

Alessandra Mizuta de Brito
Sebastião Patrício Mendes da Costa
(Orgs.)

A PESQUISA JURÍDICA EMPÍRICA e os **DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A primazia do
caso concreto.

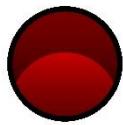
Prefácio por
Dr. Luiz Rodrigues Wambier

Há atualmente um aumento no número de pesquisas jurídicas no Brasil. A quantidade de trabalhos científicos rigorosos apresentados em congressos jurídicos no país, como o CONPEDI, por exemplo, demonstram esse desenvolvimento. O crescente número de revistas científicas na área jurídica e a rigidez como a Comissão Qualis da área do Direito da CAPES conduz a política de classificação e publicação de periódicos científicos, com critérios objetivos e rigorosos, além da transparência na avaliação desses periódicos, mostra uma preocupação dos órgãos governamentais com a seriedade com o que é pesquisado na área jurídica no Brasil. Diante desse cenário, esse livro pretende oferecer de forma breve e despretensiosa um panorama da pesquisa jurídica empírica no Brasil. Com esse objetivo, propomos uma única obra concatenada do início ao fim com o tema, e não uma coletânea, para que estudantes de graduação e pós-graduação, professores, pesquisadores e operadores do Direito em geral possam ter acesso a metodologias e exemplos de pesquisas jurídicas empíricas realizadas por pesquisadores experientes e com formação interdisciplinar. Os trabalhos abordam temas diversos sobre fenômenos jurídicos presentes em diferentes regiões do país, com enfoque em várias áreas do Direito, mostrando as dificuldades, os desafios e os êxitos daqueles que buscam estudar o fenômeno jurídico com métodos e procedimentos variados, que valorizam a análise de dados, a etnografia, as análises documentais e jurisprudenciais, entrevistas, aplicação de questionários e todos os procedimentos de pesquisa que procuram solucionar problemas práticos e que caracterizam o Direito enquanto Ciência Social Aplicada. Os capítulos são escritos por pesquisadores com consistente formação em Universidades brasileiras e estrangeiras, líderes ou membros de grupos de pesquisa consolidados em suas universidades e que se utilizam da pesquisa empírica para buscar respostas científicas para problemas jurídicos de ordem prática nas mais variadas áreas do Direito. Assim, essa obra coletiva busca auxiliar a divulgação e, de certa forma, ser um instrumento a mais para o fortalecimento da pesquisa jurídica empírica no Brasil.

Autores: Alessandra Mizuta de Brito, Carolina de Albuquerque, Dalmir Franklin Oliveira Jr., Fabricio Carlos Zanin, Felipe Cunha de Almeida, Gabrielle Kolling, Gisela Maria Bester, Jorge Trindade, Marco Felix Jobim, Maria Aparecida da Silveira, Nayara Gallieta Borges, Phillip Gil França, Plínio Sanick Leal, Rachelle Balbinot e Sebastião Patrício Mendes da Costa.



A PESQUISA JURÍDICA EMPÍRICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS



Série
Ciências Jurídicas

Comitê editorial da
& Sociais

- Liane Tabarelli, PUCRS, Brasil
- Marcia Andrea Bühring . PUCRS, Brasil
- Orci Paulino Bretanha Teixeira, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
- Voltaire de Lima Moraes, PUCRS, Brasil
- Thadeu Weber, PUCRS, Brasil.
- Fernanda Medeiros, PUCRS, Brasil.

A PESQUISA JURÍDICA EMPÍRICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A PRIMAZIA DO CASO CONCRETO

Alessandra Mizuta de Brito
Sebastião Patrício Mendes da Costa
(Orgs.)

φ editora fi

Direção editorial: Liane Tabarelli

Marcia Andrea Bühring

Orci Paulino Bretanha Teixeira

Voltaire de Lima Moraes

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais - 28

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BRITO, Alessandra Mizuta de; COSTA, Sebastião Patrício Mendes da (Orgs.).

A pesquisa jurídica empírica e os direitos fundamentais: a primazia do caso concreto. [recurso eletrônico] / Alessandra Mizuta de Brito, Sebastião Patrício Mendes da Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

293 p.

