políticas públicas para a infância e adolescência na esfera federal. Segue os princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e Adolescência (ECA). Esse órgão define as políticas voltadas para a área das crianças e adolescentes.

Com o objetivo de promover e defender os direitos das crianças e adolescentes, foi criado o Conselho Estadual dos Direitos das Crianças e Adolescentes (CEDCA). Sua estratégia de ação está ligada à mobilização social por meio de ações entre a sociedade civil e as autoridades políticas.

O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e adolescente (COMDICA) tem como papel a discussão e formulação das políticas de atenção e à infância e aos adolescentes no município.

Em suas pesquisas sobre os direitos das crianças, Rizzini (1997), qualifica como uma utopia esses direitos. Tal posição é fortalecida quando se verifica os índices de carência nutricional e fome que atingem a infância, ou seja, 6,6% das crianças residentes do semi-árido brasileiro, com até cinco anos de idade, sofrem de desnutrição crônica.

Segundo Relatório da FAO (2015), em 2015 haviam no Brasil 60 mil crianças menores que estão desnutridas. No Norte e Nordeste brasileiro, a situação é mais crítica. Em cidades com menos de 10 mil habitantes, essa triste realidade também está presente. Entre os indígenas e quilombolas a desnutrição das crianças é bastante comum, nos quais a desnutrição crônica atinge 40% da população.

As políticas referentes à educação na infância ainda são ineficientes no Brasil. Uma das grandes falhas é a total desarticulação de ações para melhoria do ensino, os professores são mal pagos e mal preparados, segundo Veroneze (2003). Diante disso, fica prejudicado o desenvolvimento do indivíduo e seu exercício da cidadania.

Também existe falta de vagas nas escolas e creches. Segundo dados da Fundação Abrinq (2018), 70% das crianças brasileiras não têm acesso a creches. O Brasil possui mais de dois milhões de crianças em situação de trabalho infantil. O desafio da educação, segundo a Fundação Abrinq (2018) acontece nas regiões onde há menos creches e onde há maior concentração de população de baixa renda. Só em São Paulo, mais de 100 mil crianças aguardam uma vaga nas creches da cidade.

O relatório da UNICEF (2018) “ECA 25 anos”, apresenta as dificuldades que permearam o mundo das crianças. Em 2015 haviam no Brasil 61% entre negros e pardos que viviam na pobreza, o que geram barreiras para a garantia dos direitos de crianças e adolescentes.

Na variável educação, mais de 3 milhões da população infantil ficaram fora das escolas em 2013. A população que compõe a exclusão escolar é de pobres, negros, indígenas e quilombolas. Nesse ano, quase 700 mil crianças de 4 e 5 anos estavam fora da escola porque as atuais pré-escolas são insuficientes para atender à demanda (UNICEF, 2018).

Diante dessa realidade, muitas crianças, sem opções de acesso aos direitos elencados no ECA e instrumentos legais, estão sendo colocadas em situação de vulnerabilidade e podem sofrer todas as formas de violências, exploração, exclusão, entre outros. Para Santos (2002), as políticas públicas direcionadas à infância são incapazes de produzir resultados positivos, especialmente na proteção das situações de risco ou vulnerabilidade social desses indivíduos. Essa situação pode atingir vários pontos da vida

social da criança, e pode ser duradoura na vida dos indivíduos afetados, que muitas vezes acabam desacreditando da vida.

O direito à profissionalização das crianças é pouco respeitado no Brasil. A exploração do trabalho infantil é de fato um abuso. Segundo o IBGE (2017), existiam no Brasil em 2017, 1,8 milhões de meninos e meninas trabalhando em atividades proibidas pela legislação. Sob o pretexto de ajudar nas despesas do lar, muitas famílias acabam empregando essas crianças, que têm de renunciar às suas atividades, o que revela a ineficiência de políticas públicas para esta faixa etária.

Na variável educação infantil, apesar do aparato legal, tecnológico e científico, ainda existem dificuldades do governo em cumprir suas obrigações. Tebet e Abramowicz (2010), revelam que o governo precisa cumprir o que define a lei, pois há um agravamento da situação da educação infantil no país. Os discursos expostos na Constituição de 1988 e na LDB de 1996, apresentam as obrigações do Estado em relação à educação, porém não são cumpridos em sua totalidade. Medeiros et al. (2010) relatam que em 2007, foi criado o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da educação básica e valorização dos profissionais da educação, como forma de reparar os danos no processo de educação. Contudo, ainda prevalece a falta de qualidade na educação infantil, o que deixa claro que esses instrumentos são tímidos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi o de verificar se o Brasil está realizando as políticas públicas voltadas para a primeira infância. Constatou-se que as políticas públicas contam com amplo arcabouço normativo, inclusive previsão constitucional que prevê absoluta prioridade às crianças.

Outros instrumentos legais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, com a proteção integral, e o Marco Legal da Primeira Infância – Lei nº 13.257/2016, que traz em seu bojo os princípios constitucionais como a dignidade da pessoa e a igualdade, foram criados para atender ao público infantil.

Com todos esses instrumentos legais, as políticas públicas ainda são ineficientes no país e mostram diversos problemas. Uma série de questões vêm à tona quando se observa que os problemas da infância estão ligados à desigualdade social que ainda caracteriza este país. Alguns exemplos podem ser citados como a situação de pobreza extrema, as situações de vulnerabilidade das crianças, embora a promulgação do ECA tenha representado um notável avanço, pois coloca a criança como centro das atenções e tornando-a mais visível para a sociedade.

Porém, observa-se que as políticas públicas direcionadas ao público infantil, ainda são incipientes e desarticuladas, configurando-se como instrumentos frágeis e que atendem muito pouco à esses indivíduos. Para que se estabeleçam políticas públicas eficientes, é necessário que se conheça a realidade da criança, para a partir daí, buscar a garantia da eficiência nas ações.

REFERÊNCIAS

BEHERING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política social: fundamentos e história**. São Paulo: Cortez, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** - 1988. São Paulo: Jalovi, 1988.

BRASIL. Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. **É possível mudar: a criança, o adolescente e a família na política social do município**. São Paulo: Malheiros, 1993.

FÁVERO, Eunice Teresinha. **Questão social e perda do poder familiar**. São Paulo: Veras, 2007.

FAO – Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura. **Fao no Brasil** (2015). Disponível em: <http://www.fao.org/brasil/pt/> Acesso em: 10 abr. 2018.

FONSECA, C.; CARDARELLO, A. **Direitos dos mais e menos humanos**. Horizontes Antropológicos, v. 10, p. 83-122, 1999.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Apoio à execução de suas funções. Disponível em: https://prefeito.org.br/system/library_item_attachments/files/000/000/003/original/CMDCA.pdf?1521810837 Acesso em: 10 abril. 2018.

GUEIROS, Dalva Azevedo; OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva. Direito à convivência familiar. *In: Revista Serviço Social e Sociedade*. São Paulo: Cortez Editora. Ano XXVI, n. 81, p. 117-124, mar. 2005.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2017)**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/> Acesso em: 10 abr. 2018.

MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Melhor interesse da criança: do subjetivismo ao garantismo. *In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.)*. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MARTINS, José de Souza. **Exclusão social e a nova desigualdade**. São Paulo: Paulus, 1997.

_____. **O massacre dos inocentes: a criança sem infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Hucitec, 1993.

MARTINS, Paulo de Sena. Políticas públicas educacionais destinadas à primeira infância no Brasil. **Estudo Técnico**. Disponível em: bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/33459/politicas_publicas_sena.pdf? Acesso em: 10 abr. 2018.

MEDEIROS, A.F.; NOGUEIRA, E.M.L.; BARROSO, F.C.S. Desatando os nós das políticas de educação infantil no Brasil. **Espaço do Currículo**, v.5, n. 1, pp. 287-293, junho a dezembro de 2012.

MICELI, Mariana Sant'Ana. Por uma visão crítica do direito da criança e do adolescente. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**, Franca. A. 14. n. 20, p. 01-348, 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/255-930-1-PB.pdf> Acesso em: 10 abr. 2018.

MINAYO, M. C. de Souza. O significado social e para a saúde da violência contra crianças e adolescentes. *In*: WESTPHAL, M.F. (org.). **Violência e criança**. São Paulo: Ed. USP, 2002.

REZENDE, Maria José. **A ditadura militar no Brasil**: repressão e pretensão de legitimidade 1964-1984. Londrina: Ed. UEL, 2001.

RIZZINI, I. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. Rio de Janeiro: EDUSU/AMAIS, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *In*: Políticas sociais para um novo mundo necessário e possível. **Caderno Ideação**. Porto Alegre/RS: Editoração Cempthom, 2002.

SPINELLI, Kelly Cristina. FEBEM na contramão do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Revista Adusp**. Setembro 2006. Disponível em: <http://www.adusp.org.br/files/revistas/38/r38a03.pdf> Acesso em: 10 abr. 2018.
UNICEF. **Situação da infância brasileira**. Brasília, 2006.

TEBET, G.G. de C.; ABRAMOWICZ, A. Creches, educação infantil e políticas públicas municipais: um olhar sobre a cidade de São Carlos - Brasil. **Políticas Educativas**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 25-39, 2010.

UNICEF - **Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959)**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf Acesso em: 10 abr. 2018.

UNICEF – **ECA 25 anos – Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/ECA25anosUNICEF.pdf> Acesso em: 10 abr. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Humanismo e infância**: a superação do paradigma da negação do sujeito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999

A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A GRATUIDADE DA JUSTIÇA E DO RECONHECIMENTO DA INTEGRAÇÃO DESTE DIREITO AO NÚCLEO DURO DA CF/88 COMO LIMITE INTERPRETATIVO DA NORMA

THE REALIZATION OF ACCESS TO JUSTICE BY GUARANTEEING THE FUNDAMENTAL LAW THE FREEDOM OF JUSTICE AND THE RECOGNITION OF THE INTEGRATION OF THIS RIGHT TO THE HARD CORE OF CF/88 AS AN INTERPRETIVE LIMIT OF THE NORM

Ângela Maria Griboggi⁸; Aline Maria Hagers Bozo⁹; Sergio Rodrigo De Pádua¹⁰

GRIBOGGI et al.. A concretização do acesso à Justiça através da garantia do Direito Fundamental a Gratuidade da Justiça e do reconhecimento da integração deste Direito ao Núcleo Duro da CF/88 como limite interpretativo da norma. Revista Tecnológica da FATEC-PR: Edição especial de Direito, v. 1,n.9, p. 12-20, jan/dez, 2018.

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar o instituto da justiça gratuita e os obstáculos encontrados para sua concessão, decorrentes de errôneas interpretações restritivas que por vezes lhe são oferecidas, somada a exigências para a comprovação de miserabilidade, circunstância passível de gerar exposição processual da vida particular do jurisdicionado, daí a relevância do ensaio que busca apontar à incoerência de tais interpretações que representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Realidade que requer debate na busca de recuperação do justo sentido deste direito integrante do núcleo duro da Constituição e indispensável para a concretização do acesso à Justiça, e de todo relevante para o exercício da democracia e da cidadania. A pesquisa foi realizada segundo metodologia que envolveu seleção e estudo bibliográfico, legislativo e jurisprudencial. Apresenta introdução, desenvolvimento e conclusões.

Palavras chave: Gratuidade de Justiça, Acesso à Justiça, Garantias Fundamentais. Interpretação da Norma Jurídica.

ABSTRACT

⁸ Ângela Maria Griboggi. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Especialista em Direito Civil pela FGV. Especialista em Direito Ambiental pela PUC/PR. Possui graduação em Direito pela PUC/PR. Possui graduação em Filosofia pela UFPR. Servidora Pública - UFPR. Advogada militante na área do Direito Civil. Professora de Direito nas instituições FATEC, FANEESP e FESP. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SJP-PR. Membro Consultivo da Comissão de Direito Ambiental da OAB/SJP-PR.

⁹ Aline Maria Hagers Bozo é graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel. É graduada em Letras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Especialista em Direito Criminal pela UniCuritiba. Mestre em Direito Econômico e Ambiental pela PUC/PR. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: licitação, contratos, procedimentos administrativos, pregoeira do Estado e presidente de comissões de licitações por mais de seis anos. Professora da FANEESP nas disciplinas de história do ireito, direito penal e direito criminal.

¹⁰ Sérgio Rodrigo de Pádua é professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Teoria do Direito, mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela Unibrasil. Especialista em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla/Espanha). Especialista em Direito e Administração Pública pelo Instituto Busato de Ensino. Bacharel em Direito pela UEPG. Membro do Colégio de professores da ABDConst.

The present study aims at analyzing the free justice institute and the obstacles encountered for its concession, due to erroneous interpretations that are sometimes offered to it, in addition to the requirements to prove misery, a circumstance that could generate a procedural exposition of the private life of the jurisdiction, hence the relevance of the essay that seeks to point to the inconsistency of such interpretations that represent offense to the principle of the dignity of the human person. Reality that requires debate in the search for a recovery of the right meaning of this right that is part of the hard core of the Constitution and indispensable for the achievement of access to Justice, and all relevant to the exercise of democracy and citizenship. The research was carried out according to methodology that involved selection and bibliographical, legislative and jurisprudential study. Presents introduction, development and conclusions.

Keywords: Free Justice, Access to Justice, Individual Guarantees, Interpretation of the legal norm.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo faz reflexão sobre o instituto da justiça gratuita buscando apontar obstáculos que seus requerentes encontram ao formular tal pleito em processos judiciais, diante de empecilhos criados pelo Poder Judiciário, os quais por vezes trazem verdadeira ofensa ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O Estado tomou para si o monopólio do exercício da jurisdição e deve garantir a inafastabilidade da tutela jurisdicional e o acesso à justiça inclusive aos que possuem hipossuficientes de recursos. Ocorre que na prática vários obstáculos vêm sendo impostos aos que requerem tal garantia, circunstância que impede a concretização do acesso à Justiça.

O exercício de um direito fundamental – acesso à justiça através da garantia de Justiça Gratuita na prática acaba por representar ofensa a outro direito fundamental – dignidade da pessoa humana.

Para analisar tais questões abordam-se conceitos e diferenças entre assistência judiciária, assistência judicial e justiça gratuita. A questão da compreensão da insuficiência de recursos, da necessidade e miserabilidade. Os preceitos constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema versus e a interpretação conferida pelo Poder Judiciário.

Tudo com o objetivo de evidenciar que a Justiça Gratuita não consiste em benesse concedida pelo Estado a critério do magistrado, mas sim, representa um dos direitos e garantias individuais, que por derradeiro reflete-se na efetividade do acesso à Justiça, que também representa direito fundamental, os quais integram o núcleo duro da CF/88 e por tal, de todo relevante para o exercício da democracia e especialmente da cidadania.

Por tal, o estudo centra-se no tema da gratuidade da justiça, no tratamento legal e jurisprudencial sobre o tema e em especial no reconhecimento de empecilhos criados pelo Próprio Poder Judiciário para a concessão deste benefício aos seus jurisdicionados. Objetivando apontar a gratuidade da justiça como instrumento de viabilização do acesso à justiça, capaz de efetivar a garantia do exercício da democracia, da cidadania, de justiça social e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1 OBJETIVO GERAL

Debater o tema da Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita apontando tais institutos como instrumentos capazes de garantir a efetividade do devido processo legal e de todos os princípios constitucionais processuais que deste decorrem e que representam a garantia de efetividade da assistência jurisdicional.

1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) - Expor a legislação constitucional e infraconstitucional que disciplina a Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita;
- b) - Estabelecer a diferença entre Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita;
- c) - Demonstrar que a Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita integram o rol de direitos integrantes do núcleo duro da CF/88;
- d) - Evidenciar que o benefício da Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita representam meios de efetividade ao processo e de garantias individuais ordenados pela Carta Magna;
- e) - Apontar os limites de interpretação e aplicação da Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita indicando a impossibilidade de interpretação restritiva ao instituto.

1.3 JUSTIFICATIVA

O estudo justifica-se em função de ponderar sobre tema que envolve a possibilidade de acesso à justiça aos que necessitam dela mesmo sem condições de arcar com o ônus exigido pelo Estado para tanto, ou seja, dedica-se a questão da Gratuidade da Justiça e as regras de procedibilidade a serem verificadas para a concessão do benefício, as quais possuem novidades impostas pela CPC/1973. O tema merece reflexão em função de que, considerando a realidade econômica social da população, o benefício é frequentemente objeto de requerimento judicial e merece interpretação adequada dos pedidos, como garantia dos princípios constitucionais que garantem dentre outros, o devido processo legal, acesso à justiça, ampla defesa e contraditório.

2 METODOLOGIA

O estudo desenvolveu-se por meio de abordagem de legislação, doutrina e jurisprudência sobre a gratuidade da justiça e da assistência judiciária gratuita.

3 DESENVOLVIMENTO

3.1 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL INCIDENTE SOBRE A GRATUIDADE DA JUSTIÇA E A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

As normas infraconstitucionais que disciplinam o tema da Justiça Gratuita encontram-se especialmente na Lei 1.060/50, na Lei 7.115/83, na Lei 7.844/89 e no Código de Processo Civil - Lei 13.105/15 CPC.

A princípio cabe diferenciar assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade de justiça. E neste sentido, gratuidade de justiça refere-se a garantia de acesso à justiça sem a necessidade do pagamento de despesas, custas judiciais e emolumentos, dentre outros. Por sua vez a assistência judiciária consiste no oferecimento gratuito de profissional habilitado e com capacidade postulatória para os beneficiários, que serão representados em demandas judiciais. O Estado brasileiro oferece tal assistência via de regra pela Defensoria Pública. Por fim, a assistência jurídica é ampla e inclui além da assistência judiciária com a defesa judicial, também os serviços de consultoria e a orientação jurídica.

Concebe-se no presente estudo que a concessão da gratuidade da justiça, da

assistência judiciária ou da assistência jurídica deve se dar, nos termos de todas as regras constitucionais, devida com base na alegação de hipossuficiência realizada pela parte, ou seja, com fundamento na afirmação de necessidade efetuada pela parte. Pedidos que somente podem ser negados, a partir de fundados indícios de falsidade da afirmação de insuficiência de recursos, visto que se presume verdadeira a afirmação e também, o estado de necessidade.

A partir de tais concepções, cabe a análise da Lei 1.060/50 [1] que estabelece normas para concessão de assistência judiciária aos necessitados, destaca-se que parte desta legislação perdeu vigência por determinação expressa do art. 1.072, III do CPC [2] que revogou os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11º, 12º e 17º. [3]

Permanecem vigentes os arts. 1º, 5º, 8º, 9º, 10º, 13º, 14º, 15º, 16º, 18º e 19º. Contudo, há que se reconhecer que dentre estes dispositivos, tacitamente alguns estão revogados também [4], como se dá com o art. 8º que prevê consequências as disposições do revogado art. 7º, ou seja, remete-se a hipótese inexistente na lei. [5]

A Lei 1.060/50 atribui aos poderes públicos federal e estadual, através de seu art. 1º a obrigação da concessão de assistência judiciária aos necessitados. Ainda, a mencionada lei em seu art. 5º impõem ao magistrado o dever de julgar de plano em 72 horas o pedido de assistência, motivando ou não o deferimento, outorgando a possibilidade de não decidir neste prazo, apenas se tiver fundadas razões para indeferir o pedido.

Quanto à faculdade de não fundamentação da decisão interlocutória que concede ou nega a assistência judiciária, entende-se que a mesma já havia sido revogada tacitamente pelo disposto no art. 165 do revogado CPC/73 que determinava a obrigação de fundamentação, ainda que concisa, das decisões judiciais. E não havendo ripristinação [6], permanece revogado, mesmo que tacitamente, esta parte do art. 5º da Lei 1.060/50.

Ainda, a Lei 1.060/50 prevê um sistema de oferecimento da assistência judiciária estatal, sendo autorizada a assistência judiciária privada e indicada pela OAB, nomeado pelo magistrado ou escolhido pelo beneficiário, sem ônus para este, quando no Estado não houver tal serviço público, entendendo-se neste ponto, inexistência de Defensoria Pública (§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 5º).

A extensão da compreensão dos benefícios que integram a assistência judiciária encontra respaldo no art. 9º da lei, e incluem de forma geral e em rol exemplificativo, todos os atos do processo e em todas as instâncias. Por fim cabe destacar o caráter da individualização para a concessão do benefício assistencial, previsto em seu art. 10º da norma, que considera necessidade particular de cada um como critério de concessão.

Destacando-se que tal caráter foi mantido pelo CPC, reconhecidamente em seu art. 99, § 5º e 6º do CPC, ao determinar respectivamente que o recurso que versar exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário da gratuidade da justiça, estará sujeito a preparo, ressalvada a necessidade do próprio advogado, já que o direito à gratuidade é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

Apresentadas tais delimitações sobre a Lei da Assistência Judiciária, passa-se a discorrer sobre as novas regras trazidas sobre o tema pelo vigente CPC – Lei 13.105/15.

Antes destaca-se a Lei 7.115/83 [7] que disciplina a prova documental que evidencia a condição de necessidade da gratuidade da justiça, qual seja, a declaração de pobreza, que nos termos desta norma deve ser firmada pelo próprio interessado ou por procurador e presume-se verdadeira. Inclusive, esta declaração de hipossuficiência econômica pode ser firmada pelo advogado quando recebeu procuração geral para o foro, como expressamente prevê o art. 105 do CPC.

Aponta-se também a Lei 7.844/89 [8] que disciplinou o inciso LXXVI do art. 5º da CF/88 [9] alterando a redação do art. 30 da Lei nº 6.015/73 - Lei de Registros Públicos [10], cabendo destacar o conteúdo do § 1º do mencionado art. 30º que oferece subsídio para a

caracterização do estado de pobreza, que passa a ser comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, em se tratando de analfabeto, caso que exige a assinatura de duas testemunhas, ou seja, fez prevalecer o princípio da boa-fé a afirmação de pobreza pelo interessado. Dispondo o § 2º do mesmo dispositivo, que a falsidade da declaração ensejará a responsabilidade civil e penal do interessado.

A título de informação destaca-se que a Lei nº 9.099/95 [11] garante gratuidade de acesso aos Juizados Especiais até a sentença, porém, o exercício das vias recursais, dependem de preparo recursal, sendo necessário que a partir deste momento, a parte recorrente que necessite de justiça gratuita, assistência judiciária ou judicial a formule expressamente. Menciona-se também o art. 4º, II da Lei 9.289/96 [12] que prevê a isenção do pagamento de custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo grau aos que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Em termos processuais, a garantia de acesso à justiça encontra respaldo no art. 3º do CPC, que repete o conteúdo do art. 5º, XXXV da CF/88 ao definir que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, o qual representa direito que será garantido também, por meio da gratuidade da justiça, que encontra previsão infraconstitucional entre os arts. 98 a 102 do CPC, sobre os quais passa-se a discorrer.

O Código de Processo Civil alterou a expressão “assistência judiciária” empregada pela Lei 1.050/60 para o termo “gratuidade da justiça”. Também mudou a expressão “necessitados”, para pessoa com “insuficiência de recursos”, de modo que hodiernamente, tem direito à gratuidade da justiça, a pessoa, seja física ou jurídica, independentemente da nacionalidade, que possua insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios.

A gratuidade da justiça compreende diversos benefícios elencados nos incisos I a IX do § 1º do art. 98 do CPC. Dentre os quais, cita-se a dispensa do pagamento de taxas, custas judiciais, selos postais, despesas com publicação na imprensa oficial, indenização devida à testemunha, despesas com a realização de exame de DNA e outros exames, honorários do advogado e de perito, remuneração de intérprete ou do tradutor, custo com a elaboração de memória de cálculo, depósitos recursais, pagamento de custas para ajuizamento de ações e prática de atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório, emolumentos devidos a notários ou registradores.

Pertinente a dispensa do pagamento de emolumentos devidos a notários ou registradores quando necessários à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo, há de se reconhecer que mesmo que tais emolumentos consistam em modalidade de tributo, qual seja, a taxa, a gratuidade deste serviço público delegado e prestado pelo notário ou registrador nestes casos, com a isenção das custas, vai de encontro com os princípios tributários constitucionais, em especial o princípio da capacidade contributiva.

Cabe destacar que mesmo sendo concedido a gratuidade da justiça, a parte beneficiada permanece com o dever de arcar com mantém despesas processuais e honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência, somado a obrigação de pagar as multas processuais que lhe sejam impostas.

Ocorre que tais obrigações permanecem com exigibilidade suspensa e somente poderão ser objeto de cumprimento de sentença, caso o credor demonstre que a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade não subsiste, ou seja, se provar que o beneficiário possui suficiência de recursos e ainda, se o fizer no prazo prescricional de 5 anos contados do trânsito em julgado da decisão que as certificou. De modo que é causa de extinção da obrigação, a imutabilidade da condição de insuficiência de recursos, pelo prazo de 5 anos.

As novas regras sobre a gratuidade da justiça previstas no CPC, em especial a

contida no § 5º do art. 98 do CPC, permitem a concessão total ou parcial da justiça gratuita, autorizando também, uma gradação das porcentagens na gratuidade concedida, ou seja, o mencionado dispositivo disciplina que a gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

Ocorre que a lei não trouxe critérios para a verificação das condições e requisitos da aplicação de tais regras. De modo que impôs ao magistrado a obrigação de decidir se concede total ou parcialmente o benefício ou o concede em porcentagens, que podem variar de 1 a 100%, sem o correspondente critério legal para tanto.

Da mesma forma omissa, o CPC autoriza que o juiz conceda o direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento, mas não explica as regras para tanto, sejam os requisitos para a concessão, seja para o parcelamento.

E frente a esta realidade, deve o magistrado socorrendo-se das regras de interpretação contidas no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LICC, diante desta omissão legislativa, devendo decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. O que abre margem para subjetividades e prejuízos ao requerente que pleiteia o benefício. Não esquecendo que na aplicação da lei, o julgador deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, conforme art. 5º do citado diploma legal.

Os critérios para a gradação de porcentagem na gratuidade da justiça e o pagamento parcelado ficam ainda mais confusos diante da possibilidade de sua aplicação ao pagamento de custas extrajudiciais, ou seja, no custeio dos emolumentos devidos a notários ou registradores, os quais, diante de fundamentadas dúvidas quanto ao preenchimento dos pressupostos para a concessão de gratuidade, estão autorizados a pedir a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, aqui entenda-se Juiz Corregedor Permanente, isto é, ao Juiz de Direito Corregedor do Foro Extrajudicial da Comarca sede do Serviço.

E neste sentido, a norma contida no § 8º do art. 98 do CPC fere a autoridade da decisão proferida pelo magistrado da causa e gera insegurança jurídica, além causar um problema ético entre os magistrados, isto porque, estar-se-á diante de uma decisão interlocutória já confirmada ou não por sentença e proferida pelo juiz da causa que concedeu a gratuidade da justiça, total ou parcial em porcentagem que podem variar de 1 a 100%, mas abriu-se a possibilidade para que outro Juízo, neste caso, também um Juiz de direito legalmente constituído para decidir atividade judicial de natureza administrativa, revise e julgue novamente a mesma questão da gratuidade da justiça relativamente a obrigação do pagamento de emolumentos aos notários ou registradores.

Possibilitando-se assim, que dois julgamentos, sobre a mesma questão, por juízos e magistrados diferentes, o que pode vir a ofender a coisa julgada (art. 5º, XXXVI), além de gerar ofensa princípios processuais básicos como da economia processual e da certeza jurídica das decisões judiciais.

Quanto as regras de procedibilidade para o requerimento da gratuidade da justiça o mesmo pode ser formulado na petição inicial, na contestação, em fase recursal, ou em qualquer outro momento processual, quando superveniente a insuficiência de recursos. O CPC não trouxe regras de procedibilidade formal para o pedido, o qual pode ser realizado, inclusive, por petição simples, nos autos do próprio processo.

Questão relevante encontra-se no § 2º do art. 99 do CPC, que traz as razões que justificam a possibilidade de negação do pedido de gratuidade de justiça, ou seja, o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, e para tanto, antes do

indeferimento, deve determinar à parte a comprovação do preenchimento dos pressupostos.

Ressalva-se que o CPC traz como regra geral a presunção de veracidade da alegação de insuficiência deduzida pela pessoa natural (§ 3º do art. 99). Mantendo a mesma regra já prevista no art. 1º da Lei 7.115/83 que confere tal presunção a declaração de pobreza firmada pelo interessado ou por procurador.

Destaca-se ainda, que a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça (§ 4º do art. 99).

A parte adversa pode oferecer impugnação a concessão da gratuidade da justiça, por meio de petição simples nos autos, a qual não interrompe o curso do processo.

Para o caso de ser revogado o benefício, a parte anteriormente beneficiada arcará com as despesas processuais que não precisou adiantar e em caso de má-fé pagará multa de até o décuplo de seu valor, a qual será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal. O não pagamento da multa implica em inscrição em dívida ativa, passível de execução por parte do fisco.

A multa, sendo concedida em sede de decisão interlocutória é passível de pedido de reforma por meio de agravo de instrumento, enquanto a multa aplicada em sentença pode ser objeto de pedido de reforma por meio do recurso de apelação.

Assim, a decisão que concede ou nega o pedido de gratuidade da justiça ou que a revoga é passível de reforma por meio do recurso de agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação. De forma que a decisão que envolve tais questões consiste em decisão interlocutória ou sentença, no primeiro caso passível de ataque por agravo de instrumento e no segundo por apelação.

A obrigatoriedade do recolhimento das despesas e custas dispensadas em razão da gratuidade da justiça, que for revogada ou não confirmada por sentença, após o trânsito em julgado da decisão, deve ser quitada no prazo fixado pelo juiz. Não sendo quitada tal obrigação, aplica-se como punição, se for a parte autora inadimplente, a extinção do processo sem resolução do mérito, e sendo inadimplente o réu, aplica-se como sanção ao mesmo, o impedimento da realização de qualquer ato ou diligência que requerer enquanto não efetuado o depósito.

Do exposto verifica-se que o CPC ofereceu novos contornos para o tema do benefício da Justiça Gratuita, contudo, poderia ter sido mais objetivo relativamente a conceituação do termo insuficiência de recursos, também quanto aos critérios para a concessão total ou parcial da gratuidade e sua gradação. Entende-se também, inapropriado o § 8º do art. 98 do CPC por poder gerar insegurança jurídica e ofensa a coisa julgada.

Positivamente as regras do novo diploma processual acabaram com a discussão relativa a possibilidade ou não concessão do benefício a pessoa jurídica, já que expressamente em seu art. 98 autorizou tal possibilidade. Seguindo os contornos da anterior Súmula 481 do STJ segundo a qual, a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar impossibilidade de arcar com os encargos processuais faz jus à justiça gratuita.

Por tal, ampliou o rol das pessoas que podem se beneficiar com a gratuidade de justiça, incluindo-se dentre estes, a pessoa jurídica e também os estrangeiros.

Realizada a apresentação da disciplina legal infraconstitucional pertinente a gratuidade da justiça, passa-se a demonstrar que a mesma integra o rol de garantias constitucionais individuais e por consequência, consiste em cláusula pétrea da CF/88.

3.2 A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA GARANTIDO ATRAVÉS DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA E DO RECONHECIMENTO DA INTEGRAÇÃO DESTES DIREITOS AO NÚCLEO DURO DA CF/88

O acesso à justiça integra o conjunto de direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF/88, encontrando previsão em seu inciso XXXV, o qual garante a todos que a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. No mesmo sentido, a concessão da assistência jurídica integral e gratuita prevista no inciso LXXIV do mesmo dispositivo, também representa um direito fundamental.

De modo que a obtenção da assistência jurídica integral e gratuita concretiza o acesso à justiça, ambos representantes de direitos e garantias individuais e por derradeiro, integrantes do elenco de cláusulas pétreas da Carta Magna.

Tal conclusão extraísse a partir da leitura do § 4º do art. 60 da CF/88, que inclui dentre o núcleo duro da constituição, a proibição de qualquer deliberação e proposta de emenda constitucional (PEC) que objetive abolir os direitos e garantias individuais, tal como os acima mencionados.

Esta limitação material ao poder de reforma da Carta Magna implica também, limitação ao modo de interpretação desta norma, que não pode se dar de forma restritiva.

O acesso à justiça e a sua gratuidade representam também a materializa do direito subjetivo da pessoa [14], seja física ou jurídica de socorrer-se do Judiciário, exercendo o direito de ação, além disso, garantem a efetividade do Estado democrático de direito, constituído e expressamente previsto no art. 1º da CF/88, alicerçado nos ditames da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

E mais, há de se reconhecer que a efetividade dos objetivos fundamentais do Brasil dispostos nos incisos I e IV do art. 3º da CF/88, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação não podem ser alcançados sem que se garanta acesso à justiça, inclusive através de assistência jurídica integral e gratuita aos que necessitem.

E nestes termos, o Estado prestará tal assistência aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). Ocorre que a efetividade desta garantia prescinde da interpretação do significado da expressão insuficiência de recursos, a qual deve ser realizada em consonância com os ditames e princípios que revestem os direitos fundamentais, contudo, na prática, por vezes verificasse o oposto, criando-se obstáculos a concessão da gratuidade de justiça.

Tal conclusão se fundamenta nos empecilhos por vezes criados pelo Poder Judiciário para a obtenção de tal benefício, o qual não se pode confundir com uma benesse conferida pelo magistrado ao jurisdicionado dependente do julgo valorativo deste profissional. Circunstância que no desenvolver do trabalho será melhor delimitada.

O Estado tomou para si o monopólio da jurisdição e seus jurisdicionados, quando necessitam dos préstimos desta atividade jurisdicional precisam pagar para a obtenção deste serviço, que lhes representa um direito, mas com alto custo. Um processo envolve custas iniciais destinadas a serventia e FUNREJUS (Fundo de Reestruturação do Poder Judiciário), pagamento pela prática de atos processuais, como citações, correio, certidões, os altíssimos custos de perícia, assistentes técnicos, preparo recursal, condenação sucumbencial, dentre tantos outros, incluindo os honorários advocatícios. De forma de concretamente o custo do processo pode representar um obstáculo ao acesso à justiça e quando verificado, deve ser avaliado e decidido sob o manto das salvaguardas constitucionais.

Neste sentido, a gratuidade da justiça e justiça integral e gratuita representam instrumentos de efetivação dos princípios constitucionais que orientam e iluminam o processo, dentre os quais o mencionado acesso à justiça [15] e também o devido processo legal [16] e a ampla defesa [17] e contraditório [18], princípios que somente serão atingidos concretamente pelos que necessitam da gratuidade da justiça, se esta for interpretada

adequadamente e concedida aos mesmos.

Por agora, cabe destacar a relevância que a norma constitucional confere aos princípios constitucionais, em especial ao presente estudo, ao acesso à justiça [19] e a assistência jurídica integral e gratuita, a ponto de alocá-los dentre os direitos e garantias individuais previstos no famigerado art. 5º da constituição, que por sua vez delimita parte dos direitos que consistem em cláusulas pétreas. E por tal, de todo relevante ao direito e aos indivíduos que carecem da busca de solução de litígios junto ao Poder Judiciário.

Ainda, cabe advertir que o acesso à justiça representa prerrogativa de Direitos Humanos amparada no artigo 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, que foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica na data de 22 de novembro de 1969, da qual o Brasil é signatário desde 1992, conforme Decreto 678/92 [20].

Compreende-se também que as regras constitucionais principiológicas expostas autorizam a avaliação ampla de todas as dimensões que envolvem a pessoa que requer o benefício da gratuidade da justiça, seja ela física ou jurídica, com atenção aos problemas de ordem social, afastando a ponderação do pedido exclusivamente por critérios de “renda” e/ou patrimônio.

De todo exposto não resta outra conclusão, senão a de que o acesso à justiça é garantido por meio da concessão da Gratuidade da Justiça aos que dela necessitam, eis que sem tal benefício, a pessoa física ou jurídica não terá possibilidade de compor adequadamente a lide e poder defender-se ou pleitear direitos. Ainda, conclui-se também, que pertencendo o acesso à justiça e a gratuidade da mesma, ao rol de incisos do art. 5º da CF, que por sua vez elenca direitos e garantias individuais, são os mesmos integrantes do § 4º do art. 60 da CF/88 e assim, representa a gratuidade de justiça cláusula pétrea da CF/88

Realizadas tais ponderações constitucionais passa-se a abordar a disciplina de adequação que os critérios de interpretação da norma jurídica exigem quando possuem por objeto interpretação de direitos e garantias fundamentais.

3.3 OS LIMITES INTERPRETATIVOS DAS NORMAS QUE CONCEDEM A GRATUIDADE DE JUSTIÇA (CPC) E A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA (LEI 1.060/50)

Da análise da legislação constitucional e infraconstitucional apontada até então, constata-se a existência de lacuna de lei quanto a critérios objetivos para a concessão da gratuidade da justiça ou para a concessão da assistência jurídica integral e gratuita, em especial quanto a delimitação dos conceitos de hipossuficiência/insuficiência de recursos ou estado de necessidade. Por consequência, resta a doutrina e jurisprudência debater a questão e limitar os contornos da compreensão de tais expressões.

Ocorre que por vezes, entendimentos jurisprudenciais correlacionam tais expressões ao termo miserabilidade e seus sinônimos. O que se faz de forma equivocada, eis que a legislação em momento algum faz tal associação.

Miserabilidade significa estado de miserável, ou seja, de excessiva pobreza, ocorre que a norma positivada não possui tal intenção, e não autoriza a possibilidade da concessão de tal benefício apenas aos que vivam em excessiva pobreza, tal entendimento obsta o direito fundamental de acesso à justiça.

O mesmo se repete quanto ao conceito da expressão necessitados, que é impreciso e depende de interpretação do magistrado, não sendo raras as vezes associa o termo a concepção de miseráveis ou pobres. Com isto faz-se interpretação restritiva de garantia fundamental, o que não se pode admitir.

Isto porque, a limitação material ao poder de reforma da Carta Magna relativamente ao rol de cláusulas pétreas – e aqui inclui-se a garantia de acesso à justiça através da

gratuidade de justiça – implica também, limitação ao modo de interpretação desta norma, que não pode se dar de forma restritiva, conforme depreendesse de regras básicas de hermenêutica, que por sua vez, devem buscar coesão e unidade, com observância de regras mínimas de semiótica sejam semânticas, sintáticas ou pragmáticas.

Destaca-se que a regra geral incumbe a parte contrária o dever de insurgência a concessão do benefício, quando existente fundamentos para tanto, faculta-se ao magistrado fazê-lo quando houver elementos que lhe indiquem o contrário do alegado pelo beneficiário. Limite expresso na lei.

Porém, encontram-se entendimentos de não admitem a simples afirmação da parte quanto a impossibilidade em arcar com custas do processo, exigindo que a parte comprove a sua situação econômica e a necessidade do benefício. Entendimento corroborado pelo disposto no Provimento n. 135/07 da Corregedoria Geral de Justiça, segundo o qual: “2.7.9.1. Ausente impugnação da parte contrária, e existindo elementos que contrariem a afirmação mencionada no item 2.7.9, poderá o magistrado, sem suspensão do feito e em autos apartados, exigir a apresentação de documentos ou outros meios de prova para corroborá-la”.

Porém, retoma-se a norma processual que reconhece que para a obtenção do benefício, basta a declaração da parte, que por sua vez, possui presunção de veracidade. Com efeito, a apresentação de documentos ou outros meios de prova da hipossuficiência somente encontrariam adequação quando evidenciado nos autos, elementos que contrariem a afirmação de hipossuficiência.

Neste sentido, decisão coerente encontra-se no Acórdão dos autos do Agravo de Instrumento nº 2252418-38.2016.8.26.0000 proferido pelo TJSP, que ensina não ser necessária a prova do estado de miserabilidade para a concessão da gratuidade da justiça, mas tão-somente a insuficiência de recursos, a que pese não traçar os limites da definição do que seja a insuficiência de recursos [21].

Tal jurisprudência segue o norte principiológico das regras de direito evidenciadas pelo princípio da boa-fé, expresso no reconhecimento legal de veracidade das afirmações de requerente do pedido de justiça gratuita. “A boa-fé informa toda a atividade processual, especialmente o comportamento das partes e de todos aqueles que participam do processo”. [22]

A realidade brasileira revela uma população que não conhece seus direitos e por consequência, não consegue sequer reconhecer a violação do mesmo, para que então busque restaurar o equilíbrio social com a garantia e recuperação do direito violado. Um problema educacional e de informação e que aos olhos da legislação é ignorado, em especial pela presunção contida no art. 3º da LICC – Decreto-Lei 4.657/42 que imputa a todos indistintamente a obrigação de conhecer a lei pátria, o que é uma utopia.

Uma sociedade igualitária, com equilibrada distribuição de renda, em que todos tenham educação e condições de dignidade a ponto de conhecer a legislação e seus próprios direitos é uma realidade fantasiosa, considerando as estruturas do poder e sua forma de manifestação, que para manter seu *status* dependem de uma população pobre e ignorante no sentido *latu* do termo. E quando alguns fogem deste contexto e necessitam de acesso à justiça efetivado pela Justiça Gratuita, acabam por esbarrar em empecilhos criados pelo estado julgador, circunstância que prescinde de correção.

O peso que os custos com advogado e as despesas processuais possam representar no orçamento doméstico, não devem passar despercebidos pelo magistrado que se depara com pedidos de justiça gratuita.

Na atualidade o número de demandas é considerado um problema ao Judiciário, em particulares aqueles nos quais se pleiteia a concessão da gratuidade de justiça. o que é um equívoco, já que o exercício dos poderes jurisdicionais é exatamente sua função, não podendo se admitir que o número de demandas em termos quantitativos seja objeto de

justificativa para ineficiência do Judiciário ou ainda, para justificar obstáculos a concessão da justiça gratuita.

O número de pedidos de gratuidade de justiça é alto e tende a aumentar, porque reflete a hipossuficiência econômica da própria população, onde a distribuição de renda é absurdamente desproporcional e uma das piores do mundo, não podendo ser outra a realidade, se não, grande o número de pedidos de gratuidade de justiça. Não deixando de ser ônus do estado a garantia do acesso à justiça a todos, mesmo aqueles que não podem custear o exercício deste direito.

Ressalva-se ainda, que se deve admitir relativa a aceitação de que são excessivamente numerosos os processos tramitando no Poder Judiciário, isto porque tal hipótese parte do ponto de vista da infraestrutura do Poder Judiciário, que é precária e insuficiente. Considerando o tamanho da população nacional e o fato de que, como regra geral, é proibida a autotutela, cabendo com exclusividade ao Estado a solução de litígios não resolvidos consensualmente, há de se relativizar a noção de excesso de litígios ajuizados no país.

Outro ponto a se observar é uma tendência dos magistrados e até mesmo das secretarias em fiscalizar a vida particular da parte requerente do pedido de justiça gratuita, fundada no argumento de ser grande número de pedidos de assistência judiciária e justiça gratuita, fator que representa ônus as serventias.

Circunstância que por vezes, faz com que se exija do jurisdicionado a revelação de questões íntimas pessoais e de sua família, seja pertinente a cônjuge, filhos, dentre outros, tendo de relevar de forma pormenorizada os gastos com sua subsistência em confronto com a remuneração, incluindo indicação de gastos com manutenção da família, apontamento de existência de doenças e medicamentos que necessitem, a existência de patrimônio, declaração de imposto de renda, extratos de contas bancárias, até extrato de cartão de crédito por vezes é exigido.

De tal, que esta invasão na vida privada daquele que pleiteia a gratuidade de justiça evidencia exposição desmedida da vida privada da parte, sem qualquer amparo legal que justifique esta publicidade processual sobre as conjunturas tão particulares do litigante, que acaba tendo de revelar sua vida como um livro aberto ao magistrado, promotores, serventuários da justiça, advogados (seu e da parte adversa), aos peritos, assistentes, testemunhas (que hoje são habilitadas nos autos de processo eletrônico) e a própria parte contrária, ou seja, a todos que venham a intervir na causa e /ou tenham acesso aos autos.

Tal circunstância demonstra indiscutivelmente ofensa à dignidade da pessoa humana, em especial ofensa à dignidade do litigante que precisa do auxílio do Estado, até mesmo para obter acesso à justiça através da assistência jurídica, judicial, ou da justiça gratuita.

Esta realidade fere a presunção de veracidade legalmente conferida a declaração pessoal daquele que atesta ser detentores da condição de hipossuficiência de recursos. Não sendo conferido ao juiz, em princípio, exigir provas de quem alega a condição de necessitado, como requisito para o deferimento do pedido.

De modo que o princípio do legalismo - expressão máxima do estado positivista e encontrado no art. 5º, II da CF/88, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei vincula os magistrados a observância das normas legais para a concessão ou não da assistência jurídica integral e gratuita.

E neste sentido, o magistrado somente está autorizado a negar o pedido de gratuidade de justiça nos termos do § 2º do art. 99 do CPC, ou seja, quando houver nos autos elementos que evidenciem não ser o requerente, pessoa hipossuficiente de recursos.

Ainda, quanto a interpretação da hipossuficiência de recursos, tal circunstância precisa ser avaliada caso a caso, devendo o magistrado atentar-se as regras de interpretação contidas no art. 4º e 5º a LICC, e assim, respectivamente, decidir de acordo

com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito e na aplicação da lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A qual deve ainda, corroborar com a regra de interpretação contida nos fundamentos do processo civil, apontada já no art. 1º do CPC, que ordena que a interpretação do processo civil será realizada conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na CF/88.

Tudo isto sem perder de vista que o acesso à justiça e a gratuidade da justiça, representam direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF/88, e que por tal, integram o núcleo duro da constituição, em especial pela compreensão do inciso IV do art. 60 da CF/88.

De modo que ao fazer a integração do direito na busca de colmatação das lacunas, em particular da mencionada lacuna quanto a concepção da hipossuficiência de recursos, o magistrado deve compreender as regras de interpretação sistemáticas, teleológicas e histórica respeitando os limites acima indicados.

Entendendo-se então, ser abusiva a exposição desnecessária da vida particular da parte requerente do benefício, pelo fato de não se reconhecer a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência de recursos, sem quaisquer indícios de prova contrária, em ofensa a CF/88, as regras do processo civil, a Lei 7.115/83 e a Lei 7.844/89.

Ao alcançar as três décadas da promulgação da Carta Constitucional que almejou um estado social e democráticos de direitos, um estado que possibilitasse o livre exercício da cidadania não é possível se admitir restrições de acesso à justiça ou dificuldades de acesso fundadas em descumprimento de lei, somado a interpretações restritivas de direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

Do exposto verifica-se que o CPC ofereceu novos contornos para o tema do benefício da Justiça Gratuita extrapolando a mera mudança terminológica de “assistência judiciária” para “gratuidade da justiça”, ou de benefício concedido aos “necessitados”, para os que possuem “insuficiência de recursos”.

Porém, poderia ter sido mais objetivo em alguns pontos, como quanto a insuficiência de recursos, quanto aos critérios para a concessão total ou parcial do benefício ou quanto a gradação da porcentagem. Sem esquecer das mazelas que o § 8º do art. 98 do CPC podem causar, previsão de que o Juiz Corregedor no exercício de atividade administrativa reveja e decida novamente questão já decidida pelo Juiz da causa no exercício da jurisdição, seja pela insegurança jurídica que tal circunstância pode causar, inclusive com ofensa a coisa julgada.

Ainda, as regras do novo diploma processual acabaram com a discussão relativa a possibilidade ou não concessão do benefício a pessoa jurídica, já que expressamente em seu art. 98 autorizou tal possibilidade. Assim, ampliou o rol das pessoas que podem se beneficiar com a gratuidade de justiça, incluindo-se dentre estes, a pessoa jurídica e também os estrangeiros.

E também, de forma coerente expressamente previu a presunção de veracidade - "iuris tantum" de pobreza e por derradeiro, presunção de boa-fé da declaração da condição de insuficiência de recursos, pagar às custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Pode-se concluir que em termos constitucionais o acesso à justiça e assistência jurídica integral e gratuita consistem em direitos fundamentais (incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da CF/88) imutáveis por integrar o núcleo duro da CF/88 (art. 60, § 4º) e ambos ao consolidam parte dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao promover o exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana (incisos II e III do art. 1º da CF/88),

somados a efetividade de alguns dos objetivos fundamentais da nação, em particular os inscritos nos incisos I e IV do art. 3º da CF/88.

Ainda, sob um olhar constitucional, a compreensão do significado do acesso à justiça não se restringe apenas a possibilidade de ingresso com determinada demanda, mas também, o reconhecimento de tal acesso enquanto um direito fundamental, é direito que integra as cláusulas pétreas da CF, que representa norma de direitos humanos e que somado a todas as demais orientações da Carta Magna, consiste na garantia de buscar a solução de conflitos por meio do Poder Jurisdicional, revestido de ampla defesa e contraditório, processo célere com razoável duração, direito a atuação competente de advogados e defensores públicos, juiz imparcial, garantia gratuidade da justiça, assistência judiciária e assistência jurídica aos que necessitam, somado a demais garantias que efetivem um acesso à justiça que garanta pleno exercício de cidadania.

Do estudo realizado ainda conclui-se pela afirmação de que a concretização do acesso à Justiça pode ter como uma de suas vertentes a materialização da garantia do Direito Fundamental a Gratuidade da Justiça conferido com dignidade ao beneficiário, o que se deve ao reconhecer que tal benefício integra o núcleo duro da CF/88, e por tal inclusão, as normas sobre a gratuidade da justiça não podem ser realizadas de forma restritiva.

Um Estado Democrático e Social de Direitos não pode fechar as portas de seu Poder Judiciário, criando empecilhos para a obtenção do acesso à justiça, aos carentes, sejam os hipossuficientes economicamente, social, técnica, educacional, cultural, psicológica ou por qualquer outra circunstância. Isto porque o exercício da democracia passa pelo acesso à justiça, pela dignidade da pessoa humana, e por consequência, pela gratuidade da justiça a quem dela precise.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

Código de Processo Civil. Lei n. 13.105/2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 03.05.17.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03.05.17.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil.** 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Decreto Lei 4.657/41. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 03.05.17.