ISBN - 978-85-5696-178-5

Disponível em: <http://www.editoraifi.org>

1. Direitos fundamentais, 2. Pesquisa científica, 3. Ensaio, 4. Ética. I. Título. II. Série

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

SUMÁRIO

PREFÁCIO - LUIZ R. WAMBIER	9
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1	19
DIREITO, ANTROPOLOGIA E PESQUISA EMPÍRICA NO BRASIL	
FABRÍCIO CARLOS ZANIN; SEBASTIÃO PATRÍCIO MENDES DA COSTA	
CAPÍTULO 2	59
A INICIAÇÃO CIENTÍFICA NO DIREITO POR MEIO DA PESQUISA EMPÍRICA	
PARTE 1: RELATO DE EXPERIÊNCIA DE PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO: O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE EM RONDÔNIA	63
CAROLINA DE ÁLBUQUERQUE; Plínio Sanick Leal	
PARTE 2: UM ESTUDO DO ADOLESCENTE INFRATOR DE PERFIL AGRAVADO ATRAVÉS DA METODOLOGIA QUANTITATIVA E QUALITATIVA	83
JORGE TRINDADE; MARIA APARECIDA CARDOSO DA SILVEIRA	
CAPÍTULO 3	107
OS "DEZ GRAÇADOS, DEZ HUMANOS, DEZ TRUIDORES, DEZ LIGADOS, DEZ FIGURADOS, DEZ ENGONÇADOS, DEZ AGREGADORES, DEZ TEMPERADOS, DEZ TRAMBELHADOS, DEZ INFORMADOS" DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	
GABRIELLE KÖLLING; RACHELLE BALBINOT	
CAPÍTULO 4	133
PRECEDENTES: UMA ANÁLISE PELA PERSPECTIVA CULTURAL DA COMMON LAW E DA CIVIL LAW	
ÁLESSANDRA MIZUTA DE BRITO; MARCO FELIX JOBIM	
CAPÍTULO 5	173
A TUTELA SOCIOEDUCACIONAL DO ESTADO POR MEIO DA MÚSICA: UMA ANÁLISE DO PROJETO "BANDA LIBERDADE"	
DALMIR FRANKLIN OLIVEIRA JR.; PHILLIP GIL FRANÇA	
CAPÍTULO 6	205
FAMÍLIA E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS	
FELIPE CUNHA DE ALMEIDA	

A FRATERNIDADE E A SOLIDARIEDADE COMO PROPULSORAS DE ATIVISMO PARTICIPATIVO NO
PROCESSO CONSTITUCIONAL: AFIRMAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL CONTRA A PROIBIÇÃO DA
DISCUSSÃO DA DIVERSIDADE HUMANA DE GÊNERO NO SISTEMA PÚBLICO ESCOLAR DE PALMAS/TO
— ESTUDO DE CASO SOBRE A ADI Nº 0011990-05.2016.827.0000/16-TJTO

GISELA MARIA BESTER; NAYARA GALLIETA BORGES

PREFÁCIO

Luiç R. Wambier

Honrado, extremamente honrado, recebi o convite para prefaciar esta oportuníssima obra, coordenada pela Professora Alessandra Mizuta e pelo Professor Sebastião Patrício Mendes da Costa, e que conta entre os seus autores, além dos próprios coordenadores, com respeitados Professores e Magistrados, cujos nomes, na ordem da produção dos respectivos textos, aqui destaco: Fabricio Carlos Zanin, Carolina de Albuquerque, Plínio Sanick Leal, Jorge Trindade, Maria Aparecida da Silveira, Gabrielle Kolling, Rachelle Balbinot, Marco Felix Jobim, Dalmir Franklin Oliveira Jr., Phillip Gil França, Felipe Cunha de Almeida, Gisela Maria Bester e Nayara Gallieta Borges

A PESQUISA JURÍDICA EMPÍRICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PRIMAZIA DO CASO CONCRETO é o título deste magnífico livro, que considera fundamentalmente a necessidade de que o Direito se aproxime da sociedade brasileira, de suas diferentes regiões, de seus distintos costumes, de seus diversos problemas, de seus conflitos sazonais ou regionais. Que se aproxime, enfim, das angústias daqueles que estão sujeitos a ambiente de direito federal frequentemente gerado e produzido em regime de lamentável distância dos problemas reais de cada um dos brasileiros e daqueles outros que, não tendo aqui nascido, escolheram nosso país para viver, produzir, amar, construir, contestar e morrer.

Afirmo, no primeiro parágrafo, tratar-se de trabalho oportuno, justamente em razão da constatação, empírica, de que há um abissal fosso entre os estudos de Direito e a sociedade, em suas mais diferentes e importantes forças motrizes, notadamente entre nós, no Brasil, por razões que a introdução ao presente livro muito bem explica.

Aos olhos da sociedade, o estudioso e também o operador do Direito parecem viver num mundo paralelo, cheio de cogitações teóricas, no mais das vezes desprovidas de qualquer vínculo com a vida real, com as angústias e perplexidades com que a sociedade e cada um de seus membros se debatem, em sua caminhada pela vida.

Nossa linguagem é hermética, de difícil compreensão pelo homem médio. Com muita frequência nos servimos de vocábulos e de expressões que, a rigor, escondem a informação a respeito do Direito, da lei, das decisões judiciais, das diversas hipóteses de interpretação de textos etc, o que, no mais das vezes, gera profunda desconfiança e nutre o já historicamente presente fenômeno de evidente exclusão social, que nós, já iniciados no Direito, impomos àqueles que não são a respeito dele versados.

Não nos comunicamos. Aliás, pouco esforço fazemos, em regra, historicamente, para que nosso discurso seja entendido.

Pouco nos importamos com o fenômeno social em sua essência.

Agimos como se fosse o Direito (pobre e equivocada ilusão) o grande motor da sociedade, o fenômeno gerador de condições para que cada um encontre, na vida, seu caminho de felicidade.

A economia, por exemplo, é uma grande esquecida nas cogitações que permeiam as discussões que se travam nos ambientes do Direito.

Damos de ombros para as ciências exatas, para as ciências biológicas ou para as ciências agrárias, assim como para as demais áreas do saber humano.

E vamos mais longe, nesse isolamento que nos historicamente nos impusemos: pensamos no processo judicial como o único ou o mais eficaz meio para a solução das controvérsias surgidas entre os membros da sociedade, a ponto de desprezar os demais métodos que compõem o chamado sistema multiportas.

E isso nos deixa, com muita frequência, deslocados no meio social.

Somos os “homens e mulheres da capa preta”, apelido com que muito frequentemente a nós se dirigem tanto o homem quanto a mulher comuns, assim entendidas aquelas pessoas que lutam, dia após dia, de sol a sol, para construir suas próprias vidas e que não têm qualquer vínculo com a prática profissional do Direito.

E tanto faz que esse homem comum seja um mecânico de motores ou um físico nuclear. Para um e para outro, o Direito é um mundo complicado e impenetrável. Às vezes, incompreensível.

A pesquisa “pura” do Direito tem seu lugar, por óbvio e desprezar essa verdade seria leviano e errado.

Mas um país com tamanhos problemas, com tantas questões a resolver, em todos os planos da vida da sociedade, não se pode dar ao luxo de apenas nela, isto é, na reflexão eminentemente teórica do direito se fixar.

Temos que percorrer as ruas e as estradas, as cidades, os vilarejos, os povoados rurais, o litoral do sudeste e o sertão nordestino, meu sul, os ribeirinhos do grande norte, os produtores do centro-oeste e, enfim, todos em todos os quadrantes do país, e em cada lugar ouvir e refletir sobre o sentir da sociedade, a respeito de cada questão, de cada problema, de cada dúvida. E aí, colher dados mediante os mais diferentes métodos de consulta, levá-los ao ambiente acadêmico, analisá-los à luz do Direito vigente e oferecer soluções reais para problemas concretos.

Como está dito na Introdução a este livro, “*Os trabalhos abordam temas diversos sobre fenômenos jurídicos presentes em diferentes regiões do país, com enfoque em várias áreas do Direito, mostrando as dificuldades, os desafios e os êxitos daqueles que buscam estudar o fenômeno jurídico com métodos e procedimentos variados, que valorizam a análise de dados, a etnografia, as análises documentais e jurisprudencial, entrevistas, aplicação de questionários e todos os procedimentos de pesquisa que procuram solucionar problemas práticos e que caracterizam o Direito enquanto Ciência Social Aplicada*”.

É isso, certamente, que João e Maria, Pedro e Antonia, Carlos e Francisca, a microempresa X, a grande empresa, o investidor, o produtor rural, o réu e a vítima do Direito esperam, para além das historicamente elogáveis construções teóricas.

Parabéns aos autores! Cumprimento a todos na pessoa de meu “velho” amigo Phillip Gil França. Parabéns à Editora! E parabéns aos leitores, os grandes privilegiados pelo contato com tão expressivos textos.

Curitiba, Julho de 2017.