Decreto 678/92. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos . Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 03.05.17.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

Jurisprudência disponibilizada pelo TJ/SP. Agravo de Instrumento n. 2252418-38.2016.8.26.0000. J. 07.04.17. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do;jsessionid=2125CAC0E08EA3CB12DCFA37BAD43935.cjsj2?>>. Acesso em 03.05.17.

Lei 1.060/50. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em 03.05.17.

Lei 6.015/73. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em 03.05.17.

Lei 7.115/83. Dispõe sobre prova documental nos casos que indica e da outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7115.htm>. Acesso em 03.05.17.

Lei 7.844/89. Disciplina o inciso LXXVI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, alterando a redação do art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7844.htm>. Acesso em 03.05.17.

Lei 9.099/95. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 03.05.17.

Lei 9.289/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9289.htm>. Acesso em 03.05.17.

*MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.*

Súmula 481 do STJ. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas481-485.pdf>. Acesso em 03.05.17.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** V1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do Direito. Primeiras Linhas.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (*et al.*). **Novo CPC Urgente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

[1] Lei n. 1.060/50. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em 03.05.17.

[2] Código de Processo Civil. Lei n. 13.105/2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 03.05.17.

[3] “Revogação é termo geral que abrange a derrogação e a ab-rogação. Na derrogação, a lei nova apenas revoga parcialmente lei anterior. Na ab-rogação, a revogação atinge completamente lei anterior. Quando há derrogação, o ordenamento ficará com ambas as leis em vigor, cabendo ao intérprete, no mais das vezes, indicar quais os dispositivos da lei

antiga que ainda remanescem vigentes e eficazes. (...) perante a revogação expressa, não haverá maiores problemas para o intérprete. Os dispositivos mencionados na lei nova fazem desaparecer do mundo jurídico a vigência da lei antiga”. In: VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução ao estudo do Direito. Primeiras Linhas. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 107.

[4] Sobre a revogação tácita ensina VENOSA que: “Problema maior, por vezes de alta complexidade, ocorre quando a nova lei é omissa sobre a modificação ou revogação da lei antiga e a novel mostra-se contraditório ou confusa com a legislação antiga ou disciplina total ou parcialmente a matéria até então regulada (...) Nessas hipóteses, há todo um trabalho de raciocínio, de interpretação e integração das normas dentro do ordenamento a fim de se concluir pela subsistência, modificação, derrogação ou revogação da lei antiga. In: VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução ao estudo do Direito. Primeiras Linhas. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 107.

[5] Nos termos do § 1º do art. 2º da LINDB, revogação expressa ocorre quando a lei posterior revoga a anterior expressamente o declare. Por sua vez, nos termos do mesmo dispositivo, revogação tácita ocorre quando a lei nova é incompatível ou quando regula inteiramente à matéria de que tratava a lei anterior. Decreto – Lei n. 4.657/42. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 03.05.17.

[6] Como regra geral a repristinação é proibida pela legislação pátria, como dispõe o § 3º do art. 2º da LINDB, segundo o qual, “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Decreto – Lei n. 4.657/42. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 03.05.17.

[7] Lei n. 7.115/83. Dispõe sobre prova documental nos casos que indica e da outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7115.htm>. Acesso em 03.05.17.

[8] Lei n. 7.844/89. Disciplina o inciso LXXVI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, alterando a redação do art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7844.htm>. Acesso em 03.05.17.

[9] Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03.05.17.

[10] Lei nº 6.015/73. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015original.htm>. Acesso em 03.05.17.

[11] Lei nº 9.099/95. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 03.05.17.

[12] Lei 9.289/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9289.htm>.

Acesso em 03.05.17.

[13] Súmula 481 do STJ. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas481-485.pdf>. Acesso em 03.05.17.

[14] Goffredo Telles Jr *apud* Maria Helena Diniz, ensina que direito subjetivo “é a permissão dada por meio de norma jurídica, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter algo, ou, ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio de processos legais, em caso de prejuízo causado por violação de norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido”. Ainda ensina Maria Helena Diniz que: “O direito subjetivo é subjetivo porque as permissões, com base na norma jurídica e em face dos demais membros da sociedade, são próprias das pessoas que as possuem, podendo ser ou não usadas por elas. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24 e 25.

[15] O princípio do acesso à justiça encontra fundamento no art. 5º, XXXV da CF/88, segundo o qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ensina GONÇALVES que: “Ele traduz no direito de ação em sentido amplo, isto é, o de obter do Poder Judiciário uma resposta aos requerimentos a ele dirigidos. Esse direito é amplo e incondicional: o Judiciário não pode se recusar a examinar e a responder os pedidos que lhe foram formulados. Pode ser que a resposta se limite a informar ao autor que a pretensão não pode ser examinada, porque faltam as condições essenciais para isto. *In*: GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

[16] O princípio do devido processo legal encontra amparo no art. 5º, LIV da CF/88 que determina que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. GONÇALVES leciona que deste princípio derivam todos os outros. “A Constituição preserva a liberdade e os bens, garantindo que seu titular não os perca por atos não jurisdicionais do estado. Além disso, o judiciário deve observar as garantias inerentes ao estado de direito, e deve respeitar a lei, assegurando a cada um o que é seu. *In*: GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59

[17] O princípio da ampla defesa está previsto no art. 5º, LV da CF/88 segundo o qual “os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

[18] O princípio do contraditório fundado no art. 5º, LV da CF/88 é ensinado por Humberto Theodoro Júnior como sendo aquele que confere igualdade as partes litigantes e “com esta preocupação, a assistência judiciária (Justiça Gratuita) é assegurada àqueles que não podem arcar com os gastos do processo, inclusive a remuneração do advogado”. Ainda explica o jurista que o princípio se realiza quando as partes são ouvidas, garantindo-lhes o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. V1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24 e 25.

[19] Ainda sobre o princípio do acesso a justiça, MEDINA ensina que: “Essa expressão, segundo nosso modo de pensar, traduz a síntese do próprio conceito de direito de ação, no

sentido de referir-se a concretização de direitos fundamentais processuais. Mas liga-se, também, a previsão de mecanismos processuais adequados a realização de direitos subjetivos. *MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 117.*

[20] Decreto 678/92. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 03.05.17.

[21] Jurisprudência disponibilizada pelo TJ/SP. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO Gratuidade da Justiça - Na moderna intelecção do direito de acesso à justiça, não há necessidade da prova do estado de miserabilidade para a concessão da gratuidade da justiça, mas tão-somente a insuficiência de recursos disponíveis (art. 98 do CPC/2015), o que é o caso da recorrente Insurgência contra decisão que indeferiu expedição de ofício à Receita Federal Não Conhecimento Decisão fora do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015 - Recurso provido em parte na parte conhecida. TJ/SP. Agravo de Instrumento n. 2252418-38.2016.8.26.0000. J. 07.04.17. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=2125CAC0E08EA3CB12DCFA37BAD43935.cjsg2?>>>. Acesso em Acesso em 03.05.17.

[22] Nestes termos ensina WAMBIER, Luiz Rodrigues (*et al.*). Novo CPC Urgente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 51. O qual ainda explica que: “A *suppressio* e proibição de *venire contra factum proprium*, são duas manifestações concretas derivadas do princípio da boa-fé”.

NORMAS JURÍDICAS E SEUS VALORES FUNDANTES: UMA SIMBIOSE POSSÍVEL NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

LEGAL STANDARDS AND ITS FUNDING VALUES: A SIMBIOSIS POSSIBLE IN LEGAL INTERPRETATION

Sérgio Rodrigo de Pádua¹; Aline Maria Hagers Bozo²; Ângela Maria Griboggi³

GRIBOGGI et al.. Normas Jurídicas e seus valores fundantes uma simbiose possível na interpretação jurídica. Revista Tecnológica da FATEC-PR: Edição especial de Direito, v.1,n.9, p. 40-48, jan/dez, 2018.

1 INTRODUÇÃO:

A teoria dos valores sempre influenciou o conceito do seja Direito, assim sob ora relegada a mera coadjuvante, ora trazida à luz para abrilhantar o sistema jurídico a dimensão axiológica serve de supedâneo para um sistema de que sempre necessita revisitar seus fundamentos.

O homem, como aplicador do Direito e como destinatário deste, assim apresenta-se como o valor existencial no prisma do conhecimento sobre o mundo dado e do aporte cultural e ele empregado.

Nesse sentido, utilizam-se como marco teórico a teorias dos valores de Miguel Reale⁴, contudo sem descuidar-se da realização em bloco dos valores coletivamente considerados, eis que sendo os valores uma dimensão da moral⁵, estes devem ser tratados com parcimônia, a fim de que não se chegue a uma visão esquizofrênica do sistema jurídico.

Destarte, o presente ensaio se presta em uma apreensão crítica da teoria dos valores dentro de uma realidade possível pela compreensão humana e pela racionalidade sistêmica como viés hermenêutico possível no contexto histórico-constitucional.

2 A TEORIA DOS VALORES SEGUNDO MIGUEL REALE:

Os valores vêm sendo reconhecidos como instrumentos conceituais que carregam, os quais, uma determinada carga moral, vindo a representar tal carga axiológica a dimensão de humanidade projetada sobre a natureza e a atuação do poder nomotético do homem ao criar objetos culturais.⁶ Assim, os valores são o reflexo da própria natureza

¹ Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo e Mestre em Democracia e Direitos Fundamentais pela UniBrasil.

² Professora de Direito Penal e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR.

³ Professora de Direito Processual Civil e Direito do Consumidor, Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR e Doutoranda pela Universidade de Coimbra.

⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19.^a ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva: 2000. p. 207.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. 1.^a ed. da tradução. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 147.

⁶ “ É levando em conta essas e outras colocações transindividuais do problema do conhecimento que me pergunto, repito, se não há também uma condição *a priori* intersubjetiva, e por conseguinte *cultural*, na Gnoseologia, que adquire, assim, mais concreção. [...]”

Nunca será demais realçar a decisiva contribuição de Kant, ao demonstrar o *poder nomotético* do espírito, isto é, o seu poder criador no domínio da Ciência, graças à sua faculdade normativa o reguladora do “mundo pré-categorial”, difuso e indistinto até e enquanto não categorizado ou pensado pelo sujeito

humana, natureza está voltada para uma moralidade intrínseca ao ato cognoscitivo do homem em tudo procurar conhecer e, mais que isso, buscar dispensar seu olhar criador de uma realidade humana, de dever ser, sobre a realidade dada (ser) pela natureza.⁷

Dessa forma, os valores influenciam no sistema jurídico, vez que como assevera Reale em sua Teoria Tridimensional do Direito, direito é fato, valor e norma.⁸ Sendo assim, na teoria de Reale, os valores influenciam a formação de normas por meio de uma filtragem através do “prisma” fático-social dos excessos axiológicos, gerando assim uma ampla gama de normas em potencial para refletir a dimensão cultural dos valores. Contudo, apenas as normas (reflexos da dimensão axiológica) escolhidas como válidas pela interferência do Poder ingressariam no sistema oficial normativo.⁹

3 APLICAÇÃO DA TEORIA DOS VALORES AO CONTEXTO ATUAL:

Tal concepção deve ser adaptada, sob um ângulo constitucional atual, sendo que o Poder legítimo provém do Povo (no mínimo num discurso poético-constitucional¹⁰, para um

cognoscente. O que depois sobreveio, no plano filosófico, foi a revisão do conceito kantiano de poder nomotético, à luz da intencionalidade como elemento caracterizador da consciência.

Admito, com efeito, que a consciência se volve necessariamente para *algo*, que também é pressuposto *a priori* do ato de conhecer, não se pode mais apresentar o sujeito como constitutivo de per si do objeto, uma vez que este somente o é enquanto *algo* se lhe oferece para ser interpretado.

Por outras palavras, não mais se admite que o sujeito possa, em se e de per si, *pôr os objetos* como criação exclusivamente sua, porquanto faculdades cognoscitivas dependem de *algo objetivo* que se oferece à percepção da consciência intencional.” [REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo*. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 29-30.]

⁷ “O homem, cujo *ser* é o seu *dever ser*, construiu o mundo da cultura à sua imagem e semelhança, razão pela qual todo bem cultural só é enquanto *deve ser*, e a “intencionalidade da consciência” se projeta e se revela como intencionalidade transcendental na história das civilizações, isto é, como *invariante axiológica* fundamental.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 213.]

⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25.^a ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva: 2001. p. 64.

⁹ “ O *fato*, por conseguinte, que condiciona o aparecimento de uma norma jurídica particular nunca é acontecimento isolado, mas um *conjunto de circunstâncias*, estando o homem rodeado por uma série de fatores que solicitam sua atenção, provocam sua análise e despertam atitudes de reação ou de aplauso, de simpatia ou de repulsa. [...]

Por outro lado, verifica-se a mesma complexidade quando se examinam os múltiplos *valores* que condicionam o ato de escolha de determinado grupo de regras jurídicas, ou até mesmo de uma única norma de direito, ficando prejudicadas as demais vias possíveis. Há, pois, um complexo de fins e valorações, uma série de *motivos ideológicos* (diversidade de pontos de vista programáticos ou doutrinários, assim como divergência ou conflito de interesses de indivíduos, grupos e classes sociais) condicionando a decisão do legislador, cuja opção final assinala o momento em que *uma das possíveis proposições normativas se converte em norma Jurídica*.

Podemos comparar, para facilidade de compreensão, o “campus” nomogenético à imagem [...] de um raio luminoso (impulsos e exigências axiológicas) que, incidindo sobre um prisma (o multifacetado domínio dos fatos sociais, econômicos, técnicos etc.), se refrata em um leque de “normas possíveis”, uma das quais apenas se converterá em “norma jurídica”, dada a interferência do Poder. [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 553.]

¹⁰ “ Exerce, pois, o discurso poético-constitucional uma importante função no que diz respeito ao *contexto de descoberta*, apresentando situações que, segundo algum traço de pertença à realidade jurídica e constitucional, podem indicar caminhos e apontar soluções para a problemática constant da adequação do modelo ideal-típico de Constituição à dinamicidade do fato concreto, historicamente dado e culturalmente valorado.” [...]

“ Não bastasse a própria Constituição, da necessidade de sua leitimação e definição do poder social necessário à sua efetivação surge outro destinatário do discurso poético-constitucional, já presente em sua definição e com fundamental importância para a concepção contemporânea dete fenômeno, o indivíduo enquanto destinatário dos limites normativos previstos na Constituição e a sociedade como instância legitimante do exercício político-jurídico estampado em comandos de normatividade constitucional.” [DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. *Uma Teoria do Direito Constitucional*. 1.^a ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 185-186.]

ideário de democracia “representativa”), como garante o valor da democracia expressado como norma no art. 1.º, Parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 (“Todo poder emana do povo...”). Destarte, tem-se que os valores numa democracia são transmutados em normas, pela interação direta com a dimensão ontológica, como forma de legitimação pelo Poder.

Até aqui, a teoria cultural do Direito de Miguel Reale bem responde à formação das normas mediante uma inspiração na dimensão moral axiológica do homem, por meio de uma relação espaço-tempo dinamizada com o a priori intersubjetivo cultural¹¹ da humanidade num determinado contexto histórico.¹²

4 O VALOR NA NORMA: A NORMA COMO FENÔMENO CULTURAL:

Ora, tal acepção doutrinária vem ao encontro da defesa dos princípios e das regras constitucionais como representações de valores a que a sociedade (poder constituinte proveniente do Povo) escolheu como ideais a serem protegidos pelo sistema jurídico.

Nessa perspectiva, a teoria de Reale tem uma fundamentação normativa pela via axiológica voltada ao momento de criação da norma, pois embora a norma esteja vinculada ao valor fundante de que tenha sido inspirada culturalmente, esta, para se atualizar, necessita de um retorno ao mundo dos fatos (evolução hermenêutica¹³ pelo contexto histórico) a cada aplicação, como que numa prova real de fidelidade ao valor culturalmente enquadrado¹⁴ a que representa.

Isto se dá devido ao etéreo significado de conceitos normativos¹⁵ e ao já referido criacionismo cultural do homem acerca dos valores, o que por derradeiro influi num aporte

¹¹ [...] “a mais relevante das conseqüências do pressuposto transcendental do *a priori cultural* é, por assim dizer, a *axiologização universal da experiência*. A meu ver, é impossível pensar-se a experiência, a não ser se considerando *ipso facto válida* a relação que ela expressa e a torna objetiva.” [REALE, Miguel. *Cinco...*, p. 50.]

¹² “ Os valores não são, por conseguinte, objetos ideais, modelos estáticos segundo os quais iriam se desenvolvendo, de maneira reflexa, as nossas valorações, mas se inserem antes em nossa experiência histórica, irmanando-se com ela. Entre valor e realidade não há, por conseguinte, um abismo; e isto porque entre ambos existe um nexo de *polaridade* e de *implicação*, de tal modo que a História não teria sentido sem o valor: um “dado” ao qual não fosse atribuído nenhum valor, seria como que inexistente; um “valor” que jamais se convertesse em momento da realidade, seria algo de abstrato ou de quimérico. Pelas mesmas razões, o valor não se reduz ao real, nem pode coincidir *inteiramente, definitivamente*, com ele: um valor que se *realizasse integralmente*, converter-se-ia em “dado”, perderia a sua essência que é a de *superar* sempre a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 207.]

¹³ “O conhecimento de algo não surge *ex nihilo*, como mera projeção subjetiva, mas representa um *processo de interpretação* da coisa que se lhe apresenta, havendo, pois, um *ato hermenêutico* da coisa para a qual a consciência intencional se dirige. Poder-se-ia afirmar que a cognição, em sua raiz, corresponde a um processo de interpretação: corresponde, por conseguinte, essencialmente a um *ato hermenêutico*.” [REALE, Miguel. *Cinco...*, p. 30-31.]

¹⁴ “Já foi dito muito bem que a natureza se repete e que *só o homem inova e se transcende*. É a essa atividade inovadora, capaz de instaurar formas novas de ser e de viver, que chamamos de espírito. O ponto de partida não é, como se vê, uma hipótese artificial, mas a verificação irrecusável de que o homem adicionou e continua adicionando algo ao meramente dado. A natureza de hoje não é a mesma de um, dois, ou três mil anos atrás, porque o mundo circundante foi adaptado à feição do homem. O homem, servindo-se das leis naturais, que são instrumentos ideais, erigiu um segundo mundo sobre o mundo dado: é o *mundo histórico*, o mundo cultural, só possível por ser o homem um *ser espiritual*, isto é, um ente *livre* dotado de poder de *síntese*, que lhe permite compor formas novas e estruturas inéditas, reunindo em unidades de sentido, sempre renovadas e nunca exauríveis, os elementos particulares e dispersos da experiência.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 205.]

¹⁵ “Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à **natureza da linguagem** [destaque não original], para a orientação que a linguagem geral pode oferecer. É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (‘Se algo é um veículo, um automóvel o é’), mas haverá também

hermenêutico aberto para a revisão histórica das normas conforme os valores defendidos pela sociedade¹⁶.

Assim, na infundável linha do tempo, a sociedade (tida como um Povo coletivamente considerado, sem se descuidar de direitos individuais, enquanto titular do Poder), pode fazer a revisão dos conteúdos normativos por meio de uma depuração axio-ontológica (contexto histórico-cultural) dos fins e dos efeitos pretendidos com a norma. Nesse sentido, tal consideração é passível ante o fato de que o dever ser (mundo do construído) das normas marcadas pela humanidade representa o conhecimento a menor do que é o ser (mundo do dado). Assim, este conhecimento, falho e parcial em sua essência, não habilita a norma, sendo esta um objeto cultural, a ser a resposta sempre prévia e absoluta, sem que haja uma revisitação cognoscitiva ao valor fundante da normatividade. Desse modo, sobre a limitação humana ao objeto gnosiológico veja-se a seguinte passagem da obra de Reale:

É claro que permanece a distinção entre “coisa em si” e o “fenômeno”, na medida em que aquela não possa ser convertida em objeto de conhecimento. Mas coisa (algo, aliquid) possui um significado amplo, abrangendo tanto a “coisa em si”, enquanto coisa incognoscível, como objeto, que corresponde ao que se há de fenomenalmente cognoscível na coisa. Donde se conclui que, quanto mais o ser humano é capaz de alargar e aprofundar o campo de conhecimento, mais se restringe à “coisa em si”, de caráter residual sob o ângulo epistêmico. Donde a minha afirmação de que ela é o que resta do “infinitamente cognoscível”, ou melhor, o “infinitamente incognoscível”, pois restará sempre algo que escapa a nossa faculdade cognoscitiva, e o respectivo problema metafísico quanto ao ser. Estamos, portanto, perante uma visão relativa, e não mais absoluta, da “coisa em si”, superando-se a predeterminação abstrata e a-histórica do criticismo kantiano.¹⁷

Nesse sentido, a compreensão (inclusive sob um ângulo da dialética-constitucional¹⁸) do mundo axiológico, como característica humana que é, e sua interação cultural necessária com o universo ontológico, advém da humanidade como valor fundamental, donde o dever ser histórico-cultural é dependente em nível existencial, pois apenas do homem e de seu intento criativo basilar à definição da espécie (*sapiens*) flui o rio axiológico a que tudo contribuir em significado próprio¹⁹. Logo, o homem não se contenta em assistir ao mundo como se fosse um filme, pois não é mero espectador no plano da existência, mas

casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (‘A palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?’).” [HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 164.]

¹⁶ Por exemplo, a clássica “mulher honesta” do Código Civil de 1916.

¹⁷ REALE, Miguel. *Cinco...*, p. 31.

¹⁸ “ A compreensão o conteúdo normativo da Constituição e a busca de aproximação do sentido presente na determinação valorativa dos coando constitucionais estão condicionadas, pela prática discursiva, à limitação do destinatário.

Será a disposição efetiva da composição dialogal a prática criativa decisional da Constituição que apontará para a concretude do destinatário específico de cada movimento constitucional, definindo *a fortiori* o tipo discursivo necessário e, segundo a pretensão final da ação e a disponibilidade real do destinatário, propiciando a concretização substancial dos valores sociais constitucionalmente recepcionados.

Somente com a conscientização da vinculação dos comandos constitucionais pela estruturação discursiva de sua concreção e a compreensão da limitação do exercício constitucional pela figura de seu destinatário pode corresponder, mais que a uma teoria do discurso constitucional, a uma efetiva teoria da Constituição.” [DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. *Op. cit.*, p. 268-269.]

¹⁹ “ Ora, graças à verificação de tais fatos, podemos afirmar que o espírito humano se projeta sobre a natureza, conferindo-lhe dimensão nova. Esta dimensão nova são *valores*, como a fonte de que promanam.

O valor, portanto, não é projeção da consciência individual, empírica e isolada, mas do espírito mesmo, em sua universalidade, enquanto se realiza e se projeta para fora, como consciência histórica, no *processo dialógico da história* que traduz a interação das consciências individuais, em um todo de superações sucessivas.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 206.]

sim verdadeiro arquiteto do conhecimento ao tomar posição perante tal mundo dado e valorá-lo. Para aclarar o tema leia-se o seguinte posicionamento de Reale:

O homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com a sua valia. De todos os seres, só o homem é capaz de valores, e as ciências do homem são inseparáveis de estimativas.

Um cientista, como o químico ou o físico, ao realizar uma experiência, não indaga do sentido ou do significado axiológico daquilo que se processa diante de seus olhos, mas procura apenas descrever o fenômeno em suas relações objetivas, embora esteja condicionado por modos de perceber ou teorias que implicam valorações. Um estudioso do mundo físico-natural não toma posição, positiva ou negativa, perante o fato, porque é seu propósito captá-lo em sua objetividade. Quando, porém, o homem, perante os fatos, toma uma posição, estima o mesmo fato e o situa em uma totalidade de significados, dizemos que surge propriamente o fenômeno da compreensão. Não se trata de explicar o fenômeno nos seus nexos causais, mas de compreendê-lo naquilo que esse fato, esse fenômeno "significa" para a existência do homem: o ato de valorar é componente intrínseco do ato de conhecer. 20

Sendo assim, estando-se ciente de tal paradigma cultural do direito, parte-se para a interação sistêmica entre os valores.

5 A INTERAÇÃO AXIOLÓGICA SISTÊMICA:

Conforme exposto até aqui, os valores têm como característica a inspiração criativa e a compreensão da normatividade pela consciência histórico-cultural ligada ao viés ontológico.

Contudo, de grande interesse é para a teoria dos valores a compreensão sistêmica destes, eis que num sistema jurídico que tenha a Constituição como fonte orbital²¹ axiológica, necessária se faz a conformação entre os valores constitucionais na sua aparente conflituosidade, eis que conflito se dá externamente, haja vista que na cabeça do intérprete (ato cognoscitivo dos valores + ato de ponderação dos valores) há a resposta a ser dada (num viés de discurso dialético-constitucional²²), pois na lógica entre a interação

²⁰ Ibidem, p. 210.

²¹ “ O sentido, quase orbital, da Constituição faz com que o sistema jurídico passe de um conjunto normativo ordinário estruturado segundo um processo legislativo constitucionalmente previsto, a um sistema jurídico-constitucional disposto em várias esferas de normatividade que assimilam no momento de concreção, pela incorporação hermenêutica dos valores fixados nos comandos constitucionais.

Cupre a Constituição desempenhar o ponto de materialização dos valores sociais e de sua potencialidade, tanto pela via aberta e plurívoca dos princípios como pelo regramento ordenativo, concentrando em sua disposição normativa o momento histórico-cultural vivenciado por determinada comunidade e captando as necessidades socioculturais de eu dependem a concreção eficaz dos comandos normativo-constitucionais.” [DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Op. cit., p. 232.]

²² “ A ordem jurídico-constitucional e sua vinculação normativa por comandos expressos em regras e princípios de caráter prescritivo e valorativo procura responder a questões de implicação material e formal, numa relação que exige o constante da oposição entre valores estampados e eleitos pela sociedade e reconhecidos pela Constituição.” [...]

“ O discurso dialético-constitucional tem, pois, uma função de concreção não apenas no momento da decisão jurídica como na efetivação da própria ordenação normativa do Direito, atribuindo antes de tudo uma unidade de sentido que disciplina a aplicação jurídica. Antes de atuar como requisito ou critério de validade do ordenamento jurídico, dotado de superioridade hierárquica formalmente atribuída pela sistematicidade do fenômeno jurídico, a Constituição atua como fonte única de atribuição do *sentido* da interpretação jurídica, como momento integrador do conteúdo substancial eleito pelo legislador constitucional em representação da sociedade.” [Ibidem, p. 231-232.]

quase-tópica regulada pelo sistema está a resposta a ser dada com presença de potencialidade de lógica científica (discurso lógico-constitucional²³)

Assim, reconhece-se a cultura como fonte dos valores, todavia faz-se um caminho de simbiose entre o ato cognoscitivo de compreensão (Reale) e o ato interpretativo procedimental (Habermas ou Alexy, com suas devidas distinções), como ato humano de interação axio-fática dos valores que preenchem o conteúdo das normas.

Sob tal perspectiva, não se defende aqui a ideia de consenso²⁴, puro e simples, mas a ideia de racionalidade hermenêutica ligada ao ato de compreensão. Assim, tem-se ciência da diversidade dos métodos em sua gênese, todavia, busca-se, de um lado, uma limitação aos excessos do uso do poder nomotético do espírito²⁵ em detrimento do sistema axiológico coletivamente considerado, e, de outro lado, a garantia de que a aplicação dos valores significantes das normas seja precedida da compreensão da realidade cultural. Esse é caminho possível, para um discurso jurídico nem tanto na praxis e nem tanto no objeto, mas sim num ato pan-cognoscitivo (compreensão histórico-cultural + procedimento de validação cognitiva) da realidade, como cânone primeiro da hermenêutica jurídico-constitucional.

Sob tal batuta, aceita-se a realidade de que os diversos valores podem rivalizar entre si, numa “rota” de colisão ou conflito de efetivação contemporânea na mesma situação, como se pode observar, por exemplo, na teoria dos valores de Robert Alexy:

Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí em un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse em una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene se equivalente em la realización gradual de los valores.²⁶

Contudo, é certo que objeções²⁷ existem a tal concepção da teoria dos valores, até mesmo entre linguistas como Habermas:

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores possuem um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente.

[...]

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de

²³ Ibidem, p. 251-253.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. Op. cit., Vol. II, p. 170-173.

²⁵ “Diferentes teorias surgem, desse modo, mas todas reconhecem existir a possibilidade da transformação da natureza como natureza, em virtude, a nosso ver, de algo próprio somente do homem que é capaz de subordinar a natureza aos fins específicos do homem: o poder nomotético do espírito.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 206.]

²⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 138.

²⁷ “ Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito - e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento de valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. Aquilo que é melhor para cada um de nós não coincide *eo ipso* com aquilo que é igualmente bom para todos.” [HABERMAS, Jürgen. Op. cit. Vol. I, p. 323.]

obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.²⁸

Contudo, aqui tendo por base a doutrina de Alexy, tem-se a ideia funcional de que valor²⁹ esta ínsito no conteúdo na norma, porque esta tem valor (valor significante para a norma) e não simplesmente porque se trata de um valor de per si transmutado em um “valor deontológico”³⁰, como pode se observar do seguinte posicionamento:

La comparación entre valor y principio puede apoyarse en algunas características estructurales generales y, a la vez, elementares, de los valores . Ellas se ponen de manifiesto cuando se toma en cuenta una diferencia fundamental en el uso de la palabra “valor”: la diferencia entre la determinación que algo tiene un valor y que algo es un valor.³¹

Dessa forma, na teoria dos valores, numa possibilidade de perspectiva sistêmica, aplicada funcionalmente ao viés deontológico, tem-se que [1] o valor em sua essência, de per si, é mais do que a norma é, sendo inclusive externo a esta (Miguel Reale³²); [2] o valor expresso na norma é menos abrangente do que o valor na essência da amplitude máxima de seu significado, devido à própria limitação do homem enquanto sujeito cognoscente e à limitação conceitual linguística do conceito normativo enquanto baliza mínima e máxima do alcance axiológico; e [3] o valor da norma expresso no sistema, sendo este o balizamento e a depuração do excesso de efetivação de uma norma (portadora de um dado significante axiológico) em face de uma outra norma, ou de outras normas, (igualmente portadora de significante axiológico tido como válido na relação de poder democrática originária).

Portanto, num entendimento pessoal, há possibilidade, vinculando-se à realidade, de fomentar valores por meio de normas jurídicas, contudo, não sendo o objetivo do presente ensaio, devido às suas limitações, ingressar na discussão eterna acerca das classes de normas (princípios e regras³³) e todas as implicações daí advindas na doutrina estrangeira e nacional. Nessa linha, Virgílio Afonso da Silva lembra que:

²⁸ Ibidem, p. 316-317.

²⁹ “ Muchas cosas diferentes pueden ser *objeto* de valoración. Pueden valorarse, por ejemplo, objetos naturales, artefactos, pensamientos, acontecimientos, acciones y situaciones. También los *critérios* de valoración son de múltiple tipo. Así, por ejemplo, un automóvil puede ser valorado según critérios de velocidad, seguridad, comodidad, precio, economicidad y belleza. Los criterios de valoración pueden entrar en colisión, por ejemplo, en el caso de la vlocidad y la economicidad. Cuando entran en colisión, a fin de lograr una *valoración total* de determinado automóvil, hay que establecer entre ellos una relación.” [ALEXY, Robert. Op. cit., p. 143]

³⁰ “Así pues, los principios y los valores se diferencian solo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.” [Ibidem, p. 147.]

³¹ Ibidem, p. 141.

³² “O valor é dimensão do espírito humano, enquanto este se projeta sobre a natureza e a integra em seu processo, segundo direções inéditas que a liberdade propicia e atualiza.

Se examinarmos os acontecimentos históricos, verificaremos que compõem uma experiência feliz ou malograda nas conjunturas do tempo, com vitórias e com desenganos, mas sempre no propósito de dominar a natureza e de estabelecer formas de convivência, segundo uma paz ordenada. Tudo aquilo que o espírito humano projeta fora de si, modelando a natureza à sua imagem, é que vem a formar paulatinamente o cabedal da cultura.” [REALE, Miguel. *Filosofia...*, p. 213.]

³³ Classificações de Robert Alexy [ALEXY, Robert. Op. cit., p. 81-89.], por exemplo, de Ronald Dworkin (políticas, princípios e regras) [DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36-41] ou de Humberto Ávila (“*trincheira*” axiológica nas regras a ser superada pelos princípios em eventual ponderação) [ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.^a ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 49].

[...] o conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infundáveis controvérsias e os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de algum denominador comum acerca do objeto de sua disciplina. 34

Ademais, embora também não seja o objetivo deste trabalho se aprofundar sobre tal temática, insta ressaltar a título de esclarecimento que a explicação do fenômeno axiológico pelo presente viés viabiliza a ponderação de normas em aparente conflito pelo método da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) 35, o não será comentado neste ensaio devido à delimitação do tema.

Dessa forma, consciente de que é certo o modo como a dimensão axiológica influencia no conceito de norma, destaca-se que a norma jurídica reflete o sistema de direito em que existe, desde logo, então, os princípios e as regras têm valores (resultado da interação entre compreensão e processo de validação racional) em razão de serem de direito e não do direito.³⁶

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Conforme exposto no presente artigo, a hermenêutica jurídica tem de realizar os valores eleitos pelo homem para estarem presentes no sistema de normatividade.

Todavia, não basta a realização por meio de um ideário axiológico amplo e descontrolado na justificação normativa, eis que a racionalidade é do valor em sua essência como possibilidade mental humana (compreensão), do valor expresso na norma atinente aos limites da linguagem como garantia de segurança mínima pela interpretação, e do valor expresso no sistema axiológico, ante a aparência de conflitos axiológicos.

Dessa maneira, deve-se ter em conta, como dito, que os valores são uma dimensão da moral. Contudo, a moral não pode ficar, em sua essência, solta no sistema jurídico, como ente quase-autônomo, travestida com a roupagem de norma, pois em tal caso funciona como um vírus que tudo pode corromper, com seu “infinito incognoscível” (emprestando expressão de Miguel Reale) alcançando dos casos mais simples aos mais complexos, onde tudo passa a se resolver pela moral convenientemente tópica de quem aplica o “direito”.

Portanto, a racionalidade da compreensão humana e das garantias sistêmicas devem se sobressair, haja vista que a dimensão moral bruta na essência ao atuar no sistema jurídico leva a um estado de conflito perene entre no Direito, eis que tudo pode passar a ser uma questão de a moral de quem pode mais valer mais no momento mais conveniente, sendo isto uma afronta aos mais básicos ideais de democracia e de justiça que uma Constituição pretende fomentar.

Pela exposição feita neste artigo, a dimensão moral representada pelos valores só pode se manifestar no sistema jurídico de maneira racionalmente controlada, para que, atrelada à própria norma jurídica, dê suas cores na limitação compreensiva, conceitual e sistêmica que a própria norma se vincule.

Portanto, a moral pura (na essência axiológica) é bruta e irracional (do ponto de vista coletivo), tendo potencial de destruição caótico de todo e qualquer valor racionalmente fomentado pelo Direito. Sendo que desta ideia, caracteriza-se a exposição hermenêutica compreensiva-racional como possível.

³⁴ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, n.º 1, 2003.

³⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 89-98.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 1.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 46-47.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, n.º 1, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. 1.ª ed. da tradução. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. *Uma Teoria do Direito Constitucional*. 1.ª ed. São Paulo: Landy, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 1.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I e II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Brasília: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Filosofia do Direito*. 19.ª ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva: 2000.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 25.ª ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva: 2001.

**O LIVRE CONSENTIMENTO ESCLARECIDO DO PACIENTE E A LIBERDADE
CONSTITUCIONAL DO PROFISSIONAL DE SAÚDE
THE FREE CLEARWRITED CONSENT OF THE PATIENT AND THE CONSTITUTIONAL
LIBERTY OF THE HEALTH PROFESSIONAL**

Sérgio Rodrigo de Pádua¹; Aline Maria Hagers Bozo²; Ângela Maria Griboggi³

PÁDUA et al.. O livre consentimento esclarecido do paciente a liberdade constitucional do profissional de saúde. Revista Tecnológica da FATEC-PR: Edição especial de Direito, v.1,n.9, p. 49-62 jan/dez, 2018.

1 INTRODUÇÃO

O paciente por muito tempo foi tratado como um objeto de frias escolhas médicas a respeito de seu corpo e de sua saúde, todavia isto vem mudando com o passar do tempo e com uma paulatina modificação da cultura sanitária.

Nesse aspecto, o direito de tomar decisões sobre a própria saúde e o próprio corpo tem se apresentado como um novo direito numa perspectiva jurídico-filosófica.⁴

Os métodos terapêuticos para o tratamento e a cura dos problemas de saúde que acometem a população têm passado por uma objetivização estatal, fato que tem causado a “estatização” do conhecimento científico, pois a Estado brasileiro, por meio de diversos entes públicos, se julga capaz de dizer o que é válido e o que é inválido no que se refere às técnicas de tratamento médico.

Tal incursão estatal é importante e necessária, todavia necessita de limites claros, pois do contrário estará a se tratar de uma coletivização forçada dos indivíduos que se revestem de suas inafastáveis características pessoais.

Nessa empreitada, a bioética⁵ se comunica com o Direito, a fim de realizar uma interação positiva no sentido de demonstrar que o paciente tem a legitimidade de ser ouvido

¹ Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo e Mestre em Democracia e Direitos Fundamentais pela UniBrasil.

² Professora de Direito Penal e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR.

³ Professora de Direito Processual Civil e Direito do Consumidor, Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR e Doutoranda pela Universidade de Coimbra.

⁴ “Impõe-se a construção de novo paradigma para a teoria jurídica em suas dimensões civil, pública e processual, capaz de contemplar o constante e crescente aparecimento histórico de ‘novos’ direitos. Esses ‘novos’ direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estaque assumem caráter relativo, difuso e metaindividual.” [WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos Fundamentos de Uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos*. in WOLKMER, Antonio Carlos (Org.); LEITE, José Rubens Morato (Org.); et. al. *Os “Novos” Direitos no Brasil*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.]

⁵ “ A Bioética propõe limites à biotecnologia e à experimentação, com a finalidade de ver protegidas a dignidade e a vida da pessoa humana como prius sobre qualquer valor. Porém, a norma moral é insuficiente porque, ainda que alcance a dimensão social sa pessoa humana, opera apenas no plano interno da consciência, impondo-se, portanto, um novo ramo do dever ser, mediante o qual se regulem as relações intersubjetivas à luz dos princípios da Bioética. Necessário, por isso, que as normas sejam jurídicas, e não apenas éticas, pois somente o caráter coercitivo daquelas impedirá ao científico sucumbir à tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos. ” [MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A Questão do Biodireito sob a Ótica da Construção dos Novos Direitos no Brasil*. in MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.); et al. *A Construção dos Novos Direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 215.]

quando as escolhas médicas são a respeito de sua integridade física, psicológica ou cultural.

2 LIMITAÇÕES AO DIREITO DE ESCOLHA DO PACIENTE

O paciente viveu uma época em que não era levado em conta como capaz de escolher seu próprio tratamento médico por meio da opção terapêutica que mais lhe era vantajosa ou lhe causava menos dor ou menos sofrimento. Dessa forma, o estado, a igreja, a família, o médico, a sociedade e mercado foram os principais entes que atuaram nas limitações fáticas, jurídicas e científicas de seu direito de escolha. Todavia, embora tenha havido uma diminuição no campo de ingerência religiosa, familiar e da sociedade, o campo de atuação do médico, juntamente com o poder institucional do estado e o poder de fato do mercado atuam como a tríade de limitadores das escolhas do paciente no que tange às possibilidades de tratamento dos problemas que acometem sua saúde.

Assim, reconhecido tal paradigma, foi necessária uma evolução cultural dos profissionais médicos e da sociedade para que o paciente tivesse reconhecido seu direito de escolha quanto aos procedimentos terapêuticos a serem adotados. Tal posição ganhou força com a edição da Resolução CFM 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, devido à seguinte previsão no capítulo dos “Princípios Fundamentais” da ética médica brasileira: “XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.” [Destaque não original]

Essa previsão normativa é fruto de pressão de pacientes, movimento este que ainda está ocorrendo, principalmente no que tange ao Sistema Único de Saúde (SUS) do Brasil, criado pela Lei 8.080/1990, em que as demandas de saúde de pessoas individualizadas são na maioria das vezes desconsideradas (isso quando há atendimento médico!⁶) em prol de uma estruturação mecanicista de tratamento do coletivo (onde o que interessa são a frieza dos números) que suplanta a dignidade pessoal dos indivíduos.

Neste entelamento, o indivíduo com suas características pessoais, sua carga genética específica e sua cultura destacada de qualquer ideia geral grupuscular (ainda mais num Brasil que agrega vários “brasis” em suas fronteiras) acabará por ter sua dignidade diluída num mar de questões sociais coletivistas, onde o que impera é a ideia de que as

⁶ Nesse sentido, é interessante lembrar o que constatou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da Suspensão de Liminar n.º 47 do Supremo Tribunal Federal do Brasil, ao dizer que:

“As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar ‘mínimo existencial’” [...]

“Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). **Haveria, assim, para utilizar a expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE (*Untermassverbot*)** (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswikugen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS, 1989, p. 161.)” [...]

“O constituinte estabeleceu, ainda, um **sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde**.” [...]

“A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, §1º, CF/88). Vê-se, pois, que os **direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais**” [Supremo Tribunal Federal, Trecho do Voto do Min. Gilmar Mendes na Suspensão de Liminar 47-AgR/PE].

massas devem ter políticas públicas que as contemplem e o indivíduo deve ser o autômato das mesmas políticas públicas e dos produtos (refere-se aqui como figura de exemplo extremo, por evidente, ao livro 1984 de George Orwell).

Dessa forma, embora a coisificação do paciente/enfermo⁷, com a indisponibilidade seu corpo e mente, aparente ser mais ligada aos estados totalitários, ocorre que num estado que se diz “da boca para fora” de “bem-estar social” há um perigo e uma realidade onde as políticas públicas podem ser um arbítrio venenoso sobre a liberdade de escolha do tratamento médico mais adequado. Estado e Mercado, dois extremos que podem levar ao desequilíbrio na possibilidade de escolha pelo paciente de seu tratamento médico.

Logo, as redes de poder tanto diretamente do mercado quanto do mercado por traz do Estado (entrelaçamento simbiótico que forma o ente coeso “Estado-Mercado”) estão a ceifar aquilo que o mercado inicialmente mais defendia, a liberdade. Ou seja, há um aparente paradoxo que nada mais é do que a superveniência mercadológica sobre o indivíduo que se instalou no âmbito brasileiro, principalmente no fornecimento de medicamentos.

Apenas para trazer um dos exemplos deste fenômeno, pode-se citar a tentativa de retirada do mercado de medicamentos emagrecedores (muitos com patentes expiradas, utilizados em medicamentos genéricos e medicamentos similares, porém com eficácia comprovada) no ano de 2011 pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária⁸, sendo que apenas através do Decreto Legislativo 273/2014 foi sustado o ato normativo da ANVISA (sob o argumento da agência reguladora ter extrapolado de seu poder regulamentar) e, posteriormente, a comercialização dos medicamentos para emagrecimento foi expressamente autorizada pela Lei 13.454/2017.

Tal revés legislativo da política pública (contra interesses do mercado e do estamento estatal) se deveu muito pela verdadeira batalha encampada por pacientes e entidades de defesa de seus interesses, os quais pressionaram o Congresso Nacional na busca de uma solução para além do supostamente “iluminado” e “inquestionável” interesse público defendido pelo governo em sua missão (ou pauta político-ideológica) de decidir o destino de cada cidadão como de forma a tolher a liberdade individual.

Nesse caminhar, passa-se aos principais limitadores da possibilidade de escolha dos meios terapêuticos pelo paciente.

3 ESTADO

O estado⁹, dispensando maiores aprofundamentos teóricos sobre o conceito ante as limitações do presente ensaio, desde seus primórdios sempre buscou tudo limitar para

⁷ “Schraiber destaca a introdução de intermediários nas relações entre médicos e pacientes como fatores desencadeantes do processo de despersonalização que gradualmente atingiu a medicina do século XX, citando como exemplos de tais intermediários a tecnologia e seus equivalentes nas esferas da organização e comercialização dos serviços médicos: a empresa, os seguros-saúde, o Estado.” [GUZ, Gabriela. *O Consentimento Livre e Esclarecido na Jurisprudência dos Tribunais Brasileiros*. in *Revista de Direito Sanitário*. Vol. 11. Nº 1 – Mar./Jun. 2010. São Paulo: LTr, 2010, p. 97.]

⁸ Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 52/2011 da ANVISA.

⁹ “A proteção da saúde exige uma atuação permanente e vigilante dos indivíduos, das famílias, das coletividades e, principalmente, do Estado. O Direito Sanitário responde a uma demanda da sociedade na medida em que, através de seu conjunto normativo, condiciona certas atividades humanas e organiza a atuação estatal para a redução dos riscos à saúde. A complexidade social faz aumentar, a cada dia, a quantidade de riscos a que estamos todos submetidos: riscos naturais (epidemias, doenças, acidentes, etc.); riscos advindos do progresso da ciência e da descoberta de novos tratamentos (clonagem, novas técnicas cirúrgicas e terapêuticas, novos medicamentos, etc.); e riscos advindos das atividades humanas que possuem

garantir a segurança e a coesão da sociedade. Seus meios de legitimidade, embora possam passar pelo sentimento ético de povo e pela irmandade de objetivos sociais, na última trincheira são garantidos pela força (racional ou irracional), pela dilação física das resistências até o limite de suas resiliências ou pela compulsão do temor causado pelo seu aparato.

Todavia, a evolução do estado brasileiro (atendendo-se ao caso ora estudado) trouxe consigo a busca da procedimentalização e da participação democrática, culminado com a institucionalização do modelo aspirado¹⁰ pela maioria constituinte de 1988.

Assim, no Brasil pode-se os Conselhos Federais de Farmácia (3.820/1960) e Medicina (Lei 3.268/1957), o Sistema Único de Saúde (Lei 8.080/1990) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9.782/1999) como os principais entes que regulamentam ou tratam sobre as práticas terapêuticas adotadas no país.

O Conselho Federal de Farmácia (CFF) se mostrou ativo em vários momentos, principalmente com a edição das Resoluções CFF n.º 467/2007 e n.º 477/2007, que reconheceram a possibilidade de “automedicação responsável”¹¹ para tratamento com produtos fitoterápicos, em respeito à cultura brasileira de tradições indígenas e populares. E, posteriormente, como forma de democratizar o acesso a medicamentos cuja a prescrição médica não é obrigatória, a Resolução CFF n.º 586/2013 autorizou em relação a medicamentos “cuja dispensação não exija prescrição médica” que próprio profissional farmacêutico realize a prescrição (sendo tal medida no intuito de auxiliar o paciente e não para tolher a escolha sobre os meios terapêuticos previamente disponibilizados).

O Conselho Federal de Medicina (CFM) é mais atuante, sendo que editou o Código de Ética Médica (Res. CFM n.º 1.931/2009) que reconhece a possibilidade do paciente escolher os meios que entender mais adequados para seu tratamento dentro das possibilidades científicas, o que junto com a Res. CFM 1.805/2006 que regulamenta a ortotanásia e com a Res. CFM 1.995/2012 que prevê a observância pelo médico das diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, representam verdadeiros avanços para a sociedade brasileira.

O Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro, embora seja tido como modelo devido à sua estruturação legal, na prática, muitas vezes, sequer oferece atendimento médico aos que morrem nos corredores dos hospitais públicos brasileiros¹². Logo, se há enorme déficit no atendimento, muito pouco há como falar em possibilidade de escolha dos melhores

refluxos na saúde individual, coletiva ou social (alimentação, trabalho, consumo, etc.)” [AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção da saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 229.]

¹⁰ “El componente institucional de los derechos es, pues, muy relevante porque toda institución es el resultado jurídico/político/económico y/o social de una determinada forma de entender los conflictos sociales.” [,,] “es inexcusable el conocimiento de las instituciones, ya que éstas otorgan el soporte a esa estructura cognitiva. Si una teoría llega a ser puesta en práctica institucionalmente, aumenta su capacidad de ‘durar’, de ser ‘transmitida’ e, incluso, de ‘resistir’ posibles deformaciones.” [FLORES, Joaquín Herrera. *La Reinvenición de los Derechos Humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008, p. 117.]

¹¹ “A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) define automedicação como sendo o uso de medicamento sem a prescrição, orientação e/ ou acompanhamento do médico ou dentista, e automedicação responsável é a prática pela qual os indivíduos tratam doenças, sinais e sintomas utilizando medicamentos aprovados para venda sem prescrição médica, sendo estes de eficácia e segurança comprovadas quando utilizados racionalmente.” [SOTERIO, Karine Azeredo; SANTOS, Marlise Araújo dos. *A Automedicação no Brasil e a Importância do Farmacêutico na Orientação do Uso Racional de Medicamentos de Venda Livre: Uma Revisão*. in *Revista da Graduação – PUCRS*. Vol. 9. Nº 2. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.]

¹² Fato público e notório, basta fazer uma pesquisa rápida nas notícias da imprensa na *Internet* via qualquer *site* de busca.

meios terapêuticos pelos mais pobres¹³, pois em primeiro lugar a massa atendida pelo SUS busca qualquer meio de atendimento, frente ao sentimento de que tudo falta.

Por outro lado, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) nasceu para ser a defensora da sociedade brasileira em matéria de risco sanitário, contudo vem se imiscuindo, através de suas normas regulamentares, no âmbito do mérito dos tratamentos médicos, criando restrições que muitas vezes inexistem na legislação (“ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – Artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal) à prescrição de determinadas substâncias (medicamentos antimicrobianos, fitoterápicos, emagrecedores, produtos à base de Cannabis sativa, etc.) e também quanto à duração dos tratamentos. Muitas vezes a ANVISA proíbe práticas para determinadas doenças deixando aberta a possibilidade da mesma prática para outras doenças¹⁴, mesmo que tal prática terapêutica tenha eficácia para determinadas situações relatadas na literatura médica.

A ANVISA vem sustentando suas atuações sob a alegação de que está a defender o interesse público¹⁵, quando na verdade está a massacrar a possibilidade de tratamento de determinados casos¹⁶, que só respondem àquele método de tratamento específico que está vedado por uma norma da agência reguladora. Para melhor aclarar a exposição, tem-se que lembrar que o “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular nasce sob as perspectivas do organicismo e do utilitarismo.¹⁷ Destarte, o organicismo¹⁸ é baseado “na ideia de que o indivíduo é essencialmente, uma parte do todo social e de que

¹³ “Como todos os indivíduos têm restrições pessoais ou familiares orçamentárias, e não podem consumir tudo o que gostariam, escolhas precisam ser feitas. O conceito do custo de oportunidade se faz novamente presente, ou seja, ao fazer escolhas o indivíduo assume (consciente ou inconscientemente) alguns sacrifícios. Como diferentes indivíduos têm necessidades e preferências distintas, diferentes escolhas serão feitas.” [FERRAZ, Marcos Bossi. *Dilemas e Escolhas do Sistema de Saúde: Economia da Saúde ou Saúde da Economia*. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Medbook, 2008, p. 29.]

¹⁴ Exemplo é associação medicamentosa de medicamentos anorexígenos com ansiolíticos, hormônios ou laxantes que é proibida pela Resolução da Diretoria Colegiada n.º 58/2007 da ANVISA apenas para fins de tratamento da obesidade, enquanto para outras doenças a possibilidade da mesma técnica terapêutica fica aberta pela agência reguladora.

¹⁵ “Limites existem aos avanços da tecnologia biomédica. Se não circunscrita pelas dificuldades da própria inventividade científica, suas restrições podem ser de caráter econômico ou político. Mas o querer social – o conjunto de concepções que animam o grupo social – impõe-lhe também limites de natureza diversa. Assim, as restrições de ordem moral, ética e religiosa que, se por um lado impulsionam a elaboração do jurídico, por outro fazem surgir uma espécie de resistência ao novo.” [MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Op. cit.*, p. 220.]

¹⁶ “O processo decisório em regulação frequentemente envolve questões políticas delicadas ou controvertidas. São os chamados *trade offs* cujo desfecho é submetido aos decisores. No entanto, pelo atual modelo regulatório os decisores não estão imbuídos de legitimidade democrática para fazer frente aos dilemas, pois se tratam de agentes não majoritários, ou seja, membros não eleitos. Trata-se de tecnocratas julgados aptos por disporem de ampla *expertise*, mas na verdade tomam decisões e fazem escolhas baseadas em seus valores (*Lodge*).” [CRUZ, Verônica. *Transparência e Accountability na Regulação da Vigilância Sanitária no Brasil*. in *Revista de Direito Sanitário*. Vol. 10. Nº 3 – Nov. 2009/Fev. 2010. São Paulo: LTr, 2010, p. 93.]

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81-82.

¹⁸ Sobre o assunto leia-se o seguinte trecho da obra de Jean-Jacques Rousseau: “O povo quer de si mesmo sempre o bem, mas nem sempre o vê por si mesmo; a vontade geral é sempre reta, mas não é sempre claro o raciocínio que a dirige; cumpre mostrar-lhe os objetos como eles são, às vezes tais como lhe deveriam parecer, apontar-lhe o caminho certo que procura, defendê-la da sedução das vontades particulares, aproximar a seus olhos os lugares e tempos, contrabalançar os atrativos das vantagens presentes e sensíveis, com o perigo dos males remotos e ocultos. Os particulares veem o bem que rejeitam, o público quer o bem que não vê, todos carecem igualmente de guias; cumpre ensinar ao outro a conhecer o que quer. No corpo social as luzes do público unem então o entendimento à vontade, daí vem o exato concurso das partes, e enfim a maior força do todo” [ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 49].

o bem de cada um só se realiza quando assegurado o bem comum” 19; enquanto no utilitarismo é tida como a melhor solução a que consegue atender na maior escala possível o maior número de cidadãos, considerados estes individualmente.²⁰

Portanto, o verdadeiro interesse público não se presta a ser um instrumento discriminatório operado pelo ente estatal, sendo que de maneira nenhuma deve ser confundido com o interesse da agência reguladora, ou com um opaco espírito de massacre do indivíduo em prol de um coletivo. Do contrário, o verdadeiro interesse público, num apanhado primário, solapa qualquer preferência de ordem, seja em favor do indivíduo, seja em favor da coletividade. Nesta linha, age a “personalização do direito administrativo” conceituada por Marçal Justen Filho, haja vista que no atual paradigma constitucional e de busca de efetividade dos Direitos Fundamentais não se pode aplicar o princípio republicano desmedidamente, vez que o princípio da dignidade da pessoa humana é um verdadeiro fundamento de validade do Estado Republicano Democrático de Direito²¹, assim, “a personalização do direito administrativo propicia reconhecer que a administração pública não é um fim em si mesma”.²² Logo, falar-se em um “princípio” da supremacia do “interesse público” sobre o interesse particular manejado pela ANVISA para negar o direito a escolhas individuais de meios terapêuticos é negar o próprio princípio da isonomia²³. Uma consideração a mais faz Marçal Justen Filho, pois, segundo o autor, “as situações concretas demonstram a existência de diversos interesses públicos, inclusive em conflito entre si”, sendo que todos são, em tese, “merecedores da qualificação de ‘supremos’ e ‘indisponíveis’”.²⁴

Em suma, a supremacia do “interesse público” devendida pela ANVISA dá lugar à “supremacia da constituição”²⁵ e à aplicação dos Direitos Fundamentais com inspiração no princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que o indivíduo (paciente que está a buscar tratamento médico) deve ser considerado em suas peculiaridades genéticas, culturais e psicológicas quando da dispensação de qualquer meio terapêutico²⁶, não

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 82.

²⁰ *Ibidem*, p. 84-85.

²¹ **Art. 1.º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.”

[BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.]

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46.

²³ “O princípio da justiça relaciona-se à justa distribuição dos benefícios dos serviços de saúde, resumindo-se na obrigação de igualdade de tratamento, respeitadas as diferenças de situações clínicas, evidentemente, bem como a proporcionalidade das intervenções.” [MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Op. cit.*, p. 214.]

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 42.

²⁵ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22.ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 46; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ª ed. ver. e amp. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 161.

²⁶ “Há que se distinguir, portanto, no tocante à tutela da saúde pública como bem coletivo, os deveres de proteção à saúde própria como condição para a saúde dos demais cidadãos e requisito para o próprio bem-estar. Apenas na medida em que a ausência de saúde de alguém pode refletir-se sobre as condições sanitárias da comunidade é que o Estado pode intervir, impondo determinadas condutas ou abstenções. No tocante a pessoas livres e capazes, porém, deve prevalecer a regra da liberdade individual, sob pena de se despojar o indivíduo de sua autonomia e dignidade.” [DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à Saúde e Informação Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 311.]

cabendo aos tecnocratas da ANVISA limitar, de dentro de uma bolha cognitiva, de forma excessiva os meios terapêuticos.²⁷

Logo, o interesse público não possui aquilo que Miguel Reale chama de “condição ‘a priori’ intersubjetiva”²⁸, sendo previamente um vazio axiológico dependente de uma análise quase-tópica do caso concreto, a fim de que sejam respeitados os princípios da razoabilidade dos meios e fins (se há justa razão à restrição ao meio terapêutico) e da universalidade (se a restrição ao meio terapêutico não ocasionará mais problemas pela falta de outro meio terapêutico que garanta o acesso ao tratamento de saúde pela população – Artigo 196 da Constituição Federal).

5 MERCADO

O Mercado é importante neste fenômeno porque atua como o ente que disponibiliza os tratamentos para as várias doenças existentes, principalmente por meio das pesquisas científicas que são financiadas pelas empresas. Contudo, muitas vezes o mercado passa de fornecedor de técnicas terapêuticas para o papel de um ente de restrição, quando entrelaçado com o Estado, no uso de seu conhecido lobby, movimenta sua face de interferência nas políticas públicas para [1] que determinados produtos mais baratos sejam proibidos a fim de que os mais caros tenham a preferência dos consumidores; [2] para que determinados produtos sejam adquiridos em licitações públicas em detrimento dos produtos mais baratos; e [3] para que outros produtos ineficazes sejam autorizados a serem comercializados no mercado. Por outro lado, existem vários tipos de doenças, por exemplo, que não são objeto de estudo para o desenvolvimento de novas drogas para o tratamento das pessoas enfermas (dengue, malária, novos antibióticos, etc.), por uma simples razão de que não haveria compensação financeira tão atraente, pois os custos das pesquisas seriam altos em relação aos lucros (é o que alegam as multinacionais farmacêuticas). Daí a necessidade de investimento estatal onde o mercado não se interessa, nas doenças dos países pobres.

Nessa linha, tal omissão do mercado acaba por ser mais um dos meios que diminui a margem de escolha pelo profissional médico e pelo paciente dos meios terapêuticos possíveis para o tratamento dos problemas de saúde.

6 MÉDICOS

Importante destacar, a priori, que o Princípio do Livre Exercício Profissional do médico que orienta o paciente, a pedido deste, na utilização de um meio terapêutico é exercido num patamar de legitimidade técnica, eis que a restrição ao exercício da profissão só pode se dar no tocante às “qualificações profissionais que a lei estabelecer” (Artigo 5.º, inciso XIII, da Constituição Federal).

²⁷ “Por isso, tão ruins quanto agências reguladoras vitimadas por injunções políticas de curto prazo e interesses escusos ou, ainda, capturadas pelo mercado regulado, são agências que não prestam contas de suas decisões, não consultam a sociedade e não se mostram permeáveis às demandas vocalizadas por grupos de interesse, sobretudo os menos organizados e dotados de meios financeiros escassos, como a difusa categoria dos consumidores. Note-se, nesse contexto, que de nada adianta promover audiências e consultas públicas, bem como outras formas de *accountability*, se não houver fundamentação racional das decisões tomadas a partir delas.” [COUTINHO, Diogo R. *Os Desafios Inescapáveis da Regulação Sanitária no Brasil*. in *Revista de Direito Sanitário*. Vol. 10. Nº 3 – Nov. 2009/Fev. 2010. São Paulo: LTr, 2010, p. 75.]

²⁸ REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 37-39.

Logo, tendo por base a interpretação restritiva da regra das “qualificações profissionais”, aderida ao princípio do livre exercício profissional, percebe-se que as normas estatais regulamentares (ANVISA principalmente) não se referem às qualificações profissionais do médico, o que torna amplo o alcance do mandamento do princípio do livre exercício profissional. Assim a jurisprudência vem reconhecendo a impossibilidade de limitação do exercício profissional do médico no seu dever de orientar o paciente²⁹.

Ademais, reforçando o permissivo legal, não existe lei que vede aos médicos a orientação de pacientes quanto ao melhor meio terapêutico a ser empregado, sendo que a Resolução CFM 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina define, regulamenta e estabelece as atribuições e competências do médico na orientação adequada ao contexto social, dando total liberdade aos médicos para as orientações com a sua capacidade técnica de conhecedor em saúde e métodos terapêuticos, conforme segue nos “Princípios Fundamentais” ética médica:

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

[...]

XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

O Código de Defesa do Consumidor corrobora o mandamento do Código de Ética Médica: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” [Destaque não original].

Destarte, os profissionais médicos modernos, diferentemente do modelo anterior³⁰, têm o dever informar os pacientes sobre todos os meios terapêuticos possíveis para seu tratamento, sendo que aos pacientes cabe exercer o direito de escolha. Contudo, quando o Estado veda determinado meio terapêutico com base em uma ética coletivista e em inobeservância das peculiaridades dos possíveis casos dissonantes da política estatal,

²⁹ APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. AMEAÇA DE AUTUAÇÃO E DE INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PELA AUTORIDADE COATORA. **PROIBIÇÃO DA PRESCRIÇÃO**, DISPENSAÇÃO E O AVIAMENTO DE FÓRMULAS CONTENDO ASSOCIAÇÃO MEDICAMENTOSA DE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS ANOREXÍGENAS COM ANSIOLÍTICOS, ANTIDEPRESSIVOS, DIURÉTICOS, HORMÔNIOS EXTRATOS HORMONAIIS E LAXANTES OU, AINDA, COM SUBSTÂNCIAS SIMPATOLÍTICAS OU PARASSIMPATOLÍTICAS. ARTIGO 3º. DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA - RDC N.º 58/07 DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). EXTRAPOLAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO **LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL**. OFENSA À DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADA. PRECEDENTES. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. A Resolução n.º 58/2007 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, além de violar o princípio constitucional da legalidade, tendo em vista que estabelece restrições não previstas na lei de regência, ofende também o livre exercício da atividade profissional, previsto no artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal. [Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 4ª Câmara Cível, Processo 0591555-1, Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, Relator Desembargador Abraham Lincoln Calixto, Decisão unânime, julgado em 03/11/2009] [Destaque não original]

³⁰ “ A relação médico-paciente foi marcada, ao longo da história da medicina, pelo poder decisório do médico sobre a saúde do paciente e, conseqüentemente, pela desconsideração da vontade deste no processo de tomada de decisão sobre a própria saúde.” [GUZ, Gabriela. *Op. cit.*, p. 96.]

resta ao paciente que se sentir prejudicado ingressar no Poder Judiciário para pleitear o seu direito.

7 A POSSIBILIDADE DE ESCOLHA DO MEIO TERAPÊUTICO PELO PACIENTE

Por tudo o que foi exposto até aqui fica claro que o paciente (indivíduo) possui o direito de escolher o meio de tratamento que mais lhe pareça adequado dentre os cientificamente reconhecidos pela literatura médica e pela literatura farmacêutica.

Não cabe ao Estado brasileiro (por meio da ANVISA, do CFM e do CFF) estatizar o conhecimento científico, dizendo qual é e qual não é tratamento adequado, pois somente o médico, dentro de sua formação profissional e do seu livre exercício profissional garantido constitucionalmente, pode disponibilizar os meios terapêuticos a serem escolhidos pelo paciente, em respeito à sua consciência e à sua dignidade. Para isso a bioética é o ramo mais adequado de estudo do fenômeno da relação médico-paciente³¹.

Dessa forma, a escolha pelo médico e pelo paciente do meio terapêutico mais adequado para o tratamento obedece ao princípio da segurança sanitária, que deverá ser avaliada pelo médico, ante uma ponderação de benefícios e efeitos colaterais. Assim, deve haver sempre benefícios³² para o paciente na escolha conjunta do meio terapêutico adotado pelo profissional e pelo enfermo.

Após a avaliação, pelo médico, dos benefícios e malefícios provenientes de cada opção de meio terapêutico possível para o tratamento do problema de saúde, com a prévia informação clara do paciente e de seus familiares, o paciente tem a possibilidade de escolher o método terapêutico que mais lhe seja favorável do ponto de vista pessoal (mais rápido, menos doloroso, que mais respeite sua dignidade, que mais se coadune com a sua cultura, etc.), em respeito à autonomia³³ de sua vontade sobre o seu corpo, havendo assim o que se denomina de consentimento livre e esclarecido do paciente³⁴.

Cabe ressaltar que o conceito de “livre consentimento esclarecido” é admitido, para além do direito sanitário, como essencial à proteção do paciente na condição de consumidor de produtos e serviços necessários ao seu tratamento, isso em decorrência dos direitos fundamentais à dignidade humana e à liberdade individual (art. 1º, III, e art. 5º, caput, da Constituição Federal) e do direito à informação (art. 6º, III, e art. 31 do Código de Defesa

³¹ “Tendo em vista, contudo, as constantes inovações científicas, o campo de atuação da Bioética vem constantemente evoluindo e se ampliando, abrangendo áreas das mais diversas, tais como: relacionamento profissional-paciente, saúde pública, reprodução humana, pesquisa biomédica e comportamental, saúde mental, sexualidade e gênero, morte e morrer, genética, ética da população, doação e transplante de órgãos, bem-estar e tratamento de animais, meio ambiente, etc.” [MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Op. cit.*, p. 213.]

³² “... o princípio da beneficência seria situado no vértice, correspondendo ao fim primário da Medicina que, numa visão naturalista, é o de promover o bem, em relação ao paciente ou à sociedade, evitando o mal.” [Idem.]

³³ “O Princípio da autonomia refere-se ao respeito que se impõe à autodeterminação humana, fundamentando a aliança terapêutica entre médico e paciente e o consentimento aos diversos tipos de tratamentos postos a seu serviço.” [Ibidem, p. 214.]

³⁴ “O princípio do consentimento ou da autonomia decorre diretamente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade. O princípio do consentimento é válido tanto para os médicos (ou para agentes de saúde em geral) quanto para os pacientes. A Constituição Federal de 1988 dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Dessa forma, a não ser em hipóteses extremas, previstas expressamente em lei, poderá o princípio do consentimento ser violado.” [AITH, Fernando. *Op. cit.*, p. 258.]

do Consumidor)³⁵ inerente ao patamar mínimo de proteção à parte mais sensível da relação jurídica consumidor (paciente) – Estado (regulador) – fornecedor (profissional ou empresa do setor econômico da saúde).

A informação ao paciente tem por finalidade [a] a consciencialização crítica dos desejos em relação aos meios de tratamento e o direcionamento das suas preferências entre as opções possíveis; [b] que seja possibilitada a análise, de acordo com critérios técnicos e econômicos, as qualidades e o custo de cada meio terapêutico mediante dados explicitados pelo profissional de saúde (médico na maioria dos casos) ao paciente; e [c] o acréscimo de oportunidades para se comparar os diversos meios terapêuticos existentes.

Destaque-se que referido entendimento não busca legitimar a escolha de meio terapêutico cuja eficácia tenha sido definitivamente refutada ou que não tenha sido submetido a qualquer tipo de teste de eficácia, como o caso da famosa substância fosfoetanolamina (que ficou conhecida no Brasil como a “pílula do câncer”), oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal³⁶ fez valer o controle estatal (mediante prévio registro do medicamento através de prova de eficácia – na forma do art. 12 da Lei 6.360/1976), suspendendo cautelarmente os efeitos da Lei 13.269/2016 (a qual autorizou o fornecimento da fosfoetanolamina sem prévios estudos científicos) frente aos indícios de ofensa à saúde individual dos cidadãos. Nesse sentido, segundo o STF o direito à saúde é será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a “obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano”³⁷ (destaque não original).

A verdade é que o tema passa por evolução jurisprudencial no âmbito do STF, como por exemplo em relação a possibilidade do paciente vinculado ao SUS pleitear o fornecimento de medicamento não registrado perante a ANVISA (e cuja a eficácia seja comprovada em outro espaço regulatório, como no caso da FDA – U.S. Food and Drug Administration – do EUA ou da EMA – European Medicines Agency – da União Europeia), tema que foi submetido à sistemática da repercussão geral (porém ainda pende de julgamento) em relação à “obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA”.³⁸

³⁵ “... o dever do fornecedor de prover as informações e de obter aquelas que estão apenas em sua posse, que não são de conhecimento do consumidor, sendo estas imprescindíveis para colocá-lo em posição de igualdade, bem como para possibilitar a este que escolha o produto ou serviço conscientemente informado, ou, como denomina Sérgio Cavalieri Filho, de consentimento informado, vontade qualificada ou, ainda, consentimento esclarecido, consoante leciona Sérgio Cavalieri Filho.” [...] “Deveras, é forçoso concluir que o direito à informação tem como desígnio promover completo esclarecimento quanto à escolha plenamente consciente do consumidor, de maneira a equilibrar a relação de vulnerabilidade do consumidor, colocando-o em posição de segurança na negociação de consumo, acerca dos dados relevantes para que a compra do produto ou serviço ofertado seja feita de maneira consciente.” [Superior Tribunal de Justiça, REsp 976.836/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/08/2010, DJe 05/10/2010].

³⁶ “SAÚDE – MEDICAMENTO – AUSÊNCIA DE REGISTRO. Surge relevante pedido no sentido de suspender a eficácia de lei que autoriza o fornecimento de certa substância sem o registro no órgão competente, correndo o risco, ante a preservação da saúde, os cidadãos em geral.” [Supremo Tribunal Federal, ADI 5501 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2016]

³⁷ Supremo Tribunal Federal. Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Mello na ADI 5501 MC.

³⁸ Supremo Tribunal Federal, RE 657718 RG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17/11/2011.

Em resumo, ainda existe espaço para evolução no âmbito de proteção do direito individual à saúde do cidadão que necessita da democratização dos meios terapêuticos que lhe são disponibilizados.

Portanto, a vontade do paciente passa a ser valorizada no Brasil³⁹, culminando-se com o já citado Princípio Fundamental XXI do Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, pois cada pessoa tem suas perspectivas físicas e de visão de mundo diversas de qualquer espírito coletivo⁴⁰, e de qualquer modelo estatal de “interesse público”⁴¹ que não leve em conta as necessidades físicas, psíquicas e culturais do paciente.

Sendo assim, tendo em conta que “São direitos sociais [...] a saúde [...]” (art. 6.º da Constituição Federal) e que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196, caput, da CF – destaque não original), o ordenamento jurídico dá guarida ao direito de escolha do paciente como sendo um bem maior a ser sopesado do ponto de vista constitucional, o que fulmina a extrema restrição ao acesso aos meios terapêuticos alternativos (fitoterapia e outros meios de automedicação responsável, por exemplo) e tratamentos cientificamente reconhecidos que o Estado busca impedir acesso na busca de interesses que nem sempre são os do povo.

8 CONCLUSÕES

O conhecimento científico não é um patrimônio do Estado ou de um grupo de tecnocratas, assim cabe, com maior grau de responsabilidade, ao médico e aos demais profissionais de saúde franquear os possíveis métodos terapêuticos a serem utilizados pelo paciente.

Dessa maneira, não há como o direito formal negar a realidade de que as pessoas buscam formas alternativas de tratamento, pois nenhuma teoria sobrevive à força dos fatos.

Portanto, a cortina de fumaça que se formou entorno do chamado princípio da proteção à saúde ou do risco à saúde tem sido utilizada, principalmente pelo Estado, para tornar invisíveis os problemas, seja os interesses escusos no sistema de Vigilância Sanitária, seja num plano de mercado, ou na incestuosa simbiose entre o Estado e o Mercado.

Dessa forma, a proteção à saúde nos âmbitos coletivo e individual deve existir, contudo deve ser respeitada a dignidade do paciente ao lhe ser franqueada a possibilidade de tomar decisões quanto à sua saúde e que repercutirão apenas dentro de sua vida pessoal.

³⁹ “Esse processo de desumanização da prática médica teve papel fundamental no surgimento da disciplina Bioética na década de 1970, e na progressiva valorização da autonomia da autonomia individual que se verificou, a partir de então, no contexto da assistência em saúde.” [GUZ, Gabriela. *Op. cit.*, p. 97.]

⁴⁰ “[...] reconhecer que cada pessoa possui pontos de vista e expectativas próprias quanto ao seu destino, e que é ela quem deve deliberar e tomar decisões seguindo seu próprio plano de vida e ação, embasadas em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando estes diverjam dos valores dos profissionais de saúde ou dos dominantes na sociedade. Afinal, cabe sempre lembrar que o corpo, a dor, o sofrimento e a doença são da própria pessoa e que violar a autonomia significativa tratar as pessoas como meios e não como fins em si mesmas.” [FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. *Ética e Saúde*. São Paulo: EPU, 1998, p. 39-40.]

⁴¹ “É de se indagar, porém, se há um dever de curar-se ou de cuidar da própria saúde quando não há qualquer perigo para os outros e a comunidade.” [DIAS, Eduardo Rocha. *Op. cit.*, p. 307-308.]

Logo, do processo de tomada de coincidência e discussão do fenômeno pode-se verificar a divisão da proteção à saúde em um âmbito coletivo e em outro âmbito individual.

Portanto, no que toca somente ao âmbito individual (não tem reflexos na coletividade) o paciente tem o poder legítimo de tomar as decisões acerca dos meios terapêuticos cientificamente reconhecidos pelo profissional médico e pela comunidade médica, pois a ciência é feita pelos cientistas e não pelo Estado.

Por fim, essa luta dos pacientes ainda não é finda eis que existem muitas outras demandas pela dignidade como a maior regulamentação da ortotanásia e da eutanásia no âmbito do Poder Legislativo e a eterna busca pelo respeito das escolhas do paciente pelo Estado, levando em conta também a necessidade de enquadramento do mercado, sempre que este ameçar a capacidade de escolha do paciente.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22.^a ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção da saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.^a ed. ver. e amp. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COUTINHO, Diogo R. *Os Desafios Inescapáveis da Regulação Sanitária no Brasil*. in *Revista de Direito Sanitário*. Vol. 10. Nº 3 – Nov. 2009/Fev. 2010. São Paulo: LTr, 2010.

CRUZ, Verônica. *Transparência e Accountability na Regulação da Vigilância Sanitária no Brasil*. in *Revista de Direito Sanitário*. Vol. 10. Nº 3 – Nov. 2009/Fev. 2010. São Paulo: LTr, 2010.

DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à Saúde e Informação Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRAZ, Marcos Bossi. *Dilemas e Escolhas do Sistema de Saúde: Economia da Saúde ou Saúde da Economia*. 1.^a. Ed. Rio de Janeiro: Medbook, 2008.

FLORES, Joaquín Herrera. *La Reinención de los Derechos Humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. *Ética e Saúde*. São Paulo: EPU, 1998.

GUZ, Gabriela. *O Consentimento Livre e Esclarecido na Jurisprudência dos Tribunais Brasileiros*. in *Revista de Direito Sanitário*. Vol. 11. Nº 1 – Mar./Jun. 2010. São Paulo: LTr, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOTERIO, Karine Azeredo; SANTOS, Marlise Araújo dos. *A Automedicação no Brasil e a Importância do Farmacêutico na Orientação do Uso Racional de Medicamentos de Venda Livre: Uma Revisão.* in *Revista da Graduação – PUCRS*. Vol. 9. Nº 2. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A Questão do Biodireito sob a Ótica da Construção dos Novos Direitos no Brasil.* in MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.); et al. *A Construção dos Novos Direitos.* Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo.* São Paulo: Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do Contrato Social.* São Paulo: Martin Claret, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos Fundamentos de Uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos.* in WOLKMER, Antonio Carlos (Org.); LEITE, José Rubens Morato (Org.); et al. *Os “Novos” Direitos no Brasil.* 1.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OS “PRECEITOS FUNDAMENTAIS” E O ART. 102, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UMA CONCEITUAÇÃO A PARTIR DA EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE "FUNDAMENTAL PRECEDENTS" AND ART. 102, § 1, OF THE FEDERAL CONSTITUTION: A CONCEPT OF THE EVOLUTION OF THE PRECEDENTS OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Sérgio Rodrigo de Pádua¹; Aline Maria Hagers Bozo²; Ângela Maria Griboggi³

PÁDUA et al.. Os “preceitos fundamentais” e o ART. 102, §1 da constituição Federal: Uma conceituação a partir da evolução dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Revista Tecnológica da FATEC-PR: Edição especial de Direito, v.1,n.9, p. 62-78, jan/dez, 2018.

RESUMO

O presente trabalho trata da regular delimitação interpretativa do conceito de “preceito fundamental” do artigo 102, §.1º, da Constituição Federal. Assim, toma-se por base a técnica legislativa e filosófica dos conceitos jurídicos indeterminados para explicar a abertura semântica do que se entende por “preceito fundamental” a partir da Constituição Federal. Desse modo, utiliza-se uma análise que passa pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos processos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim de se buscar uma possibilidade interpretativa que leve à democratização e a ampliação do acesso à justiça via a jurisdição constitucional concentrada da Corte Suprema do Brasil.

Palavras-chave: Preceito Fundamental; Interpretação Jurídica; Acesso à Justiça.

ABSTRACT

This essay deals with the definition concept of "fundamental precept" of article 102, § 1st of the Brazilian Federal Constitution. Thus, it becomes a basis of legislative and philosophic technique of vague legal concepts to explain the semantic gap of what is meant by "fundamental precept" from the Brazilian Federal Constitution. Therefore, using an analysis that goes through the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court in cases of "Allegation of Breach of Fundamental Precept" ("Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental" - ADPF) in order to develop an interpretative possibility leading to the democratization and expansion of access to justice through the concentrated constitutional jurisdiction of Supreme Court of Brazil.

Keywords: Fundamental Precept; Juridical Interpretation; Access to Justice.

¹ Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo e Mestre em Democracia e Direitos Fundamentais pela UniBrasil.

² Professora de Direito Penal e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR.

³ Professora de Direito Processual Civil e Direito do Consumidor, Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR e Doutoranda pela Universidade de Coimbra.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio trata do conceito de “preceito fundamental” do art. 1.º da Lei 9.882/1999.

A referida legislação, embora tenha quase duas décadas de vigência e tenha nascido para suprir a inconstitucional e longuíssima omissão na regulamentação parlamentar do original art. 102, Parágrafo único, da Constituição Federal, atualmente convertido em art. 102, §1.º, da Carta Política pela Emenda Constitucional n.º 3/1993 (“A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” – destaque não original), apresenta-se sob uma indefinição conceitual acerca do que seja um “preceito fundamental” decorrente da Constituição Federal.

No mesmo sentido, o art. 1.º da Lei 9.882/1999 acompanhou o dispositivo constitucional em sua indefinição conceitual e assim dispõe: “A argüição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” [destaque não original].

Dessa forma, ao que parece o constituinte de 1988 preferiu adotar a técnica legislativa conhecida como conceito jurídico indeterminado (conceito vago, aberto, fluido, etc., como varia a nomenclatura perante a doutrina). Assim, necessária se faz uma incursão no tema para se verificar qual o tratamento dispensado à questão, a qual fomenta o acesso ao Judiciário como mecanismo de pacificação social e de participação democrática.

2 A EXPRESSÃO “PRECEITO FUNDAMENTAL” COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

A “textura aberta”⁴ do que se tem por “preceito fundamental” leva ao instrumento de normatização já a muito conhecido como conceito jurídico indeterminado.

Assim, quando se demonstra um conceito jurídico indeterminado, abre-se espaço para o que se convencionou chamar de discricionariedade judicial⁵, tema este controverso na doutrina, sendo por muitos tratado como problema (Kelsen e Dworkin, por exemplo) e por outros com naturalidade (Herbert Hart, por exemplo). Exemplo disso pode se verificar na seguinte passagem de Hart:

Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à **natureza da linguagem** [destaque não original], para a orientação que a linguagem geral pode oferecer. É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis (“Se algo é um veículo, um automóvel o é”), mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não (“A palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?”).⁶

⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução de: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 161.

⁵ “O que são as normas? Que significa dizer que uma norma existe? Os tribunais realmente aplicam as normas ou apenas simulam fazê-lo?” [Ibidem, p. 11.]

⁶ Ibidem, p. 164.

Ademais, na potencialidade de compreensão do conceito de “preceito fundamental”, reconhecendo-se a natureza limitada da linguagem, tem-se exemplo na doutrina Hart de que, a priori, definir tal conceito leva o intérprete a partir de escolhas entre alternativas abertas:

Apresenta-se aqui algo como uma crise na comunicação: há razões tanto a favor quanto contra nosso emprego de um termo geral, e nenhuma convenção firme ou concordância geral determina seu uso, ou, por outro lado, sua rejeição pela pessoa que vede fazer a classificação. Em tais casos, para esclarecer as dúvidas, quem quer que dirimi-las deve operar como que uma **escolha entre alternativas abertas** [destaque não original].⁷

Dessa forma, percebe-se que o conceito jurídico indeterminado de “preceito fundamental” tem vagueza semântica, o que atribui à norma a funcionalidade de que ela permaneça, na sua aplicação, atual ante a variabilidade dos vários recortes temporais no contexto histórico onde a disposição constitucional pode ser interpretada e aplicada.

Com efeito, as normas não são feitas para serem meras estruturas linguísticas, ou enunciados simplistas, mas se caracterizam pela interferência intersubjetiva⁸. Desse modo, o conceito jurídico indeterminado de “preceito fundamental” visa uma abordagem ontológica, qual seja, principalmente numa abordagem tópica do tema.

Nesse sentido, ao se utilizar do conceito jurídico indeterminado de “preceito fundamental” a disposição constitucional dá margem a valorações por parte do intérprete, as quais, no entanto, são sopesadas com a vinculação final ao resultado, sem que se possa falar em discricionariedade absoluta em sua aplicação (ou mais enfaticamente, em verdadeira arbitrariedade), eis que existem balizas mínimas a serem seguidas pelo intérprete, levando-se em conta o que deve ser “preceito fundamental”.

Por outro lado, o fato do conceito jurídico de “preceito fundamental” ser “indeterminado”, ou seja, vago de textura aberta, embora ainda esbarre na utópica ideia completude do sistema normativo, é uma tentativa plausível de dar maior vida útil à norma (vigência mais prolongada).⁹

⁷ Ibidem, p. 164-165.

⁸ “ É levando em conta essas e outras colocações transindividuais do problema do conhecimento que me pergunto, repito, se não há também uma condição *a priori* intersubjetiva, e por conseguinte *cultural*, na Gnoseologia, que adquire, assim, mais concreção. [...]”

Nunca será demais realçar a decisiva contribuição de Kant, ao demonstrar o *poder nomotético* do espírito, isto é, o seu poder criador no domínio da Ciência, graças à sua faculdade normativa e reguladora do “mundo pré-categorial”, difuso e indistinto até e enquanto não categorizado ou pensado pelo sujeito cognoscente. O que depois sobreveio, no plano filosófico, foi a revisão do conceito kantiano de poder nomotético, à luz da intencionalidade como elemento caracterizador da consciência.

Admito, com efeito, que a consciência se volve necessariamente para *algo*, que também é pressuposto *a priori* do ato de conhecer, não se pode mais apresentar o sujeito como constitutivo de per si do objeto, uma vez que este somente o é enquanto *algo* se lhe oferece para ser interpretado.

Por outras palavras, não mais se admite que o sujeito possa, em se e de per si, *pôr os objetos* como criação exclusivamente sua, porquanto faculdades cognoscitivas dependem de *algo objetivo* que se oferece à percepção da consciência intencional.” [REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo*. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 29-30.]

⁹ “ Duas estratégias principais, à primeira vista muito diferentes entre si, vêm sendo usadas para a comunicação desses padrões gerais de conduta antes que ocorram as sucessivas ocasiões em que devem ser aplicados. Uma dessas estratégias faz uma aplicação máxima, e a outra, mínima, dos termos classificatórios gerais. Típica da primeira é aquilo que chamamos de legislação, e, da segunda, o precedente.” [HART, Herbert Lionel Adolfo. Op. cit. p. 16.]

Tal feição apresentada pelo conceito jurídico indeterminado de “preceito fundamental” reveste-se de maior dinamismo, pois, por vezes, o Direito não consegue acompanhar as evoluções ontológicas de maneira *pari passu*.

Logo, por todo o exposto até aqui, é inegável a existência do que se convencionou chamar de zonas cinzentas ou áreas de penumbra em que o STF e a doutrina tenham que definir como “preceito fundamental”, ante o vago e mal delineado espaço interpretativo, até porque esta é a característica primária de um conceito jurídico indeterminado.

Nesse sentido, mais uma vez em Hart encontramos uma das vantagens de se utilizar a técnica do conceito jurídico indeterminado, pautando no maior alcance da normatividade do conceito ante a imprevisibilidade da história:

Às vezes se reconhece desde o início que, na esfera a ser controlada juridicamente, as características dos casos individuais variarão tanto, em aspectos imprevisíveis, mas socialmente relevantes, que o poder legislativo não pode criar antecipadamente e de modo útil normas uniformes a serem aplicadas caso a caso, sem orientação oficial posterior.¹⁰

Sendo assim, numa história constitucional rica e numa mutante sociedade brasileira, o STF num primeiro momento tratou da questão como quem se utiliza de um poder discricionário (limitado pela própria Constituição), a fim de dar efetividade ao instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, situação que merece maior aprofundamento.

3 O “PRECEITO FUNDAMENTAL” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A partir de uma incursão pela jurisprudência do STF verifica-se que dentre as 513 ADPF’s ajuizadas até 12 de abril 2018 muito pouco se discutiu acerca do que a Corte entende como conceito de “preceito fundamental”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal nos julgados em se chegou a admitir o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é possível se verificar um norte interpretativo a partir do “comportamento” da Corte ao se delimitar em quais hipóteses há a admissibilidade da ADPF.

Nessa toada, já no julgamento da ADPF 111, em sua estréia no palco hermenêutico do “preceito fundamental”, o Supremo Tribunal Federal deu o tom do posicionamento que vige até os dias de hoje naquela Corte, posicionamento que se extrai da seguinte passagem do voto do Ex-Ministro Néri da Silveira:

Guarda da Constituição e seu intérprete último, ao Supremo Tribunal Federal compete o juízo acerca do que há de se compreender, no sistema constitucional

¹⁰ *Ibidem*, p. 169-170.

¹¹ EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. **Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.** 3. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de **ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal.** [...] 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado. [Supremo Tribunal Federal, ADPF 1 QO, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2000 – destaque não original]

brasileiro, como preceito fundamental, cujo desrespeito pode ensejar a argüição regulada na Lei nº 9.882, de 3.12.1999.

Assim, em seus primeiros contatos com o instituto processual constitucional da ADPF, o STF admitiu, por exemplo, o processamento de ADPF's sobre o [1] art. 125, caput, (“Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”) e art. 22, I [“Compete privativamente à União legislar sobre” (...) “direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”], da Constituição Federal na ADPF 1012; [2] art. 60, §4º, I, [“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” (...) “a forma federativa de Estado”] c/c art. 7º, inciso IV [“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (...) “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”], da Constituição Federal na ADPF 3313; [3] “A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica)” – trecho da Ementa – na ADPF 114 MC14; [4] art. 5º, incisos IV (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”) e IX (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”) e art. 220, § 1º (“Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”), da Constituição Federal na ADPF 13015; [5] art. 61, § 1.º, II, “b” [“São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que” (...) “disponham sobre” (...) “organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios”] e art. 165, III [“Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão” (...) “os orçamentos anuais”], da CF na ADPF 143 MC16; [6] art. 14, §9.º (“Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”), art. 15, III [“É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de” (...) “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”], e art. 37, §4.º (“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”) na ADPF 14417; [7] art. 5º, incisos LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”), LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), e LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”), e art. 121, §4º (“Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando”), incisos III (“versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas

¹² Supremo Tribunal Federal, ADPF 10, Rel. Min. Maurício Corrêa, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 04/09/2001.

¹³ Supremo Tribunal Federal, ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal, ADPF 114 MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 21/06/2007.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal, ADPF 143 MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 16/12/2008.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal, ADPF 144, Rel. Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008.

eleições federais ou estaduais”) e IV (“anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais”), da Constituição Federal na ADPF 167 MC18.

Logo, da análise dos julgamentos estudados observa-se que na ADPF 10 foi protegido o princípio federativo (art. 2.º da CF – princípio fundamental); na ADPF 33 foi tutelado o princípio federativo, na modalidade de princípio constitucional sensível, e o salário mínimo (direito social); na medida cautelar da ADPF 114 foi tutelada a segurança jurídica (art. 5.º da CF – direito fundamental); na ADPF 130 foi buscada guarita à liberdade de manifestação do pensamento e à consequente liberdade de comunicação (art. 5.º da CF – direitos fundamentais); na medida cautelar da ADPF 143 a reserva de iniciativa legislativa do chefe do Poder Executivo em matéria orçamentária pode ser atribuída também à exigência de legalidade (art. 5.º, II, da CF – garantia fundamental); na ADPF 144 fora considerada a impossibilidade de suspensão de direitos políticos antes do trânsito em julgado da sentença (art. 5.º, LVII, da CF – garantia fundamental); e a medida cautelar da ADPF 167 versa sobre competência da Justiça Eleitoral (o que repercute no art. 5.º, inc. LIII e LIV – direitos fundamentais).

Já num segundo momento, e de forma a confirmar a tendência interpretativa, ao julgar a ADPF 388 o Supremo Tribunal Federal de forma bastante firme ressaltou a “Inegável qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros), dos princípios protegidos por cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF) e dos “princípios sensíveis” (art. 34, VII)”, sendo que a inobservância a preceito fundamental configura-se também por meio da “ofensa a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a um desses princípios”.¹⁹ Ou seja, a Corte constitucional passou a admitir não apenas a ofensa direta aos preceitos admitidos como “fundamentais” (art. 5º, art. 60, §4º e art. 34, VIII, da Constituição Federal), mas também passou aceitar o ajuizamento de ADPF em face de ofensa indireta aos mesmos, desde que demonstrada ofensa direta a outras normas constitucionais (eis que o posicionamento majoritário é no sentido de que não cabe ADPF por ofensa reflexa à Constituição Federal).

Nesse sentido, evidencia-se uma admissão por parte do STF de maior espectro de normas constitucionais que podem servir de parâmetro para a propositura de ADPF, situação que, a bem da verdade, já vinha sendo verificada através de outros julgados do Supremo Tribunal Federal, na esteira do maior acionamento da ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Todavia, numa análise dos casos que mais recentemente chegaram a ser julgados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal a grande maioria das ações utiliza como balizamento para fins de “preceito fundamental” ao menos um direito fundamental, cláusula pétrea ou princípio constitucional sensível: ADPF 153 (art. 5º, caput, III, XXXIII e XLIII)²⁰; ADPF 190 (art. 1º, e art. 146, III, “a”, da CF e art. 88, I e II, do ADCT)²¹; ADPF 234 (art. 1º e art. 22 - sistema federativo e competências legislativas)²²; ADPF 291 (art. 1º, III, e art.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal, ADPF 167 MC-REF, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2009.

¹⁹ “Constitucional. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Membros do Ministério Público. Vedação: art. 128, § 5º, II, “d”. 2. ADPF: Parâmetro de controle. Inegável qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros), dos princípios protegidos por cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF) e dos “princípios sensíveis” (art. 34, VII). A lesão a preceito fundamental configurar-se-á, **também, com ofensa a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a um desses princípios**. Caso concreto: alegação de violação a uma regra constitucional – vedação a promotores e procuradores da República do exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 128, § 5º, II, “d”) –, reputada amparada nos preceitos fundamentais da independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, III – e da independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. Configuração de potencial lesão a preceito fundamental. Ação admissível.” [Supremo Tribunal Federal, ADPF 388, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2016].

²⁰ Supremo Tribunal Federal, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010.

²¹ Supremo Tribunal Federal, ADPF 190, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016.

²² Supremo Tribunal Federal, ADPF 234 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2011.

5º, caput – interpretação conforme a Constituição do art. 235 do Código Penal Militar)²³; ADPF 307 (art. 5º, LXXIV, art. 134, §2º, e art. 168)²⁴; ADPF 309 (art. 1º, III, e art. 5º, caput, da CF)²⁵; ADPF 316 (art. 1º, caput, art. 21, XII, “f”, e art. 22, X)²⁶; ADPF 339 (art. 134, §2º, e art. 168 da CF - autonomia orçamentária da Defensoria Pública)²⁷; ADPF 341 (art. 5º, caput – segurança jurídica para renovação de contratos de financiamento estudantil do FIES)²⁸; ADPF 347 (art. 5º, XLIV – integridade física e moral do preso e a necessidade de audiência de custódia)²⁹; ADPF 378 (art. 51, art.52 e art. 86 – competências da câmara e do senado em processo de impeachment)³⁰; ADPF 387 (art. 2º, art. 100 e art. 167, VI – separação dos poderes, sistema de precatórios e legalidade orçamentária)³¹; e ADPF 388 (art. 128, §5º, II, “d” – vedação à acumulação de outras funções públicas por membros do Ministério Público)³².

Destaque-se, na linha de julgados aqui trazidos, a já referida APDF 388, na qual o STF fez enorme esforço argumentativo para que a regra do art. 128, §5º, II, “d”, da Constituição Federal fosse tida como um reflexo de outras normas constitucionais que a Corte constitucional considera “preceitos fundamentais” inquestionáveis.

Seguindo a análise dos julgados mais recentes do STF, observa-se que nas seguintes ações fora deferida a tutela liminar em medida cautelar monocraticamente pelos Ministros relatores: ADPF 358 (art. 2º, art. 73, §2º, e art. 75 – separação dos poderes e regras de indicação de Conselheiro de Tribunal de Contas)³³; ADPF 369 (art. 37, caput e II – legalidade administrativa e regra de concurso público)³⁴; ADPF 370 (art. 22, I – competência da União para legislar sobre o teto de requisição de pequeno valor)³⁵; e ADPF 395 (art. 1º, III, e art. 5º, LXIII - direito à não autoincriminação – vedação às conduções coercitivas)³⁶. Em tais casos os julgados do STF seguiram a linha interpretativa de ter ao menos um direito fundamental, uma cláusula pétrea ou um princípio constitucional sensível dentre as normas tidas por violadas.

Por sua vez, tem-se também extensa lista de ADPF's que tiveram o processamento admitido monocraticamente pelos respectivos Ministros relatores, o que indica que se anuiu com a natureza de “preceito fundamental” dos dispositivos constitucionais trazidos pelos autores: ADPF 221 (art. 22); ADPF 222 (art. 1º, caput, art. 22 e 60, §4º); ADPF 223 (art. 2º, art. 5º, caput, e art. 14); ADPF 242 (art. 2º e art. 5º, II); ADPF 263 (art. 2º, art. 5º, caput, e art. 40); ADPF 273 (art. 1º e competência legislativa dos Estados-membros); ADPF 275 (art. 165); ADPF 286 (art. 5º, XXXIII); ADPF 323 (art. 2º e art. 5º, II); ADPF 355 (art. 1º, IV, art. 3º, IV, art. 7º e art. 170); ADPF 360 (art. 5º, II); ADPF 381 (art. 7º, XXVI – validade dos acordos e convenções coletivas do trabalho); ADPF 384 (art. 134, §2º, e art. 168); ADPF 389 (art. 225 - meio ambiente equilibrado); ADPF 403 (art. 5º, IV, e art. 220 - liberdade de comunicação – possibilidade de bloqueio da rede do aplicativo “WhatsApp” pelo Poder Judiciário); ADPF 405 (art. 34, V, art. 100, art. 158, III e IV, art. 159, §3º e §4º, art. 160 e art. 167, VI e X, da CF – despeito da ordem de precatórios pela Justiça do Trabalho); ADPF

²³ Supremo Tribunal Federal, ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2015.

²⁴ Supremo Tribunal Federal, ADPF 307 MC-Ref, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013.

²⁵ Supremo Tribunal Federal, ADPF 309 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2014.

²⁶ Supremo Tribunal Federal, ADPF 316 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2014.

²⁷ Supremo Tribunal Federal, ADPF 339, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016.

²⁸ Supremo Tribunal Federal, ADPF 341 MC-Ref, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015.

²⁹ Supremo Tribunal Federal, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015.

³⁰ Supremo Tribunal Federal, ADPF 378 MC, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015.

³¹ Supremo Tribunal Federal, ADPF 387, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2017.

³² Supremo Tribunal Federal, ADPF 388, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2016.

³³ Supremo Tribunal Federal, ADPF 358 MC, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 10/08/2015.

³⁴ Supremo Tribunal Federal, ADPF 369 MC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/06/2017.

³⁵ Supremo Tribunal Federal, ADPF 370 MC, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 27/09/2016.

³⁶ Supremo Tribunal Federal, ADPF 395 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/12/2017.

413 (art. 1º, art. 5º, caput, art. 25, § 1º, art. 37, caput, XIII, art. 169, § 1º, I e II, e art. 195, § 5º); ADPF 424 (art. 102, I, “b” - preservação da competência do STF), ADPF 425 (art. 5º, XV); ADPF 428 (art. 2º, art. 134, §2º, e art. 168); ADPF 429 (art. 1º, IV, art. 5º, caput, II, IX, e XVII, art. 54, I, “a”, art. 170, art. 220 e art. 222 – proibição de titular de mandato eletivo ser sócio de empresa de rádio ou televisão); ADPF 431 – (art. 1º, caput, art. 5º, caput, VI e IX, art. 19, I, e art. 22, I,; ADPF 435 (art. 2º, art. 134, §2º, e art. 168); ADPF 437 (art. 2º, art. 100, art. 167, VI, e art. 173 - necessidade de precatório para pagamentos de empresa pública prestadora de serviços públicos); ADPF 443 (art. 144 – criação de polícia “científica”); ADPF 446 (art. 40); ADPF 450 (art. 37 e 173 – suspensão de licitação para utilização capacidade de satélite estatal); ADPF 455 (art. 2º, art. 177 e 195, III), ADPF 461 (art. 1º, III, art. 5º, art. 22, XXIV, art. 24, IX, art. 30, II, art. 205, art. 206, II, III, V, e art. 214); ADPF 471 (art. 1º, Parágrafo único, e art. 14 - extinção de Zonas Eleitorais pelo TSE); ADPF 475 (art. 5º, IV, IX e XIV, e art. 220, caput e §2º – alegada inconstitucionalidade do Código Penal Militar ao proibir manifestação política do militar); ADPF 478 (art. 1º, III, art. 3º, I e III, art. 5º, LIV e LV, art. 6º, caput, e art. 187); ADPF 482 (art. 1º, art. 18, art. 37, II, art. 127, §1º e §2º, art. 129, §3º e §4º - proibição de permuta entre membros do Ministério Público de Estados-membros diversos); ADPF 483 (art. 2º, art. 5º, II, XXXV, XXXVI e LIV, e art. 7º, XV – anulação de decisões judiciais que não aplicam a regra do art. 219 do CPC para contagem dos prazos processuais em dias corridos); ADPF 484 (art. 2º, art. 6º, art. 37, II, e § 2º, art. 100, e art. 167, VI e X); ADPF 485 (art. 2º, art. 6º, art. 37, II, e § 2º, art. 100, e art. 167, VI e X); ADPF 486 (art. 1º, caput, art. 2º, caput, e art. 5º, II – exigência de previa negociação coletiva na Justiça do Trabalho para extinção de fundação da administração indireta que implique em demissão coletiva); ADPF 499 (art. 2º, caput, e art. 156, III – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza devido no domicílio do tomador dos serviços de plano de saúde); ADPF 511 (art. 2º, caput, e art. 55, VI e §2º - competência da Casa Legislativa para declaração de perda de mandato de parlamentar condenado criminalmente); ADPF 512 (art. 21, XII, “b”, art. 22, IV, art. 24, V, VII e VIII, art. 30, art. 145, II e art. 175); e ADPF 513 (art. 100).

Nas referidas ADPF’s as decisões monocráticas de seguiram, quase sempre, a tônica de que preceitos fundamentais são os direitos fundamentais, as cláusulas pétreas e os princípios sensíveis (na linha do precedente da ADPF 388), contudo as seguintes exceções se destacam: ADPF 389 (art. 225 - meio ambiente equilibrado)³⁷; ADPF 424 (art. 102, I, “b” - preservação da competência do STF)³⁸; ADPF 443 (art. 144 – criação de polícia “científica”)³⁹; e ADPF 446 (art. 40).⁴⁰

Desse modo, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal vem mais uma vez alargando o conceito de “preceito fundamental” para fins de propositura de ADPF, pois o direito ao meio ambiente equilibrado (art. 225), a competência do STF para julgamento de infrações penais comuns (art. 102, I, “b”), a conceituação de atividade policial (art. 144), o regime próprio de previdência dos servidores públicos (art. 40) não se enquadram nos limites estreitos delineados no julgamento da ADPF 388 (direitos fundamentais, cláusula pétreas ou princípios constitucionais sensíveis), sendo que nem mesmo por via reflexa é possível de verificar lesão a tais espécies de normas constitucionais.

Assim, percebe-se nítida tendência de que o STF atribua o conceito de “preceito fundamental” a toda norma constitucional com viés organização do Estado, que represente direito ou garantia fundamental ou que regule direito necessário à vida em sociedade, o que avança consideravelmente em relação ao conceito “oficial” de preceito fundamental (o qual somente foi explicitado pelo STF em 2016).

³⁷ Supremo Tribunal Federal, ADPF 389 MC, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/06/2016.

³⁸ Supremo Tribunal Federal, ADPF 424 MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 27/10/2016.

³⁹ Supremo Tribunal Federal, ADPF 443 MC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14/03/2017.

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, ADPF 446, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 06/04/2017.

Embora se caminhe para um sistema de precedentes vinculantes, mediante as inovações trazidas pelo CPC de 2015 e por meio de avanços do próprio Supremo Tribunal Federal, um sistema de precedentes visa justamente inibir decisionismos personalistas⁴¹ e experimentalismos das paixões julgadoras momentâneas para a configuração do Tribunal como instituição e do Direito como integridade⁴²). Destarte, não cabe adotar a tese do ex-Ministro Néri da Silveira ao julgar a ADPF 1 de que “preceito fundamental” é o que o STF disser que é “preceito fundamental”, eis que o constituinte pode até ter reconhecido certa margem de discricionariedade judicial, todavia tal discricionariedade não pode ser tida como uma liberdade absoluta, devendo ser enquadrada na realidade constitucional brasileira.

4 A DOCTRINA E O “PRECEITO FUNDAMENTAL”

É equivoco partir-se numa cruzada filosófica pautada num conceito metafísico de “preceito fundamental” proveniente de uma verdade universal. Pois se está a falar de acesso à justiça, e quando tal garantia se coloca em jogo o sistema de jurisdição constitucional deve adotar um viés democrático inclusivo.

Nesta toada, a doutrina diverge acerca do conceito de “preceito fundamental”, sendo que alguns, como Gustavo Binbenbojm, por exemplo, partem da premissa de que cabe ao STF decidir o que é “preceito fundamental”, conforme assevera o autor a dizer que:

O conceito de preceito fundamental, que não consta da Constituição, tampouco na Lei é esclarecido. Ao que parece, a idéia é conferir ao Supremo Tribunal Federal uma ampla margem de discricionariedade para estabelecer o parâmetro constitucional do controle a ser exercido no âmbito do novo instrumento.

Será necessário que a Corte estabeleça uma hierarquia *axiológica* entre os dispositivos formalmente constitucionais – já que inexistente hierarquia formal – a fim de que possa chegar àqueles considerados integrantes do seletivo rol de *preceitos fundamentais*.⁴³

Também num sentido restritivo do conceito de “preceito fundamental” Clèmerson Merlin Clève, em posicionamento anterior a edição da Lei 9.882/99, se manifestou pela possibilidade de definição legislativa do que deveria ser tido por “preceito fundamental”, contudo pelo que se sabe a legislação infraconstitucional não restringiu⁴⁴ um rol legal de preceitos fundamentais:

Caberia, em princípio, à lei (i) **definir os preceitos processuais protegidos pelo meio processual**, (ii) caracterizá-los como mecanismo supletivo (cabimento no caso de inexistência ou insuficiência de outro meio processual – recurso ou ação) e, finalmente, (iii) exigir a exaustão das vias ordinárias (sob pena de “inflação de ações” e de “banalização” do instituto). Por outro lado, dotando-se de efeitos vinculantes todas as decisões de mérito da Excelsa Corte em processo objetivo, seria o caso de a lei exigir, ainda, como pressuposto, a inexistência de manifestação anterior do Supremo sobre a questão.⁴⁵

⁴¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 339.

⁴² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3ª ed. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 271-279.

⁴³ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 190.

⁴⁴ E nem poderia restringir, pois de o constituinte originário esculpiu o conceito para ser aberto/indeterminado, não cabe ao legislador fechar tal conceito que visa celebrar a garantia de acesso à tutela jurisdicional por meio de singela lei ordinária, haja vista que a Constituição deve ser interpretada pela Constituição e não com base em majorias eleitorais eventuais limitadas em sua compreensão pelo recorte do presente e naturalmente cegas quanto à possibilidade da “história” futura.

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 409.

Por outro lado, há em boa parte da doutrina um sentimento de que o conceito de “preceito fundamental” não pode se limitar às perspectivas anteriores, pautando-se tal corrente pelo viés ampliativo do que se entende por “preceito fundamental”. Nesse sentido, o Ex-Ministro Carlos Veloso assim se manifestou sobre o tema, ao lembrar que os preceitos fundamentais são mais abrangentes do que os princípios fundamentais:

Uma questão deve ser posta: preceito fundamental seria o mesmo que princípio constitucional fundamental? Estes, os princípios constitucionais fundamentais, estão escritos nos artigos 1º a 4º da Constituição. Impõe-se resposta negativa. Os preceitos constitucionais fundamentais não são apenas os princípios fundamentais inscritos nos artigos 1º a 4º da Constituição. Ensina José Afonso da Silva: “Preceitos fundamentais” não é expressão sinônima de “princípios fundamentais. **É mais ampla, abrange a estes e a todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional** [destaque não original], como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais (tít. II).”⁴⁶

Ademais, de forma complementar, do posicionamento de Gilmar Mendes se extrai que essa indefinição do que seja preceito fundamental serve para garantir a extensividade do conceito, tendo em conta que há uma relação de interdependência entre as diversas normas constitucionais, o que inviabiliza a criação de um rol taxativo de “preceitos fundamentais”:

[...] a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as **interconexões e interdependências** dos princípios e regras, **talvez não seja recomendável proceder a uma distinção entre essas duas categorias, fixando um conceito extensivo de preceito fundamental** [destaque não original], abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.⁴⁷

Em sentido que busca um enquadramento aparentemente misto entre as correntes doutrinárias, Luís Roberto Barroso entende pela possibilidade de maior alcance ao conceito de “preceito fundamental”, contudo se prende a uma idéia de preceito fundamental mais ligada aos princípios jurídicos, tendo estes como as formas normativas que apresentam maior densidade axiológica:

“ Nem a Constituição e nem a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance da locução “preceito fundamental”, transferindo tal tarefa para a especulação da doutrina e a casuística da jurisprudência. Intuitivamente, preceito fundamental não corresponde a todo e qualquer preceito da Constituição. Por outro lado, impõe-se reconhecer, por força do princípio da unidade, que inexistente hierarquia jurídica entre as normas constitucionais. Nada obstante, é possível distinguir entre os conceitos de Constituição material e Constituição formal, e, mesmo entre as normas materialmente constitucionais, haverá aquelas que se singularizam por seu caráter estrutural ou por sua estrutura axiológica. A expressão *preceito fundamental* importa o reconhecimento da violação de determinadas normas – mais comumente princípios, mas eventualmente regras – traz conseqüências mais graves para o sistema jurídico como um todo.”⁴⁸

⁴⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 12, março, 2002.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. in MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ª ed. atuali. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1219.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4.ª ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279.

Logo, se existe algo denominado “fundamental” é porque há conteúdo do conceito de “preceito” que é “não fundamental”, contudo tal fundamentalidade não pode ser estreita como pretendem alguns, ou ficar presa à infundável discussão doutrinária acerca das espécies de normas, isso é superável pela noção de que toda norma constitucional material é passível de proteção pela ADPF.

Nessa linha, por exemplo, evidencia-se que a norma formalmente constitucional do art. 242, §2.º, da CF não se trata de um “preceito fundamental”: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

Assim, tendo em conta a unidade constitucional referida por Barroso, a Constituição é suprema, logo demanda instrumentos de pacificação social amplos, pois nem sempre a questão chega ao STF com agilidade. Destarte, a ADPF deve ter uma ampliação máxima no objeto de sua proteção (“preceitos fundamentais”), haja vista que são poucos os legitimados para propô-la, em respeito ao princípio da supremacia constitucional, pois se a norma é constitucional (seja princípio, regra, preceito, garantia, postulado, meta-norma, meta-princípio, etc.⁴⁹) merece ser protegida com amplitude, não importando a espécie normativa a que se encaixe na doutrina de um dos vários autores nacionais⁵⁰ e estrangeiros⁵¹ que se dedicam ao tema:

A supremacia da Constituição e a missão atribuída ao Judiciário na sua defesa têm um papel de destaque no sistema geral de freios e contrapesos concebido pelo constitucionalismo moderno como forma de conter o poder. É que, através da conjugação desses dois mecanismos, retira-se do jogo político do dia-a-dia e, pois, das eventuais maiorias eleitorais, valores e direitos que ficam protegidos pela rigidez constitucional e pelas limitações materiais ao poder de reforma da Constituição.⁵²

Deve-se ter em vista que a ADPF é a ação de controle concentrado de constitucionalidade que, devido ao seu aspecto de subsidiariedade, também se volta a combater situações em que o STF não admite a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) ou de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal, sendo a ADPF importante instrumento de controle constitucional de leis municipais, normas anteriores ao regime da Constituição Federal de 1988 e de insegurança jurídica criada por decisões judiciais alheias ao sistema legal e democrático, dentre outras possibilidades que recomendam uma leitura ampliada do conceito de “preceito fundamental”.

Desta forma, a amplificação do conceito de “preceito fundamental” não causará problema de excesso de ADPF’s no STF (nas, somente, 513 ADPF’s ajuizadas até 12 de abril de 2018 não se conhece qualquer ADPF que o STF tenha indeferido a petição inicial sob a alegação de inexistir um “preceito fundamental” violado), inclusive pelos poucos legitimados para propor a medida de controle de constitucionalidade. Ora, se a ADPF tinha por inspiração o Recurso Constitucional alemão e o Recurso de Amparo espanhol⁵³, tal fato também milita no sentido de que a cognição do que seja “preceito fundamental” é a mais ampla possível, pois em tais institutos há a participação do cidadão interessado, ou seja, de forma mais ampla que no Brasil.

⁴⁹ O conceito do que se entende por princípios, regras, postulados, preceitos, garantias, etc. é um cenário de embate doutrinário quente, onde não se está nem perto de um senso comum teórico acerca de qual classificação deve ser tomada como base.

⁵⁰ Lênio Luiz Streck, Celso Antônio Bandeira de Mello, Humberto Bergmann Ávila, Miguel Reale, José Afonso da Silva, Luís Virgílio Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, dentre outros vários.

⁵¹ Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Friedrich Müller, José Joaquim Gomes Canotilho, etc.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ª ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 167.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso...*, p. 1195-1198.

Pelo que fica claro da análise dos casos de ADPF's ajuizadas e dos casos onde é sequer conhecida a ADPF no Supremo Tribunal Federal, percebe-se que a ADPF é ação constitucional que vem ganhando mais efetividade com evolução de sua utilização.

Portanto, para problemas discursivos na justificação do que deve ser apreendido como “preceito fundamental” deve-se buscar uma solução igualmente discursiva pautada na abertura dos limites do conceito, sob pena de, ao contrário, falsear o conceito constitucional, ao aquebrantar os limites cognitivos deste, para tomar escolhas hetero-“hermenêuticas” baseadas na psique do intérprete. Escolhas estas apenas para limitar o acesso à Jurisdição Constitucional⁵⁴ (situação a muito tempo trazida a lume pela doutrina constitucionalista e que a doutrina processualista passou a denominar como “jurisprudência defensiva”).

Sendo assim, o conceito de “preceito fundamental” deve ficar protegido da influência nefasta da atual política de estancamento do acesso à Corte Constitucional, como se a “justiça” fosse a justiça dos tribunais locais, em evidente desrespeito ao princípio federativo que induz o acesso o mais amplo possível ao STF sempre a Constituição tenha sido violada.

Mais que isso, não cabe se alongar na linha de batalha contra a onda de emotivismo⁵⁵ disfarçado de racionalidade que toma conta de grande parte do judiciário brasileiro. Assim, deve-se buscar um conceito racional do que seja “preceito fundamental”, sem cair na armadilha do realismo jurídico.

5 A EXPRESSÃO INCLUSIVA E DEMOCRÁTICA DA AMPLITUDE DO CONCEITO DE “PRECEITO FUNDAMENTAL”

Observa-se que o tema assunto está sendo tratado de forma predominante utilitarista pela doutrina, que preferem discutir outros temas relacionados à ADPF, sendo que coube ao STF, ao ser provocado pelos autores, paulatinamente ampliar e delimitar o conceito de “preceito de fundamental”, situação que de modo algum está resolvida.

É verdade que “preceito fundamental” é baseado numa norma que possua cunho eminentemente axiológico⁵⁶, mas tal cunho axiológico não é exclusividade de princípios⁵⁷, eis que as regras normalmente também são inspiradas em algum valor que dá espírito ao Direito.⁵⁸

⁵⁴ Os defensores da limitação do acesso ao STF estão aí a tentar justificar racionalmente [1] a impossibilidade de ADPF e de Recurso Extraordinário por inconstitucionalidade reflexa (como se existisse alguma inconstitucionalidade realmente “reflexa”, pois inconstitucionalidade é sempre inconstitucionalidade); [2] a exigência de prequestionamento explícito para a admissibilidade do Recurso Extraordinário, tendo em vista que tal exigência não se encontra na Constituição de 1988, no Código de Processo Civil de 1973 e no Código de Processo Penal, sendo que o Código de Processo Civil de 2015 exige apenas prequestionamento implícito; [3] e outras tantas medidas que servem como barreira tecnicista para o acesso à jurisdição constitucional.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005. p. 62-70.

⁵⁶ “De todo modo, como premissa básica, tem-se que o parâmetro do controle empreendido na arguição de descumprimento de preceito fundamental é sensivelmente mais restrito que aquele da ação direta de inconstitucionalidade. Nesta o parâmetro é qualquer norma formalmente constitucional; naquela, somente as normas da Constituição qualificadas, por sua estatura axiológica, como preceitos fundamentais.” [BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 190.]

⁵⁷ “A missão do Tribunal Constitucional se projeta, assim, para além da mera função de legislador negativo, guardião da coerência sistêmica do ordenamento jurídico. Seu papel é o de articular o debate público em torno dos princípios constitucionais, constrangendo os agentes políticos a levá-los em conta no desenrolar do processo democrático.” [Ibidem, p. 82.]

⁵⁸ [...] “as regras não devem ser obedecidas apenas por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a

Desta forma, no caso, cabe uma ideia de conceito de “preceito fundamental” menos tecnicista e mais preocupada com a democracia no acesso ao controle de constitucionalidade pela via da ADPF, pois do princípio democrático (art. 1.º, caput, da CF) advém o princípio do acesso à justiça constitucional (art. 5º, XXXV, da CF). Assim, como diz Habermas, o Direito legítimo será aquele em que os cidadãos participam não apenas como destinatários, mas também como autolegisladores, autolegislação esta que é fomentada por um acesso amplo à Corte Constitucional pela via da ADPF através de amplificação do conceito de “preceito fundamental” para dar guarita a toda norma constitucional que tenha a característica de generalidade e abstração:

A idéia de autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação *moral* de pessoas *singulares*. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A idéia básica é a seguinte: **o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica** [destaque não original].⁵⁹

Nesse sentido, a ampliação máxima do conceito de “preceito fundamental” pauta-se numa democracia procedimental onde há multiplicidade de expectativas de vida pelos cidadãos, e nesta multiplicidade fática da realidade histórico-cultural, cabe à jurisdição constitucional ser um mecanismo da efetividade da expressão de compreensão da parcela da sociedade sobre um dado “preceito fundamental” (para os índios, por exemplo, o art. 231 da CF e o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são preceitos fundamentais). Tal visão democrática da abertura do conceito de “preceito fundamental” é fomentada pela maior abertura dos legitimados a interpretar a Constituição, fenômeno que é explicado por Häberle:

Na posição que antecede a interpretação constitucional ‘jurídica’ dos juízes (*Im Vorfeld jurristischer Verfassungsinterpretation der Richter*), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de ‘participante do processo constitucional’ relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normatizadora (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em sua correspondência com a sua atualização pública.⁶⁰

Outro fator a recomendar a amplitude do conceito de “preceito fundamental” é no caso de controle de constitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição de 1988, pois neste caso o STF entende que não cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que leva a uma possibilidade de manejo da ADPF, com um ideário de amplitude do que se entenda por “preceito fundamental”, para solucionar a questão constitucional pela via do processo objetivo, como forma de, inclusive, solver a questão interpretativa controversa que possa surgir nos Tribunais locais (como, por exemplo, nas ADPF’s 130 e 144). Nesse sentido, Gilmar Mendes reconhece tal utilidade da ADPF como instrumento democrático de fomento à estabilidade constitucional:

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento

valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico [destaque não original], *como segurança jurídica, paz e igualdade.*” [ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 114.]

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Brasília: Tempo Brasileiro, 1997, p. 158.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 41.

de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

Nessas hipóteses, ante a **inexistência de processo de índole objetiva** [destaque não original] apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem capazes, a mais das vezes, de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal e das próprias Cortes ordinárias.⁶¹

Demais disso, a doutrina reconhece que a lesão à maioria das normas constitucionais pode ser reconduzida argumentativamente a um princípio fundamental, o que, via de regra, torna possível o conhecimento da ADPF pelo STF e reforça a tese da amplitude de acesso à Corte Constitucional pátria, haja vista a rede de interconexões argumentativas entre as normas constitucionais:

Neste ponto, convém fazer uma ressalva. Como regra, não será difícil reconduzir argumentativamente qualquer discussão jurídica a alguma das matérias listadas acima no rol de preceitos fundamentais, ainda que de forma indireta ou remota.⁶²

Tal viés democrático inclusivo é inspirado na indeterminação conceitual prévia do que seja “preceito fundamental”. Nesta tônica, deve-se ter em mente uma versão possível do conceito de “preceito fundamental” que seja ligada à noção de democracia, pautando-se por uma jurisdição constitucional mais democrática. Desta maneira, cabe ao intérprete do conceito indeterminado, mas determinável, “preceito fundamental” otimizar seu alcance constitucional até limite da normatividade da Constituição.

Explica-se tal otimização por meio de que toda norma constitucional deve ser tida em sua força como “fundamental” em termos mais amplos, buscando-se o alcance máximo de sua efetividade. Isso deve basicamente devido a dois fatores.

O primeiro fator, de origem jusfilosófica, leva em conta que a toda norma constitucional, por mais longínqua que esteja topicamente do capítulo dos “direitos e garantias fundamentais” corresponde uma ligação original com um princípio ou garantia fundamental, eis que a Constituição Federal de 1988 foi estruturada para ser uma rede de constitucionalidade interligada em sua normatividade. Destarte, não há como se pensar em lesão à norma da assistência social à família, à infância, à adolescência e à velhice (art. 203, inc. I, da CF), sem diretamente fazer ligação compreensiva com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III, da CF); bem como, por exemplo, não existe meio de escape entre a ligação cognitiva histórica entre a reserva de iniciativa de leis orçamentárias ao Poder Executivo (art. 165 da CF) e o princípio da separação harmônica dos Poderes (art. 2.º da CF); dentre tantos outros exemplos que podem ser dados.

Nessa linha, na Constituição há uma irradiação dos princípios e garantias que facilmente podem ser racionalmente justificados como “preceitos fundamentais” para as bordas da teia de normatividade constitucional, pois as normas destinadas a setores específicos do Poder e da Sociedade são, em sua gênese, inspiradas e interpretadas pelos direitos e garantias fundamentais, o que cria uma unidade compreensiva de fundamentalidade entre todas as normas constitucionais.

Assim, diferente do que afirmou o Min. Néri da Silveira no julgamento da ADPF 1 não é STF quem diz o que é e o que não preceito fundamental, mas, em verdade, a própria

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle...*, p. 279.

Constituição baseada em sua força normativa e argumentativa diz que toda e qualquer norma constitucional com generalidade e abstração é preceito fundamental.

Com isso, cabe já realizar a ligação do primeiro fator de ampliatividade do conceito de preceito fundamental com o segundo fator que se passa a comentar agora. Desta feita, o segundo fator favorável à que toda norma constitucional seja tida por “preceito fundamental” é o fomento ao acesso à justiça (garantia constitucional – art. 5.º, inc. XXXV, da CF), haja vista que o rol de legitimados para ingressar com a ADPF já é extremamente restritivo (art. 2.º, inc. I, da Lei 9.882/99 c/c art. 103 da CF). Assim, os legitimados para ingressar com a ADPF devem ter em tal instrumento jurisdicional uma válvula de escape para os casos onde não seja cabível o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (inconstitucionalidade superveniente, por exemplo – lembre-se da famosa ADPF 130 manejada contra a Lei de Imprensa), de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e de Ação Declaratória de Constitucionalidade (obstrução à tentativa de implantação da filosofia da “ficha limpa” nas eleições de 2008 antes da edição da Lei Complementar 135/2010, por meio da ADPF 144), a fim de ser fomentada também a segurança jurídica. Somente por meio de tal ampliação positiva do conceito de “preceito fundamental” é que a prática já corriqueira de se utilizar da ADPF subsidiariamente às demais ações de controle concentrado alcançaria suas maiores possibilidades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indeterminação do conceito de “preceito fundamental” é evidente. Neste caminhar, o presente ensaio, após a análise do posicionamento da doutrina e do STF, propõe que a maior abertura do conceito de “preceito fundamental” serve como instrumento democrático de participação e efetividade da jurisdição constitucional.

Destarte, o maior acesso ao controle de constitucionalidade fomenta a inafastabilidade da tutela jurisdicional como instrumento do verdadeiro acesso à justiça. Acesso este pautado num ideário de respeito ao princípio da unidade federativa (o que repercute no princípio republicano) e de democracia hermenêutica na pauta de assuntos a serem tratados pelo STF através da ADPF.

Logo, a relação entre as diversas normas constitucionais apresenta possível, sob a premissa da unidade da constituição, que a ofensa a uma regra determinada represente ofensa a valores constitucionais, e na ofensa a estes será cabível manejo da ADPF, pois o conceito de “preceito fundamental” deve ser amplificado, em respeito à rede constitucional normativa.

Não se está a tratar de uma hiper-integração⁶³ absurda que atinja a toda que qualquer norma do ordenamento, inclusive as infraconstitucionais, mas tão somente a justa medida de se reconhecer à Constituição a sua força normativa voltada para proteger as diversas manifestações culturais e de histórias de vida.

Assim, a abertura do conceito de preceito fundamental é fechada pela própria Constituição Federal, a fim de garantir o acesso à jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS

⁶³ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução: Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 21-34.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4.^a ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.^a ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF's) de 1 a 513, 2000 a 2018*, disponível em www.stf.jus.br, acessado em abril de 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2^a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3^a ed. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Brasília: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.^a ed. atuali. São Paulo: Saraiva.

REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo*. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de: Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 12, março, 2002.

A EFICÁCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NA REPRESSÃO DO BULLYING ESCOLAR

THE EFFECTIVENESS OF BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE IN THE REPRESSSION OF SCHOOL BULLYING

Thierry Chozem Zamboni Kotinda¹; Marcio Alexandre Ribeiro de Lima²; Yasmin Moura Pinheiro³

KOTINDA et al..A eficácia do ordenamento jurídico brasileiro na repressão do bullying escolar. Revista Tecnológica da FATEC-PR: Edição especial de Direito, v.1,n.9, p. 79-82, jan/dez, 2018.

RESUMO

Este artigo visa apontar as situações de bullying escolar, o comportamento das vítimas durante e após sofrerem, as consequências psicológicas e o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro diante de situações intimidadoras contra crianças e adolescentes. O estudo feito baseia-se, sobretudo em uma obra da psiquiatra Ana Beatriz Barbosa da Silva, “Bullying: mentes perigosas na escola” e notícias relacionadas às vítimas de bullying e cyberbullying.

Palavras-chave: Bullying, violência, ambiente escolar, ordenamento jurídico.

ABSTRACT

This article objectives to point school bullying situations, the behaving of victims during and after suffering, the psicological consequences and the brazilian legal order positioning up to intimidating situation against children and teenagers. The study has foundation in a book from the psychiatrist Ana Beatriz Barbosa da Silva, named “Bullying: mentes perigosas na escola” and news about cases from victim of bullying and cyberbullying.

Keywords: Bullying, violence, school sourrounding, legal order.

1. INTRODUÇÃO:

A escola é como se fosse um microuniverso, em que todo ser humano se vê inserido já no começo de sua vida, estabelecendo ali suas primeiras experiências e relações sociais, não raro os indivíduos levam amizades adquiridas na fase escolar para o resto de suas vidas.

Assim como em qualquer nicho social devido à diversidade religiosa, social e sexual, o ambiente escolar é palco de situações desagradáveis como discussões, e em casos mais extremos até mesmo agressões físicas e psicológicas, entre os estudantes ou funcionários das instituições.

Uma prática frequente no âmbito escolar, é o bullying (uma palavra de origem inglesa, sem tradução literal para o português) que se caracteriza por uma série de atitudes

¹ Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná – EMAP. Professor do Instituto Superior do Litoral do Paraná. Advogado. Pesquisador.

² Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor de Direito Civil no Instituto Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão – ISEPE e do Instituto Superior do Litoral do Paraná. Advogado. Pesquisador.

³ Acadêmica do Quinto Ano do Curso de Direito do Instituto Superior do Litoral do Paraná.

de violência de um indivíduo dominador contra uma vítima intimidada. O bullying pode ser praticado de diversas formas, como por exemplo, agredir fisicamente, colocar apelidos inconvenientes, piadas ofensivas, humilhar e excluir alguém do convívio social, e ocorre usualmente, de forma imotivada. Vale destacar o cyberbullying, que é a denominação imputada ao uso de meios eletrônicos como aparelhos celulares e computadores para disseminar por meio da internet insultos e ofensas contra as vítimas, haja vista que é um meio rápido de difundir os ataques.

Os reflexos desse comportamento se dão de distintas formas entre as vítimas, é válido ressaltar que nesse contexto estão presentes crianças e adolescentes, isto é, jovens que não tem seu discernimento formado, e são gravemente prejudicados ao sofrerem esses ataques.

O grande problema está na maneira com que os educadores e pais lidam com o problema, ou negligenciam os cuidados com as crianças. Os colégios da rede pública e privada ocultam e faz pouco caso das situações de violência para não denegrir a imagem da instituição, e os pais por vezes se contentam com a explicação dos educadores.

1.1 OBJETIVO GERAL

Apontar como atua o ordenamento jurídico brasileiro nos casos de bullying escolar.

1.2 OBJETIVO ESPECÍFICO

Apontar a eficácia na responsabilização dos agressores e coibição dessas práticas violentas.

1.3 JUSTIFICATIVA

O estudo acerca do bullying dentro das escolas brasileiras se faz importante, uma vez que em decorrência desta prática, crianças e jovens desenvolvem problemas psicológicos sérios em virtude do trauma causado, o que já levou a inúmeros casos de suicídio, desistência de frequentar a escola e condutas criminosas.

2 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

A autora de um dos livros que embasou o artigo, Ana Beatriz Barbosa Silva, é psiquiatra, palestrante e escritora, suas obras e palestras são inclinadas para o estudo do comportamento humano, sendo usualmente de cunho psicológico. As temáticas de suas obras permeiam problemas psicológicos e sociais como ansiedade, psicopatia, TDAH, distúrbios alimentares e bullying. Em seu livro “Bullying: mentes perigosas nas escolas”, o enfoque é o bullying praticado no ambiente escolar e suas consequências, como por exemplo, distúrbios e o abandono escolar.

3 METODOLOGIA

A metodologia utilizada para produção deste texto foi a análise bibliográfica de obras literárias a respeito do assunto explanado.

5. DESENVOLVIMENTO

Em nosso ordenamento jurídico vige desde 2015, a Lei 13.185 que dispõe sobre o Programa de Combate à Intimidação Sistemática, isto é, inibir a prática de bullying em

território nacional, que tipifica condutas como ataques físicos e insultos pessoais em seu art. 2º e 3º para delimitar as situações em que se verifica a prática do bullying. Dentre suas medidas, consta prestar assistência social e psicológica, não só as vítimas, mas também aos autores dessas agressões, bem como privilegiar para os intimidadores, instrumentos alternativos para responsabilizar e alterar este comportamento hostil. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seus artigos direito à liberdade, dignidade, respeito e a convivência familiar e comunitária, mais especificamente nos arts. 17, 18 e 18-A, que versam sobre dignidade e inviolabilidade do bem-estar físico e psíquico da criança e o adolescente, bem como poupa-los de qualquer exposição vexatória.

Na prática, o que se observa é a falta de aplicação desses princípios, e a impunidade diante do bullying e cyberbullying, que a cada dia mais acarretam problemas como a fobia escolar, que consiste no medo intenso de frequentar a escola, distúrbios alimentares, sobretudo anorexia e bulimia, fobia social, que é o medo de frequentar todo e qualquer meio social com receio de se tornar o centro das atenções, e até mesmo a depressão, síndromes que prejudicam o indivíduo nas mais variadas áreas da vida, e podem em últimas instâncias culminar no suicídio e na prática de crimes.

É válido apontar o caso ocorrido no ano de 2011 no Rio de Janeiro, em que Wellington Menezes de Oliveira, aos 23 anos, invadiu a Escola Municipal Tasso de Oliveira armado e efetuou disparos contra os alunos entre 13 e 16 anos, totalizando doze mortes e mais de treze feridos, vindo a se suicidar posteriormente. A motivação do crime foi definida por sua irmã, um colega e uma nota de suicídio como o bullying que sofreu na infância e adolescência, em um trecho de sua carta, o autor da chacina afirma que foi vítima de agressões, deboches e humilhações por colegas de escola. O reflexo do bullying sofrido pelo autor na fase escolar se evidencia no crime cometido, já que conforme um colega de Wellington citou, ele costumava se irritar mais com as humilhações feitas pelas meninas, na chacina seu objetivo era de matar exclusivamente as meninas e dentre suas doze vítimas, dez foram meninas.

Outros dois casos que ganharam destaque, foram o do jovem de 13 anos norte-americano Daniel Fitzpatrick, que cometeu suicídio e deixou uma carta aos pais afirmando que não aguentava mais sofrer humilhações e constrangimentos na escola que frequentava, e a jovem canadense Amanda Todd que foi alvo de cyberbullying, teve fotos íntimas suas divulgadas, e depois de reiteradas tentativas de se mudar de cidade e colégio não foi capaz de suportar os ataques que insistiam em persegui-la, em todas as escolas pelas quais passou em que era ofendida de forma violenta, tendo sido até mesmo agredida fisicamente por um grupo de jovens. A adolescente, cansada de lidar com as agressões, publicou um vídeo de 15 minutos no Youtube, intitulado “Minha História: Lutando, bullying, suicídio e automutilação”, em que relata situações de intimidação, agressões físicas e cyberbullying que sofreu, após isso a jovem se suicidou por enforcamento.

A grande limitação do direito nos casos de bullying escolar está, primeiramente, na responsabilização da prática, pois os estudantes são crianças e adolescentes, menores de idade que não podem sofrer sanções penais. Por outro lado, não há eficiência na forma em que os educadores e até mesmo os pais lidam com o assunto, sendo muitas vezes negligentes e as medidas de repressão dessa prática não é suficientemente repreendida, por acreditar que essa violência é natural, passageira e inclusive, em algumas ocasiões culpa da própria vítima, já que as instituições evitam denegrir a própria imagem, e aos pais falta compreender a gravidade do problema, e suas consequências, que podem ser irreversíveis.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora exista um dispositivo legal e campanhas educativas acerca do bullying, a

sociedade demanda uma medida mais eficaz de combater esta prática, tendo em vista que causa consequências sérias na vida da vítima, do agressor e da coletividade. Deve-se adotar uma postura mais séria e repressiva dentro e fora do ambiente escolar para coibir as intimidações vexatórias entre os jovens que estão com seu intelecto em formação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

SILVA, Ana Beatriz B. **Bullying: Mentis perigosas nas escolas**. 2 ed. São Paulo: Globo, 2015.

AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA FORENSE DE UM ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI: O CASO F.

FORENSIC PSYCHOLOGICAL EVALUATION OF ADOLESCENT IN CONFLICT WITH LAW: CASE F.

Thierry Chozem Zamboni Kotinda¹; Angela Maria Griboggi²; Livia Pinho Teixeira³

KOTINDA et al..Avaliação psicológica forense de um adolescente em conflito com a lei: O caso F Revista Tecnológica da FATEC-PR: Edição especial de Direito, v.1,n.9, p. 83-90, jan/dez, 2018.

RESUMO

O trabalho foi realizado com o objetivo de apresentar a avaliação psicológica forense de um adolescente em conflito com a lei. A importância da realização da avaliação decorre do fato de que pode servir de fundamento as decisões de operadores da lei, bem como direcionar intervenções e soluções alternativas para conflitos. A avaliação foi realizada utilizando: a) leitura do processo para levantamento de dados; b) entrevista semi-estruturada; c) aplicação de inventários e testes. Ao fim concluiu-se que o adolescente deveria ser encaminhado para serviços especializados.

Palavras chave: Adolescente em conflito com a lei; avaliação forense; maus tratos infantis.

ABSTRACT:

The work was carried out with the objective of presenting the forensic psychological evaluation of an adolescent in conflict with the law. The importance of conducting the evaluation stems from the fact that it can support the best decision of law enforcement, as well as direct interventions, and alternative solutions to conflicts (Lobo & Gomide, 2014). The evaluation was performed using: a) reading the process for data collection; b) semi-structured interview; c) application of inventories and tests. It was concluded that the adolescent should be referred to specialized services.

Keywords: Adolescent in conflict with the law; forensic evaluation; child abuse.

1 INTRODUÇÃO

A juíza substituta de certa Vara, que aqui não pode ser nominada, designou o cumprimento de medida socioeducativa de Liberdade Assistida ao adolescente F; 15 anos, pela infração de lesão

¹ Advogado. Pesquisador. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Professor do Instituto Superior do Litoral do Paraná.

² Angela Maria Griboggi. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Especialista em Direito Civil pela FGV. Especialista em Direito Ambiental pela PUC/PR. Possui graduação em Direito pela PUC/PR. Possui graduação em Filosofia pela UFPR. Servidora Pública - UFPR. Advogada militante na área do Direito Civil. Professora de Direito nas instituições FATEC, FANEESP e FESP. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SJP-PR. Membro Consultivo da Comissão de Direito Ambiental da OAB/SJP-PR.

³ Livia Pinho Teixeira é especialista em Psicologia Clínica, Mestre em Psicologia Forense e Docente do Ensino Superior na Faculdade de Tecnologia de Curitiba, em Curitiba-Pr.

corporal, encaminhando-o para programa de ressocialização, estudado pela segunda Autora desse artigo. A primeira fase do programa consistiu em avaliação, que teve como papel indicar as melhores intervenções (Gomide, 2011).

Esse caso foi descrito no processo como sendo o adolescente F. um dos agressores. Nos autos do procedimento judicial consta que o adolescente manifestou a seguinte versão: “C. passou perto da casa de B. e provocou L., xingando-o de “fdp”. Em atendimento, F. relatou que ele e os amigos estavam indo pescar e foram na casa do L. buscar uma enxada e minhocas. Quando estavam na rua de terra, avistaram C. Nesse momento, L. foi falar com C., para tirar satisfações sobre xingamentos anteriores. Durante a conversa, L. empurrou C. Posteriormente, L. empurrou C., que caiu, levantou e foi chamar sua mãe e tia. Nesse momento os meninos entraram no mato, e então a mãe de C., (A.) foi atrás deles e disse que ia matá-los e jogá-los no mato, e que ninguém ia ver”.

A partir deste estudo de caso verificou-se a análise forense, incluindo análise da legislação aplicável ao caso.

1.1 OBJETIVO GERAL

Realizar Avaliação Forense.

1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) -Realizar entrevista semi estruturada.
- b) -Identificar escolaridade/déficit escolar do adolescente avaliado.
- c) -Identificar índice de estilo parental dos genitores do adolescente avaliado.
- d) - Identificar regras de direito aplicáveis ao caso.

2 METODOLOGIA

Foram realizadas entrevistas e aplicação de testes e inventários para coleta de dados.

- a)Entrevista semiestruturada com o objetivo de apresentar o Programa e levantar as versões dos fatos descritas nos autos. As entrevistas ocorreram em quatro datas.
- b)Aplicação de Inventários e testes: 1) IEP- Inventário de Estilos Parentais (Gomide, 2006) e Teste de Desempenho Escolar (Stein, 1994).
- c)Estudo de bibliografia compatível com a temática.

3 DESENVOLVIMENTO

Para análise do caso em apreço foram realizadas várias entrevistas, conforme abaixo demonstradas, as quais foram excluídos as datas e quaisquer dados que pudessem identificar as partes envolvidas:

Data 1: A psicóloga se apresentou, apresentou o Programa, explicando seus objetivos, e

pediu que o adolescente F. contasse a sua versão dos fatos. F. relatou que ele e os amigos estavam indo pescar e foram na casa de L. buscar a enxada e minhocas, e quando estavam na rua de terra, L. viu C., e foi tirar satisfação, empurrando-o. F. contou que a mãe de C. (A.) que segundo ele matou a galinha de D. (mãe de F.). F. relatou também que hoje em dia sua mãe sofre muitas ameaças de N. (irmão mais velho de C.)

Data 2: A psicóloga lembrou F. do convite feito na sessão anterior, e pediu que ele contasse como tinha sido a sessão anterior. O mesmo disse que contou sua versão dos fatos para a “outra mulher”(sic), que seria a estagiária do programa. A psicóloga pediu que contasse novamente, e o mesmo contou novamente a mesma versão dos fatos. A psicóloga lembrou o adolescente dos valores morais do programa, inclusive que nada do que ele dissesse iria lhe prejudicar, e pediu que ele lhe contasse a verdade. Ele respondeu bravo “não, eu tô contando a verdade, só que vocês não acreditam”. A psicóloga respondeu que acreditava nele. Após isso, a terapeuta perguntou o que ele tinha feito naquele dia, e ele disse que dormiu até as 11 horas, acordou, tomou café, tomou banho e foi para o CREAS (local de realização da pesquisa). A psicóloga perguntou porque a sua mãe, senhora D. não compareceu. F. respondeu que “atacou a diabetes dela”(sic). A psicóloga perguntou se F. estava bem, pois foi expressando tristeza com os olhos que estavam lacrimejando. Ele respondeu que ele estava, mas que a mãe não. Começou a chorar e contou que ela está doente por causa de todos os problemas que acontecem na vila, “porque ela não pode passar nervo”(sic). A psicóloga disse que entendia, e perguntou se ele estava triste, e ele respondeu “claro que tô, ver a mãe deitada lá na cama, pensa que é fácil?”(sic), chorando. Em seguida disse “tem vezes que dá um troço na cabeça da gente...”. A psicóloga foi pegar um lenço para F. Passado uns instantes em silêncio, F. disse: “pode começar a falar aí, pode seguir em frente”(sic). A psicóloga disse que entende como tudo isso é difícil e expressou que ficou feliz dele ter compartilhado esses sentimentos com ela. Perguntou-lhe o que ele queria que acontecesse. Ele respondeu que queria que tudo parasse, que não aguenta mais “eles”(sic)- os vizinhos- ameaçando sua mãe. A psicóloga perguntou quem faz as ameaças, e F. respondeu que a mãe do N. e a namorada dele. Relatou que “tem vontade de matar tudo eles”, pois ficam ameaçando e isso ataca os nervos de sua mãe.

Nessa data foi aplicado o Inventário de estilos parentais.

Data 3: A psicóloga perguntou como F. estava. Ele respondeu: tudo. A psicóloga perguntou como estava novamente. Ele respondeu: bem. A psicóloga perguntou como foi a semana, ele respondeu bem. A psicóloga disse que estava feliz por vê-lo mais feliz, interagindo com os amigos no corredor, e comentou que estava feliz de sua mãe (D.) ter vindo para participar do programa, já que estava ausente. Ele permaneceu em silêncio. A psicóloga perguntou se podiam então continuar. A psicóloga perguntou sobre admitir ou reconhecer a sua parte no conflito, e F. respondeu que “já falei tudo que tinha pra falar já”(sic). A psicóloga disse que ele já havia admitido pra ela, mas não para os outros participantes do programa. Foi explicado para o adolescente como seria o encontro, e ele respondeu: “aí nós conversa”. A psicóloga disse: “Sim, aí a gente conversa”. F. acenou com a cabeça. A psicóloga perguntou em que ele estava pensando. Ele, após um longo momento em silêncio respondeu “eu nem sei o que que eu acho”(sic). A psicóloga disse para pensarem juntos algo para achar e ele respondeu com silêncio. Após um silêncio de três minutos, a psicóloga perguntou se poderiam se ver pra continuar na próxima semana, e ele respondeu que sim.

Nessa data foi aplicado o Teste de desempenho escolar.

Data 4: A sessão foi realizada numa sala diferente. F. estava mais arrumado que nas últimas sessões, utilizando mais acessórios e roupas mais limpas e em melhor estado. Foi encaminhado para o reforço escolar com uma estagiária do 8º período de psicologia. F. revelou que parou seus estudos no 5º ano do Ensino Fundamental por não conseguir transporte, e apresentava mais dificuldades que os demais colegas de classe. Quando questionado sobre retornar aos seus estudos, F. demonstrou grande interesse. A estagiária explicou que estava realizando esse trabalho de reforço para que ele tenha menos dificuldades ao retornar. A estagiária leu a Fábula “A Cigarra e a Formiga” e demonstrou com exemplos como seria. F. ficou em silêncio e disse que não estava afim de realizar qualquer trabalho. Seu silêncio perdurou por 30 minutos, mesmo em meio a tentativas de começar a atividade. A estagiária explicou a F. que o tempo do reforço escolar estava

acabando e que ele poderia ir embora, porém que iriam se encontrar na próxima semana para fazerem o reforço juntos, além de afirmar que os outros garotos também passarão por essa etapa do Programa.

a) Aplicação de Inventários e testes

1-TDE- Teste de Desempenho Escolar (Stein, 1994). Esse eriesnt busca oferecer uma avaliação das capacidades fundamentais para o desempenho escolar, mais especificamente da escrita, aritimética e leitura. Indica de uma maneira abrangente quais áreas da aprendizagem escolar que estão preservadas ou prejudicadas. Composto por três subtestes sendo o primeiro de Escrita, que avalia a escrita do nome próprio e outras 34 palavras isoladas apresentadas sob forma de ditado; O eries de Aritmética, sendo 3 soluções orais de problemas e 35 cálculos de operações aritméticas por escrito; E o terceiro de Leitura que avalia o reconhecimento de 70 palavras do eries. Avalia estudantes de 1ª a 6ª eries do Ensino Fundamental.

TABELA 1. Quantidade de erros e acertos apresentados no TDE (Teste de desempenho Escolar)

	Nº Total de questões	Nº Acertos	Nº Erros	Resultado
Escrita	35	11	24	Inferior para a série
Aritmética	38	15	23	Inferior para a série
Leitura	70	44	26	Inferior para a série
Total	143	70	73	Inferior para a série

Verifica-se que o adolescente obteve um número maior de erros nos exercícios propostos que acertos, exceto na leitura.

3. IEP- Inventário de Estilos Parentais (Gomide, 2006) na versão paterna/materna e versão de auto aplicação específico para os pais/responsáveis. Este inventário deriva de um modelo teórico composto por sete práticas educativas, sendo duas consideradas positivas (Monitoria Positiva e Comportamento Moral) e cinco negativas (Punição Inconsistente, Negligência, Disciplina Relaxada, Monitoria Negativa e Abuso Físico). Composto por quarenta e duas afirmativas, o teste avalia o estilo parental exercido pelos cuidadores em relação aos filhos, respondido em escala *likert* de três pontos sendo *sempre*, *às vezes* e *nunca*, correspondendo respectivamente a 2, 1 e 0 em sua pontuação final.

TABELA 2. Pontuação paterna, materna e auto aplicação no IEP (Inventário de Estilos Parentais)

	MATERNAL	PATERNAL	AUTO APLICAÇÃO MATERNAL
A) Monitoria Positiva	10	0	7
B) Comportamento Moral	6	0	8

C) Punição Inconsistente	3	6	3
D) Negligência	0	10	4
E) Disciplina Relaxada	1	0	6
F) Monitoria Negativa	6	0	7
G) Abuso Físico	0	10	2
ÍNDICE (Total)	6	-26	-7

O IEP materno apresentou índice positivo (+6), e o IEP paterno apresentou índice negativo (-26), assim como auto aplicação materna (-7).

4 ANÁLISE DE DADOS

O IEP materno apresentou índice positivo (+6), indicando estilo parental bom, porém aconselha-se orientação para aprimoramento de práticas educativas. A auto aplicação materna apresentou índices muito próximos dos IEP materno, o que já foi testado por outros estudos, que indicam a convergência entre os IEPs dentro da família (Gomide, 2006).

Já o IEP paterno apresentou índice negativo (-26), indicando estilo parental de risco. Isso indica a prevalência de práticas educativas negativas, que se sobrepõe às positivas. Nesse caso, o pai pontuou zero nas práticas educativas positivas e apresentou alto índice de abuso físico, negligência e punição inconsistente (Gomide, 2006). O abuso físico é um tipo de mau trato. Esse tipo de prática gera crianças medrosas, apáticas, desinteressadas e principalmente antissociais. A negligência se caracteriza pela falta de atenção dos pais com as necessidades de seus filhos. O pai deixa de ter responsabilidades pelo filho, não o auxilia nem orienta, facilitando o comportamento antissocial. Segundo Heidi (2012), crianças que foram emocionalmente negligenciadas desde cedo tem um alto risco de desenvolver distúrbios emocionais. Já a punição inconsistente ocorre quando o pai pune ou reforça os comportamentos de seus filhos de acordo com o seu bom ou mau humor, de forma não contingente ao comportamento do adolescente, ou seja, é o estado emocional dos pais que determina as ações educativas (Gomide, 2004).

O TDE (Stein, 1994) foi corrigido adotando-se as normas de correção para o 5º ano. O adolescente apresentou um desempenho inferior ao esperado para seu nível de escolarização nos subtestes de Escrita, Aritmética e Leitura. Quanto ao desempenho de Fabrício no teste em geral, observou-se que ficou situado num nível inferior se comparado a um desempenho escolar regular, com um déficit de 8 anos. Adicionado a efeitos psicológicos, um adolescente que tenha sofrido violência e trauma extremo está em risco de sofrer os efeitos biológicos. O trauma precoce afeta negativamente o desenvolvimento do cérebro (Heide, 2012).

5 PONDERAÇÕES JURÍDICAS – REGRAS DE DIREITO APLICÁVEIS AO CASO

Os fatos jurídicos avaliados neste estudo refletem caso de menor infrator. Ao qual, nos termos da CF/88, deve-se assegurar 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, direitos a serem resguardados pela família, pela sociedade e pelo Estado. De modo que a proteção ao mesmo, como a toda criança e adolescente deve ser integral.

A resposta oferecida processualmente atende o disposto art. 227, § 1º da CF/88, segundo o qual o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem mediante políticas específicas. Somado a atenção ao disposto no § 3º, IV do mesmo dispositivo constitucional, Segundo o qual o adolescente possui direito a proteção especial que garanta, dentre outros pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica.

Ressalva-se que considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal, contudo, crianças e adolescentes são penalmente inimputáveis sendo sujeitos às medidas previstas no ECA.

Dentre as medidas aplicáveis ao menor que praticar ato infracional, cita-se advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semi-liberdade; internação em estabelecimento educacional, somado a encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; equisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial e inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Em causa verificou-se a efetividade de medida de proteção a adolescente em função de sua conduta, com fundamento no art. 98, III do ECA – Lei 8.069/90. Mas especificamente aplicou-se o disposto no art. 101, II e IV desta norma, ou seja, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras medidas, orientação, apoio e acompanhamento temporários e inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados levantados mostraram que F. tem dificuldades educacionais que comprometem seu rendimento e permanência na escola, tanto habilidades acadêmicas quanto sociais. Recomenda-se que o adolescente frequente o Programa de Reforço Escolar, para aumentar o repertório defasado, possibilitando seu retorno e permanência escolar, considerando seu déficit de desempenho (de 8 anos). Da mesma forma, recomenda-se a participação no Programa de Comportamento Moral pela ausência de habilidades sociais observadas e expressão de valores como justiça social, compreensão e empatia.

Faz-se necessário realizar psicoterapia individual por estar inserido num ambiente de risco, com pais com práticas educativas empobrecidas e negativas, pelo uso de álcool e pela violência doméstica que está submetido desde a infância.

Tal circunstância fática reflete desrespeito as normas de proteção ao adolescente previstas na CF/88 e no Estatuto da Criança e do Adolescente e por consequência falha do Estado, da família e da sociedade em garantir os direitos previstos em lei para este adolescente.

A Constituição Federal de 1988 elege a criança como prioritária. Já infraconstitucionalmente tem-se uma infinidade de instrumentos legais que intuem proteger a criança e o Adolescente, como o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, lei 8069/1990; o Marco Legal da Primeira Infância- Lei nº 13257/2016; ainda programas educacionais destinados à primeira infância e adolescents, instrument utilizado pelas políticas públicas. Porém, embora exista grande arcabouço legal, efetivamente em pouco tem contribuído as políticas públicas para evitarem situações como a exposta nesta análise de caso.

Objetivando defender os direitos das crianças criou-se órgãos de proteção integral a elas, como o Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e os Conselhos tutelares, no entanto, não conseguem alcançar seus objetivos.

Os adolescentes e crianças continuam em situação vexatória e as psicólogas não conseguem contribuir como necessário, vez que o auxílio em casa e no convívio do menor é quase que inexistente. As políticas públicas brasileiras são poucas e ineficientes.

REFERÊNCIAS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20.09.17.

Gomide, P.I.C. (2004). **Pais Presentes Pais Ausentes: Regras e Limites.** Editora Vozes, Petrópolis. 8ª. Edição.

Gomide, P. I. C. (2006). **Inventário de Estilos Parentais. Modelo teórico: manual de aplicação, apuração e interpretação.** Petrópolis: Vozes.

Gomide, P. I. C. (2011). **Psicologia Forense e suas conexões com as diversas áreas da psicologia.** Em: S. M. G. Gondim & A. M. Chaves (Orgs.) Práticas e Saberes

Lei 8.069/90. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 20.09.17.

Heide, K. M. (2012). **Psicológicos e suas Conexões**. Salvador: Editora da UFBA. Pp. 245-265. Understandig Parricide: When Sons and Daughters Kill Parents. In Heide, K. M (Org.). Child Maltreatment and Parricide. Oxford, UK.

Lobo, M. & Gomide, P. I. C (2014) **Justiça Restaurativa na Escola: Aplicação e Avaliação do Programa**. Curitiba: Juruá.

A CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A GRATUIDADE DA JUSTIÇA E DO RECONHECIMENTO DA INTEGRAÇÃO DESTE DIREITO AO NÚCLEO DURO DA CF/88 COMO LIMITE INTERPRETATIVO DA NORMA

THE REALIZATION OF ACCESS TO JUSTICE BY GUARANTEEING THE FUNDAMENTAL LAW THE FREEDOM OF JUSTICE AND THE RECOGNITION OF THE INTEGRATION OF THIS RIGHT TO THE HARD CORE OF CF/88 AS AN INTERPRETIVE LIMIT OF THE NORM

Angela Maria Griboggi¹; Aline Maria Hagers Bozo²; Sergio Rodrigo De Pádua³

KOTINDA et al. Avaliação psicológica forense de um adolescente em conflito com a lei: O caso F. Revista Tecnológica da FATEC-PR: Edição especial de Direito, v.1,n.9, p. 91-107, jan/dez, 2018.

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar o instituto da justiça gratuita e os obstáculos encontrados para sua concessão, decorrentes de errôneas interpretações restritivas que por vezes lhe são oferecidas, somada a exigências para a comprovação de miserabilidade, circunstância passível de gerar exposição processual da vida particular do jurisdicionado, daí a relevância do ensaio que busca apontar à incoerência de tais interpretações que representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Realidade que requer debate na busca de recuperação do justo sentido deste direito integrante do núcleo duro da Constituição e indispensável para a concretização do acesso à Justiça, e de todo relevante para o exercício da democracia e da cidadania. A pesquisa foi realizada segundo metodologia que envolveu seleção e estudo bibliográfico, legislativo e jurisprudencial. Apresenta introdução, desenvolvimento e conclusões.

Palavras chave: Gratuidade de Justiça, Acesso à Justiça, Garantias Fundamentais. Interpretação da Norma Jurídica.

ABSTRACT

¹ Angela Maria Griboggi. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Especialista em Direito Civil pela FGV. Especialista em Direito Ambiental pela PUC/PR. Possui graduação em Direito pela PUC/PR. Possui graduação em Filosofia pela UFPR. Servidora Pública - UFPR. Advogada militante na área do Direito Civil. Professora de Direito nas instituições FATEC, FANEESP e FESP. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SJP-PR. Membro Consultivo da Comissão de Direito Ambiental da OAB/SJP-PR.

² Aline Maria Hagers Bozo é graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel. É graduada em Letras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Especialista em Direito Criminal pela UniCuritiba. Mestre em Direito Econômico e Ambiental pela PUC/PR. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: licitação, contratos, procedimentos administrativos, pregoeira do Estado e presidente de comissões de licitações por mais de seis anos. Professora da FANEESP nas disciplinas de história do direito, direito penal e direito criminal.

³ Sérgio Rodrigo de Pádua é professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Teoria do Direito, mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela Unibrasil. Especialista em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla/Espanha). Especialista em Direito e Administração Pública pelo Instituto Busato de Ensino. Bacharel em Direito pela UEPG. Membro do Colégio de professores da ABDConst.

The present study aims at analyzing the free justice institute and the obstacles encountered for its concession, due to erroneous interpretations that are sometimes offered to it, in addition to the requirements to prove miserability, a circumstance that could generate a procedural exposition of the private life of the jurisdiction, hence the relevance of the essay that seeks to point to the inconsistency of such interpretations that represent offense to the principle of the dignity of the human person. Reality that requires debate in the search for a recovery of the right meaning of this right that is part of the hard core of the Constitution and indispensable for the achievement of access to Justice, and all relevant to the exercise of democracy and citizenship. The research was carried out according to methodology that involved selection and bibliographical, legislative and jurisprudential study. Presents introduction, development and conclusions.

Keywords: *Free Justice, Access to Justice, Individual Guarantees, Interpretation of the legal norm.*

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo faz reflexão sobre o instituto da justiça gratuita buscando apontar obstáculos que seus requerentes encontram ao formular tal pleito em processos judiciais, diante de empecilhos criados pelo Poder Judiciário, os quais por vezes trazem verdadeira ofensa ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O Estado tomou para si o monopólio do exercício da jurisdição e deve garantir a inafastabilidade da tutela jurisdicional e o acesso à justiça inclusive aos que possuem hipossuficientes de recursos. Ocorre que na prática vários obstáculos vêm sendo impostos aos que requerem tal garantia, circunstância que impede a concretização do acesso à Justiça.

O exercício de um direito fundamental – acesso à justiça através da garantia de Justiça Gratuita na prática acaba por representar ofensa a outro direito fundamental – dignidade da pessoa humana.

Para analisar tais questões abordam-se conceitos e diferenças entre assistência judiciária, assistência judicial e justiça gratuita. A questão da compreensão da insuficiência de recursos, da necessidade e miserabilidade. Os preceitos constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema versus e a interpretação conferida pelo Poder Judiciário.

Tudo com o objetivo de evidenciar que a Justiça Gratuita não consiste em benesse concedida pelo Estado a critério do magistrado, mas sim, representa um dos direitos e garantias individuais, que por derradeiro reflete-se na efetividade do acesso à Justiça, que também representa direito fundamental, os quais integram o núcleo duro da CF/88 e por tal, de todo relevante para o exercício da democracia e especialmente da cidadania.

Por tal, o estudo centra-se no tema da gratuidade da justiça, no tratamento legal e jurisprudencial sobre o tema e em especial no reconhecimento de empecilhos criados pelo Próprio Poder Judiciário para a concessão deste benefício aos seus jurisdicionados. Objetivando apontar a gratuidade da justiça como instrumento de viabilização do acesso à justiça, capaz de efetivar a garantia do exercício da democracia, da cidadania, de justiça social e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1 OBJETIVO GERAL

Debater o tema da Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita apontando tais institutos como instrumentos capazes de garantir a efetividade do devido processo legal e de todos os princípios constitucionais processuais que deste

decorrem e que representam a garantia de efetividade da assistência jurisdicional.

1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) - Expor a legislação constitucional e infraconstitucional que disciplina a Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita;
- b) - Estabelecer a diferença entre Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita;
- c) - Demonstrar que a Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita integram o rol de direitos integrantes do núcleo duro da CF/88;
- d) - Evidenciar que o benefício da Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita representam meios de efetividade ao processo e de garantias individuais ordenados pela Carta Magna;
- e) - Apontar os limites de interpretação e aplicação da Gratuidade da Justiça e da Assistência Judiciária Integral e Gratuita indicando a impossibilidade de interpretação restritiva ao instituto.

1.3 JUSTIFICATIVA

O estudo justifica-se em função de ponderar sobre tema que envolve a possibilidade de acesso à justiça aos que necessitam dela mesmo sem condições de arcar com o ônus exigido pelo Estado para tanto, ou seja, dedica-se a questão da Gratuidade da Justiça e as regras de procedibilidade a serem verificadas para a concessão do benefício, as quais possuem novidades impostas pela CPC/1973. O tema merece reflexão em função de que, considerando a realidade econômica social da população, o benefício é frequentemente objeto de requerimento judicial e merece interpretação adequada dos pedidos, como garantia dos princípios constitucionais que garantem dentre outros, o devido processo legal, acesso à justiça, ampla defesa e contraditório.

2 METODOLOGIA

O estudo desenvolveu-se por meio de abordagem de legislação, doutrina e jurisprudência sobre a gratuidade da justiça e da assistência judiciária gratuita.

3 DESENVOLVIMENTO

3.1 A Legislação Infraconstitucional Incidente sobre a Gratuidade da Justiça e a Assistência Jurídica Integral e Gratuita

As normas infraconstitucionais que disciplinam o tema da Justiça Gratuita encontram-se especialmente na Lei 1.060/50, na Lei 7.115/83, na Lei 7.844/89 e no Código de Processo Civil - Lei 13.105/15 CPC.

A princípio cabe diferenciar assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade de justiça. E neste sentido, gratuidade de justiça refere-se a garantia de acesso à justiça sem a necessidade do pagamento de despesas, custas judiciais e emolumentos, dentre outros. Por sua vez a assistência judiciária consiste no oferecimento gratuito de profissional

habilitado e com capacidade postulatória para os beneficiários, que serão representados em demandas judiciais. O Estado brasileiro oferece tal assistência via de regra pela Defensoria Pública. Por fim, a assistência jurídica é ampla e inclui além da assistência judiciária com a defesa judicial, também os serviços de consultoria e a orientação jurídica.

Concebe-se no presente estudo que a concessão da gratuidade da justiça, da assistência judiciária ou da assistência jurídica deve se dar, nos termos de todas as regras constitucionais, devida com base na alegação de hipossuficiência realizada pela parte, ou seja, com fundamento na afirmação de necessidade efetuada pela parte. Pedidos que somente podem ser negados, a partir de fundados indícios de falsidade da afirmação de insuficiência de recursos, visto que se presume verdadeira a afirmação e também, o estado de necessidade.

A partir de tais concepções, cabe a análise da Lei 1.060/50 [1] que estabelece normas para concessão de assistência judiciária aos necessitados, destaca-se que parte desta legislação perdeu vigência por determinação expressa do art. 1.072, III do CPC [2] que revogou os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11º, 12º e 17º. [3]

Permanecem vigentes os arts. 1º, 5º, 8º, 9º, 10º, 13º, 14º, 15º, 16º, 18º e 19º. Contudo, há que se reconhecer que dentre estes dispositivos, tacitamente alguns estão revogados também [4], como se dá com o art. 8º que prevê consequências as disposições do revogado art. 7º, ou seja, remete-se a hipótese inexistente na lei. [5]

A Lei 1.060/50 atribui aos poderes públicos federal e estadual, através de seu art. 1º a obrigação da concessão de assistência judiciária aos necessitados. Ainda, a mencionada lei em seu art. 5º impõem ao magistrado o dever de julgar de plano em 72 horas o pedido de assistência, motivando ou não o deferimento, outorgando a possibilidade de não decidir neste prazo, apenas se tiver fundadas razões para indeferir o pedido.

Quanto à faculdade de não fundamentação da decisão interlocutória que concede ou nega a assistência judiciária, entende-se que a mesma já havia sido revogada tacitamente pelo disposto no art. 165 do revogado CPC/73 que determinava a obrigação de fundamentação, ainda que concisa, das decisões judiciais. E não havendo repristinação [6], permanece revogado, mesmo que tacitamente, esta parte do art. 5º da Lei 1.060/50.

Ainda, a Lei 1.060/50 prevê um sistema de oferecimento da assistência judiciária estatal, sendo autorizada a assistência judiciária privada e indicada pela OAB, nomeado pelo magistrado ou escolhido pelo beneficiário, sem ônus para este, quando no Estado não houver tal serviço público, entendendo-se neste ponto, inexistência de Defensoria Pública (§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 5º).

A extensão da compreensão dos benefícios que integram a assistência judiciária encontra respaldo no art. 9º da lei, e incluem de forma geral e em rol exemplificativo, todos os atos do processo e em todas as instâncias. Por fim cabe destacar o caráter da individualização para a concessão do benefício assistencial, previsto em seu art. 10º da norma, que considera necessidade particular de cada um como critério de concessão.

Destacando-se que tal caráter foi mantido pelo CPC, reconhecidamente em seu art. 99, § 5º e 6º do CPC, ao determinar respectivamente que o recurso que versar exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário da gratuidade da justiça, estará sujeito a preparo, ressalvada a necessidade do próprio advogado, já que o direito à gratuidade é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

Apresentadas tais delimitações sobre a Lei da Assistência Judiciária, passa-se a discorrer sobre as novas regras trazidas sobre o tema pelo vigente CPC – Lei 13.105/15.

Antes destaca-se a Lei 7.115/83 [7] que disciplina a prova documental que evidencia a condição de necessidade da gratuidade da justiça, qual seja, a declaração de pobreza, que nos termos desta norma deve ser firmada pelo próprio interessado ou por procurador e presume-se verdadeira. Inclusive, esta declaração de hipossuficiência econômica pode

ser firmada pelo advogado quando recebeu procuração geral para o foro, como expressamente prevê o art. 105 do CPC.

Aponta-se também a Lei 7.844/89 [8] que disciplinou o inciso LXXVI do art. 5º da CF/88 [9] alterando a redação do art. 30 da Lei nº 6.015/73 - Lei de Registros Públicos [10], cabendo destacar o conteúdo do § 1º do mencionado art. 30º que oferece subsídio para a caracterização do estado de pobreza, que passa a ser comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, em se tratando de analfabeto, caso que exige a assinatura de duas testemunhas, ou seja, fez prevalecer o princípio da boa-fé a afirmação de pobreza pelo interessado. Dispondo o § 2º do mesmo dispositivo, que a falsidade da declaração ensejará a responsabilidade civil e penal do interessado.

A título de informação destaca-se que a Lei nº 9.099/95 [11] garante gratuidade de acesso aos Juizados Especiais até a sentença, porém, o exercício das vias recursais, dependem de preparo recursal, sendo necessário que a partir deste momento, a parte recorrente que necessite de justiça gratuita, assistência judiciária ou judicial a formule expressamente. Menciona-se também o art. 4º, II da Lei 9.289/96 [12] que prevê a isenção do pagamento de custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo grau aos que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Em termos processuais, a garantia de acesso à justiça encontra respaldo no art. 3º do CPC, que repete o conteúdo do art. 5º, XXXV da CF/88 ao definir que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, o qual representa direito que será garantido também, por meio da gratuidade da justiça, que encontra previsão infraconstitucional entre os arts. 98 a 102 do CPC, sobre os quais passa-se a discorrer.

O Código de Processo Civil alterou a expressão “assistência judiciária” empregada pela Lei 1.050/60 para o termo “gratuidade da justiça”. Também mudou a expressão “necessitados”, para pessoa com “insuficiência de recursos”, de modo que hodiernamente, tem direito à gratuidade da justiça, a pessoa, seja física ou jurídica, independentemente da nacionalidade, que possua insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios.

A gratuidade da justiça compreende diversos benefícios elencados nos incisos I a IX do § 1º do art. 98 do CPC. Dentre os quais, cita-se a dispensa do pagamento de taxas, custas judiciais, selos postais, despesas com publicação na imprensa oficial, indenização devida à testemunha, despesas com a realização de exame de DNA e outros exames, honorários do advogado e de perito, remuneração de intérprete ou do tradutor, custo com a elaboração de memória de cálculo, depósitos recursais, pagamento de custas para ajuizamento de ações e prática de atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório, emolumentos devidos a notários ou registradores.

Pertinente a dispensa do pagamento de emolumentos devidos a notários ou registradores quando necessários à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo, há de se reconhecer que mesmo que tais emolumentos consistam em modalidade de tributo, qual seja, a taxa, a gratuidade deste serviço público delegado e prestado pelo notário ou registrador nestes casos, com a isenção das custas, vai de encontro com os princípios tributários constitucionais, em especial o princípio da capacidade contributiva.

Cabe destacar que mesmo sendo concedido a gratuidade da justiça, a parte beneficiada permanece com o dever de arcar com mantém despesas processuais e honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência, somado a obrigação de pagar as multas processuais que lhe sejam impostas.

Ocorre que tais obrigações permanecem com exigibilidade suspensa e somente poderão ser objeto de cumprimento de sentença, caso o credor demonstre que a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade não subsiste, ou seja,

se provar que o beneficiário possui suficiência de recursos e ainda, se o fizer no prazo prescricional de 5 anos contados do trânsito em julgado da decisão que as certificou. De modo que é causa de extinção da obrigação, a imutabilidade da condição de insuficiência de recursos, pelo prazo de 5 anos.

As novas regras sobre a gratuidade da justiça previstas no CPC, em especial a contida no § 5º do art. 98 do CPC, permitem a concessão total ou parcial da justiça gratuita, autorizando também, uma gradação das porcentagens na gratuidade concedida, ou seja, o mencionado dispositivo disciplina que a gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

Ocorre que a lei não trouxe critérios para a verificação das condições e requisitos da aplicação de tais regras. De modo que impôs ao magistrado a obrigação de decidir se concede total ou parcialmente o benefício ou o concede em porcentagens, que podem variar de 1 a 100%, sem o correspondente critério legal para tanto.

Da mesma forma omissa, o CPC autoriza que o juiz conceda o direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento, mas não explica as regras para tanto, sejam os requisitos para a concessão, seja para o parcelamento.

E frente a esta realidade, deve o magistrado socorrendo-se das regras de interpretação contidas no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LICC, diante desta omissão legislativa, devendo decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. O que abre margem para subjetividades e prejuízos ao requerente que pleiteia o benefício. Não esquecendo que na aplicação da lei, o julgador deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, conforme art. 5º do citado diploma legal.

Os critérios para a gradação de porcentagem na gratuidade da justiça e o pagamento parcelado ficam ainda mais confusos diante da possibilidade de sua aplicação ao pagamento de custas extrajudiciais, ou seja, no custeio dos emolumentos devidos a notários ou registradores, os quais, diante de fundamentadas dúvidas quanto ao preenchimento dos pressupostos para a concessão de gratuidade, estão autorizados a pedir a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, aqui entenda-se Juiz Corregedor Permanente, isto é, ao Juiz de Direito Corregedor do Foro Extrajudicial da Comarca sede do Serviço.

E neste sentido, a norma contida no § 8º do art. 98 do CPC fere a autoridade da decisão proferida pelo magistrado da causa e gera insegurança jurídica, além causar um problema ético entre os magistrados, isto porque, estar-se-á diante de uma decisão interlocutória já confirmada ou não por sentença e proferida pelo juiz da causa que concedeu a gratuidade da justiça, total ou parcial em porcentagem que podem variar de 1 a 100%, mas abriu-se a possibilidade para que outro Juízo, neste caso, também um Juiz de direito legalmente constituído para decidir atividade judicial de natureza administrativa, revise e julgue novamente a mesma questão da gratuidade da justiça relativamente a obrigação do pagamento de emolumentos aos notários ou registradores.

Possibilitando-se assim, que dois julgamentos, sobre a mesma questão, por juízos e magistrados diferentes, o que pode vir a ofender a coisa julgada (art. 5º, XXXVI), além de gerar ofensa princípios processuais básicos como da economia processual e da certeza jurídica das decisões judiciais.

Quanto as regras de procedibilidade para o requerimento da gratuidade da justiça o mesmo pode ser formulado na petição inicial, na contestação, em fase recursal, ou em qualquer outro momento processual, quando superveniente a insuficiência de recursos. O CPC não trouxe regras de procedibilidade formal para o pedido, o qual pode ser realizado,

inclusive, por petição simples, nos autos do próprio processo.

Questão relevante encontra-se no § 2º do art. 99 do CPC, que traz as razões que justificam a possibilidade de negação do pedido de gratuidade de justiça, ou seja, o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, e para tanto, antes do indeferimento, deve determinar à parte a comprovação do preenchimento dos pressupostos.

Ressalva-se que o CPC traz como regra geral a presunção de veracidade da alegação de insuficiência deduzida pela pessoa natural (§ 3º do art. 99). Mantendo a mesma regra já prevista no art. 1º da Lei 7.115/83 que confere tal presunção a declaração de pobreza firmada pelo interessado ou por procurador.

Destaca-se ainda, que a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça (§ 4º do art. 99).

A parte adversa pode oferecer impugnação a concessão da gratuidade da justiça, por meio de petição simples nos autos, a qual não interrompe o curso do processo.

Para o caso de ser revogado o benefício, a parte anteriormente beneficiada arcará com as despesas processuais que não precisou adiantar e em caso de má-fé pagará multa de até o décuplo de seu valor, a qual será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal. O não pagamento da multa implica em inscrição em dívida ativa, passível de execução por parte do fisco.

A multa, sendo concedida em sede de decisão interlocutória é passível de pedido de reforma por meio de agravo de instrumento, enquanto a multa aplicada em sentença pode ser objeto de pedido de reforma por meio do recurso de apelação.

Assim, a decisão que concede ou nega o pedido de gratuidade da justiça ou que a revoga é passível de reforma por meio do recurso de agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação. De forma que a decisão que envolve tais questões consiste em decisão interlocutória ou sentença, no primeiro caso passível de ataque por agravo de instrumento e no segundo por apelação.

A obrigatoriedade do recolhimento das despesas e custas dispensadas em razão da gratuidade da justiça, que for revogada ou não confirmada por sentença, após o trânsito em julgado da decisão, deve ser quitada no prazo fixado pelo juiz. Não sendo quitada tal obrigação, aplica-se como punição, se for a parte autora inadimplente, a extinção do processo sem resolução do mérito, e sendo inadimplente o réu, aplica-se como sanção ao mesmo, o impedimento da realização de qualquer ato ou diligência que requerer enquanto não efetuado o depósito.

Do exposto verifica-se que o CPC ofereceu novos contornos para o tema do benefício da Justiça Gratuita, contudo, poderia ter sido mais objetivo relativamente a conceituação do termo insuficiência de recursos, também quanto aos critérios para a concessão total ou parcial da gratuidade e sua gradação. Entende-se também, inapropriado o § 8º do art. 98 do CPC por poder gerar insegurança jurídica e ofensa a coisa julgada.

Positivamente as regras do novo diploma processual acabaram com a discussão relativa a possibilidade ou não concessão do benefício a pessoa jurídica, já que expressamente em seu art. 98 autorizou tal possibilidade. Seguindo os contornos da anterior Súmula 481 do STJ segundo a qual, a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar impossibilidade de arcar com os encargos processuais faz jus à justiça gratuita.

Por tal, ampliou o rol das pessoas que podem se beneficiar com a gratuidade de justiça, incluindo-se dentre estes, a pessoa jurídica e também os estrangeiros.

Realizada a apresentação da disciplina legal infraconstitucional pertinente a gratuidade da justiça, passa-se a demonstrar que a mesma integra o rol de garantias constitucionais individuais e por consequência, consiste em cláusula pétrea da CF/88.

3.2 A Concretização do Acesso à Justiça garantido através da Gratuidade da Justiça e do Reconhecimento da Integração destes Direitos ao Núcleo Duro da CF/88

O acesso à justiça integra o conjunto de direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF/88, encontrando previsão em seu inciso XXXV, o qual garante a todos que a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. No mesmo sentido, a concessão da assistência jurídica integral e gratuita prevista no inciso LXXIV do mesmo dispositivo, também representa um direito fundamental.

De modo que a obtenção da assistência jurídica integral e gratuita concretiza o acesso à justiça, ambos representantes de direitos e garantias individuais e por derradeiro, integrantes do elenco de cláusulas pétreas da Carta Magna.

Tal conclusão extraísse a partir da leitura do § 4º do art. 60 da CF/88, que inclui dentre o núcleo duro da constituição, a proibição de qualquer deliberação e proposta de emenda constitucional (PEC) que objetive abolir os direitos e garantias individuais, tal como os acima mencionados.

Esta limitação material ao poder de reforma da Carta Magna implica também, limitação ao modo de interpretação desta norma, que não pode se dar de forma restritiva.

O acesso à justiça e a sua gratuidade representam também a materializa do direito subjetivo da pessoa [14], seja física ou jurídica de socorrer-se do Judiciário, exercendo o direito de ação, além disso, garantem a efetividade do Estado democrático de direito, constituído e expressamente previsto no art. 1º da CF/88, alicerçado nos ditames da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

E mais, há de se reconhecer que a efetividade dos objetivos fundamentais do Brasil dispostos nos incisos I e IV do art. 3º da CF88, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação não podem ser alcançados sem que se garanta acesso à justiça, inclusive através de assistência jurídica integral e gratuita aos que necessitem.

E nestes termos, o Estado prestará tal assistência aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). Ocorre que a efetividade desta garantia prescinde da interpretação do significado da expressão insuficiência de recursos, a qual deve ser realizada em consonância com os ditames e princípios que revestem os direitos fundamentais, contudo, na prática, por vezes verificasse o oposto, criando-se obstáculos a concessão da gratuidade de justiça.

Tal conclusão se fundamenta nos empecilhos por vezes criados pelo Poder Judiciário para a obtenção de tal benefício, o qual não se pode confundir com uma benesse conferida pelo magistrado ao jurisdicionado dependente do julgo valorativo deste profissional. Circunstância que no desenvolver do trabalho será melhor delimitada.

O Estado tomou para si o monopólio da jurisdição e seus jurisdicionados, quando necessitam dos préstimos desta atividade jurisdicional precisam pagar para a obtenção deste serviço, que lhes representa um direito, mas com alto custo. Um processo envolve custas iniciais destinadas a serventia e FUNREJUS (Fundo de Reestruturação do Poder Judiciário), pagamento pela prática de atos processuais, como citações, correio, certidões, os altíssimos custos de perícia, assistentes técnicos, preparo recursal, condenação sucumbencial, dentre tantos outros, incluindo os honorários advocatícios. De forma de concretamente o custo do processo pode representar um obstáculo ao acesso à justiça e quando verificado, deve ser avaliado e decidido sob o manto das salvaguardas constitucionais.

Neste sentido, a gratuidade da justiça e justiça integral e gratuita representam instrumentos de efetivação dos princípios constitucionais que orientam e iluminam o processo, dentre os quais o mencionado acesso à justiça [15] e também o devido processo

legal [16] e a ampla defesa [17] e contraditório [18], princípios que somente serão atingidos concretamente pelos que necessitam da gratuidade da justiça, se esta for interpretada adequadamente e concedida aos mesmos.

Por agora, cabe destacar a relevância que a norma constitucional confere aos princípios constitucionais, em especial ao presente estudo, ao acesso à justiça [19] e a assistência jurídica integral e gratuita, a ponto de colocá-los dentre os direitos e garantias individuais previstos no famigerado art. 5º da constituição, que por sua vez delimita parte dos direitos que consistem em cláusulas pétreas. E por tal, de todo relevante ao direito e aos indivíduos que carecem da busca de solução de litígios junto ao Poder Judiciário.

Ainda, cabe advertir que o acesso à justiça representa prerrogativa de Direitos Humanos amparada no artigo 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, que foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica na data de 22 de novembro de 1969, da qual o Brasil é signatário desde 1992, conforme Decreto 678/92 [20].

Compreende-se também que as regras constitucionais principiológicas expostas autorizam a avaliação ampla de todas as dimensões que envolvem a pessoa que requer o benefício da gratuidade da justiça, seja ela física ou jurídica, com atenção aos problemas de ordem social, afastando a ponderação do pedido exclusivamente por critérios de “renda” e/ou patrimônio.

De todo exposto não resta outra conclusão, senão a de que o acesso à justiça é garantido por meio da concessão da Gratuidade da Justiça aos que dela necessitam, eis que sem tal benefício, a pessoa física ou jurídica não terá possibilidade de compor adequadamente a lide e poder defender-se ou pleitear direitos. Ainda, conclui-se também, que pertencendo o acesso à justiça e a gratuidade da mesma, ao rol de incisos do art. 5º da CF, que por sua vez elenca direitos e garantias individuais, são os mesmos integrantes do § 4º do art. 60 da CF/88 e assim, representa a gratuidade de justiça cláusula pétrea da CF/88

Realizadas tais ponderações constitucionais passa-se a abordar a disciplina de adequação que os critérios de interpretação da norma jurídica exigem quando possuem por objeto interpretação de direitos e garantias fundamentais.

3.3 Os limites interpretativos das normas que concedem a Gratuidade de Justiça (CPC) e a Assistência Jurídica Integral e Gratuita (Lei 1.060/50)

Da análise da legislação constitucional e infraconstitucional apontada até então, constata-se a existência de lacuna de lei quanto a critérios objetivos para a concessão da gratuidade da justiça ou para a concessão da assistência jurídica integral e gratuita, em especial quanto a delimitação dos conceitos de hipossuficiência/insuficiência de recursos ou estado de necessidade. Por consequência, resta a doutrina e jurisprudência debater a questão e limitar os contornos da compreensão de tais expressões.

Ocorre que por vezes, entendimentos jurisprudenciais correlacionam tais expressões ao termo miserabilidade e seus sinônimos. O que se faz de forma equivocada, eis que a legislação em momento algum faz tal associação.

Miserabilidade significa estado de miserável, ou seja, de excessiva pobreza, ocorre que a norma positivada não possui tal intenção, e não autoriza a possibilidade da concessão de tal benefício apenas aos que vivam em excessiva pobreza, tal entendimento obsta o direito fundamental de acesso à justiça.

O mesmo se repete quanto ao conceito da expressão necessitados, que é impreciso e depende de interpretação do magistrado, não sendo raras as vezes associa o termo a concepção de miseráveis ou pobres. Com isto faz-se interpretação restritiva de garantia fundamental, o que não se pode admitir.

Isto porque, a limitação material ao poder de reforma da Carta Magna relativamente ao rol de cláusulas pétreas – e aqui inclui-se a garantia de acesso à justiça através da gratuidade de justiça – implica também, limitação ao modo de interpretação desta norma, que não pode se dar de forma restritiva, conforme depreendesse de regras básicas de hermenêutica, que por sua vez, devem buscar coesão e unidade, com observância de regras mínimas de semiótica sejam semânticas, sintáticas ou pragmáticas.

Destaca-se que a regra geral incumbe a parte contrária o dever de insurgência a concessão do benefício, quando existentes fundamentos para tanto, faculta-se ao magistrado fazê-lo quando houver elementos que lhe indiquem o contrário do alegado pelo beneficiário. Limite expresso na lei.

Porém, encontram-se entendimentos de não admitirem a simples afirmação da parte quanto a impossibilidade em arcar com custas do processo, exigindo que a parte comprove a sua situação econômica e a necessidade do benefício. Entendimento corroborado pelo disposto no Provimento n. 135/07 da Corregedoria Geral de Justiça, segundo o qual: “2.7.9.1. Ausente impugnação da parte contrária, e existindo elementos que contrariem a afirmação mencionada no item 2.7.9, poderá o magistrado, sem suspensão do feito e em autos apartados, exigir a apresentação de documentos ou outros meios de prova para corroborá-la”.

Porém, retoma-se a norma processual que reconhece que para a obtenção do benefício, basta a declaração da parte, que por sua vez, possui presunção de veracidade. Com efeito, a apresentação de documentos ou outros meios de prova da hipossuficiência somente encontrariam adequação quando evidenciado nos autos, elementos que contrariem a afirmação de hipossuficiência.

Neste sentido, decisão coerente encontra-se no Acórdão dos autos do Agravo de Instrumento nº 2252418-38.2016.8.26.0000 proferido pelo TJSP, que ensina não ser necessária a prova do estado de miserabilidade para a concessão da gratuidade de justiça, mas tão-somente a insuficiência de recursos, a que pese não traçar os limites da definição do que seja a insuficiência de recursos [21].

Tal jurisprudência segue o norte principiológico das regras de direito evidenciadas pelo princípio da boa-fé, expresso no reconhecimento legal de veracidade das afirmações de requerente do pedido de justiça gratuita. “A boa-fé informa toda a atividade processual, especialmente o comportamento das partes e de todos aqueles que participam do processo”. [22]

A realidade brasileira revela uma população que não conhece seus direitos e por consequência, não consegue sequer reconhecer a violação do mesmo, para que então busque restaurar o equilíbrio social com a garantia e recuperação do direito violado. Um problema educacional e de informação e que aos olhos da legislação é ignorado, em especial pela presunção contida no art. 3º da LICC – Decreto-Lei 4.657/42 que imputa a todos indistintamente a obrigação de conhecer a lei pátria, o que é uma utopia.

Uma sociedade igualitária, com equilibrada distribuição de renda, em que todos tenham educação e condições de dignidade a ponto de conhecer a legislação e seus próprios direitos é uma realidade fantasiosa, considerando as estruturas do poder e sua forma de manifestação, que para manter seu status dependem de uma população pobre e ignorante no sentido *latu* do termo. E quando alguns fogem deste contexto e necessitam de acesso à justiça efetivado pela Justiça Gratuita, acabam por esbarrar em empecilhos criados pelo estado julgador, circunstância que prescinde de correção.

O peso que os custos com advogado e as despesas processuais possam representar no orçamento doméstico, não devem passar despercebidos pelo magistrado que se depara com pedidos de justiça gratuita.

Na atualidade o número de demandas é considerado um problema ao Judiciário, em particulares aqueles nos quais se pleiteia a concessão da gratuidade de justiça. o que é um

equivoco, já que o exercício dos poderes jurisdicionais é exatamente sua função, não podendo se admitir que o número de demandas em termos quantitativos seja objeto de justificativa para ineficiência do Judiciário ou ainda, para justificar obstáculos a concessão da justiça gratuita.

O número de pedidos de gratuidade de justiça é alto e tende a aumentar, porque reflete a hipossuficiência econômica da própria população, onde a distribuição de renda é absurdamente desproporcional e uma das piores do mundo, não podendo ser outra a realidade, se não, grande o número de pedidos de gratuidade de justiça. Não deixando de ser ônus do estado a garantia do acesso à justiça a todos, mesmo aqueles que não podem custear o exercício deste direito.

Ressalva-se ainda, que se deve admitir relativa a aceitação de que são excessivamente numerosos os processos tramitando no Poder Judiciário, isto porque tal hipótese parte do ponto de vista da infraestrutura do Poder Judiciário, que é precária e insuficiente. Considerando o tamanho da população nacional e o fato de que, como regra geral, é proibida a autotutela, cabendo com exclusividade ao Estado a solução de litígios não resolvidos consensualmente, há de se relativizar a noção de excesso de litígios ajuizados no país.

Outro ponto a se observar é uma tendência dos magistrados e até mesmo das secretarias em fiscalizar a vida particular da parte requerente do pedido de justiça gratuita, fundada no argumento de ser grande número de pedidos de assistência judiciária e justiça gratuita, fator que representa ônus as serventias.

Circunstancia que por vezes, faz com que se exija do jurisdicionado a revelação de questões íntimas pessoais e de sua família, seja pertinente a cônjuge, filhos, dentre outros, tendo de relevar de forma pormenorizada os gastos com sua subsistência em confronto com a remuneração, incluindo indicação de gastos com manutenção da família, apontamento de existência de doenças e medicamentos que necessitem, a existência de patrimônio, declaração de imposto de renda, extratos de contas bancárias, até extrato de cartão de crédito por vezes é exigido.

De tal, que esta invasão na vida privada daquele que pleiteia a gratuidade de justiça evidencia exposição desmedida da vida privada da parte, sem qualquer amparo legal que justifique esta publicidade processual sobre as conjunturas tão particulares do litigante, que acaba tendo de revelar sua vida como um livro aberto ao magistrado, promotores, serventuários da justiça, advogados (seu e da parte adversa), aos peritos, assistentes, testemunhas (que hoje são habilitadas nos autos de processo eletrônico) e a própria parte contrária, ou seja, a todos que venham a intervir na causa e /ou tenham acesso aos autos.

Tal circunstância demonstra indiscutivelmente ofensa à dignidade da pessoa humana, em especial ofensa à dignidade do litigante que precisa do auxílio do Estado, até mesmo para obter acesso à justiça através da assistência jurídica, judicial, ou da justiça gratuita.

Esta realidade fere a presunção de veracidade legalmente conferida a declaração pessoal daquele que atesta ser detentores da condição de hipossuficiência de recursos. Não sendo conferido ao juiz, em princípio, exigir provas de quem alega a condição de necessitado, como requisito para o deferimento do pedido.

De modo que o princípio do legalismo - expressão máxima do estado positivista e encontrado no art. 5º, II da CF/88, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei vincula os magistrados a observância das normas legais para a concessão ou não da assistência jurídica integral e gratuita.

E neste sentido, o magistrado somente está autorizado a negar o pedido de gratuidade de justiça nos termos do § 2º do art. 99 do CPC, ou seja, quando houver nos autos elementos que evidenciem não ser o requerente, pessoa hipossuficiente de recursos.

Ainda, quanto a interpretação da hipossuficiência de recursos, tal circunstância

precisa ser avaliada caso a caso, devendo o magistrado atentar-se as regras de interpretação contidas no art. 4º e 5º a LICC, e assim, respectivamente, decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito e na aplicação da lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A qual deve ainda, corroborar com a regra de interpretação contida nos fundamentos do processo civil, apontada já no art. 1º do CPC, que ordena que a interpretação do processo civil será realizada conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na CF/88.

Tudo isto sem perder de vista que o acesso à justiça e a gratuidade da justiça, representam direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF/88, e que por tal, integram o núcleo duro da constituição, em especial pela compreensão do inciso IV do art. 60 da CF/88.

De modo que ao fazer a integração do direito na busca de colmatação das lacunas, em particular da mencionada lacuna quanto a concepção da hipossuficiência de recursos, o magistrado deve compreender as regras de interpretação sistemáticas, teleológicas e histórica respeitando os limites acima indicados.

Entendendo-se então, ser abusiva a exposição desnecessária da vida particular da parte requerente do benefício, pelo fato de não se reconhecer a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência de recursos, sem quaisquer indícios de prova contrária, em ofensa a CF/88, as regras do processo civil, a Lei 7.115/83 e a Lei 7.844/89.

Ao alcançar as três décadas da promulgação da Carta Constitucional que almejou um estado social e democráticos de direitos, um estado que possibilitasse o livre exercício da cidadania não é possível se admitir restrições de acesso à justiça ou dificuldades de acesso fundadas em descumprimento de lei, somado a interpretações restritivas de direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

Do exposto verifica-se que o CPC ofereceu novos contornos para o tema do benefício da Justiça Gratuita extrapolando a mera mudança terminológica de “assistência judiciária” para “gratuidade da justiça”, ou de benefício concedido aos “necessitados”, para os que possuem “insuficiência de recursos”.

Porém, poderia ter sido mais objetivo em alguns pontos, como quanto a insuficiência de recursos, quanto aos critérios para a concessão total ou parcial do benefício ou quanto a gradação da porcentagem. Sem esquecer das mazelas que o § 8º do art. 98 do CPC podem causar, previsão de que o Juiz Corregedor no exercício de atividade administrativa reveja e decida novamente questão já decidida pelo Juiz da causa no exercício da jurisdição, seja pela insegurança jurídica que tal circunstância pode causar, inclusive com ofensa a coisa julgada.

Ainda, as regras do novo diploma processual acabaram com a discussão relativa a possibilidade ou não concessão do benefício a pessoa jurídica, já que expressamente em seu art. 98 autorizou tal possibilidade. Assim, ampliou o rol das pessoas que podem se beneficiar com a gratuidade de justiça, incluindo-se dentre estes, a pessoa jurídica e também os estrangeiros.

E também, de forma coerente expressamente previu a presunção de veracidade - "iuris tantum" de pobreza e por derradeiro, presunção de boa-fé da declaração da condição de insuficiência de recursos, pagar às custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Pode-se concluir que em termos constitucionais o acesso à justiça e assistência jurídica integral e gratuita consistem em direitos fundamentais (incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da CF/88) imutáveis por integrar o núcleo duro da CF/88 (art. 60, § 4º) e ambos ao consolidam parte dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao promover o

exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana (incisos II e III do art. 1º da CF/88), somados a efetividade de alguns dos objetivos fundamentais da nação, em particular os inscritos nos incisos I e IV do art. 3º da CF/88.

Ainda, sob um olhar constitucional, a compreensão do significado do acesso à justiça não se restringe apenas a possibilidade de ingresso com determinada demanda, mas também, o reconhecimento de tal acesso enquanto um direito fundamental, é direito que integra as cláusulas pétreas da CF, que representa norma de direitos humanos e que somado a todas as demais orientações da Carta Magna, consiste na garantia de buscar a solução de conflitos por meio do Poder Judiciário, revestido de ampla defesa e contraditório, processo célere com razoável duração, direito a atuação competente de advogados e defensores públicos, juiz imparcial, garantia gratuidade da justiça, assistência judiciária e assistência jurídica aos que necessitam, somado a demais garantias que efetivem um acesso à justiça que garanta pleno exercício de cidadania.

Do estudo realizado ainda conclui-se pela afirmação de que a concretização do acesso à Justiça pode ter como uma de suas vertentes a materialização da garantia do Direito Fundamental a Gratuidade da Justiça conferido com dignidade ao beneficiário, o que se deve ao reconhecer que tal benefício integra o núcleo duro da CF/88, e por tal inclusão, as normas sobre a gratuidade da justiça não podem ser realizadas de forma restritiva.

Um Estado Democrático e Social de Direitos não pode fechar as portas de seu Poder Judiciário, criando empecilhos para a obtenção do acesso à justiça, aos carentes, sejam os hipossuficientes economicamente, social, técnica, educacional, cultural, psicológica ou por qualquer outra circunstância. Isto porque o exercício da democracia passa pelo acesso à justiça, pela dignidade da pessoa humana, e por consequência, pela gratuidade da justiça a quem dela precise.

REFERÊNCIAS

Código de Processo Civil. Lei n. 13.105/2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 03.05.17.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03.05.17.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil.** 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Decreto Lei 4.657/41. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 03.05.17.

Decreto 678/92. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos . Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 03.05.17.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Jurisprudência disponibilizada pelo TJ/SP. Agravo de Instrumento n. 2252418-38.2016.8.26.0000. J. 07.04.17. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=2125CAC0E08EA3CB12DCFA37BAD43935.cjsg2?>>. Acesso em 03.05.17.

Lei 1.060/50. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em 03.05.17.

Lei 6.015/73. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em 03.05.17.

Lei 7.115/83. Dispõe sobre prova documental nos casos que indica e da outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7115.htm>. Acesso em 03.05.17.

Lei 7.844/89. Disciplina o inciso LXXVI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, alterando a redação do art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7844.htm>. Acesso em 03.05.17.

Lei 9.099/95. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 03.05.17.

Lei 9.289/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9289.htm>. Acesso em 03.05.17.

*MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.*

Súmula 481 do STJ. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas481-485.pdf>. Acesso em 03.05.17.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. V1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do Direito. Primeiras Linhas**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (*et al.*). **Novo CPC Urgente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

[1] Lei n. 1.060/50. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm>. Acesso em 03.05.17.

[2] Código de Processo Civil. Lei n. 13.105/2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 03.05.17.

[3] “Revogação é termo geral que abrange a derrogação e a ab-rogação. Na derrogação, a lei nova apenas revoga parcialmente lei anterior. Na ab-rogação, a revogação atinge completamente lei anterior. Quando há derrogação, o ordenamento ficará com ambas as leis em vigor, cabendo ao intérprete, no mais das vezes, indicar quais os dispositivos da lei antiga que ainda remanescem vigentes e eficazes. (...) perante a revogação expressa, não haverá maiores problemas para o intérprete. Os dispositivos mencionados na lei nova fazem desaparecer do mundo jurídico a vigência da lei antiga”. *In*: VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução ao estudo do Direito. Primeiras Linhas. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 107.

[4] Sobre a revogação tácita ensina VENOSA que: “Problema maior, por vezes de alta complexidade, ocorre quando a nova lei é omissa sobre a modificação ou revogação da lei antiga e a novel mostra-se contraditório ou confusa com a legislação antiga ou disciplina total ou parcialmente a matéria até então regulada (...) Nessas hipóteses, há todo um trabalho de raciocínio, de interpretação e integração das normas dentro do ordenamento a fim de se concluir pela subsistência, modificação, derrogação ou revogação da lei antiga. *In*: VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução ao estudo do Direito. Primeiras Linhas. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 107.

[5] Nos termos do § 1º do art. 2º da LINDB, revogação expressa ocorre quando a lei posterior revoga a anterior expressamente o declare. Por sua vez, nos termos do mesmo dispositivo, revogação tácita ocorre quando a lei nova é incompatível ou quando regula inteiramente à matéria de que tratava a lei anterior. Decreto – Lei n. 4.657/42. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 03.05.17.

[6] Como regra geral a reprivatização é proibida pela legislação pátria, como dispõe o § 3º do art. 2º da LINDB, segundo o qual, “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Decreto – Lei n. 4.657/42. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 03.05.17.

[7] Lei n. 7.115/83. Dispõe sobre prova documental nos casos que indica e da outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7115.htm>. Acesso em 03.05.17.

[8] Lei n. 7.844/89. Disciplina o inciso LXXVI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, alterando a redação do art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7844.htm>. Acesso em 03.05.17.

[9] Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03.05.17.

[10] Lei nº 6.015/73. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em 03.05.17.

[11] Lei nº 9.099/95. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 03.05.17.

[12] Lei 9.289/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9289.htm>. Acesso em 03.05.17.

[13] Súmula 481 do STJ. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas481-485.pdf>. Acesso em 03.05.17.

[14] Goffredo Telles Jr *apud* Maria Helena Diniz, ensina que direito subjetivo “é a permissão dada por meio de norma jurídica, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter algo, ou, ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio de processos legais, em caso de prejuízo causado por violação de norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido”. Ainda ensina Maria Helena Diniz que: “O direito subjetivo é subjetivo porque as permissões, com base na norma jurídica e em face dos demais membros da sociedade, são próprias das pessoas que as possuem, podendo ser ou não usadas por elas. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24 e 25.

[15] O princípio do acesso à justiça encontra fundamento no art. 5º, XXXV da CF/88, segundo o qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ensina GONÇALVES que: “Ele traduz no direito de ação em sentido amplo, isto é, o de obter do Poder Judiciário uma resposta aos requerimentos a ele dirigidos. Esse direito é amplo e incondicional: o Judiciário não pode se recusar a examinar e a responder os pedidos que lhe foram formulados. Pode ser que a resposta se limite a informar ao autor que a pretensão não pode ser examinada, porque faltam as condições essenciais para isto. *In*: GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

[16] O princípio do devido processo legal encontra amparo no art. 5º, LIV da CF/88 que determina que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. GONÇALVES leciona que deste princípio derivam todos os outros. “A Constituição preserva a liberdade e os bens, garantindo que seu titular não os perca por atos não jurisdicionais do estado. Além disso, o judiciário deve observar as garantias inerentes ao estado de direito, e deve respeitar a lei, assegurando a cada um o que é seu. *In*:

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Civil Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59

[17] O princípio da ampla defesa está previsto no art. 5º, LV da CF/88 segundo o qual “os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

[18] O princípio do contraditório fundado no art. 5º, LV da CF/88 é ensinado por Humberto Theodoro Júnior como sendo aquele que confere igualdade as partes litigantes e “com esta preocupação, a assistência judiciária (Justiça Gratuita) é assegurada àqueles que não podem arcar com os gastos do processo, inclusive a remuneração do advogado”. Ainda explica o jurista que o princípio se realiza quando as partes são ouvidas, garantindo-lhes o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. V1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24 e 25.

[19] Ainda sobre o princípio do acesso a justiça, MEDINA ensina que: “Essa expressão, segundo nosso modo de pensar, traduz a síntese do próprio conceito de direito de ação, no sentido de referir-se a concretização de direitos fundamentais processuais. Mas liga-se, também, a previsão de mecanismos processuais adequados a realização de direitos subjetivos. MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 117.

[20] Decreto 678/92. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 03.05.17.

[21] Jurisprudência disponibilizada pelo TJ/SP. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO Gratuitidade da Justiça - Na moderna inteligência do direito de acesso à justiça, não há necessidade da prova do estado de miserabilidade para a concessão da gratuidade da justiça, mas tão-somente a insuficiência de recursos disponíveis (art. 98 do CPC/2015), o que é o caso da recorrente Insurgência contra decisão que indeferiu expedição de ofício à Receita Federal Não Conhecimento Decisão fora do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015 - Recurso provido em parte na parte conhecida. TJ/SP. Agravo de Instrumento n. 2252418-38.2016.8.26.0000. J. 07.04.17. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=2125CAC0E08EA3CB12DCFA37BAD43935.cjsg2?>>. Acesso em 03.05.17.

[22] Nestes termos ensina WAMBIER, Luiz Rodrigues (*et al.*). *Novo CPC Urgente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 51. O qual ainda explica que: “A *suppressio* e proibição de *venire contra factum proprium*, são duas manifestações concretas derivadas do princípio da boa-fé”.

O JULGAMENTO ANTECIPADO DE MÉRITO E O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DE MÉRITO COMO MEDIDAS DE EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL A LUZ DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

THE EARLY JUDGMENT OF MERIT AND THE PARTIAL EARLY JUDGMENT OF MERIT AS MEASURES OF EFFECTIVENESS OF THE JURISDICTIONAL PROVISION IN LIGHT OF THE PRINCIPLES AND INDIVIDUAL GUARANTEES

Aline Maria Hagers Bozo¹⁶⁰; Angela Maria Griboggi¹⁶¹; Sergio Rodrigo De Pádua¹⁶²

BOZO et al..O julgamento antecipado de mérito e o julgamento antecipado parcial de mérito como medidas de efetividade da prestação jurisdiccional a luz dos princípios e garantias individuais. Revista Tecnológica da FATEC-PR: Edição especial de Direito, v.1,n.9, p. 108-129, jan/dez, 2018.

RESUMO

O presente estudo aponta as diferenças técnicas processuais entre julgamento antecipado do mérito e julgamento antecipado parcial do mérito e procura balizar o impacto que estes institutos jurídicos trazem na efetividade do resguardo de direitos que se busca salvaguarda pela tutela jurisdiccional oferecida pelo Estado, de modo a evidenciar que a prática processual de ambos representa o respeito aos direitos e garantias individuais previstos no famigerado artigo 5º da CF/88, em particular avalizando os princípios do acesso à justiça e da celeridade processual, com respeito ao devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório.

Palavras chave: Julgamento antecipado do mérito, Julgamento antecipado parcial do mérito, Devido processo legal, Efetividade do processo.

ABSTRACT

The present study points out the technical procedural differences between early judgment of merit and early partial judgment of merit and seeks to identify the impact that these legal institutes bring on the effectiveness of the protection of rights that is sought safeguard by the jurisdictional protection offered by the State, that their procedural practice represents respect for the personal rights guarantees and guarantees provided for in the fifth article of Constitution, in space by endorsing the principles of access to justice and procedural speed, with due regard to due process of law, ample defense and

¹⁶⁰ Aline Maria Hagers Bozo é graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel. É graduada em Letras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Especialista em Direito Criminal pela UniCuritiba. Mestre em Direito Econômico e Ambiental pela PUC/PR. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: licitação, contratos, procedimentos administrativos, pregoeira do Estado e presidente de comissões de licitações por mais de seis anos. Professora da FANEESP nas disciplinas de história do direito, direito penal e direito criminal.

¹⁶¹ Angela Maria Griboggi. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Especialista em Direito Civil pela FGV. Especialista em Direito Ambiental pela PUC/PR. Possui graduação em Direito pela PUC/PR. Possui graduação em Filosofia pela UFPR. Servidora Pública - UFPR. Advogada militante na área do Direito Civil. Professora de Direito nas instituições FATEC, FANEESP e FESP. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SJP-PR. Membro Consultivo da Comissão de Direito Ambiental da OAB/SJP-PR.

¹⁶² Sérgio Rodrigo de Pádua é professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Teoria do Direito, mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela Unibrasil. Especialista em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla/Espanha). Especialista em Direito e Administração Pública pelo Instituto Busato de Ensino. Bacharel em Direito pela UEPG. Membro do Colégio de professores da ABDCConst.

contradictory.

Keywords: *Early judgment of merit, Partial early judgment of merit, Due process of law, Effectiveness of the process.*

1 INTRODUÇÃO

A exposição que se apresenta busca evidenciar que o julgamento antecipado do mérito e o julgamento antecipado parcial do mérito são medidas processuais que quando aplicadas pelo Poder Judiciário nos limites da lei são capazes de garantir as partes, a efetividade do processo e por derradeiro, garantir a primazia de direitos fundamentais e da tão almejada justiça com o reequilíbrio do conflito instaurado pelo litígio.

Para tanto, o texto desenvolve-se em três capítulos, o primeiro discorre sobre as regras processuais pertinentes ao julgamento antecipado do mérito e ao julgamento antecipado parcial do mérito, o segundo versa sobre o cabimento e adequação do emprego processual de tais medidas, evidenciando-se que sua aplicabilidade não infringe qualquer garantia constitucional, o que se conclui no terceiro capítulo que demonstra a efetividade do processo, ou seja, do devido processo legal e por consequência, de todas as garantias constitucionais que decorrem deste princípio.

As regras de aplicabilidade e distinções entre os institutos do julgamento antecipado do mérito e o julgamento antecipado parcial do mérito trazidas no primeiro capítulo encontram respaldo legal no CPC – Lei 13.105/2015, destacando-se que o segundo instituto consiste em novidade processual trazida pela nova legislação processual, que vem de encontro com os preceitos contidos no art. 5º da Carta Magna.

O segundo capítulo faz ponderações sobre o debate que pode se instaurar sobre o cabimento do julgamento antecipado do mérito e do julgamento antecipado parcial do mérito diante da hipótese de infração aos incisos XXXV, LIII, LIV e LV do art. 5º da CF/88. Defendendo-se desde já os institutos sob análise, eis que, se aplicados nos limites da norma processual, antagonizam a hipótese.

No terceiro apresenta-se a possibilidade de efetividade de direitos e garantias individuais obtidas pelo julgamento antecipado do mérito e pelo do julgamento antecipado parcial do mérito apresentando ambos como instrumentos de efetividade processual e por consequência, de Justiça social.

1.1 OBJETIVO GERAL

Debater o tema do julgamento antecipado parcial de mérito e do julgamento antecipado parcial de mérito, com ênfase neste último, que representa novo instrumento processual, capaz de conferir efetividade ao processo, com a redução na morosidade da resposta jurisdicional e por consequência, promover direitos e garantias individuais em processos judiciais.

1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) - Expor a legislação constitucional e infraconstitucional que disciplina o Julgamento antecipado da lide e o Julgamento antecipado parcial de mérito;
- b) - Estabelecer a diferença entre Julgamento antecipado da lide e o Julgamento antecipado parcial de mérito;
- c) - Evidenciar que a prática do Julgamento antecipado da lide e o Julgamento antecipado parcial de mérito pelos magistrados pode representar efetividade

ao processo e privilegiar direitos e garantias individuais;

- d) - Demonstrar a impropriedade de argumentos que levantam a hipótese de infração aos incisos XXXV, LIII, LIV e LV do art. 5º da CF/88 com a aplicação do Julgamento antecipado da lide e o Julgamento antecipado parcial de mérito, quando aplicados nos limites da norma processual;
- e) - Apontar o Julgamento antecipado da lide e o Julgamento antecipado parcial de mérito como instrumentos de efetividade de direitos e garantias individuais e por consequencial, instrumentos de Justiça social.

1.3 JUSTIFICATIVA

O estudo justifica-se em função de abordar tema que representa inovação no campo processual, qual seja, o novo instrumento processual chamado julgamento antecipado parcial do mérito, que busca possibilitar a redução da morosidade do judiciário no oferecimento da prestação jurisdicional e por consequência trazer efetividade ao resguardo de direitos e a solução de litígios, estabilizando parcialmente os conflitos e com isto, o estudo do tema é relevante por expressar nova regra processual capaz de acelerar resposta judicial e garantir o respeito as intencionalidades da CF/88, em particular quanto a eficiência do Poder Judiciário.

2 METODOLOGIA

O estudo desenvolveu-se por meio de abordagem de legislação, doutrina e jurisprudência sobre o julgamento antecipado do mérito e o julgamento antecipado parcial de mérito.

3 DESENVOLVIMENTO

3.1 REGRAS DE APLICABILIDADE E DISTINÇÕES ENTRE OS INSTITUTOS DO JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO E O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

O julgamento antecipado do mérito e o julgamento antecipado parcial do mérito na legislação processual versam sobre o julgamento conforme o estado do processo, e servem de fundamento respectivamente para a solução total ou parcial do litígio.

No julgamento conforme o estado do processo o magistrado constata que todas as provas necessárias ao julgamento da causa encontram-se disponibilizadas nos autos, autorizando a incidência na causa, das hipóteses elencadas no art. 354 do CPC, quais sejam: sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito, sentença de mérito que reconhece a prescrição ou decadência, sentença homologatória de pedido de transação ou renúncia e sentença que julga antecipadamente o mérito ou que julga antecipadamente de modo parcial o mérito.

Destas modalidades de julgamento conforme o estado do processo apenas as duas últimas representam objeto de investigação no presente estudo, passando-se a discorrer inicialmente sobre a já conhecida possibilidade de julgamento antecipado do mérito, seguido da análise do julgamento antecipado parcial do mérito, para ao fim, destacar as distinções entre ambos.

A possibilidade de julgamento antecipado do mérito verifica-se quando o magistrado julga os pedidos formulados pelo autor na exordial ou formulados pelo réu na reconvenção, proferindo sentença com resolução de mérito, o que se dá em momento

anterior a fase de instrução processual, quando a questão versa exclusivamente sobre matéria de direito ou quando as provas constantes nos autos mostram-se suficientes para o convencimento do magistrado. Neste sentido julgamento antecipado do mérito:

É o julgamento de procedência ou improcedência do pedido do autor, por meio de sentença de mérito proferida com base no art. 487, I. O que leva o juiz a julgar de imediato o mérito é a constatação da desnecessidade de se produzir prova, seja porque a lide envolve apenas questão de direito, seja porque, embora seu foco esteja na questão de fato, já existem elementos suficientes nos autos para o juiz formar seu convencimento. [1]

Por tal, o julgamento antecipado do mérito representa decisão definitiva e originária de mérito, ou seja, representa sentença (art. 203, § 2º do CPC), conforme prevê o artigo 355 do CPC e por tal é forma de extinção do processo. Decisão que se objeto de pedido de reforma é atacável através do recurso de apelação (art. 1.015, I CPC).

Vale destacar que a decisão de mérito é aquela contida na sentença que acolhe ou rejeita pedidos formulado na petição inicial ou na reconvenção, decide de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição, homologa o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção ou ainda homologa a transação ou homologa a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Os requisitos para que o juiz esteja autorizado a julgar antecipadamente o mérito são dois, quais sejam, a desnecessidade de produção de provas, além das já existentes nos autos do processo e nos casos em que o réu sendo revel, forem presumidas verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor, desde de que este réu revel não haja efetuado tempestivamente requerimento de provas, isto tudo nos termos do art. 487 da norma processual civil. Sobre os efeitos da revelia:

O principal efeito que pode decorrer da revelia é o de se reputarem verdadeiros os fatos alegados pelo autor, por não se ter estabelecido controvérsia a seu respeito. Como consequência, e tendo em vista que, em princípio, não é necessária a prova sobre fatos incontroversos (art. 374, III e IV), pode ocorrer de o juiz julgar antecipadamente o mérito. Não é sempre, contudo, que ocorrerá o julgamento antecipado do mérito em razão da revelia do réu. Há casos em que, embora o réu tenha sido revel, o próprio autor requer a produção de prova ou o juiz, no exercício dos seus poderes instrutórios, determina a produção de provas que reputa necessárias (arts. 348 e 370). Também, ao réu, mesmo tendo sido revel, será lícita a produção de provas nos termos do art. 349, desde que antes de encerrada a fase de instrução. [2]

Por sua vez, o julgamento antecipado parcial do mérito é instituto do processo civil surgido no Código de Processo Civil – Lei 13.105/15, consiste numa importante inovação elencada no artigo 356 do CPC, segundo a qual, o juiz poderá decidir parcialmente o mérito, julgando um ou mais dos pedidos formulados na exordial ou na reconvenção ou parcela deles, de modo a possibilitar verdadeiro desmembramento da decisão de mérito.

A decisão parcial de mérito julga parte dos pedidos, mas faz subsistir outros pedidos que serão decididos em momento posterior. Ela pode ser incidente, emergente ou superveniente. Sobre esta novidade processual:

Importante novidade introduzida pelo CPC/2015 é a possibilidade, prevista no art. 356, de que a resolução do mérito possa ocorrer não somente em sentença, ao final da fase cognitiva do procedimento comum, mas também no curso do processo, por meio da chamada decisão interlocutória de mérito. [3]

A decisão parcial do mérito alterou a compreensão do conceito e sentido de decisão interlocutória. Na legislação processual anterior a decisão interlocutória representava ato processual que resolvia questões incidentais no processo e com o novo CPC, seu sentido ultrapassou esta compreensão e passa a ser concebida também como ato decisório que não seja sentença. [4]. Sobre sentença e decisão interlocutória:

O art. 203 do CPC/2015, em seus §§ 1º e 2º, vale-se dos seguintes critérios, cumulativamente, para identificar a sentença, afastando-a da decisão interlocutória: a) é decisão final, que “põe fim” ao processo ou a uma de suas “fases”; b) é decisão definitiva (que resolve o mérito, cf. art. 487 do CPC/2015) ou terminativa (que, por ausência de algum requisito processual, não resolve o mérito, cf. art. 485 do CPC/2015).

Vê-se que o conceito legal de sentença é restritivo. Já o conceito legal de interlocutória é extensivo: não é sentença, mas interlocutória, a decisão que não se enquadrar na decisão do § 1º do art. 203 do CPC/2015 (cf. § 2º do mesmo artigo). [5].

Ainda, há de se observar que além da distinção entre sentença e decisão interlocutória, partindo da nova sistemática processual, ainda ganha relevo a classificação das decisões, que partindo do critério do objeto podem ser compreendidas como: “(...) definitiva (ou de mérito), sumária (sobre o mérito ou sobre os efeitos da decisão de mérito), quase definitiva, terminativa, não terminativa e simples”. [6]

As condições para que o magistrado possa julgar parcial e antecipadamente o mérito encontram-se no art. 355 do CPC e são elas: pedido que se mostre incontroverso ou causa que esteja em condições de imediato julgamento, destacando-se que esta última situação dá-se nos mesmos casos do julgamento antecipado, ou seja, quando relativamente a alguns dos pedidos formulados na exordial ou na reconvenção não haja necessidade de produção de outras provas ou quando houver presunção de veracidade das alegações do autor quando o réu for revel e este não houver formulado requerimento de provas a tempo de as praticar.

Para que seja possível o julgamento antecipado parcial de mérito é necessária a existência de cumulação de pedidos na exordial ou reconvenção, ou a postulação de pedido único que possa ser desmembrado.

O recurso passível de obtenção de reforma da decisão parcial de mérito é o recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, II CPC), isto porque a mencionada decisão consiste em decisão interlocutória (art. 203, § 2º do CPC) e por tal, reformável através do recurso de agravo de instrumento, como fundamenta o parágrafo único do art. 354 e o § 5º do art. 356 ambos do CPC.

Também neste sentido se manifesta o Enunciado 103 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual: “A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento”. [7]

Sobre a decisão parcial de mérito que não tenha sido atacada por recurso operasse o trânsito em julgado, após o transcurso do prazo recursal de 15 dias,

respeitando as regras de contagem de prazo previstas entre os artigos 218 a 232 do CPC, fato que possibilita a execução definitiva da decisão.

No julgamento antecipado parcial de mérito a decisão poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. E neste sentido, torna possível seu cumprimento provisório, através de liquidação ou execução da obrigação reconhecida na decisão.

Observa-se que a parte interessada que iniciar o cumprimento provisório da decisão não necessita oferecer garantias na forma de caução, mesmo que haja sido interposto recurso contra a decisão e que o mesmo não tenha sido julgado ou ainda, que mesmo julgado, não tenha transitado em julgado a decisão recursal.

Neste sentido segue Enunciado 49 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM segundo o qual: "No julgamento antecipado parcial de mérito, o cumprimento provisório da decisão inicia-se independentemente de caução (art. 356. § 2o, do CPC/2015), sendo aplicável, todavia, a regra do art. 520, IV". [8]

Contudo, para o caso da concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, fica suspensa a possibilidade do cumprimento provisório da decisão antecipatória parcial de mérito. Observa-se que esta decisão concedida monocrática pelo relator do recurso, que nega ou concede o efeito suspensivo pode ser objeto de pedido de reforma por meio do recurso de agravo interno, como possibilita o art. 1.021 do CPC.

Como também pondera o Enunciado 142 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Da decisão monocrática que o relator que concede ou nega o efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou que concede, nega, modifica ou revoga, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional nos casos de competência originária ou recursal, cabe recurso de agravo interno nos termos do art. 1.021 do CPC". [9]

Quanto ao procedimento para a liquidação ou para o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito, os mesmos poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte interessada ou a critério do juiz. Inclusive, recomenda-se que assim se proceda, para evitar tumulto processual, considerando que apenas um ou alguns dos pedidos forma julgados parcialmente, seguindo o transcurso do processo até o julgamento dos demais pedidos que não foram objeto de julgamento parcial antecipado.

Considerando que tanto o julgamento antecipado do mérito quanto a decisão antecipada parcial de mérito são decisões que julgam o mérito, ambas podem ser objeto de pedido rescisório quando guardar pertinência com o disposto nos incisos I ao VIII do art. 966 do CPC.

Quando a ação rescisória buscar rescindir decisão antecipada parcial de mérito, os prazos para seu emprego têm por base a decisão interlocutória que decidiu parcialmente a questão. Neste sentido: "O termo inicial para a ação rescisória, na hipótese de julgamento parcial do mérito, é o trânsito em julgado da decisão interlocutória de mérito. O termo final é até dois anos após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo". [10]

Do exposto, pode-se resumir os fatores que distinguem a decisão parcial de mérito do julgamento antecipado de mérito:

- ato processual: a decisão parcial de mérito representa uma decisão interlocutória, já o julgamento antecipado de mérito consiste numa sentença; [11]
- requisitos: para o julgamento antecipado de mérito exige-se pedido incontroverso ou causa que esteja em condições de imediato julgamento; para o julgamento o parcial de mérito requer-se inexistência de provas a

serem produzidas ou presunção de veracidade das alegações de fato trazidas pelo autor somada a inércia de pedido tempestivo de produção de provas pelo réu revel;

- cumulação de pedidos: para julgamento antecipado de mérito não é necessária a postulação de pedidos cumulados, já para o julgamento antecipado parcial de mérito faz-se tal exigência ou ao menos, torna-se necessário que sendo único o pedido o mesmo possa ser desmembrado;

- julgamento do mérito: no julgamento antecipado de mérito dá-se o julgamento do mérito num único momento, ou seja, em uma única decisão; no julgamento parcial de mérito ocorre o desmembramento da decisão de mérito, que ocorrer em diferentes momentos, resolvendo-se a questão quanto aos pedidos julgados antecipadamente e seguindo a lide quanto aos demais pedidos.

- definitividade da decisão: a decisão proferida no julgamento antecipado de mérito é uma sentença, enquanto a decisão proferida no julgamento antecipado parcial de mérito consiste em decisão interlocutória. Ambas podem ser definitivas. [12]

- recurso: ambos podem ser objeto de embargos de declaração, quando a intenção da parte for esclarecer obscuridade, contradição ou omissão, contudo, quando a intenção for a de reformar o mérito da decisão, o recurso contra a decisão parcial de mérito é o agravo de instrumento e contra a decisão que julgou antecipadamente o mérito emprega-se o recurso de apelação. Como regra geral aquele recurso não possui efeito suspensivo, enquanto este possui, visto que na apelação o efeito suspensivo opera seus efeitos de imediato por ordem da lei – *ope legis*, com exceção das situações previstas no § 1º, I ao VI do art. 1.012 do CPC.

- cumprimento da decisão: enquanto não se operar o trânsito em julgado ambas as decisões são passíveis de cumprimento provisório desde que não se tenha concedido efeito suspensivo aos respectivos recursos de apelação e de agravo de instrumento. Após o trânsito em julgado torna-se possível o cumprimento definitivo.

Por fim, cabe destacar que o CPC em seu primeiro livro delimita os contornos do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença e neste ponto estabelece o processo comum como regra de procedibilidade geral para o processo civil brasileiro, inclusive, devendo ser aplicado subsidiariamente aos demais procedimentos, sejam nos especiais ou no processo de execução.

Nestes termos, as regras pertinentes ao julgamento antecipado do mérito e ao julgamento antecipado parcial do mérito aplicam-se não apenas ao processo de conhecimento, mas também aos procedimentos especiais e ao processo de execução.

4.2 O DEBATE SOBRE O CABIMENTO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO E DO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO FRENTE AS GARANTIAS CONTIDAS NO ARTIGO 5º, XXXV, LIII, LIV E LV DA CF/88.

Apresentadas ponderações sobre as regras processuais envoltas ao julgamento antecipado do mérito e ao julgamento antecipado parcial do mérito passa-se a enfrentar o debate que pode se instaurar sobre a adequação do emprego de tais institutos processuais sobre a hipótese de infração aos incisos XXXV, LIII, LIV e LV do art. 5º da CF/88. Desde já, defendendo-se a propriedade e adequação dos mencionados institutos eis que, quando aplicados nos limites da norma processual, antagonizam a hipótese de

infração a qualquer garantia fundamental.

O julgamento antecipado do mérito e o julgamento antecipado parcial do mérito, em razão de se caracterizarem pela possibilidade da antecipação do julgamento, ou seja, pelo julgamento sem o decurso de todas as etapas procedimentais previstas na legislação processual, acaba por vezes, no cotidiano recursal, gerando discussão sobre a hipótese de infração ao disposto nos incisos LIV, XXXV e LV do art. 5º da CF/88, respectivamente por desrespeito aos princípios do devido processo legal, do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, circunstâncias que gerariam cerceamento de defesa, inspirado nas alegações de inexistência de provas necessárias ao convencimento do magistrado ou insuficiência das mesmas, decorrendo julgamento prematuro.

Contudo, contrariando tais argumentos, reconhece-se que a aplicação das mencionadas normas processuais civil somente teriam cabimento quando o julgamento antecipado, seja total ou parcialmente, respeite os princípios processuais constitucionais, de modo a não permitir cerceamento de defesa, o que concretamente somente ocorreria, em julgamentos que infringiriam os ditames contidos nos artigos 355 e 356 do CPC, situação que enseja a nulidade do ato processual, conforme rezam os dispositivos 276 a 283 do CPC.

Pertinente aos princípios processuais constitucionais tem-se que os mesmos consistem em direitos e garantias fundamentais expressas na forma de princípios, dentre os quais, ressalvam-se os princípios do devido processo legal, do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, efetividade, dentre outros insculpidos na norma fundamental, sobre os passasse a discorrer.

O princípio do devido processo legal consiste em ditame constitucional elencado no art. 5º, LIV da CF/88, segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Dele decorrem diversos outros princípios e garantias constitucionais. Tal princípio: “no processo civil, subsume-se na garantia da ação e da defesa, em juízo” e por tal, compreende todos os demais de modo que as garantias dele decorrentes são consideradas mínimas e operam e, todos os momentos ou fases do processo. [13]

O mencionado princípio pode ser compreendido como devido processo legal substancial e formal, o primeiro constitui autolimitação imposta pelo poder estatal quanto à edição de normas que ofendam a razoabilidade e o regime democrático, enquanto o segundo versa sobre a tutela processual, ou seja, quanto ao processo, as garantias que ele deve respeitar e ao regramento legal que deve obedecer. [14]

Por sua vez, o princípio da garantia de acesso à justiça impõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e assim, representa a efetividade de acesso e resposta aos conflitos sociais levados para julgamento ao Poder Judiciário. Consiste na excelência que deve representar a atividade jurisdicional oferecida pelo Estado e neste sentido, concebe também amplo acesso a uma ordem jurídica justa, que garanta efetiva participação dos litigantes no processo.

O princípio não se limita a obstar que alguma lei impeça o acesso a jurisdição, mas também assegura o direito de exigir do Estado a tutela jurisdicional, dirigindo-se os ditames aos órgãos legiferantes e aos órgãos encarregados de aplicar a lei. [15]

A Resolução 125/2010 do CNJ que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário considera que o direito de acesso à Justiça elencado no art. 5º, XXXV da CF/88 é vertente formal dos órgãos judiciários e implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas. [16]

Princípio dos mais relevantes é a garantia disposta no princípio do contraditório e ampla defesa que assegura ao réu o direito de tomar conhecimento de que está sendo demandado, e de tal modo, exige a formação da tríade processual em qualquer demanda judicial, além de garantir aos litigantes o direito de conhecer das alegações da parte adversa, asseverando também o direito de defesa por meio do amplo emprego dos

instrumentos processuais, inclusive, garantindo a possibilidade do uso de todos os meios recursais pertinentes, favorecendo então, a concretização da tão almejada justiça. Sobre o princípio o STF elucidou:

Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). (...) Dai afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, GrundgesetzKommentar, Art. 103, vol IV, nº 85-99) (...). STF. MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0. PROCED.: MINAS GERAIS. RELATORA ORIGINARIA: MIN. ELLEN GRACIE. RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES. DJ: 17.09.04. Ementário 2164-1. Grifo nosso. [17]

Do exposto, concluiu-se que a Corte Suprema elucidou que o princípio do contraditório e ampla defesa se desdobra em direitos que resguardam aos litigantes,

dentre outros, direito à informação, direito de manifestação e direito de ver seus argumentos considerados. Partindo de tais observações, destacasse que o mencionado princípio do contraditório e da ampla defesa decorre de outra garantia constitucional, qual seja, o princípio do devido processo legal.

A legislação processual civil também expressa a garantia do princípio da ampla defesa e do contraditório em seu art. 7º, que assegura às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Por tal dispositivo constata-se não apenas uma garantia processual, mas também, uma atribuição ativa ao magistrado que deve atuar processualmente para a efetividade deste princípio.

A norma processual também privilegia o mencionado princípio em seu artigo 9º, que preceitua a impossibilidade de se proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. O mesmo sentido mantém-se no art. 10º do CPC, segundo o qual o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Por consequência, não é possível qualquer decisão, mesmo aquelas passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado, sem o devido contraditório, ressalvas apenas as exceções elencadas no parágrafo único, incisos I a III do artigo 9º do CPC, ou seja, nos casos de evidente urgência, resguardado pelas regras das tutelas provisórias de urgência e de evidência e pelas situações elencadas no art. 701 do CPC.

Partindo das concepções apresentadas sobre os princípios constitucionais processuais, comparados com as regras de procedibilidade instituídos do julgamento antecipado do mérito e do julgamento antecipado parcial do mérito, há de se destacar a inexistência de infração a qualquer destes princípios, quando aplicados tais institutos, não resguardando qualquer pertinência alegações de cerceamento de defesa.

A propósito apontam-se entendimentos do STJ e do STF quanto a inexistência de cerceamento de defesa em causas que foram julgadas antecipadamente o mérito, seja total ou parcialmente, como segue:

Acórdãos de Repetitivos. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATORIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO. 1.-(...) 2.- Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa

ao julgamento antecipado da lide. - Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio "N-T Norma", a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); (...)". STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.398 – PR. Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI. Órgão Julgador: S2 - SEGUNDA SEÇÃO. Data do Julgamento: 08/02/2012. DJe 16/02/2012. Grifo nosso. [18]

AGRAVO EM RECURSO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.120.220 - MT. RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS MATERIAIS E ESTÉTICOS – CHOQUE ELÉTRICO EM FIO ELETRIFICADO – PARCIAL PROCEDENCIA. PREJUDICIAL DE MÉRITO – CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEIÇÃO – MÉRITO – MANUTENÇÃO/REPARAÇÃO DE REDE DE ENERGIA ELÉTRICA – IRRELEVÂNCIA - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 37, § 6º, DA CF – CONDUTA OMISSIVA E NEGLIGENTE DA COMPANHIA ELÉTRICA – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE MANUTENÇÃO (...). CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 330 DO CPC/1973. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC/1973) não configura cerceamento de defesa quando constatada a existência de provas suficientes para o convencimento do magistrado. 2. Incide na espécie o óbice da Súmula 7/STJ, porquanto não há como analisar a suscitada contrariedade ao art. 330 do CPC/1973, a fim de verificar se houve cerceamento de defesa na espécie, sem adentrar no acervo fático-probatório dos autos. 3. Agravo interno a que se nega provimento. STJ. AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.220 – MT. (2017/0143383-0). Relator: MINISTRO OG FERNANDES. DJ: 21.09.17. Grifo nosso. [19]

A jurisprudência colacionada corrobora com a conclusão que se apresenta, de que os institutos processuais do julgamento antecipado não infringem os princípios processuais constitucionais, porque respeitam a formação do processo, possibilitam as partes a produção de provas quando necessárias a busca da verdade dos fatos e ao convencimento do magistrado, além de garantir ciência e oportunidade de manifestação as mesmas, quanto aos atos processuais.

Destacando-se que as provas são destinadas ao convencimento do magistrado, que por sua vez, decide pela conveniência ou não da produção das mesmas. E dentro dos limites objetivos e subjetivos da ação, o magistrado investiga os fatos, fixando as provas necessárias, podendo indeferir os requerimentos de prova que entender inúteis ou protelatórias. Neste sentido:

REPETITIVO. INDENIZAÇÃO. DANO AMBIENTAL. ATIVIDADE DE PESCA SUSPensa. Segunda Seção, ao apreciar o REsp sob o rito do art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ, manteve a condenação da Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás, ora recorrente, ao pagamento de indenização por danos morais e materiais causados ao recorrido, pescador profissional, em razão de acidente ambiental. In casu, o presente apelo especial, admitido como representativo de controvérsia, busca especificamente equalizar o julgamento das ações de indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados por vazamento de nafta do navio NT-Norma, de propriedade da recorrente, ocorrido em outubro de 2001, no Porto de Paranaguá, fato que suspendeu a atividade de pesca na região pelo prazo de um mês. Inicialmente, asseverou-se inexistir cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide, pois o magistrado considerou que os aspectos decisivos da causa estavam suficientemente maduros para embasar seu convencimento. Segundo se observou, cabe ao juiz, como único destinatário da prova, aferir a necessidade ou não de colher outros elementos probatórios para análise das alegações das partes. (...). REsp 1.114.398-PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 8/2/2012. Grifo nosso. [20]

Assim, cabe ao juiz determinar as provas necessárias à instrução processual, seja de ofício ou a requerimento, em função da liberdade que possui para formar sua convicção, conforme preveem os art. 130 e 131 do CPC, de modo que não decidirá o mérito parcialmente ou integralmente, sem ponderar a necessidade das provas e considerá-las suficientes. Portanto, no julgamento o magistrado constata que todas as provas necessárias para a decisão estão disponibilizadas nos autos.

De todo o exposto tem-se que a possibilidade de julgamento antecipado do mérito somente se concretiza quando a questão a ser julgada versa sobre matéria de direito ou quando as provas constantes nos autos se mostram suficientes para o convencimento do magistrado, ou seja, frente a situações que não caracterizariam cerceamento de defesa pela insuficiência de prova, eis que requisitos legais para o julgamento antecipado do mérito se coadunam com os ditames constitucionais. [21]

Portanto, tais decisões não geram limitação na produção de provas, ou qualquer obstáculo capaz de impedir as partes de se defender da forma legalmente permitida, ou seja, não geram cerceamento da defesa e infração ao devido processo legal, ao acesso à justiça e ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Somente o impedimento a produção de provas essenciais para a resolução da demanda é que poderia gerar cerceamento de defesa e neste caso sim, infração aos princípios constitucionais que garantem direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF/88. Neste sentido:

STJ. Informativo de Jurisprudência. Informativo nº 0178. JULGAMENTO STJ. Informativo de Jurisprudência. Informativo nº 0096. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PROVA PERICIAL. Trata-se de ação de indenização por erro médico atribuído a funcionário público, na qual foi indeferido pedido de prova pericial, sendo julgada improcedente a ação. A Turma anulou a sentença e o acórdão recorrido, entendendo que restou configurado o cerceamento de defesa porque o autor tem direito à perícia para comprovação do fato. REsp 313.744-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 15/5/2001. [22]

STJ. Informativo de Jurisprudência. Informativo nº 0445. INDENIZAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO. PROVA. Trata-se de ação de indenização por dano moral e material em que correntista de banco, ao verificar o extrato de sua conta-corrente, constatou saque indevido. (...) Para o Min. Relator, como ficou evidenciada pela sentença a necessidade da produção de provas pelas quais a recorrida já havia protestado em duas ocasiões, o julgamento antecipado da demanda constitui cerceamento de defesa, além de violação dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, que são preceitos de ordem pública, conforme disposto no art. 5º, LIV e LV, da CF/1988, impondo assim, a anulação, de ofício, da sentença, como procedeu o tribunal a quo. Quanto à matéria de fundo, o saque indevido em conta-corrente da recorrida, o entendimento deste Superior Tribunal é no sentido de que é objetiva a responsabilidade da instituição. Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 557.030-RJ, DJ 1º/2/2005; REsp 784.602-RS, DJ 1º/2/2006; REsp 406.862-MG, DJ 7/4/2003; REsp 898.123-SP, DJ 19/3/2007, e REsp 1.010.559-RN, DJe 3/11/2008. REsp 714.467-PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/9/2010. [23]

STJ. Informativo de Jurisprudência. Informativo nº 0428. JULGAMENTO ANTECIPADO. CERCEAMENTO. DEFESA. Trata-se, na origem, de ação indenizatória em que se pleiteava danos materiais e morais em face do recorrente, alegando que ele fora responsável por acidente de trânsito no qual ocorreu o óbito do esposo e pai dos recorridos. Em primeiro grau de jurisdição, a juíza dispensou a prova testemunhal arrolada pelo recorrente e julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial. O tribunal a quo, contudo, reformou a sentença ao entendimento de que as provas contidas nos autos, especialmente o boletim de ocorrência com a declaração do recorrente de que teria tido sua visão ofuscada pela luz de outro veículo que trafegava em sentido contrário, já seriam suficientes para concluir que ele estaria muito próximo da moto da vítima, caracterizando-se, portanto, sua imprudência, em razão de não ter guardado a distância necessária para evitar o acidente. No REsp, o recorrente sustentou que ocorreu cerceamento de defesa e impossibilidade de julgamento antecipado da lide e, ainda, que o boletim de ocorrência acostado aos autos não poderia dar sustentação ao decreto condenatório, mormente em face da afirmação nele contida de que, diante de seu estado psicológico, não tinha condições de narrar os fatos com detalhes. Sustentou, também, que a testemunha dispensada pela juíza de piso presenciou os fatos, sendo imprescindível sua oitiva antes da conclusão acerca da dinâmica do acidente. Nesta instância especial, entendeu-se que a decisão pelo julgamento antecipado da lide, em vista de os autores não terem trazido ou produzido as provas necessárias à demonstração do fato constitutivo de seu direito, não poderia ser revertida em desfavor do recorrente sem que se autorizasse a produção da prova por ele requerida. Isso porque o devido processo legal não se compadece com a preparação de armadilhas para as partes. Assim,

ressaltou-se que ou se conclui pela improcedência da demanda em face de o autor não ter se desincumbido de seu ônus probatório, ou se entende pela presença de provas suficientes e se permite ao réu produzir as provas que considera necessárias para demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Registrou-se, ainda, que não se pode dispensar as provas requeridas pelo réu por se entender desnecessárias e depois se concluir por sua responsabilidade. Salientou-se, também, não estar a matéria preclusa, ainda que o réu não se tenha manifestado contra a dispensa das testemunhas na audiência ou em contrarrazões de apelação, pois, nessas ocasiões, não tinha interesse em recorrer, dada sua posição de vencedor da demanda. Diante disso, a Turma deu provimento ao recurso para anular o acórdão e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que sejam ouvidas as testemunhas arroladas pelo recorrente, decidindo-se, após, como for de direito. REsp 1.128.086-RO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 23/3/2010. Grifo nosso. [24].

Do exposto, concluiu-se pela impropriedade da alegação de qualquer hipótese de infração aos incisos XXXV, LIII, LIV e LV do art. 5º da CF/88 em razão exclusivamente de julgamento antecipado do mérito e do julgamento antecipado parcial do mérito, visto que tais julgamentos quando em conformidade com as regras processuais respeitam o ordenamento jurídico.

3.3 A EFETIVIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS OBTIDA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO E PELO DO JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

Partindo da exposição apresentada no capítulo anterior, tem-se que a prática pelo Judiciário do julgamento antecipado do mérito e do julgamento antecipado parcial do mérito, quando concretizada dentro dos ditames legais, revela respeito a direitos e garantias individuais previstos na CF/88, isto porque privilegia diversos princípios constitucionais, em especial os princípios do acesso à justiça e da celeridade processual, sem representar qualquer ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, ou qualquer outro. Assim, prima pelas intenções de efetividade na prestação jurisdicional oferecida pelo Estado, que por sua vez é um dever do Estado social democrático de direitos.

Um Estado que tomou para si o monopólio das funções jurisdicionais e promete através do pacto social firmado com seus jurisdicionados, que irá garantir a paz social e a ordem jurídica, possui mais do que um poder, mas um dever de dizer o direito e resolver os conflitos sociais que lhe são levados, amparando efetivamente aqueles que dele se socorrem. Intenções que podem se concretizar do julgamento antecipado do mérito e pelo julgamento antecipado parcial do mérito.

Tais institutos processuais permitem a efetividade dos princípios fundamentais do processo elencados pela CF/88, em especial o princípio do devido processo legal, do acesso à justiça, do contraditório e ampla defesa e em especial o princípio da duração razoável do processo, também chamado de princípio da celeridade processual.

Além de possibilitar a materialização dos indicados princípios constitucionais processuais, também se somam a garantia dos princípios próprio do processo civil, em especial, o princípio da economia processual, visto que o julgamento antecipada

privilegia a redução de custos financeiros, redução de força de trabalho desnecessária – tanto ao judiciário quanto aos patronos das partes, além de rapidez, evitando a tão penosa morosidade que ataca fulminantemente a atuação jurisdicional, de tal forma a privilegiar uma Justiça barata e ágil. [25]

O princípio da duração razoável do processo encontra amparo no art. 5º, LXXVIII da CF/88, ordena que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”, tal princípio também encontra previsão no art. 4º do CPC e no art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica.

Neste sentido, razoável duração do processo consiste em duração razoável e emprego de meios que garantam celeridade, de forma que a eficiência estará presente quando a tutela jurisdicional for oferecida tempestivamente, sem dilações indevidas. [26]

A celeridade processual garante os melhores resultados possíveis, com maior economia de esforço, despesas e tempo possível, consiste em antídoto a morosidade que afeta o judiciário. De modo que este princípio imbrica com o princípio da efetividade do processo, eis que a duração razoável é necessária para que ele seja eficiente [27].

Sobre a duração razoável do processo disposta no art. 5º, LXXVIII da CF/88:

O dispositivo revela a preocupação geral do legislador com um dos entraves mais problemáticos ao funcionamento da justiça: a demora no julgamento dos processos. Boa parte das alterações e acréscimos havidos na legislação processual, nos últimos anos, tem por fim buscar uma solução mais rápida para os conflitos. Esse princípio é dirigido, em primeiro lugar, ao legislador, que deve editar leis que acelerem e não atravanquem o andamento dos processos. Em segundo lugar, ao administrador, que deverá zelar pela manutenção adequada dos órgãos judiciários, aparelhando-se a dar efetividade a norma constitucional, E por fim, aos juízes, que, no exercício de suas atividades, devem diligenciar para que o processo caminhe para uma solução rápida. [28].

De forma que este princípio é dirigido ao legislador e ao juiz. Ao primeiro para que, na edição de leis processuais, cuide para que o processo chegue ao fim almejado no menor tempo possível, e com a maior economia de esforço e gastos. E para que o juiz conduza o processo com toda a presteza possível. [29].

Conduzir o processo com presteza significa dentre outros, perceber o momento adequado para seu julgamento e decidir antecipadamente ao perceber que não existem provas a serem produzidas além das constantes nos autos ou ainda, quando verificar que sendo o réu revel foram presumidas verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor e o aquele não requereu tempestivamente a produção de provas.

Ou ainda, também significa atentar-se a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito, e assim decidir o mérito de um ou mais dos pedidos ou parcela deles, quando forem incontroversos ou estiverem em condições de imediato julgamento, pela verificação da desnecessidade de provas a serem produzidas ou quando o réu revel não requereu provas tempestivamente e sobre ele recaiu os efeitos da revelia.

O magistrado cauteloso atenta-se ao desenvolvimento processual e de forma eficiente garante celeridade, com duração razoável do processo ao decidir antecipadamente a lide, seja total ou parcialmente, na medida dos limites legais, evitando prolongamentos desnecessários e assim, resguardando o interesse das partes e indiretamente do Estado e da própria sociedade.

Tais ações representam uma tramitação processual que busca um resultado útil as partes, liberta de dilações indevidas, com redução da morosidade da justiça. E desta

forma, a aplicabilidade dos institutos do julgamento antecipado da lide e do julgamento antecipado parcial de mérito garantem celeridade ao processo, economia processual e por consequência, celeridade.

Ainda, é pertinente destacar que o princípio da duração razoável do processo é imposto ao magistrado e consiste em de seus deveres elencado no art. 8º do CPC, somado a observância da eficiência [30], que por sua vez, reflete o dever de eficiência que compete a qualquer dos poderes, ordenado pelo art. 37 da CF/88.

A Resolução 70/09 do CNJ que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e que visa ser reconhecida pela Sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social elencou atributos de valores judiciais para a sociedade, dentre os quais a credibilidade; acessibilidade; celeridade; ética; imparcialidade; modernidade; probidade; responsabilidade social e ambiental, além de transparência.

De forma que tal resolução impõe expressamente ao Judiciário, o dever de garantir a celeridade processual, a qual revelaria eficiência ao Judiciário. Sobre a eficiência a mencionada resolução concebeu-a como eficiência operacional, estabelecendo objetivos para que seja alcançada, dentre os quais: - garantia de agilidade nos trâmites judiciais e administrativos; - busca da excelência na gestão de custos operacionais; - facilidade do acesso à Justiça; - promoção da efetividade no cumprimento das decisões; - responsabilidade social; - promoção da cidadania; - garantia do alinhamento estratégico em todas as unidades do Judiciário e fomentar a interação e a troca de experiências entre Tribunais nos planos nacional e internacional. [31]

Também, a Resolução 125/2010 do CNJ, segue as intenções da Resolução 70/09 e considera a eficiência operacional objetivo estratégico do Poder Judiciário.

Partindo de tais considerações assume-se que a duração razoável do processo é uma imposição legal aos juízes e ao Poder Judiciário e que tal imposição, que representa um objetivo a ser alcançado pelo judiciário guarda relação intrínseca com o princípio da eficiência, ambos se coadunando com os demais princípios processuais constitucionais, que buscam excelência na prestação jurisdicional, circunstâncias que vão de encontro com a possibilidade do julgamento antecipado do mérito e em especial, com o julgamento antecipado parcial, que de forma inovadora, possibilita que os pedidos maduros para julgamento, sejam decididos desde então, sem delongas, garantindo as partes, Justiça, mesmo que ainda pendam outras questões a serem decididas no processo.

Ainda, retomando o princípio do acesso à justiça verificado sob a perspectiva de garante de uma ordem jurídica justa almejada pelo art. 5º, XXXV da CF/88 vincula-se a previsão de mecanismos processuais adequados a realização de direitos subjetivos e neste sentido o julgamento antecipado da lide e o julgamento parcial de mérito representam mecanismos de realizações de direitos. [32]

O mesmo se repete quanto aos demais princípios, do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, eis que os instrumentos processuais mencionados garantem efetividade e eficiência ao resultado do processo e aos objetivos do Poder Judiciário. [33]

Todas as regras apontadas representam uma dinâmica que intenciona resguardar a tutela jurisdicional oferecida pelo Estado, nos limites de suas idealizadas funções, ultrapassando o campo exclusivamente legal, para alcançar a esfera da ética e moralidade que dela se espera, não se caracterizando qualquer infração as funções do judiciário, a aplicabilidade do julgamento antecipado, que nos limites da lei, respeita as garantias fundamentais e oferecem segurança jurídica as decisões.

A segurança jurídica é preservada com os instrumentos processuais em causa, traz racionalidade e confiança ao sistema jurídico [34], neste sentido: “A construção de um sistema jurídico-processual racional requer não apenas instrumentos que

possibilitem a realização imediata, mas, também, segurança dos direitos, sem instabilidade dos entendimentos jurisprudenciais”. [35].

A força motriz da atuação jurisdicional do Estado democrático de direitos consiste em dar fim a lide, pautando-se nas premissas fixadas pela CF/88. [36]

O processo não deve representar um fim em si mesmo, esta realidade afasta-o da justeza que dele se espera com a plena tutela jurisdicional. [37]

O processo deve ser justo e para tanto precisa representar meio de concretização dos atos processuais em paridade com a CF/88. E partindo desta concepção, o processo justo é aquele que consagra no plano procedimental o direito de acesso à Justiça, o direito de defesa, contraditório, paridade de armas processuais, independência e imparcialidade do juiz, motivação das decisões e duração razoável do processo. [38]

Neste sentido, o julgamento antecipado da lide e o julgamento antecipado parcial do mérito, em especial este último que representa inovação no campo processual vem de encontro com a eficiência e celeridade que se busca na resposta que o Poder Judiciário deve oferecer aos seus jurisdicionados, exibindo qualidade, competência e adequação. Respeitam também o princípio da economia processual eis que garantem respostas com o mínimo necessário de atividade jurisdicional, afastando-se atos e formalidades dispensáveis.

Do exposto, não se pode censurar o julgamento antecipado do mérito, seja total ou parcialmente, sendo inadequadas hipóteses que buscam desmerecer tais instrumentos processuais, com hipóteses embasadas em alegações de negação de provas, não oportunização para a produção de prova, ou julgamento prematuro, eis que quando aplicados nos limites processuais, não permitem julgamento sem as provas necessárias, mas pelo contrário, evitam dilação probatória impertinente, que serve apenas para causar morosidade e ineficiência a prestação jurisdicional, em verdade expressam o devido processo legal.

Os instrumentos processuais em análise garantem duração razoável do processo, eficiência e adequação da atividade jurisdicional e possibilitam o reequilíbrio processual em tempo, na medida das possibilidades processuais, com respeito a estrutura do ordenamento jurídico e em particular, com reverência as garantias constitucionais individuais.

4 CONCLUSÃO

O julgamento antecipado do mérito e o julgamento antecipado parcial do mérito consistem em instrumentos processuais legais para a resolução da lide e ambos buscam um processo justo, com toda a responsabilidade ética que dele se espera no resguardo do justo direito. O primeiro já encontrava previsão no CPC/1973, enquanto o segundo consiste em inovação do CPC/2015 e ambos visam resguardar a realização do direito material.

Quanto ao julgamento antecipado parcial do mérito há de reconhecê-lo como instrumento de modernização processual que viabiliza as intenções constitucionais expressas na promessa de acesso à justiça e do devido processo legal, com celeridade, economia processual e efetividade, evitando-se procrastinações incompatíveis com os deveres da atividade jurisdicional.

A resposta de mérito, mesmo que parcial representa desburocratização do procedimento processual e garantia de cumprimento do procedimento legal. Possibilita que o magistrado decida questões maduras para julgamento e restaure, mesmo que não completo por hora, o desequilíbrio social instaurado com o litígio.

De todo exposto conclui-se que a prática do julgamento antecipado do mérito e

do julgamento antecipado parcial do mérito, quando concretizada dentro dos ditames legais, revela respeito a direitos e garantias individuais previstos na CF/88, isto porque privilegia diversos princípios constitucionais, em especial os princípios do acesso à justiça, da celeridade processual e da eficiência, sem representar qualquer ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório, ao contrário, primam pelas intenções de efetividade e celeridade na prestação jurisdicional oferecida pelo Estado, que por sua vez, são deveres impostos ao Estado social democrático de direitos.

REFERÊNCIAS

Enunciado 49 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 30.04.2017.

Enunciado 103 e 142 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <<https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>>. Acesso em 30.04.2017.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

Informativo de Jurisprudência STJ. Informativo nº 0178. Informativo nº 0428. Informativo nº 0445. Informativo nº 0490. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 30.04.2017.

Jurisprudência disponibilizada pelo STF. MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0. PROCED.: MINAS GERAIS. RELATORA ORIGINARIA: MIN. ELLEN GRACIE. RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES. DJ: 17.09.04. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em 30.04.2017.

Jurisprudência disponibilizada pelo STJ. REsp 198.498-MS, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 28/9/1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30.04.2017.

Jurisprudência disponibilizada pelo STJ. REsp 313.744-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 15/5/2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30.04.2017.

Jurisprudência disponibilizada pelo STJ. REsp 1.128.086-RQ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 23/3/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30.04.2017.

Jurisprudência disponibilizada pelo STJ. REsp 714.467-PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 02/09/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30.04.2017.

Jurisprudência disponibilizada pelo STJ. REsp 1.114.398-PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 8/2/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30.04.2017.

Jurisprudência disponibilizada pelo STJ. AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.220 – MT. (2017/0143383-0). Relator: MINISTRO OG FERNANDES. DJ: 21.09.17. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30.04.2017.

Jurisprudência disponibilizada pelo STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.398 – PR. Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI. Órgão Julgador: S2 - SEGUNDA SEÇÃO. Data do Julgamento: 08/02/2012. DJe 16/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30.04.2017.

*MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.*

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Resolução 70/09 e Resolução 125/2010 do CNJ. Disponíveis em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=118>>. Acesso em 30.04.2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. V1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (*et al.*). **Novo CPC Urgente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

[1] Neste sentido, em termos WAMBIER, Luiz Rodrigues (*et al.*). **Novo CPC Urgente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 322.

[2] Como leciona WAMBIER, Luiz Rodrigues (*et al.*). **Novo CPC Urgente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 322.

[3] *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues (*et al.*). **Novo CPC Urgente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 323.

[4] Sobre a sentença e a decisão interlocutória explica MEDINA que: “A sentença, no CPC/2015, é definida pelo momento processual em que é proferida (já que “põe fim” ao processo ou “fase” processual) e também pelo conteúdo, cumulativamente; a decisão interlocutória, por sua vez, não mais se vincula a ideia de “questão incidente” resolvida, no curso do processo, pois, no novo Código, é considerada interlocutória qualquer decisão que não seja sentença, de acordo com o § 2º, do art. 203 do CPC/2015. Cresce em amplitude a decisão interlocutória, no contexto do CPC/2015”. MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 338.

[5] In: MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 339. O autor ainda descreve as fls. 340 da mesma obra que: “Só é sentença a decisão que “põe fim” a processo ou a uma “fase” (de cognição, p. ex.). Assim, há decisão interlocutória de mérito (ou decisão interlocutória definitiva, cf. art. 487 do CPC/2015) e decisão interlocutória terminativa (cf. art. 485 do CPC/2015), e, se se tratar de decisão final, haverá sentença de mérito (ou definitiva) ou sentença terminativa, conforme o caso. No contexto do CPC, não há “decisão interlocutória com conteúdo de sentença”, pois, se a decisão não é “final”, é interlocutória, e não sentença, ainda que seu conteúdo corresponda ao que dispõe o art. 485 ou art. 487 do CPC/2015.

[6] In: MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 345. Sobre a classificação indicada o autor cabe destacar a decisão definitiva e a decisão terminativa, para o qual: “Decisão definitiva, ou de mérito, é a que se detém sobre o objeto litigioso (também chamado objeto material do processo ou objeto da jurisdição, cf. doutrina citada infra), isso é, aquilo sobre que recairá a coisa julgada. (...) A cognição judicial que se realiza, nessa modalidade de decisão, é exauriente (e não sumária). Mesmo no caso de revelia, há cognição aprofundada daquilo que se expos no processo e viabiliza-se a formação da coisa julgada. (...) A decisão terminativa é lançada quando, em razão da ausência de algum requisito processual, impede-se o juiz de examinar o mérito (isso é, de proferir decisão definitiva). Das decisões terminativas trata o art. 485 do CPC/2015. In: MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 345 e 349.

[7] Enunciado 103 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: <<https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>>. Acesso em 30.04.2017.

[8] Enunciado 49 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 30.04.2017.

[9] Enunciado 142 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: Disponível em: <<https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>>. Acesso em 30.04.2018.

[10] Assim lecionam WAMBIER, Luiz Rodrigues (et al.). *Novo CPC Urgente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 327.

[11] “A decisão de mérito pode manifestar-se como sentença ou decisão interlocutória. Será sentença de mérito quando puser fim à fase de cognição do procedimento comum

(cf. § 1º, do art. 203 do CPC/2015) e decisão interlocutória de mérito nos demais casos (cf. § 2º, do art. 203 do CPC/2015).

[12] No magistério de MEDINA a diferença entre decisão terminativa e definitiva ensinando: “A decisão terminativa impõe uma ação ligada a um conteúdo. Não basta por exemplo, que o juiz pronuncie-se sobre a legitimidade *ad causam*; além disso, deve ele reconhecer a ausência de tal requisito processual. Usando a expressão não terminativa para designar a decisão que, embora se pronuncie sobre conteúdo referido num dos incisos do art. 485 do CPC/2015, não se faz acompanhar da ação indicada no dispositivo correspondente. É o que ocorre, por exemplo, com o pronunciamento que afirma estar presente a legitimidade *ad causam*. (...) A decisão terminativa pode manifestar-se como sentença ou decisão interlocutória: a) *sentença terminativa* quando, com fundamento no art. 485 do CPC/2015, puser fim a fase de cognição do procedimento comum ou extinguir e execução (cf. § 1º, do art. 203 do CPC/2015); b) *decisão interlocutória terminativa* quando, embora tenha fundamento no art. 485 do CPC/2015, não colocar fim à fase de cognição do procedimento comum ou não extinguir a execução”. (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 675 e 676).

[13] In: MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 113.

[14] In: GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

[15] MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 114.

[16] *Resolução 125/2010 do CNJ disponibilizada na íntegra em*: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 30.04.17.

[17] Jurisprudência disponibilizada pelo STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em 30.04.2017.

[18] Jurisprudência disponibilizada pelo STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30.04.2017.

[19] Jurisprudência disponibilizada pelo STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30.04.2017.

[20] Informativo de Jurisprudência STJ. Informativo nº 0490. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 30.04.2017.

[21] Corroborando com tal conclusão segue a o Informativo de Jurisprudência do STJ. Informativo nº 0034. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PROVA. A Turma, embora não conhecendo do recurso especial, considerou que prova oral ou pericial só seria indispensável no julgamento antecipado da lide se necessária ao deslinde do litígio ou tivesse força para contrariar a prova escrita apresentada na inicial. REsp 198.498-MS, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 28/9/1999. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 30.04.2017.

[22]. Informativo de Jurisprudência STJ. Informativo nº 0178. No mesmo sentido segue o Informativo de Jurisprudência n. 0552. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 30.04.2017.

[23]. Informativo de Jurisprudência STJ. Informativo nº 0445. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 30.04.2017.

[24]. Informativo de Jurisprudência STJ. Informativo nº 0428. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 30.04.2017.

[25] Sobre o princípio da economia processual ensina Humberto THEODORO JÚNIOR que: “O processo civil deve-se inspirar no ideal de propiciar as partes uma Justiça barata e rápida, do que se extrai a regra básica de que “deve tratar-se de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual. (...) O princípio da economia processual vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, porquanto o desvio da atividade processual para os atos onerosos inúteis e desnecessários gera embaraço a rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional. Justiça tardia é, segundo a consciência geral, justiça denegada. Não é justo, portanto, uma causa que se arrasta penosamente pelo foro, desanimando a parte e desacreditando o aparelho judiciário perante a sociedade. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. V1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 39 e 40.

[26] *MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 126.*

[27] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

[28] *In*: GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

[29] Conforme ensina GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

[30] Sobre o princípio da eficiência ensina Hely Lopes Meirelles que “O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípios da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros.” *In*: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Ditames estes que se aplicam integralmente ao Poder Judiciário.

[31] Resolução 70/09 do CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=118>>. Acesso em 30.04.2017.

[32] *MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 116.*

[33] “De forma alguma, há de se imaginar que para cumprir a garantia da celeridade processual se tenha de violar os princípios basilares do devido processo legal, com medidas autoritárias de supressão do contraditório, da ampla defesa, do tratamento não igualitário das partes, ou decisões desprovidas de fundamentação etc. Não são as

garantias conquistadas pela humanidade sob o manto do devido processo legal que fazem lenta e tardonha a prestação jurisdicional. Ao contrário, é justamente o descaso do aparelhamento jurisdicional em face do respeito ao procedimento inerente ao devido processo legal que torna, injustificadamente demorada a resposta definitiva da justiça estatal aos pleitos que lhe são submetidos. *In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. V1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 32.*

[34] “O princípio da segurança jurídica é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica, sendo segundo J. J Gomes Canotilho, um dos subprincípios básicos do próprio conceito do Estado de Direito. (...) *In: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.*

[35] *MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 122.*

[36] *MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 142.*

[37] Corroborando com tal assertiva Humberto Theodoro Júnior explica que: “Arrestos importantes, a propósito, tem ressaltado a “urgente necessidade de se simplificar a interpretação e aplicação dos dispositivos do Código de Processo Civil” e de enfatizar que o processo “tem de viabilizar, tanto quanto possível, a decisão sobre o mérito das causas”, evitando a exacerbação das técnicas puramente formais, que, não raro, sacrificam ou prejudicam o julgamento do mérito e selam o destino da causa no plano das formalidades procedimentais”. *THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. V1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 31.*

[38] Conclusões de Humberto Theodoro Júnior *in: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. V1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 29.* O autor ainda explica que: “No plano substancial, o processo justo deverá proporcionar a efetividade da tutela aquele a quem corresponda a situação jurídica amparada pelo direito, aplicado à base de critérios valorizados pela equidade concebida, sobretudo, a luz das garantias e dos princípios constitucionais. (...) A justiça que se busca no processo não é, naturalmente, aquela que a moral visualiza no plano subjetivo. É, isto sim, a que objetivamente corresponde à prática efetiva das garantias fundamentais previstas na ordem jurídica constitucional, e que, de maneira concreta se manifesta como o dever estatal de “assegurar tratamento isonômico às pessoas, na esfera das suas atividades privadas e públicas”.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIVÓRCIO CONSENSUAL EXTRAJUDICIAL POR ESCRITURA PÚBLICA E SEUS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS APÓS A VIGÊNCIA DO CPC/2015

CONSIDERATIONS ABOUT THE SETTLEMENT CONSENSUAL DIVORCE BY NOTARIAL DEED AND ITS PROCEDURAL ASPECTS AFTER THE CPC/2015

Angela Maria Griboggi¹⁶³; Aline Maria Hagers Bozo¹⁶⁴; Sergio Rodrigo De Pádua¹⁶⁵

GRIBOGGI et al. Considerações sobre divórcio consensual extrajudicial por escritura pública e seus aspectos procedimentais após a vigência do CPC/2015. Revista Tecnológica da FATEC-PR: Edição especial de Direito, v.1,n.9, p. 130-151, jan/dez, 2018.

RESUMO

O presente ensaio discorre sobre o divórcio consensual extrajudicial por escritura pública abordando seus aspectos procedimentais, incluindo a análise dos textos legais pertinentes ao tema, em particular a CF/88, o CC/02 e Resoluções do Conselho Nacional de Justiça e da Corregedoria, em particular após a vigência do CPC/2015. O trabalho é apresentado em três capítulos que buscam avaliar o instituto do divórcio, a atuação dos tabelionatos no processo administrativo de divórcio e a aplicação da Resolução nº 35, de 24/04/07 do CNJ, avaliando os objetivos, facilidades e vantagens do procedimento extrajudicial.

Palavras chave: Divórcio. Divórcio Extrajudicial. Escritura Pública de Divórcio.

ABSTRACT

The present essay deals with the out-of-court consensual divorce by public deed addressing its procedural aspects, including the analysis of legal texts pertinent to the topic, in particular CF/88, CC/02 and Resolutions of the National Council of Justice and the CPC/2015. The work is presented in three chapters that seek to evaluate the divorce institute, the performance of the notaries in the administrative process of divorce and the application of Resolution nº 35, dated 04/24/07 of the CNJ, evaluating the objectives, facilities and advantages of the procedure extrajudicial.

¹⁶³ Angela Maria Griboggi. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Especialista em Direito Civil pela FGV. Especialista em Direito Ambiental pela PUC/PR. Possui graduação em Direito pela PUC/PR. Possui graduação em Filosofia pela UFPR. Servidora Pública - UFPR. Advogada militante na área do Direito Civil. Professora de Direito nas instituições FATEC, FANEESP e FESP. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SJP-PR. Membro Consultivo da Comissão de Direito Ambiental da OAB/SJP-PR.

¹⁶⁴ Aline Maria Hagers Bozo é graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel. É graduada em Letras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Especialista em Direito Criminal pela UniCuritiba. Mestre em Direito Econômico e Ambiental pela PUC/PR. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: licitação, contratos, procedimentos administrativos, pregoeira do Estado e presidente de comissões de licitações por mais de seis anos. Professora da FANEESP nas disciplinas de história do direito, direito penal e direito criminal.

¹⁶⁵ Sérgio Rodrigo de Pádua é professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Teoria do Direito, mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela Unibrasil. Especialista em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla/Espanha). Especialista em Direito e Administração Pública pelo Instituto Busato de Ensino. Bacharel em Direito pela UEPG. Membro do Colégio de professores da ABDCConst.

Keywords: *Divorce. Extrajudicial Divorce. Public Deed of Divorce.*

1 INTRODUÇÃO

O casamento consiste legalmente num contrato, mas é concebido por valores morais, religiosos e sociais e fixa a união entre os cônjuges, ressalvada a possibilidade de dissolução nas hipóteses previstas na lei.

Quanto a dissolução do matrimônio verificou-se uma evolução legislativa importantíssima, que partiu da impossibilidade de sua dissolução, para a sua autorização, quando por decisão judicial, até chegar a previsão de sua dissolução extrajudicialmente, desde que preenchido alguns requisitos.

Frente a esta realidade o presente estudo objetiva abordar a questão do divórcio consensual extrajudicial realizado por escritura pública, identificando as principais vantagens quanto a sua realização.

Para tanto tratará dos requisitos determinados em lei, seus benefícios, documentação necessária, a forma de se partilhar os bens, a necessidade da assistência de advogado comum ou advogados para cada cônjuge, dentre outros.

O tema é exposto em três capítulos, o primeiro tem por finalidade abordar questões históricas sobre o divórcio no Brasil. O segundo aborda as possibilidades materiais e processuais para a efetivação da dissolução do matrimônio.

O terceiro discorrerá sobre a atuação dos tabelionatos no processo administrativo de divórcio, incluindo o divórcio consensual extrajudicial por escritura pública e as regras após a vigência do CPC/2015.

1.1 OBJETIVO GERAL

Debater o tema do divórcio extrajudicial apontando suas regras de procedibilidade e requisitos com a finalidade de aponta-lo como um instrumento extrajudicial capaz de garantir efetividade e celeridade a garantia de direitos, decorrentes da dissolução do matrimônio e da partilha de bens.

1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) - Expor a legislação constitucional e infraconstitucional que disciplina o divórcio extrajudicial;
- b) - Indicar as regras de procedibilidade aplicáveis ao divórcio extrajudicial;
- c) - Estabelecer a diferença e requisitos entre divórcio judicial e extrajudicial;
- d) - Evidenciar que a prática da realização do divórcio extrajudicial consiste em instrumento de garantia e celeridade a direitos;
- e) - Apontar as vantagens do divórcio extrajudicial.

1.3 JUSTIFICATIVA

O estudo justifica-se em função de abordar tema relativo a direito de família que completa 10 anos, ou seja, faz-se uma análise do instituto do divórcio extrajudicial após 10 anos de sua vigência no ordenamento pátrio ocorrida com a Lei 11.441/2007, evidenciando que apensar de completar uma década, a maioria dos divórcios na

atualidade efetiva-se na via judicial, a que pese a grande utilidade e eficácia.

2 METODOLOGIA

O estudo desenvolveu-se por meio de abordagem de legislação, doutrina e jurisprudência sobre o tema.

3 DESENVOLVIMENTO

3.1 A DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO E SEU ASPECTO HISTÓRICO NO BRASIL

O matrimônio possui tratamento legislativo entre os artigos 1.511 a 1.570 do CC/02 e nos termos do caput do art. 1.511 “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Por sua vez, a dissolução do matrimônio encontra amparo no artigo 1.571 do CC/02, sendo possível nos casos de morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação, separação e o divórcio. Dentre estas modalidades, apenas estas últimas é objeto de estudo no presente trabalho.

Historicamente se reconhece que o casamento civil nasceu na Europa, precisamente na Holanda no século XXI, consolidando-se na França no ano de 1967, chegando em terras brasileiras no século XIX. O casamento civil é ato solene em que o Estado intervém desde a habilitação, para o controle da inexistência de impedimento, até a celebração por autoridade competente [1].

Para ter eficácia erga omnes, efetua-se o registro de casamento no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais. [2]

O matrimônio é o acordo de vontades entre duas pessoas dispostas a constituir família nos termos da Lei, devendo ser desimpedidos para contraírem as núpcias, passando esta comunhão considerado como negócio jurídico especial e de fins que interessam ao Estado, à sociedade, às pessoas envolvidas e respectivos familiares.

O matrimônio constitui instituto de objetivos amplos, mas também, interesses individuais, espirituais e materiais dos nubentes, dentre seus fins citam-se a formação de família, instituição de sociedade conjugal, realização de comunhão espiritual, geração e criação dos filhos, satisfação de interesses sexuais, econômicos e sociais. [3]

Instituído o matrimônio, em termos históricos no Brasil, por longo período o instituto foi tido como indissolúvel. Analisando a dissolução do matrimônio em termos históricos, pode-se resumir sua evolução como segue:

“1827 - Com a proclamação da independência e a instauração da monarquia (1822-1899), o Brasil permaneceu sob influência direta e incisiva da Igreja, em matéria de casamento. O Decreto de 03.11.1827 firmava a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, consolidando a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais.

1861 - No Brasil Império, houve a primeira flexibilização da Igreja Católica. Decreto 1.144, de 11.09.1861 regulou o casamento entre pessoas de seitas dissidentes, de acordo com as prescrições da respectiva religião. A inovação foi passar para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar a nulidade do casamento. No entanto, admitia-se apenas a separação pessoal.

1889 - Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, houve a

separação entre a Igreja e o Estado e a necessidade de regular os casamentos.

1891 - Ante a persistência da realização exclusiva do casamento católico, foi expedido novo Decreto, no 521, em 26 de junho de 1890, dispondo que o casamento civil, deveria preceder as cerimônias religiosas de qualquer culto. Foi disciplinada a separação de corpos, sendo indicadas as causas aceitáveis: adultério; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos; e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos.

1893 - o Deputado Érico Marinho apresentava no Parlamento a primeira proposição divorcista. Em 1896 e 1899, renovava-se a tentativa na Câmara e no Senado.

1900 - O deputado provincial Martinho Garcez ofereceu, no Senado, projeto de divórcio vincular. A proposição foi repelida.

1901 - O jurista Clóvis Beviláqua apresenta, após seis meses de trabalho, su projeto de Código Civil. Duramente criticado pelo então senador Rui Barbosa e por vários juristas, seu projeto sofreu várias alterações até sua aprovação, em 1916. Tal como no direito anterior, permitia-se o término da sociedade conjugal por somente por via do desquite, amigável ou judicial. A sentença do desquite apenas autorizava a separação dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens. No entanto, permanecia o vínculo matrimonial. A enumeração taxativa das causas de desquite foi repetida: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal (art. 317). Foi mantido o desquite por mútuo consentimento (art. 318). A legislação civil inseriu a palavra desquite para identificar aquela simples separação de corpos.

1934 - A indissolubilidade do casamento torna-se preceito constitucional na Constituição do Brasil, de 1934.

1937 - A Constituição de 10 de novembro de 1937 reiterou que a família é constituída pelo casamento indissolúvel, sem se referir à sua forma (art. 124). O mesmo preceito foi repetido nas constituições de 1946 e de 1967.

1946 - Ainda na vigência da Constituição de 1946, várias tentativas foram feitas no sentido da introdução do divórcio no Brasil, ainda que de modo indireto. Seria acrescentada uma quinta causa de anulação do casamento por erro essencial, consistente na incompatibilidade entre os cônjuges, com prova de que, após decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite, o casal não restabelecera a vida conjugal. Proposta também emenda constitucional visando a suprimir da Constituição a expressão "de vínculo indissolúvel", do casamento civil.

1969 - De acordo com a Carta outorgada pelos chefes militares (Emenda Constitucional n. 1/69), qualquer projeto de divórcio somente seria possível com a aprovação de emenda constitucional por dois terços de senadores (44) e de deputados (207).

1975 - Apresentada emenda à Constituição de 1969 (EC n. 5, de 12.03.1975), permitindo a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Em sessão de 8 de maio de 1975, a emenda obteria maioria de votos (222 contra 149), porém insuficientes para atingir o quorum exigido de dois terços.

1977 - O divórcio foi instituído oficialmente com a emenda constitucional número 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela lei 6515 de 26 de dezembro do mesmo ano. De autoria do senador Nelson Carneiro, a nova norma foi objeto de grande polêmica na época, principalmente pela

influência religiosa que ainda pairava sobre o Estado. A inovação permitia extinguir por inteiro os vínculos de um casamento e autorizava que a pessoa casasse novamente com outra pessoa. Até o ano de 1977, quem casava, permanecia com um vínculo jurídico para o resto da vida. Caso a convivência fosse insuportável, poderia ser pedido o 'desquite', que interrompia com os deveres conjugais e terminava com a sociedade conjugal. Significa que os bens eram partilhados, acabava a convivência sob mesmo teto, mas nenhum dos dois poderia recomeçar sua vida ao lado de outra pessoa cercado da proteção jurídica do casamento. Naquela época, também não existiam leis que protegiam a União Estável e resguardavam os direitos daqueles que viviam juntos informalmente.

A Lei do Divórcio, aprovada em 1977, concedeu a possibilidade de um novo casamento, mas somente por uma vez. O 'desquite' passou a ser chamado de 'separação' e permanecia, até hoje, como um estágio intermediário até a obtenção do divórcio. Foi com a Constituição de 1988 que passou a ser permitido divorciar e recasar quantas vezes fosse preciso.

1988 - A Constituição de 1988, em seu artigo 226, estabelece que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, mas desde que cumprida a separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos". Merece destaque especial, no texto da Constituição e seu regulamento no Código Civil (2002), o reconhecimento de outras formas de constituição familiar, além da via do casamento, incluindo o reconhecimento de uniões estáveis.

1989 - A Lei 7.841, de 17.10.1989, revogou o art. 38 da Lei do Divórcio (1977), eliminando a restrição à possibilidade de divórcios sucessivos.

2007 - Promulgada a lei 11441 de 4 de janeiro de 2007 - O divórcio e a separação consensuais podem ser requeridos por via administrativa. Dispensa a necessidade de ação judicial, bastando que as partes compareçam assistidas por um advogado, a um cartório de notas e apresentar o pedido. Tal facilidade só é possível quando o casal não possui filhos menores de idade ou incapazes e desde que não haja litígio.

2009 - A Lei 12.036 de 1º.10.2009 modificou a Lei de introdução ao Código Civil (Art. 7º§ 6º), compatibilizando o lapso temporal do divórcio realizado no estrangeiro com a sistemática constitucional.

2010 - Aprovada em segundo turno a PEC do Divórcio, restando sua promulgação pelas respectivas casas legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal. A pretensão normativa foi sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), pretendendo modificar o § 6º do art. 226 da Constituição Federal. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sendo suprimido o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Aprovado, finalmente, o divórcio direto no Brasil". [4]

Analisando-se a citação verifica-se que o instituto da separação/divórcio passou por inúmeras reformas e foi substituída por legislações mais modernas, dentre elas a Emenda Constitucional 66/2010 que alterou o § 6º do art. 226 da CF/88, que passou a vigorar com a seguinte redação: "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio" [5].

Complementando tais considerações, pode-se descrever que na história da legislação brasileira até a Constituição Federal de 1934 manteve-se a indissolubilidade do casamento. Inclusive, em seu artigo 144, foi taxativa quanto a tal indissolubilidade, descrevendo que "A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção

especial do Estado”. [6]

O mesmo se diz da Constituição de 1937, que no dispositivo 124 determinou que: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”. [7]

A Constituição de 1967 também manteve a indissolubilidade do casamento no § 1º de seu art. 167 [8]. E como já relatado, somente em 1977, surgiu o divórcio.

A Emenda Constitucional nº 9 instituiu o Divórcio no Brasil, sendo seguida da aprovação da Lei 6.515 de 1977, chamada Lei do Divórcio, que regulamentou esse novo instituto jurídico. Esta novidade permitiu que se extinguisse o vínculo do casamento e ainda permitiu que a pessoa pudesse a contrair novas núpcias.

Antes de 1977 aquele que contraísse núpcias, permaneceria com o vínculo matrimonial por toda a vida, de forma que era possível a separação, que colocava fim a sociedade conjugal, fixando-se o término do regime de bens, mas permaneciam as partes vinculadas pelo matrimônio. Desta forma os bens eram partilhados e a convivência sob o mesmo teto acabava, mas os cônjuges não conseguiam obter novo casamento. Valendo destacar que a época não haviam regras jurídicas que protegessem a união estável.

Situação que veio a ser modificada pela Lei do Divórcio, que possibilitou não só a dissolução do vínculo matrimonial, mas também, possibilitou a concretização de um segundo casamento, resguardado pelo direito por mais uma única vez. Esta legislação assumiu grande importância histórica por haver transformado a configuração das entidades familiares existentes até então no país.

A CF/88 passou a permitir o divórcio, a dissolução do casamento e a realização de novo matrimônio quantas vezes desejasse o indivíduo, sem qualquer limitação ao número de casamentos e divórcios.

E seguindo em termos legislativos e em ordem cronológica, novo avanço se verificou quanto à dissolução do matrimônio, com a vigência da Lei 11.441/07 que possibilitou a realização do divórcio consensual pela via extrajudicial, o que representa mais um avanço em termos de dissolução matrimonial, já que permitiu o rompimento do vínculo pela via administrativa, apartada do Poder Judiciário.

Com a aprovação da PEC 28/09, chamada de PEC do Divórcio o § 6º do art. 226 da CF/88 suprimiu o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovação de separação de fato por mais de 2 anos.

Ponderando a evolução do divórcio no Brasil, verificou-se certa dificuldade legislativa em se permitir o rompimento do vínculo matrimonial pela manifestação da vontade de uma ou ambas as partes, e neste sentido:

Para entender a razão dos empecilhos historicamente impostos pela lei ao fim do casamento, é necessário atentar à própria evolução do conceito de família, que sempre foi valorada como um bem em si mesmo. A manutenção do vínculo conjugal era uma tentativa de consolidar as relações sociais. Tanto era assim que a idéia de família sempre esteve ligada à de casamento. Os vínculos extrapatrimoniais eram reprovados socialmente e punidos pela lei. O rompimento da sociedade marital afigurava-se como um esfacelamento da própria família. [9]

Corroborando com o exposto, verifica-se que tais empecilhos dão-se pelo reconhecimento de que a família constitui “instituição” da sociedade, de modo que os institutos jurídicos que a permeiam são por consequência relevantes, e a sociedade por

sua vez possui apego histórico a concepção de uma família que na modernidade não engloba todas as concepções que compreendem esta instituição e a evolução pela qual passou, o que reflete-se também, diante das questões que envolvem a dissolução da sociedade conjugal, relevante apego ético, moral e religioso que afasta-se da realidade social.

O CPC/2015 trata do tema em seu art. 733 definindo que o divórcio consensual, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderá ser realizado por escritura pública.

Realizadas tais ponderações passa-se a passasse a discorrer sobre as possibilidades materiais e processuais para a efetivação da dissolução do matrimônio.

3.2 AS REGRAS MATERIAIS E PROCESSUAIS CIVIS APLICÁVEIS A DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO

Antes de adentrar as regras hodiernas sobre a dissolução do matrimônio, esboçasse com brevidade algumas considerações sobre o desquite e a separação judicial.

Em termos históricos o rompimento do vínculo matrimonial deu-se pelo desquite, termos que foi suprimido pela Lei 6.515/77. O desquite consistiu na possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial sem a dissolução do matrimônio, ou seja, permanecia intacto o vínculo matrimonial, o que por derradeiro, impossibilitava novo casamento, mas não impedia novos arranjos familiares, já que rompia os deveres de fidelidade e vida comum. [10]

Por sua vez, a separação judicial também colocava fim aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens. O procedimento judicial iniciava-se ela manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges e para o caso de incapacidade, permitia a representação por curador, ascendente ou irmão.

O conceito jurídico de separação judicial pode ser concebido da seguinte forma:

Tratando-se de separação judicial, a extinção da sociedade conjugal não pressupõe o desfecho do vínculo matrimonial: ela põe termo às relações do casamento, mas mantém intacto o vínculo, o que impede os cônjuges de contrair novas núpcias. Somente a morte, a anulação e o divórcio rompem o vínculo, autorizando os ex-cônjuges a contrair novas núpcias. [11]

O divórcio é um instituto do direito de família que põe fim ao vínculo matrimonial. Foi autorizado pela Lei 6.515/77 e possibilitou o fim da sociedade conjugal, mas não do vínculo matrimonial, mas para tanto exigia prévia separação, para que então se pudesse converter a separação em divórcio.

Atualmente pode ser pleiteado na via judicial ou extrajudicial, conforme o cumprimento dos requisitos para uma ou outra situação. Exigindo para tanto, a manifestação da vontade de um ou ambos os cônjuges.

Antes da Constituição de 1988, a Lei 6.515 de 1977, exigia um prazo de 5 anos de separação de fato para se alcançar o divórcio, prazo que foi reduzido para 2 anos. Seguindo, surgiu à possibilidade do divórcio direto, que apenas poderia se concretizar somente com o decurso de dois anos de uma separação de fato, o que se deu nos termos do § 6º do art. 226, que preceitua: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após previa separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. [12]

A título de ilustração apontasse certa discussão doutrinária quanto a permanência ou não do instituto da separação no direito pátrio, em razão do conteúdo da EC 66/2010, que deu nova redação ao § 6º, do art. 266 da CF/88, dispensando a previa separação para a concretização do divórcio.

Neste sentido como foi mantido o verbo “pode”, alguns doutrinadores sustentam a possibilidade de os cônjuges buscarem a separação, contudo defende ser um absurdo tal entendimento por destoar dos avanços sobre o tema, descrevendo que a CF afastou de seu texto a separação e assim, estão derogados os dispositivos de legislação infraconstitucional sobre o tema. “(...) Logo, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal. Ainda que permaneça inalterado o Código Civil (arts. 1.571 a 1.578), tal não significa que persiste o instituto”. [13]

Para o divórcio direto não se discute a culpa pela desconstituição do vínculo matrimonial. Exigia-se, apenas o decurso do tempo de um ano de separação judicial para conversão em divórcio, requisito que atualmente não mais persiste:

A única ação dissolutória do casamento é o divórcio, que não mais exige a indicação da causa de pedir. Eventuais controvérsias referentes a causa, culpa ou prazos deixaram de integrar o objeto da demanda. Em consequência, não subsiste a necessidade do decurso de um ano do casamento para a obtenção do divórcio (CC 1.574). O avanço foi significativo, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Afinal, se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazo para o casamento acabar.

A verdade é uma só: a única forma de dissolução do casamento é o divórcio, eis que o instituto da separação foi banido – e em boa hora – do sistema jurídico pátrio. Inclusive, o Conselho Nacional de Justiça, ao revogar o art. 53 da Resolução 35/07, dispensando o prazo para a possibilitar o divórcio extrajudicial, acabou chancelando a eficácia da EC 66/10. [14]

O regramento material vigente sobre o divórcio encontra disciplina no Código Civil de 2002 entre os arts. 1.571 a 1.582. Podendo concebê-lo como forma de dissolução do casamento válido, o qual extingue o vínculo matrimonial e se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias o que também se pode verificar quando efetivado na via extrajudicial, através do divórcio celebrado por meio de escritura pública.

Por sua vez, o regramento processual está amparado nos arts. 731 ao 734 do CPC, que disciplinam o divórcio e a separação consensuais, a extinção consensual de união estável e da alteração do regime de bens do matrimônio. De tais dispositivos é pertinente ao divórcio extrajudicial o disposto nos arts. 731 e 733.

Neste sentido a legislação processual em seu art. 734 autoriza que o divórcio consensual poderá ser realizado por escritura pública, desde que não haja nascituro ou filhos incapazes, observados os requisitos legais. Para tanto a escritura deve tratar das disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; das disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges e do acordo relativo ao regime de visitas.

Ainda, o CPC define no § 1º do art. 733 que a escritura do divórcio extrajudicial não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

Determina também, § 1º do art. 733 do CPC, que o tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Do exposto conclui-se que a entrada em vigor do CPC/2015 não alterou as disposições da Resolução 35/07 do CNJ e da EC 66/10, como também não mudou as regras contidas na Lei 11.441/07.

Quanto à conversão da separação em divórcio, com fundamento na EC 66/10, aqueles que estejam separados podem requerer a decretação do divórcio, não se exigindo dos mesmos, à espera de qualquer lapso temporal. Ainda, o casal que se encontre separado, conforme preceitua o art. 48 da Resolução 35 do CNJ, pode pleitear o restabelecimento da sociedade conjugal, bastando demonstrar a certidão da sentença de separação ou a averbação da separação no assento do casamento. [15]

Após a EC 66/10 a separação não pode mais ser levada a efeito na esfera extrajudicial e para os casos em que o procedimento administrativo se encontrasse em fase de elaboração extrajudicial em razão da alteração da norma constitucional, o tabelião não poderia mais lavrar a escritura de divórcio e se o fizesse, estar-se-ia diante de nulidade absoluta do ato, a qual poderia ser impugnada por qualquer interessado, sendo imprescritível a ação para a decretação de tal nulidade.

Partindo da análise apresentada verifica-se que o divórcio pode se concretizar pela via judicial ou extrajudicial [16]. Esta é facultada no caso de consenso entre os cônjuges e desde que não tenham filhos incapazes, nem nascituro, para as demais situações é necessário o divórcio judicial, a que pese as intenções do CPC que privilegia soluções consensuais.

Do exposto constata-se que o divórcio extrajudicial é um reflexo do movimento de desjudicialização dos conflitos, associado à simplificação dos procedimentos, desburocratização dos serviços públicos e desafogamento da justiça. De uma forma mais progressista defende que por ser o divórcio um direito que não admite contestação, para os casos de envolver somente maiores capazes, deveria ser obrigatória a sua realização pela via administrativa, bastando notificação extrajudicial, por meio do tabelionato. Justifica sua opinião alegando falta de interesse de agir em juízo. Contudo, reconhece que o acesso ao Poder Judiciário não pode ser negado [17].

Realizadas tais considerações sobre as regras materiais e processuais sobre o divórcio, passa-se a discorrer sobre o procedimento administrativo para a concretização do divórcio extrajudicial.

3.3 AS REGRAS DE PROCEDIBILIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL E A ATUAÇÃO DOS TABELIONATOS

O divórcio extrajudicial representa um procedimento integrante da jurisdição voluntária, por não prescindir de litígio entre os envolvidos, sendo a questão resolvida consensualmente.

Os cônjuges quando conjuntamente ou de modo individual decidem que a vida comum se tornou insuportável e pretendem por fim ao vínculo matrimonial, podem dissolver o vínculo pela via judicial ou extrajudicial, conforme o cumprimento das exigências e requisitos legais.

Nesta medida a Lei 11.441/07 viabilizou a realização da separação consensual e do divórcio pela via administrativa, o que fez por meio de seu art. 3º, que acrescentou o art. 1.124-A ao revogado CPC/1973, nos seguintes termos:

[...]

Art. 3º A Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A:

“Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. [18]

A legislação processual revogada possibilitava em seu art. 1124-A do CPC a separação consensual e o divórcio consensual, desde que cumprido os seguintes requisitos: - acordo/consenso entre os cônjuges; - inexistência de filhos comuns menores de 18 anos ou incapazes, - quanto ao prazo há de se retomar as alterações legislativas e indicar que atualmente não são mais exigidos requisitos temporais para a realização do divórcio, nem mesmo o disposto no art. 53 da Resolução 35 de 2007 do CNJ [17]; - a separação consensual e o divórcio consensual devem ser efetivados por meio de escritura pública; - a escritura de trazer à descrição e à partilha dos bens comuns; - a escritura de indicar o acordo sobre pensão alimentícia que os cônjuges oferecerão ou não, entre si; - a escritura também deve tratar sobre o acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

A nova legislação processual exige em seu art. 733: -acordo/consenso entre os cônjuges; - inexistência de filhos incapazes e/ou nascituros.

Quanto ao requisito de inexistência de filhos menores, há que se destacar que os filhos quando emancipados, mesmo que menores de 18 anos, não obstam a realização do divórcio ou de inventário via administrativa. Cabe destacar que os cônjuges devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que não possuem filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento, em respeito ao art. 34 da Resolução 35/07 do CNJ.

Destaca-se ainda, a inclusão do parágrafo único ao mencionado art. 34 da Resolução 35/07 do CNJ, ordenada pela Resolução 220/2016 também do CNJ, que impôs as partes, o dever de declarar ao tabelião, que o cônjuge virago não se encontra em estado gravídico, ou ao menos, que não tenha conhecimento sobre esta condição.

Como requisito para o divórcio consensual, indica-se também a necessidade de que ambos os cônjuges estejam assistidos por advogado, comum ou não. O advogado deverá assistir as partes e será qualificado na escritura do divórcio, devendo assinar tal ato notarial.

A falta de consenso entre os cônjuges inviabiliza a realização da separação e do divórcio pela via extrajudicial. Os mesmos devem estar de acordo quanto à partilha de bens, uso do nome e pensão, visto que qualquer desavença não pode ser suprida ou decidida pelo tabelionato. De forma que diante desta situação, resta a realização da dissolução do matrimônio pela via judicial.

Relativamente à faculdade de opção pela realização do divórcio pela via extrajudicial, o art. 2º da Resolução 35 de 2007 [18] determinou que seria possível aos cônjuges optar pela via judicial ou extrajudicial e ainda definiu a possibilidade da

suspensão por até 30 dias da tramitação do processo judicial de separação ou divórcio judicial, ou ainda, a desistência deste procedimento iniciado pela via judicial, no intuito de concretizar-se pela via administrativa.

Observa-se ainda, que a realização do divórcio judicial deve obedecer à Lei 8.935/94, que regulamenta o art. 236 da CF/88, e dispõem sobre serviços notariais e de registro, os quais trazem regras de procedibilidade para a concretização do serviço notarial em especial, para a realização da escritura pública.

Pondera-se que os arts. 731 a 734 do CPC/15 mantiveram o disposto no art. 1124-A do CPC/73 e na Resolução 35 de 2007 do CNJ quanto a possibilidade da separação extrajudicial, a que pesem as alegações de desuso, pela falta de efetividade e poder para romper o vínculo matrimonial pondo fim ao casamento.

Pelo exposto tem-se que limite entre a opção pela separação ou divórcio realizado em Cartório/extrajudicial obedece concomitantemente dois critérios: - o consenso entre as partes e o cumprimento dos requisitos dispostos no art. 733 do CPC/15, somado as regras da Resolução 35 de 2007 do CNJ e da Lei 8.935/94.

Neste ponto, passa-se a discorrer sobre o procedimento administrativo para a efetivação do divórcio extrajudicial, regulamentado pela Resolução 35 de 2007 do CNJ.

Inicialmente cabe destacar que os cônjuges que pretendem dissolver o matrimônio pela via administrativa podem escolher o tabelião de notas que lhes convir, não se aplicando ao caso, as regras de competência previstas no CPC. Contudo, o tabelião não é obrigado a realizar o divórcio extrajudicial, podendo negar a lavratura da escritura de divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade dos mesmos, devendo fundamentar a recusa por escrito, tal como lhe autoriza o art. 46 da Resolução 35/07 do CNJ.

Vale destacar, que o procedimento administrativo é completamente afastado do Poder Judiciário, não dependendo de qualquer homologação deste poder.

Quanto a Resolução 35 de 2007 do CNJ são válidas reconhecendo-se que o CNJ extrapolou suas funções em tal ato administrativo, trazendo regras que caracteriza verdadeira legislação sobre a matéria, e não apenas normatização. [20]

A concretização do divórcio administrativo dá-se com a escritura pública, a qual, nos termos do art. 3º da Resolução 35 de 2007 do CNJ é documento hábil para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para realização de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores, seja junto ao DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas, dentre outras, conforme os bens partilhados.

Quanto à escritura pública e os bens a partilhar, destaca-se que a escritura pode ficar pronta no dia seguinte ao seu requerimento, desde que bem instruído o pedido.

Destaca-se que pelo princípio da publicidade, a escritura pública de divórcio deve ser averbada diretamente no Registro Civil onde foi realizado o casamento, ou no Registro Imobiliário onde existirem imóveis.

Havendo bens, o Tabelionato solicitará avaliação dos mesmos à Secretaria da Fazenda Estadual, que remeterá, via internet, uma guia para pagamento do Imposto (ITCMD), no caso de excesso de meação para algum dos cônjuges, podendo, após o pagamento do tributo, ser assinada a escritura.

O procedimento administrativo de divórcio exige a presença de advogado ou defensor público que assistam as partes, contudo, dispensa a apresentação de procuração, de forma que será lavrada na escritura pública a qualificação e registro na OAB do advogado/defensor, como reza o art. 8º da Resolução 35 de 2007 do CNJ.

Vale destacar que o tabelionato não pode indicar advogado as partes que pretendem realizar o divórcio extrajudicial e estão desacompanhadas de tal profissional. As partes devem escolher advogados de sua confiança. E para os casos dos cônjuges

não possuírem condições econômicas para contratar advogado, o tabelião deve recomendar que procurem a Defensoria Pública mais próxima e na sua falta, deve indicar que os cônjuges busquem a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por meio de escritura pública os cônjuges podem buscar o divórcio direto e a conversão da separação em divórcio, para este último caso sendo dispensado a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento de casamento, conforme possibilita o art. 52 da Resolução 35/07.

Para a lavratura da escritura pública de divórcio o art. 33 da Resolução 35 de 2007 do CNJ exige que as partes apresentem, in verbis:

Art. 33. Para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio consensuais, deverão ser apresentados: a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial e CPFIMF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver.

A apresentação de tais documentos é condição obrigatória para que o Tabelião possa lavrar a escritura de divórcio.

Na escritura pública de divórcio deve constar a declaração de ciência das partes quanto às consequências do divórcio e de que estão firmes no propósito de pôr ao vínculo matrimonial, sem hesitação, destacando a recusa de reconciliação.

Quanto aos alimentos, no divórcio administrativo os mesmos podem ser dispensados entre as partes, ou fixados em valor, periodicidade e correções definidas consensualmente. A previsão dos alimentos entre os cônjuges encontra resguardo no art. 1.694/15 do CC/02 e destacando-se que nos termos do art. 1.695 do CC/02 e no art. 29, 30 e seguintes da Lei do Divórcio, os alimentos são devidos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

A escritura pública do divórcio também deve discorrer sobre a existência ou não de bens, e havendo-os, deve transcrever a partilha, distinguindo o que será patrimônio individual de cada cônjuge, se houver, do que será patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens.

E, como já destacado anteriormente, para os casos de transmissão de patrimônio individual de um cônjuge para o outro, ou partilha desigual (excesso de meação), o tabelião deve se atentar para o recolhimento do tributo devido – ITCDM, sobre a fração transferida.

Efetivada a escritura pública do divórcio, cabe as partes promover o traslado e devida averbação junto ao Oficial de Registro Civil do respectivo assento de casamento, o que independe de autorização judicial ou audiência do Ministério Público, obrigação extraída do art. 40 da Resolução 35/07 do CNJ. Inclusive, nos termos do art. 41 da mesma resolução, tem-se a obrigatoriedade de que conste na escritura pública a circunstância das partes terem sido orientadas sobre a necessidade de apresentação do traslado da escritura para o registro civil, e averbação no assento de casamento.

Ainda quanto à escritura pública, sendo a mesma um documento público, não prevalece o sigilo das escrituras públicas de divórcio consensuais, tal como ocorre com os processos de divórcio que se desenvolvem na via judicial.

Realizadas tais ponderações sobre o procedimento administrativo para o divórcio

extrajudicial, disciplinado pela Resolução 35/07 do CNJ, passa-se a tratar sobre as vantagens de tal procedimento.

Quanto aos requisitos a serem observados no procedimento administrativo do divórcio constam a escolha relativa ao uso do nome, a questão dos alimentos, a partilha de bens e possibilidade de sobrepartilha por escritura pública e a incidência tributária e recolhimento do ITCMD, os quais passam a ser delimitados a seguir.

Quanto ao uso do nome, é facultado ao cônjuge retornar ao uso do nome de solteiro, conforme art. 41 da Resolução 35/07.

Diante da omissão das partes quanto ao nome, presume-se que o cônjuge adotou o sobrenome do outro. Sendo autorizado a parte, a qualquer tempo busca a exclusão do sobrenome do outro por meio de declaração unilateral a ser realizada administrativamente por nova escritura pública.

Quanto aos alimentos os mesmos podem ser dispensados entre as partes, ou fixados em valor, periodicidade e correções definidas consensualmente, destacando-se que por se tratar de procedimento administrativo, as partes devem estar em conformidade quanto a tal item.

Quanto à partilha dos bens, a escritura pública do divórcio deve discorrer sobre a existência ou não de bens, e havendo-os, deve transcrever a partilha, distinguindo o que será patrimônio individual de cada cônjuge, se houver, do que será patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens. E, para os casos de transmissão de patrimônio individual de um cônjuge para o outro, ou partilha desigual (excesso de meação), o tabelionato deve se atentar para o recolhimento do tributo devido – ITCMD, sobre a fração transferida.

Contudo, caso ressaltar que a concretização do divórcio administrativo não prescinde da partilha dos bens, a qual pode ser realizada em momento futuro e oportuno as partes. Isto porque, o próprio CPC não exige a partilha dos bens para o procedimento judicial de divórcio, tudo corroborado pelo art. 1.581 do CC/02 que faculta o divórcio sem a partilha dos bens, que pode ser realizada em momento posterior.

Quanto à incidência de tributos observa-se que o tabelião deve solicitar a avaliação dos mesmos à Secretaria da Fazenda Estadual, que remeterá, via internet, uma guia para pagamento do Imposto (ITCMD), havendo necessidade, em razão de doação ou cessão de direitos.

Na prática a avaliação dos bens é realizada pelos cônjuges e tal avaliação é indicada a Secretaria de Fazenda Estadual. No Estado do Paraná o envio dos dados à Receita Estadual é realizada por meio eletrônico, através do ITCMD web, que exige prévio cadastro do tabelionato que acessará o sistema por meio de chave/senha particular. Este sistema possibilita o preenchimento e a transmissão da Declaração do ITCMD, bem como, a impressão da guia de recolhimento do imposto - GR-PR, quando devido. [21]

A parte pode parcelar o pagamento do ITCMD e dependendo do caso, pode ser dispensada do seu recolhimento, conforme incidência ao disposto no art. 4º, da Lei n. 8.927/88 e previsão do art. 3º da Instrução SEFA ITCMD n. 009/2010 do Estado do Paraná, segundo a qual:

Art. 3º É dispensado o pagamento do imposto quando ocorrer (Lei n. 8.927/88, art. 4º):

I - a aquisição, por transmissão causa mortis, do imóvel destinado exclusivamente à moradia do cônjuge supérstite ou herdeiro, desde que outro não possua;

II - a aquisição, por transmissão causa mortis, de imóvel rural com área não superior a 25 (vinte e cinco) hectares, de cuja exploração do solo dependa o sustento da família do herdeiro ou do cônjuge

supérstite a que tenha cabido por partilha, desde que outro não possua;

III - a doação de imóvel com o objetivo de implantar o programa de reforma agrária instituído pelo governo;

IV- a doação de aparelhos, móveis e utensílios de uso doméstico e de vestuário e sua transmissão causa mortis.

V - a doação de bens imóveis para construção de moradia vinculada a programa de habitação popular ou para instalação de projeto industrial (Lei n. 10.064/72, art. 3º).

Parágrafo único. As isenções tratadas no caput deste artigo serão requeridas ao Delegado Regional da Receita do Estado, cujo pedido será instruído com os seguintes requisitos:

a) na hipótese do inciso I, certidão negativa das circunscrições imobiliárias da respectiva comarca e comprovante da condição de cônjuge supérstite ou herdeiro;

b) na hipótese do inciso II, cópia da declaração do imposto de renda e, estando dispensado, declaração de que não possui outra fonte de renda além daquela nominada no referido inciso, e certidão negativa do Registro de Imóveis;

c) na hipótese do inciso III, cópia do título emitido pelo órgão governamental responsável pela implantação do programa;

d) na hipótese do inciso IV, declaração dos bens inventariados, podendo ficar dispensada, a critério da autoridade, a declaração nos casos de doação entre vivos.

e) na hipótese do inciso V, cópia de documentos comprobatórios da doação e da existência do respectivo programa de habitação popular ou de instalação de projeto indústria. [22]

Quando concedida à isenção, o documento expedido pela Fazenda Estadual deve ser identificado na escritura pública do divórcio. E para os casos de parcelamento do ITCMD, a expedição da escritura pública do divórcio fica condicionada a comprovação da quitação do parcelamento, em respeito ao art. 15 da Resolução 35/07 do CNJ, segundo o qual, o recolhimento dos tributos incidentes deve anteceder a lavratura da escritura.

A escritura pública do divórcio consiste em procedimento formal, regulamentado pela Resolução 35/2007 do CNJ e também, pela Lei 8.935/94.

Os requisitos para a realização de tal procedimento constam no art. 731 do CPC/73 e também no art. 47 da Resolução 35 de 2007 do CNJ.

Quanto à vedação da realização do divórcio administrativo em razão do casal possuir filhos menores ou incapazes, alguns doutrinadores sustentam sua possibilidade pugnando pela possibilidade da dissolução do vínculo conjugal por escritura pública desde que não envolva interesse indisponível, ou seja, dos filhos enquanto menores ou incapazes. De modo que se resolvida à questão da convivência e alimentos, não haveria óbice para o fim do casamento administrativamente. Neste diapasão, levando-se a cabo o formalismo legal, para os casos de estar a mulher gestante durante o divórcio, não seria possível sua realização na via extrajudicial, considerando que o nascituro faz jus aos alimentos. [23]

Havendo qualquer dúvida por parte do tabelião, relativamente ao pleito administrativo, o mesmo pode se valer do procedimento administrativo de dúvida, previsto no art. 198 da Lei. 6.015/73, que dispõem sobre os registros públicos, nos seguintes termos:

Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la, obedecendo-se ao seguinte:

I - no Protocolo, anotar-se-á o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida;

II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas;

III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias;

IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

E desta forma, o Poder Judiciário se limitará a dirimir a dúvida, que após resolvida, retorna a esfera administrativa, para a conclusão do procedimento na via extrajudicial.

A escritura pública do divórcio, é irretratável. Mas pode ser anulada em razão de incapacidade ou vício de vontade por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude, no prazo decadencial de 4 anos, conforme previsão do art. 178 do CC/02.

Desta forma, tem-se em tais requisitos exigência formais previstas na legislação processual e que vinculam o tabelião a obrigatória observância das mesmas.

A Resolução 35 de 2007 do CNJ discorre em seus artigos 4º ao 7º sobre as questões que envolvem os emolumentos no procedimento administrativo de divórcio. Determinando que o valor dos emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 1º da Lei 10.169/2000, observando-se, também as regras de sua fixação previstas no art. 2º desta lei.

Tal resolução veda a fixação de emolumentos em percentual incidente sobre o valor do negócio jurídico objeto dos serviços notariais e de registro.

A gratuidade também é possibilitada aos que necessitem, conforme prevê o art. 6º da Resolução 35/07 do CNJ e esta gratuidade deve compreender a escritura do divórcio consensual. Para tanto, basta à simples declaração dos cônjuges de que não possuem condições de arcar com os emolumentos. A assistência por advogado particular não impede a concessão da gratuidade.

Inclusive, a inobservância destes preceitos quanto à gratuidade pode ensejar a aplicação de infrações disciplinares ao tabelião e às penalidades previstas na lei 8.935/94, nos termos de seu art. 33, I, o que se deve, pela inobservância das prescrições legais ou normativas. Dentre as penalidades citam-se a multa, suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta e a perda da delegação.

A Lei n. 10.169/2000 estabelece normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. O parágrafo único de seu artigo primeiro estabelece que o valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados.

Por sua vez, o art. 2º deste diploma legal determina que a Lei dos Estados e do Distrito Federal ao fixar o valor dos emolumentos deve considerar a natureza pública e o caráter social dos serviços notariais e de registro atendido a regras assim dispostas:

Art. 2º Para a fixação do valor dos emolumentos, a Lei dos Estados e do Distrito Federal levará em conta a natureza pública e o caráter social dos serviços notariais e de registro, atendidas ainda as seguintes regras:

I – os valores dos emolumentos constarão de tabelas e serão expressos em moeda corrente do País;

II – os atos comuns aos vários tipos de serviços notariais e de registro serão remunerados por emolumentos específicos, fixados para cada espécie de ato;

III – os atos específicos de cada serviço serão classificados em:

a) atos relativos a situações jurídicas, sem conteúdo financeiro, cujos emolumentos atenderão às peculiaridades socioeconômicas de cada região;

b) atos relativos a situações jurídicas, com conteúdo financeiro, cujos emolumentos serão fixados mediante a observância de faixas que estabeleçam valores mínimos e máximos, nas quais enquadrar-se-á o valor constante do documento apresentado aos serviços notariais e de registro. [24]

Tal legislação também exige que se confira publicidade aos emolumentos, fixando-se os em local visível em cada serviço notarial e de registro.

No Estado do Paraná, os emolumentos são fixados pela Lei 17.832/13, pela Lei 17.835/13 e pela Lei 18.838/13, conforme divulga a Associação dos Notários e Registros do estado do Paraná. [25]

Sendo quitados os valores devidos pelos emolumentos, o tabelião deve dar recibo dos valores percebidos, além de ser obrigado a indicar os respectivos valores à margem do documento entregue ao interessado.

4 CONCLUSÃO

Delineadas as considerações realizadas no presente estudo, conclui-se pela grande valia ao direito pátrio, a possibilidade do divórcio extrajudicial direto por escritura pública, em razão de respeitar a vontade das partes e romper o vínculo matrimonial de forma eficiente, com celeridade e economia. Sendo então de grande relevo ao direito de família a disciplina encontrada em particular na Lei 11.441/07 e no CPC.

A Emenda Constitucional 66/2010 veio atender a anseios sociais, conferindo maior liberdade aos cônjuges no momento de romper com o vínculo matrimonial através do divórcio, trazendo libertação quanto aos requisitos temporais deixando ao casal o direito de decidir qual o melhor momento do divórcio.

Assim, tal emenda objetivou garantir acessibilidade mais célere ao procedimento de dissolução do vínculo conjugal, garantindo assim, a prevalência do princípio da intervenção mínima do Estado e consequentemente respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Partindo dos preceitos legislativos analisados verifica-se que o procedimento para a realização do divórcio administrativo é simples, e não impõem dificuldades procedimentais. Inclusive porque a Resolução 35/07 do CNJ normatizou o tema de forma detalhada, facilitando a atuação dos tabelionatos no processo administrativo de divórcio.

Conclui-se também, pelo entendimento de que se manteve a separação

administrativa no ordenamento pátrio, porém apontando pela sua falta de aplicabilidade e efetividade prática, sendo adequadamente substituída pelo divórcio administrativo.

Verificou-se também, que a gratuidade nas custas e emolumentos para a concretização do divórcio administrativo é preceito obrigatório aos cartorários e não deve servir de empecilho para a realização de tal procedimento, garantindo-se assim, princípios constitucionais, tais como da dignidade da pessoa humana, insculpidos no art. 1º, III da CF/88, legalidade (art. 5º, II da CF/88), dentre outros.

De forma, que se entende acertada a decisão legislativa que facultou as partes a opção pelo divórcio pela via extrajudicial, o que representa adequada medida de justiça.

São diversas as vantagens para a concretização do divórcio extrajudicial, dentre elas destaca-se a celeridade, visto que a economia de tempo com o procedimento administrativo é incomparável diante da morosidade dos processos que tramitam no Poder Judiciário.

O divórcio administrativo trouxe agilidade à concretização do rompimento do vínculo matrimonial, desburocratizando o procedimento.

Também tornou o procedimento menos oneroso à parte, inclusive quanto aos honorários advocatícios.

A possibilidade das partes se fazerem representar por mandatário constituído para o fim do divórcio é outra vantagem, mas para tanto devem ter sido constituídos por instrumento público e com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias, conforme autoriza o art. 36 da Resolução 35/07 do CNJ.

A dispensa da audiência do Ministério Público também consiste em vantagem, visto que impacta na celeridade. Destacando-se que cabe ao advogado avaliar e resguardar os interesses do cônjuge que assiste.

O art. 44 da Resolução 35/07 do CNJ aponta outra vantagem ao divórcio administrativo, ao permitir, mediante consenso das partes, a retificação de cláusulas de obrigações alimentares ajustadas na escritura pública de divórcio.

A possibilidade de ajuste do uso do nome de casado, com sua retificação mediante declaração unilateral do interessado, para a volta do uso do nome de solteiro, por meio de nova escritura pública, com assistência de advogado, é outra vantagem prevista no art. 45 da Resolução 35/07 do CNJ.

Por fim concluiu-se que as alterações advindas com o CPC ao instituto do divórcio extrajudicial voltam-se apenas a exigência de inexistência de nascituro, ou seja, de gravidez da cônjuge virago, mantendo-se as regras de procedibilidade da Resolução 35/07 do CNJ, com os acréscimos da Resolução 220 também do CNJ. De forma que se manteve a relevância do instituto e o espírito de solução extrajudicial do conflitos.

REFERÊNCIAS

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10/08/17.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 03/12/15.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 03/12/15.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em

03/12/15.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 03/12/15.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família.** 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ em: FERRAZ, F. de F. **Separação e Divórcio.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Informações - recolhimento do ITCMD. Disponível em: <<http://www.fazenda.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=395>>. Consulta em 10.08.17.

Instrução SEFA ITCMD n. 009/2010 do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/15201000009.pdf>>. Consulta em: 10.08.17.

Instituto Brasileiro de Direito de Família. **A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 10/08/17.

Lei 6.015/73. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm>. Consulta em 03/12/15.

Lei 6515/1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 03/12/15.

Lei 10.169/00. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10169.htm>. Consulta em 03/12/15.

Lei 10.169/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10169.htm>. Acesso em 10.08.17

Lei 10.406/02. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 03/12/15.

Lei 11.441/07. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em 10.12.17.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família.** Vol. V. 20ª Ed, 2012, p. 249. Ainda ensina o jurista que o divórcio possui dois sentidos, um que vem do direito romano e outro do direito canônico. No sentido romano, divórcio é a dissolução do vínculo matrimonial, podendo assim o divorciado contrair novo matrimônio. No sentido canônico, o divórcio é simplesmente a separação de corpos subsistindo o vínculo matrimonial.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3192/as-inovacoes-constitucionais-no-direito-de-familia>>. Acesso em 30/04/18.

Resolução 35/2007 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf>. Acesso em 10/08/17.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (*et al.*). **Novo CPC Urgente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. Vol. V. 20ª Ed, 2012.

Resolução 35 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf>. Acesso em 03/12/15.

[1] *In*: RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As inovações constitucionais no Direito de Família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3192/as-inovacoes-constitucionais-no-direito-de-familia>>. Acesso em 30/04/18.

[2] Conforme leciona FERRAZ em: FERRAZ, F. de F. **Separação e Divórcio**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23.

[3] *In*: (FERRAZ em: FERRAZ, F. de F. **Separação e Divórcio**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 21 e 22.

[4] *In*: Instituto Brasileiro de Direito de Família. **A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 10/08/17.

[5] CF/88. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10/08/17. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 10/08/17.

[06] *In*: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 202.

[07] *In*: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 202.

[08] *In*: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. Vol. V. 20ª Ed, 2012, p. 249. Ainda ensina o jurista que o divórcio possui dois sentidos, um que vem do direito romano e outro do direito canônico. No sentido romano, divórcio é a dissolução do vínculo matrimonial, podendo assim o divorciado contrair novo matrimônio. No sentido canônico, o divórcio é simplesmente a separação de corpos subsistindo o vínculo matrimonial.

[09] CF/88. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10/08/17.

[10] Lições de Maria Berenice Dias *in*: DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 206 e 207.

[11] *In*: DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 207.

[12] Resolução 35 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf>. Acesso em 10/08/17.

[13] Conforme ensina Maria Berenice Dias, em: DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 231.

[14] Lei 11.441/07. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. 10/08/17.

[15] Art. 35 da Resolução 35 de 2007 do CNJ: Art. 53. A declaração dos cônjuges não basta para a comprovação do implemento do lapso de dois anos de separação no divórcio direto. Deve o tabelião observar se o casamento foi realizado há mais de dois anos e a prova documental da separação, se houver, podendo colher declaração de testemunha, que consignará na própria escritura pública. Caso o notário se recuse a lavrar a escritura, deverá formalizar a respectiva nota, desde que haja pedido das partes neste sentido. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf>. Acesso em 10/08/17

[16] “A disciplina especial se aplica aos processos contenciosos de família (art. 693, caput). Aos processos consensuais se aplicam as regras dos arts. 731 a 734 do CPC, relativos aos procedimentos de jurisdição voluntária”. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues (*et al.*). Novo CPC Urgente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

[17] *In*: DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 230.

[18] Lei 11.441/07. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em 10.08.17.

[19] Resolução 35 de 2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2740>>. Acesso em 10.08.17.

[20] DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.231.

[21] Todas as informações sobre o recolhimento do ITCMD, declaração e emissão de guias são disponibilizadas pela Fazenda Estadual no endereço eletrônico: <<http://www.fazenda.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=395>>. Consulta em 10.08.17.

[22] Instrução SEFA ITCMD n. 009/2010 do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/15201000009.pdf>>. Consulta em: 10.08.17.

[23] DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.231 e 232.

[24] Lei 10.169/2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10169.htm>. Acesso em 10.08.17.

[25] Disponível em: <http://www.anoregpr.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4029:novos-valores-do-vrc&catid=42:anoreg&Itemid=123>. Acesso em 10.08.17.

**SUORTE TEÓRICO DO MICROENSINO NA EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA: OS
DESDOBRAMENTOS DO PENSAMENTO DE VYGOTSKY E SEUS
COLABORADORES LURIA E LEONTIEV**

***THEORETICAL SUPPORT OF MICROENSINK IN DISTANCE EDUCATION: THE
DEVELOPMENTS OF THE THOUGHT OF VYGOTSKY AND ITS COLLABORATORS
LURIA AND LEONTIEV***

Angela Maria Griboggi¹⁶⁶ Marcos Antonio Tedeschl¹⁶⁷ Thierry Chozem Zamboni
Kotinda¹⁶⁸

GRIBOGGI et al. Suporte teórico do microensino na educação a distância: Os desdobramentos do pensamento de Vygotsky e seus colaboradores Luria e Leontiev. Revista Tecnológica da FATEC-PR: Edição especial de Direito, v.1,n.9, p. 152-164, jan/dez, 2018.

RESUMO

Com a chegada dos estudos de Vygotsky, Luria e Leontiev ao Brasil, foi possível compreender melhor como ocorre o aprendizado de uma forma geral. Tenta-se relacionar a técnica de microensino com a melhora da cognição a partir dos postulados teóricos mencionados dentro de uma pesquisa bibliográfica de episteme hermeneutica.

Palavras-chave: Aprendizado. Educação à distância. Cognição. Microensino. Suporte teórico.

ABSTRACT

With the arrival of studies of Vygotsky, Luria and Leontiev to Brazil, it was possible to better understand how learning occurs in general. Attempts to relate the technique of small teaching with improved cognition from theoretical postulates mentioned in a bibliographic search hermeneutic episteme.

Keywords: Learning. Distance education. Cognition. small teaching. Theoretical support.

¹⁶⁶ Angela Maria Griboggi. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Especialista em Direito Civil pela FGV. Especialista em Direito Ambiental pela PUC/PR. Possui graduação em Direito pela PUC/PR. Possui graduação em Filosofia pela UFPR. Servidora Pública - UFPR. Advogada militante na área do Direito Civil. Professora de Direito nas instituições FATEC, FANEESP e FESP. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SJP-PR. Membro Consultivo da Comissão de Direito Ambiental da OAB/SJP-PR.

¹⁶⁷ Doutor em Engenharia de Produção, linha de Ergonomia pela UFSC (2005), Mestre em Educação, linha de gestão de sistemas e IES pela PUCPR (1999) e diversas especializações, possui graduação em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2015); Fisioterapia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1983)- CREFITO-8 nº 4168-F, graduação em Administração pela Faculdade Católica de Administração e Economia (1984) CRA-PR nº 25.293, graduação em Licenciatura pela UTFPR (1988) MEC-LP nº 37.891Endereço para correspondência; UFPR/SCSA/DECIGI Avenida Prefeito Lothário Meissner, 632, Jardim Botânico-Curitiba-PR, CEP 80.210-190. e-mail: ted@ufpr.br.

¹⁶⁸ Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná – EMAP. Professor do Instituto Superior do Litoral do Paraná. Advogado. Pesquisador.

1 INTRODUÇÃO

A utilidade do microensino tem sido limitada pelo caráter empírico de sua abordagem, inicialmente criada como técnica ou procedimento para formação de professores, com pressupostos na redução da complexidade do assunto e do tempo. Com o presente artigo sugere-se a utilização dos conceitos de Vygotsky e seus colaboradores, onde tem direção a uma teoria de aprendizagem social que pode ser um bom suporte teórico a fim desenvolvê-lo como instrumento para a educação e treinamento a distância de jovens e adultos.

As idéias de Lev S. Vygotsky (1896 –1934) não se limitaram a uma elaboração individual. Ao contrário, multiplicaram-se e desenvolveram-se na obra de seus colaboradores, dos quais os mais conhecidos entre nós são Alexander Romanovich LURIA e Alexei Nikolaievich Leontiev.

Vygotsky, Luria e Leontiev faziam parte de um grupo de jovens intelectuais da Rússia pós-revolução, que trabalhava num clima de grande idealismo e efervescência intelectual. Baseados na crença da emergência de uma sociedade, seu objetivo mais amplo era a busca de uma ligação entre a produção científica e o regime social recém implantado, mais especialmente, buscavam a construção de uma “nova psicologia” que consistisse numa síntese entre duas fortes tendências presente do início do século.

De um lado havia a psicologia como ciência natural, que procurava explicar processos elementares sensoriais e reflexos, tomando o homem basicamente como corpo. De outro havia a psicologia como ciência mental, que descrevia as propriedades dos processos psicológicos superiores, tomando o homem como mente, consciência e espírito.

Os colaboradores de Vygotsky, principalmente Luria e Leontiev continuaram, depois de sua morte, a desenvolver investigações fundamentadas nos pressupostos de seu pensamento e a produzir vasto material escrito que nos permite aprofundar os vários aspectos presentes no programa de trabalho do chamado grupo de psicólogos soviéticos.

1.1. OBJETIVO GERAL

Como objetivo geral do presente estudo, busca-se demonstrar que a utilização dos conceitos de Vygotsky e seus colaboradores pode ser um bom suporte teórico a fim desenvolvê-lo como instrumento para a educação e treinamento a distância de jovens e adultos.

1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Os objetivos específicos deste artigo são: (i) apresentar um suporte teórico para microensino e a formação da cognição nos educandos; (ii) fornecer a base biológica do funcionamento psicológico à neuropsicologia de Luria; (iv) descrever com brevidade a psicologia experimental e a teoria da atividade de Leontiev.

1.3 JUSTIFICATIVA

Diante da pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade que acentuam cada vez mais a insuficiência de métodos tradicionais em face das multicomplexidades da vida em sociedade global, faz-se necessário a análise dos desdobramentos do pensamento de Vygotsky e seus colaboradores Luria e Leontiev.

2 METODOLOGIA

O método foi a pesquisa bibliográfica com episteme hermenêutica e a finalidade de obter uma melhora da compreensão dos processos cognitivos da aprendizagem a partir do estudo dos trabalhos dos colaboradores de Vygotski, que podem ser desenvolvidos e aplicados no microensino na educação à distância.

3 DESENVOLVIMENTO

3.1. A neuropsicologia de Luria

No Brasil, antes mesmo de ter seu nome associado a Vygotsky, Alexander Romanovich Luria (1902-1977), já era um autor bastante conhecido, particularmente nas áreas de neurologia e fonoaudiologia, com diversos trabalhos publicados em português.

Isto se deve a sua expressiva produção em neuropsicologia, especialmente em distúrbios da linguagem, e também ao fato de que, tendo vivido até 1977, teve sua obra bastante difundida no ocidente.

LURIA, foi um dos colaboradores de VYGOTSKY que mais se dedicou ao estudo das funções psicológicas relacionadas ao Sistema Nervoso Central (SNC) e portanto, tornou – se um dos mais importantes neuropsicólogos do mundo e contribuiu sobremaneira para que a neuropsicologia fosse incorporada à ciência moderna.

A Neuropsicologia é uma área interdisciplinar e, às vezes até transdisciplinar, que envolve as disciplinas de neurologia, psiquiatria, psicologia, fonoaudiologia, lingüística, pedagogia e outras áreas correlatas, e que tem como objetivo estudar as inter-relações entre as funções psicológicas humanas e sua biológica.

A base biológica do funcionamento psicológico a neuropsicologia de LURIA está calcada nos pensamentos de Vygotsky, o qual considerou a respeito do funcionamento do cérebro, afirmando que é através das interações com o meio que as estruturas e mecanismos funcionais cerebrais vão transformar-se, visto que o cérebro não é um sistema fechado com funções pré-definidas.

Isto explica a capacidade de adaptação dos seres vivos a ambientes diversificados, permitindo a sobrevivência e a evolução das espécies.

O ser humano nasce com imaturidade psicológica, como um sistema aberto e dependente do contato com o mundo exterior para ocorrer o seu desenvolvimento. Por isso, o SNC possui imensa plasticidade.

O cérebro é um “sistema funcional”, pois não há pontos específicos ou pontos isolados de células que especifiquem a função mental.

LURIA aprofunda a questão da estrutura básica do cérebro através da distinção de três grandes unidades de funcionamento cerebral.

A primeira unidade é para a regulação da atividade cerebral e do estado de vigília, significando que para ocorrer à atividade cerebral de maneira organizada e dirigida a

objetivos, o indivíduo não deve estar no estado de sono ou muito excitado ou muito inibido.

A segunda unidade para o recebimento, análise e armazenamento de informações, ocorre através dos órgãos dos sentidos, onde a percepção, por exemplo, de situações (simples ou complexas) são armazenadas a memória e posteriormente poderão ser utilizadas.

A terceira unidade é para a programação, regulação e controle da atividade, isto é, regula a ação física e mental do indivíduo sobre o ambiente.

Qualquer forma de atividade psicológica envolve simultaneamente as três unidades funcionais.

LURIA ainda contribuiu quanto a organização cerebral, afirmando que a estrutura dos processos mentais e as relações entre os vários sistemas funcionais transformam – se ao longo do desenvolvimento individual.

Por isso que os processos de medição simbólica e o pensamento abstrato generalizante, só é possível mediante o processo da linguagem e se completa na vida adulta.

3.2. O CÉREBRO HUMANO E A ATIVIDADE CONSCIENTE

As relações entre o cérebro e a consciência ainda permanece obscura, embora várias hipóteses tenham sido estudadas até o momento, tais como:

É a consciência realmente um estado primário, sem qualidade, dado diretamente a cada um de nós?

É ela um estado simples e indivisível, destituída de toda história, ao longo da qual poderia ser gradualmente formada?

Deve ser a consciência de fato, entendida como um “estado interior” primário, e suas raízes devem ser procuradas no interior do organismo, nas profundezas da mente ou nas estruturas neuronais do cérebro?

Do ponto de vista adotado, a consciência nunca foi um “estado interior” primário da matéria viva. Os processos psicológicos surgem não no “interior” da célula viva, mas nas relações com o meio circundante.

As diferenças na atividade psicológica são determinadas por formas diversas de existência, dando origem a novos sistemas funcionais, mais do que pelas propriedades internas dos neurônios.

A consciência (vida tornada consciente) é sempre significativa e subjetiva em suas características. Sendo que, não são os processos internos nas estruturas receptoras que se refletem na consciência, mas o mundo exterior que sempre se reflete.

Esta consciência (como reflexo da realidade objetiva) tem uma função biológica essencial, habilitando o organismo a encontrar seus propósitos, a analisar a informação recebida e armazenar seus traços.

Portanto a consciência é a habilidade em avaliar as informações sensoriais em responder a elas com pensamentos e ações críticas e em reter traços de memória de forma que traços e ações passadas possam ser usadas no futuro.

Não há dúvidas acerca das diferenças radicais entre a consciência da criança pequena e a do adulto ou entre os mecanismos psicológicos responsáveis por esta diferença.

Através da linguagem que se formam complexos processos de regulação das próprias ações do homem (LURIA, 1956-1958). No início, a linguagem é uma forma de comunicação entre o adulto e a criança e gradualmente transforma-se em uma forma de organização da atividade psicológica humana.

Por tanto não tem sentido afirmar que existe no cérebro, formação especial ou algum tipo ou grupo de células que constituem o “órgão da consciência”. Não existe no cérebro, um órgão ou parte geradora de consciência.

A consciência possui uma semântica complexa e uma estrutura baseada em um sistema. A atividade consciente, em seus diferentes estágios, é realizada por uma variedade de sistemas funcionais que se modificam ao longo de momentos sucessivos de nossa vida consciente, mudando de acordo com o nível de vigília e na dependência dos propósitos e objetivos imediatos do homem.

3.3 O PAPEL DA LINGUAGEM NA FORMAÇÃO DOS PROCESSOS MENTAIS

Para Luria, os processos não podem ser vistos apenas pelo desenvolvimento gradual de qualidades espirituais inatas, nem tampouco como uma combinação de hábitos, principalmente motores, à formação da linguagem.

As proposições da psicologia soviética são a base para Luria, em suas afirmações:

□ 1ª Proposição: A Teoria da reflexão de Lenine, a qual relata que as formas reais são fruto de inter-relação do organismo e do meio. Em análise, temos que considerar como certa esta proposição, pois a linguagem é formada a partir de um processo qualquer de comunicação, a qual prevê um emissor e um receptor, ligado através de um canal, a interpretação da mensagem do canal. A mensagem necessita de inter-relação e para ser fática necessita estar ligada a uma forma de realidade.

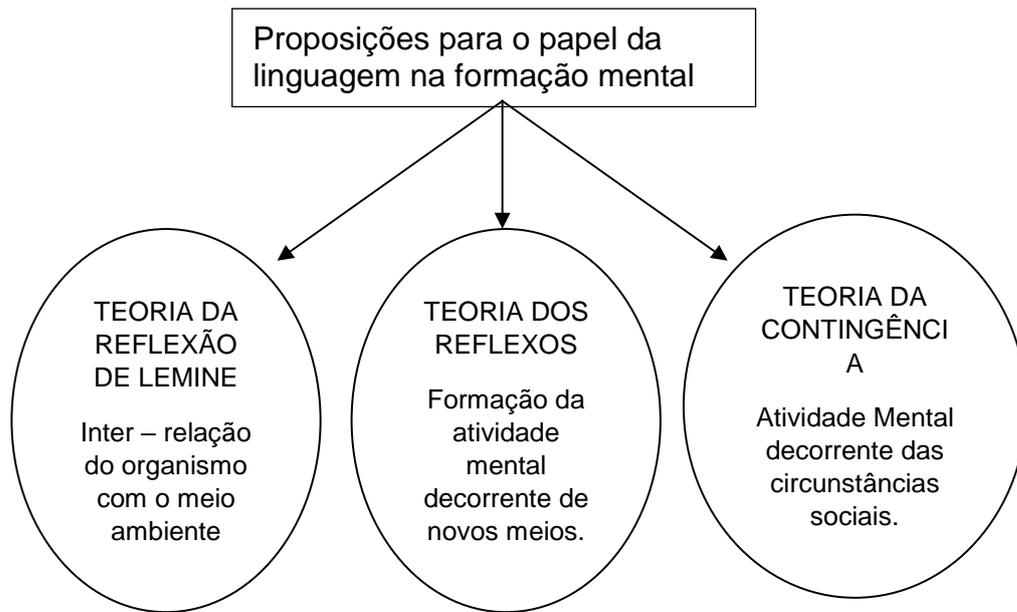
□ 2ª Proposição: A Teoria dos Reflexos ou formação das atividades mentais é a proposição na qual formas particulares de atividades confrontam o organismo com novos problemas e novas exigências. Esta proposição é aquela que está baseada no desequilíbrio, que tem início na memória genética com seus poucos reflexos e irá sendo substituída pelas reações adquiridas com suas cognições e emoções, falar, forma de simbolizar suas atitudes, imitar, etc.

Esta proposição é aquela que demonstra a evolução do desenvolvimento cerebral, a partir de elementos pré-existe, tornando, mas específicas algumas áreas do cérebro, dependendo dos estímulos externos, como é o caso da área de Broca (área formadora da linguagem).

□ 3ª Proposição: Está relacionada à atividade mental como resultado de sua vida, em circunstâncias sociais determinadas, ou seja, os adultos influenciam a linguagem nas crianças, força da influência da linguagem da mãe sobre o filho e a influência do grupo sobre o indivíduo.

Esta proposição está assentada em suas teorias: A teoria de campo de Kurt Lewin e na Gestalt, pois todo indivíduo é fruto dos fatos coexistentes de sua vida, desde o processo intra-uterino até a morte.

Resumindo as proposições da psicologia soviética:



Concluindo, o aspecto no qual A. R. LURIA está embasado tem sua representatividade científica, com bases não apenas psicológicas, mas também neurofisiológicas.

3,4 A PSICOLOGIA EXPERIMENTAL E O DESENVOLVIMENTO HUMANO

Até há pouco tempo os pesquisadores do desenvolvimento humano achavam que o estudo empírico da criança era quase totalmente impossível. A criança era variável demais em seus primeiros anos de vida.

Todavia, houve uma mudança de atitude a este respeito. Não apenas foi provado que se podem realizar experimentos psicológicos com crianças, como também que esta atitude é a única maneira de se chegar a uma compreensão mais profunda do perfil mais amplo do desenvolvimento infantil; ou ainda estudar, em seus aspectos evolutivos, as fontes daquelas formas extremamente importantes de comportamento que atingem seu auge no adulto civilizado.

O que quer que percebamos do mundo, é percebido de maneira estruturada, isto é, como um padrão de estímulos. Nós reagimos e nos adaptamos a esses estímulos externos e, na realidade, todo o nosso comportamento equivale essencialmente a alguma acomodação mais ou menos adequada às diversas estruturas do mundo exterior.

Podemos distinguir dois estágios fundamentalmente diferentes no desenvolvimento da percepção: um estágio caótico e difuso, onde se consegue discriminar objetos e um estágio de percepções estruturadas onde se discrimina objetos, mas, ao que tudo indica, não diferencia um objeto e o próprio objeto em si mesmo.

Assim, é visto que o caminho percorrido pela percepção vai da percepção caótica e difusa, para uma relação simples, totalizante com as formas, para uma complexa acomodação a elas; acomodação que se faz por mediação, combinando traços totalizantes com relativa facilidade de discriminação dos elementos individuais.

Um adulto possui certo número de habilidades culturais em sua formação. Todas elas são necessárias para o processo de crescimento e aprendizagem, e, na ocasião em que a criança atinge a idade escolar (+/- 7 anos) essas habilidades já são, em considerável extensão, automáticas.

Quando lemos ou escrevemos, não executamos realmente nenhuma ação psicológica complexa, mas apenas automaticamente reproduzimos técnicas que aprendemos em estágios anteriores de desenvolvimento.

Se quisermos descobrir como as habilidades culturais são desenvolvidas, devemos voltar aos primeiros estágios de sua história e descrever o caminho que elas percorrem na mente. Tomemos aquelas que são provavelmente as duas mais importantes habilidades culturais □ contar e escrever, para ver como se desenvolvem na criança.

Para que essa capacidade se desenvolva, seria necessário que estabelecesse relações diferenciadas com as coisas que cercam os indivíduos de início de forma lúdica e posteriormente controlando seu comportamento para resolução de problemas ou atingimentos de objetivos.

Assim, ao trabalhar com um microensino podemos saber em que estágio estão as pessoas em suas habilidades de escrever e contar de uma forma mais simples para compreender e orientar para estruturas mais complexas.

3.5 OS FUNDAMENTOS CULTURAIS E SOCIAIS DO DESENVOLVIMENTO COGNITIVO: A PESQUISA INTERCULTURAL NA ÁSIA CENTRAL

O livro “Desenvolvimento cognitivo: seus fundamentos culturais e sociais”, em que esta pesquisa intercultural é relatada, foi publicado na União Soviética em 1974, mais de 40 anos depois de sua conclusão. Nos Estados Unidos foi publicado em 1976 e no Brasil em 1990.

Além de se ter dedicado ao estudo das funções psicológicas, no nível da organização cerebral, Luria também foi quem, entre os colaboradores de Vygotski, desenvolveu a pesquisa de maior alcance sobre a questão das diferenças culturais.

Com o objetivo de estudar como os processos psicológicos superiores são construídos em diferentes contextos culturais, Luria conduziu extenso trabalho de campo sobre o funcionamento psicológico de moradores de vilarejos e áreas rurais de uma região remota e pouco desenvolvida da Ásia Central, próxima à fronteira com o Afeganistão.

Essa era uma região bastante isolada, estagnada economicamente, com alto grau de analfabetismo, predominância da religião muçulmana e do trabalho rural em propriedades individuais e isoladas. Na época em que o trabalho de campo se desenvolveu (1931-1932), a região estava sofrendo uma rápida transformação social, com implantação de fazendas coletivas, mecanização da agricultura e escolarização da população.

Esse período de transformação propiciava uma oportunidade privilegiada para as observações das relações sociais e os processos psicológicos, tão importantes na construção de uma psicologia histórico-cultural. A pergunta fundamental que Luria fez foi: “o que acontece com os indivíduos que passam por estas transformações sociais, em termos de seu funcionamento intelectual?” Diferentes indivíduos, com vários graus de escolarização e de inserção no trabalho mais moderno das fazendas coletivas, foram incluídos na pesquisa, para permitir a comparação de seu desempenho em diversos tipos de tarefas psicológicas.

Luria e o grupo de pesquisadores que acompanhou procuraram relacionar – se com os moradores da região estudada, convivendo com eles nos ambientes de sua vida cotidiana, antes de começarem o trabalho propriamente dito.

Depois os dados da pesquisa foram coletados em longas entrevistas nas quais eram apresentadas tarefas para serem resolvidas pelos entrevistados. O experimentador registrava as respostas dadas e provocava os sujeitos com novas perguntas para obter, de um mesmo indivíduo, outras reflexões e outras possibilidades de raciocínio.

Vários tipos de tarefas foram utilizados o longo das entrevistas; tarefas de percepção, de abstração e generalização, de dedução e inferência, de solução de problemas matemáticos, de imaginação e de auto-análise.

Em todas as tarefas apresentadas, os resultados obtidos apontaram para uma mesma direção; houve alterações fundamentais na atividade psicológica acompanhando o processo de alfabetização e escolarização e as mudanças nas formas básicas de trabalho. Isto é, os sujeitos mais escolarizados e mais envolvidos em situações de trabalho coletivo exibiram um comportamento mais sofisticado do que os analfabetos e os camponeses que trabalhavam individualmente.

Apresenta aqui um exemplo do tipo de respostas dadas às tarefas utilizadas na pesquisa. Em uma das tarefas de classificação foram apresentados desenhos de quatro objetos, sendo três pertencentes a uma categoria e o quarto a outra categoria (por exemplo: martelo, serra e machadinha, todos ferramentas, e tora de madeira, o único objeto que não pertencia a categoria ferramentas).

Perguntava-se ao entrevistado quais eram os três objetos semelhantes, que poderiam ser colocados no mesmo grupo, e qual o que não pertencia a este grupo. Os mais escolarizados e inseridos em situações de trabalho mais modernizadas, tendiam a colocar as três ferramentas juntas e indicar a tora de madeira como único objeto diferente. Já os analfabetos e que trabalhavam como camponeses isolados não faziam este tipo de classificação dos objetos.

Em todas as tarefas utilizadas neste estudo as diferenças observadas entre os grupos de sujeitos apontavam sempre na mesma direção: “mudanças nas formas práticas de atividades, e especialmente a reorganização da atividade baseada da escolaridade formal, produziram alterações qualitativas nos processos de pensamento dos indivíduos testados”.

Baseado nas proposições apresentadas anteriormente, LURIA identificou dois modos básicos de pensamento que caracterizam essas alterações qualitativas associadas às transformações sociais ocorridas na região estudada: o modo gráfico-funcional e o modo categorial.

O modo chamado de gráfico-funcional refere-se ao pensamento baseado na experiência individual, em contextos concretos, em situações reais vivenciadas pelo sujeito. É chamado de gráfico no sentido de que se baseia em configurações percentuais, presentes no campo da experiência do sujeito; e é chamado funcional porque refere-se às relações concretas entre os objetos, inseridos em situações práticas de uso, como o caso da tora de madeira classificada com o serrote porque o serrote serra a tora.

O modo de pensamento chamado de categorial refere-se ao pensamento baseado em categorias abstrata, à capacidade de lidar com atributos genéricos dos objetos, sem referência aos contextos práticos em que o sujeito se relaciona concretamente com os objetos. O indivíduo que funciona psicologicamente de forma categorial é capaz de desvincular-se das situações concretas e trabalhar de forma descontextualizada. Assim, por exemplo, independente do uso conjunto que o sujeito faça do serrote e da tora de madeira, ele é capaz de classificar esses objetos em dois grupos diferentes: ferramentas e não ferramentas.

Na pesquisa de Luria, os indivíduos mais escolarizados e com um tipo de trabalho mais modernizado é que tendiam a comportar – se de modo categorial. É interessante observar que os sujeitos com pequeno grau de escolaridade e uma atividade profissional intermediária entre formas mais tradicionais e formas moderna, apresentavam um desempenho em transição nas tarefas psicológicas utilizadas. Isto é, ora comportava-se de modo categorial, ora apresentavam um raciocínio mais preso a situações concretas e à experiência pessoal. Com estes indivíduos, Luria pode observar claramente o papel da intervenção do pesquisador na zona do desenvolvimento propilam. Para estes sujeitos em transição, essa intervenção ativa do pesquisador muitas vezes resultava numa transformação de seu modo de pensamento, passando de gráfico-funcional para o categorial. Porém, a interferência externa provoca transformação visível apenas quando o novo modo de pensamento já está presente, “em semente”, no próprio sujeito. Esta é a idéia da intervenção na zona do desenvolvimento, propalam da promoção de processos de desenvolvimento a partir de situações de interação social.

As relações entre as diferenças no modo de funcionamento intelectual e as transformações no modo de vida são bastante evidentes no que se refere ao processo de escolarização formal.

A instituição de ensino é uma instituição social onde o conhecimento é objeto privilegiado da atenção dos indivíduos, sem conexão imediata com situações de vida real.

Os sujeitos que passam pela instituição de ensino acostumam-se a trabalhar com idéias e conceitos de forma descontextualizada, sem referência ao domínio concreto. As ciências, cujos conhecimentos acumulados são transmitidos na escola, constroem, ao longo de sua história modos de organizar o real justamente de forma categorial.

No que se refere aos processos de modernização no trabalho, esses envolvem o planejamento de ações coletivas, a tomada de decisões com base em critérios que ultrapassem as necessidades e motivações individuais, a substituição do que é substancial e particular pelo que é previsível, geral e compartilhado. Essas características parecem propiciar a emergência de novas formas de funcionamento intelectual.

3.6 A TEORIA DA ATIVIDADE DE ALEXEI NIKOLAIEVICH LEONTIEV

Leontiev, por sua vez, teve uma produção escrita bem menor que a de LURIA e menor repercussão no Brasil e em outros países do ocidente.

Juntamente com Luria, A. N. Leontiev foi um dos colaboradores mais próximos de Vygotsky, tendo trabalhado diretamente com ele no projeto de construção da nova psicologia na Rússia pós-revolucionária.

Sua Teoria da Atividade pode ser considerada um desenvolvimento dos postulados básicos de Vygotsky, especialmente no que diz respeito à relação homem – mundo enquanto construída historicamente e mediada por instrumentos.

As atividades humanas são consideradas por Leontiev como formas de relação do homem com o mundo, dirigidas por motivos, por fins a serem alcançados. A idéia de atividade envolve a noção de que o homem se orienta por motivos, por objetivos, agindo de forma intencional, por meio de ações planejadas. A capacidade de conscientemente formular e perseguir objetivos é um traço que distingue o homem dos outros animais.

A atividade de cada indivíduo ocorre num sistema de relações sociais e de vida social, onde o trabalho ocupa lugar central. A atividade psicológica interna do indivíduo tem sua origem na atividade externa. Os processos mentais humanos adquirem uma estrutura necessariamente ligada aos meios e métodos sócio-historicamente formados

e transmitidos no processo de trabalho cooperativo e de interação social. Os processos psicológicos do indivíduo, internalizados a partir de processos interpsicológicos, passam a mediar as atividades do sujeito no mundo, numa interação constante entre o psiquismo e as condições concretas da existência do homem.

Leontiev analisa a estrutura da atividade humana distinguindo três níveis de funcionamento: a atividade propriamente dita, as ações e as operações.

a) A atividade propriamente dita é quando um membro do grupo realiza sua atividade de trabalho para satisfazer uma de suas necessidades.

b) A ação é atividade orientada para satisfazer o grupo e atingir um objetivo. A atividade é realizada por meio de ações dirigidas por metas desempenhadas pelos diversos indivíduos envolvidos na atividade. O resultado da atividade como um todo que satisfaz à necessidade do grupo, também leva à satisfação das necessidades de cada indivíduo, mesmo que cada um tenha se dedicado apenas a uma parte específica da tarefa em questão.

c) O terceiro nível da atividade humana postulada por Leontiev, o nível das operações refere-se ao aspecto prático da realização das ações, às condições em que são efetivadas, aos procedimentos para realizá-las (o que deve ser realizado, o como é determinado pelas condições para sua realização).

A atividade humana é tomada como a unidade de análise mais adequada para a compreensão de processos psicológicos porque inclui tanto o indivíduo como seu ambiente culturalmente definido. A ação individual em si é insuficiente como unidade de análise, sem inclusão num sistema coletivo de atividade, e esta ação individual fica destituída de significado.

Como a atividade humana, resultado do desenvolvimento sócio-histórico, é internalizada pelo indivíduo pelo indivíduo e vai construir sua consciência, seus modos de agir e suas formas de perceber o mundo real, a compreensão do contexto cultural no qual ela ocorre é essencial para a compreensão dos processos psicológicos. Conforme se transforma a estrutura da interação social ao longo da história, a estrutura do pensamento humano também se transformará.

4.7 MICROENSINO NA EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

O microensino (Allen & Ryan, 1969) tem se revelado uma abordagem instrucional interessante, quando reúne um conjunto de trabalho integrado a vários procedimentos didáticos, com base na teoria da atividade Leontiev. A aula expositiva em web aula (aulas pela Internet), os exercícios escritos em forma de autoavaliação, a programação de textos para leitura independente com exposição de resumos em fóruns ou painéis virtuais, o treino de papel (roleplaying) através da dramatização em grupo, convivem bem com esta estrutura de transmissão de conhecimento, principalmente quando se quer diversificar os procedimentos de trabalho em relação a educação tradicional ou a educação a distância como repositório de conteúdo.

As webaulas são efetuadas a partir de premissas citadas por AKASAKA e GODOY (1997) com aulas curtas (de cinco a trinta minutos), alunos reais, retorno ou feedback e re-ensino. Uma alternativa de aplicação do microensino pode ser conduzida entre alunos de uma mesma classe. Cada um dos alunos faz uma apresentação para os demais (ex: via skype) e recebe deles *feedback*, através de um formulário contendo uma escala de avaliação do microensino.

A escala de avaliação do microensino, a partir das bases neuropsicológicas de Luria, inclui nove habilidades que serão avaliadas em uma escala de quatro graus: excelente, bom, regular e insuficiente. Esta escala foi gerada para treinamento de

professores, mas pode ser utilizada para qualquer discente, já que o processo tem base em um processo consciente de construção coletiva, ou psicologia social.

As nove habilidades a serem observadas e três blocos:

1º Bloco: Justificativa do tema; Objetivos da aula e Organização do conteúdo, com base na Teoria da reflexão de Lenine que pretende retirar os indivíduos do estado de vigia/ sono ou excitação.

2º Bloco: Utilização de recursos e Uso de exemplos, com base na Teoria dos Reflexos ou formação das atividades mentais, com as atividades a promover a transformação do mais número de estímulos sensoriais e percepção pela atenção e conseqüentemente memorização (memória primária) dos conteúdos.

3º Bloco: Interação com o grupo, Clareza, Fechamento e Controle do tempo, com base na Teoria da Contingência em que o educando realiza uma programação, regulação e controle da atividade em relação ao ambiente que está inserido.

Observações quanto a 'características a conservar' e 'possibilidades de mudança' completam a avaliação, fazendo jus à expressão que o notabilizou, o microensino, segundo Dirceu R. Carvalho (1994, pag. 63) que engloba os seguintes procedimentos no planejamento, a saber:

1. Definição e descrição dos comportamentos de saída, isto é, as competências e habilidades a serem adquiridas ou estimuladas pelo treinando ou educando como resultado da eficiência do programa;

2. Desdobramento dos conteúdos, geralmente comportamentos ou atitudes sofisticadas, em unidades simples;

3. Hierarquização das competências e habilidades em ordem crescente de dificuldade, de forma a iniciar o seu ensino pelas mais simples, no sentido da recomposição do todo;

4. Descrição das competências e habilidades, com vistas à preparação de um manual de orientação do professor ou do supervisor de treinamento, e de apoio aos educandos ou treinandos;

5. Descrição de exemplos e contra-exemplos, cuja apresentação ao grupo de educandos/treinandos pode ser feita através de vídeo-tape, ao vivo, desenhos animados ou texto;

6. Dramatização dos comportamentos adquiridos, geralmente interpessoais, os quais podem ser vídeo-gravados como estímulo para desencadeamento de discussões "conceitualizadoras" pelo grupo de treinandos;

7. Supervisão do desempenho das competências e habilidades treinadas, na situação de trabalho ou sala de aula. Um dos objetivos da supervisão é motivar o grupo a exibir comportamentos, competências e habilidades treinadas e/ou adquiridas, bem como motivá-los.

Não é necessário seguir à risca um roteiro de planejamento. É importante, todavia, ter em mente que o microensino constitui uma síntese englobante de vários enfoques didáticos (em outras circunstâncias, comumente empregados de forma isolada), tais como a leitura das competências e habilidades a serem treinadas/estimuladas, a discussão sobre os aspectos relacionados ao emprego das mesmas, a observação de exemplos e contra-exemplos, os exercícios interpessoais, e supervisão, oferecida ao treinando ao longo de um período determinado em situação de trabalho. Este conjunto multidimensional de atividades (cognitivas e outras) permite ao treinando aprender não

apenas o conceito estudado, mas também as competências e habilidades ou comportamentos exercitados.

Sendo o microensino uma condição de treino apoiada no exemplo, pouca ou nenhuma atenção tem sido, entretanto, dispensada à sua fundamentação teórica. Ao longo de séculos, a facilidade e a frequência com que comportamentos sociais se generalizam na população suscitaram expressões curiosas.

Dolle (1977), na sua primeira obra sobre o assunto de cognição, o mestre francês aponta para a constituição de um modelo teórico em que situa a afetividade não no processo da interação sujeito-objeto, mas no quadro da inter-relação, que constitui uma situação particular em que o objeto da interação, é outro sujeito (S2) que reage à situação provocada por (S1); e, é nesse contexto, que a afetividade deverá ser pensada como mediadora da relação sujeito-objeto que marca a situação cognitiva.

Assim, no microensino coloca que nenhuma teoria do sistema nervoso pode pretender dar conta dos fatos, se desconhecer a sua característica principal; a autonomia (DUPUY, 1996). Nesta posição escreve FIALHO (2001, pg. 67) “A tarefa é a unidade que permite decompor e analisar o trabalho cognitivo em componentes que tem uma certa autonomia” reforçando o caráter autônomo e não determinísticos da formação da cognição. Todo organismo vivo é uma síntese hierárquica, num sistema as leis da física que deixam aos elementos individuais muitos graus de liberdade. Esta indeterminação de base vai ser reduzida pelas pressões exercidas pelo todo, que resultam elas próprias da composição das atividades elementares. O todo e os elementos determinam-se mutuamente. É essa Co-determinação que explica a complexidade dos seres vivos.

Bavelas aluno do gestaltista Kurt Lewin, (DUPUY, 1996. pg. 165 a 168) relata os conceitos de dinâmica de grupo e de pesquisa-ação. Sua morte prematura (Lewin) não permite dizer o que teria sido, como fruto dos seus esforços, uma ciência social que conjugasse a preocupação, herdada da fenomenologia, com as totalidades e as ferramentas cibernéticas. Thomas Schelling e Davis Lewis põem em jogo a capacidade que os agentes têm de se colocar no lugar dos outros e de ver o mundo, inclusive eles mesmos, ponto de vista deles. Como essa capacidade pode, assim, se refletir na mente dos outros até o infinito, chega-se a um conceito, o “saber público”, caracterizado como especularidade infinita. Savage, resumiu dizendo que ficamos dilacerados entre duas esperanças contraditórias. A primeira, alimentada pela máquina de Turing, é de que encontramos uma máquina capaz de fazer o que o homem faz, seja qual for o comportamento especificado; a segunda, é de que enfim descobriremos algo no homem que a máquina não poderia reproduzir.

Compulsando a literatura básica sobre o assunto verificamos que as relações entre pedagogia e psicanálise são altamente pertinentes a partir de uma concepção de educação que leve em conta a legitimidade dos fatores intrapsíquicos e intrapsíquicos que norteiam naturalmente as relações professor-aluno ou instrutor-treinando no processo ensino-aprendizagem. São fatores que se referem à constituição do psiquismo humano, presentes nas relações intersubjetivas e demandem por uma pedagogia que leve em conta os motivos mais profundos dos atores envolvidos (professor-aluno), descartando da ação educativa o excesso de autoritarismo e de procedimentos formais, nos quais encontramos no microensino.

4 CONCLUSÃO

É inegável que o ser humano nasce com estruturas mentais pré-definidas de vigília ou de sobrevivência geneticamente. Mas como o contato com os estímulos do meio estas estruturas mentais vão se alterando em diversos níveis.

Um dos estímulos, e as mais importantes neste estudo que se conclui, é a linguagem. A linguagem que é social e historicamente construída irá auxiliar a transformar as estruturas mentais dos indivíduos.

A linguagem deve conter significado, ou seja, um conjunto de signo fático, ou sobre fatos da experiência social do indivíduo. Desta forma a linguagem torna-se um poderoso estímulo para a formação e modelação das estruturas ambientais, onde encontramos um grande aliado no microensino.

A linguagem construída coletivamente através do microensino, com a incorporação da realização do trabalho coletivo eleva o indivíduo a estruturas de pensamentos mais descontextualizados, gerando um indivíduo mais facilmente adaptado a período de transformações e com facilidades de novos aprendizados.

Esta facilidade em absorver novas estruturas mentais decorrente da linguagem social e historicamente construída é, talvez, uma grande contribuição de Vygotsky, LURIA e Leontiev para a compreensão do processamento do aprendizado e da formação da cognição pelo ser humano neste mundo de mudanças rápidas e inesperadas, tendo como instrumento de apoio o microensino, o qual apresenta uma representação da realidade social em seu contexto, principalmente em decorrência das novas tecnologias.

REFERÊNCIAS

- AKASAKA, E.; GODOY, A. A técnica de microensino na formação e treinamento de professores: análise da sua utilização na disciplina "Didática do Ensino de Administração I". In: 2o. SEMEAD - Seminários em Administração, 1997, São Paulo. *Anais ...* São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, 1997, v. 2, p. 46-55.
- CARVALHO, Dirceu R. Microensino e aprendizagem social. ROTEIRO, Revista da UNOESC, Vol. XVI, n.32, (jul/dez 1994). Joaçaba: UNOESC. 63-68.
- CHUSID, Joseph G. Neuroanatomia Correlativa & Neurologia Funcional. 14ed. Rio de Janeiro : Guanabara Koogan, 1972.
- DUPUY, Jean Pierre. Nas origens das ciências cognitivas. Editora UNESP: São Paulo, 1996.
- FIALHO, Francisco. Ciências da Cognição. Florianópolis: Insular, 2001.
- LEONTIEV, Alexis. O desenvolvimento do psiquismo. Lisboa : Livros Horizonte Ltda., 1990.
- LURIA, A. R. .Desenvolvimento cognitivo: seus fundamentos culturais e sociais. São Paulo : Ícone, 1990.
- LURIA, A. R.. Fundamentos de neuropsicologia. Rio de janeiro : LTC / EDUSP, 1981.
- MOKREJS, Elisabete. Cognição e afetividade na escola: Síntese de três estudos, sobre Epistemologia Genética e Psicanálise. Revista da faculdade de educação da USP, v.1, n.1 (dez/1975). São Paulo: FEUSP, 1975. 63-77.
- OLIVEIRA, Maria K.. Vygotsky e o processo de formação de conceitos. São Paulo : Summus, 1992.
- OLIVEIRA, Maria K.. Vygotsky: aprendizagem e desenvolvimento. São Paulo : Scipione, 1993.
- VYGOTSKY, L. S. , LURIA, A. R. & LEONTIEV A. N.. Linguagem, desenvolvimento e aprendizagem. 3ª. ed.. São Paulo : Cone, 1991.

Publicação Anual da Faculdade de Tecnologia de Curitiba – FATEC-PR

Aceitam-se permutas com outros periódicos.

Para obter exemplares da revista, basta acessar o site www.fatecpr.edu.br e clicar no link da Revista Tecnológica da FATEC-PR e fazer o download do arquivo PDF correspondente e imprimir.

Revista Tecnológica da FATEC-PR

Faculdade de Tecnologia de Curitiba – Fatec-PR

Mantenedora: Escola Tecnológica de Curitiba S/C Ltda.

Rua Itacolomi, 450 – Portão CEP: 81070-150 - Curitiba-PR

Telefone: 3246-7722 - Fax: 3248-0246

<http://www.fatecpr.edu.br>

e-mail: secretaria@fatecpr.edu.br