INTRODUÇÃO

Há atualmente um aumento no número de pesquisas jurídicas no Brasil. A quantidade de trabalhos científicos rigorosos apresentados em congressos jurídicos no país, como o CONPEDI, por exemplo, demonstram esse desenvolvimento. O crescente número de revistas científicas na área jurídica e a rigidez como a Comissão Qualis da área do Direito da CAPES conduz a política de classificação e publicação de periódicos científicos, com critérios objetivos e rigorosos, além da transparência na avaliação desses periódicos, mostram uma preocupação dos órgãos governamentais com a seriedade com o que é pesquisado na área jurídica no Brasil.

Por outro lado, a atuação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em incentivar estudos que buscavam a melhoria do ensino jurídico, como aqueles que precederam a Portaria 1.886/94 do MEC que inseriu a exigência da monografia jurídica nos cursos de Direito, além da implementação do Exame de Ordem com disciplinas variadas, tanto dogmáticas quanto propedêuticas, como a inclusão da Filosofia Jurídica, foi fundamental para o aprofundamento da formação de pesquisadores desde o início do curso de graduação.

Se anteriormente havia alguma resistência por parte dos estudantes de graduação e mesmo de pós-graduação às disciplinas como metodologia científica, ou que buscassem de forma mais específica abordar as questões da ciência geral em temas eminentemente jurídicos, nos dias atuais temos um número crescente de estudantes participando, já na graduação, de programas, institucionais ou não, de iniciação científica, além de uma procura maior por cursos de mestrado e doutorado, o que é evidenciado pela quantidade cada vez maior desses cursos e de uma crescente concorrência no número de candidatos inscritos para os programas de pós-graduação estrito senso.

Se há ainda uma forte tendência de interesse do estudante de graduação de Direito por temas eminentemente dogmáticos, além de existir uma postura que coloque num segundo plano a ciência, diante de uma preocupação com a simples reprodução do conhecimento, temos, por outro lado, um crescimento significativo de grupos de pesquisa, de trabalhos acadêmicos, de

disciplinas de pós-graduação, de dissertações de mestrado e teses de doutorado que tentam resolver problemas jurídicos por meio da utilização da metodologia científica. Dentre esses trabalhos científicos, há uma crescente busca por pesquisas que buscam resolver problemas práticos, utilizando-se do que vem sendo chamado de pesquisa empírica em Direito.

Se a utilização de dados empíricos é algo comum nas chamadas ciências naturais e nas ciências humanas, de uma forma mais geral, no caso do Direito, pesquisas que utilizam essa metodologia e que visam a resolver problemas concretos tornaram-se mais comuns apenas a partir da década de 80, principalmente com pesquisas no âmbito sócio-jurídico, como aquelas que analisaram o fenômeno do pluralismo jurídico realizadas por pesquisadores como Boaventura de Souza Santos, José Geraldo do Sousa Jr., Antonio Carlos Wolkmer e Raquel Yrigoyen Fajardo. Hoje a pesquisa empírica no Direito aborda os mais variados temas jurídicos, estuda os mais diversos fenômenos, abordando tanto temas sócio-jurídicos como temas eminentemente dogmáticos.

Trabalhar o Direito cientificamente não é algo fácil. Pelo contrário. Se hoje o Direito é visto como uma ciência, como afirma André Franco Montoro, nem sempre esse saber esteve presente nas chamadas classificações das ciências, tendo a sua científicidade questionada em alguns momentos e provocando divergências entre os epistemólogos.

Augusto Comte, por exemplo, ao classificar as ciências no seu livro “Plano dos Trabalhos Científicos Necessários para a Organização da Sociedade”, de 1822, vê a necessidade de se organizar o conhecimento, seguindo-se a ideia da ordem como condição para o progresso. O autor propõe uma classificação das ciências que segue o critério de complexidade dos conhecimentos, partindo-se dos mais simples, gerais e abstratos para os mais complexos, concretos e particulares. Dessa forma, os números seriam objetos mais simples enquanto os comportamentos sociais seriam objetos mais complexos. Para Augusto Comte, o Direito não é incluído na classificação das ciências, pois considerava que o comportamento do ser humano,

enquanto membro da sociedade era parte do campo da Moral e deveria ser analisado como objeto de estudo da Sociologia. Já para Mario Bunge, no entanto, em classificação baseada nas sistematizações de Rudolf Carnap, o Direito seria uma ciência factual. Carnap divide as ciências entre formais e factuais. Enquanto as ciências formais conteriam somente enunciados analíticos, as chamadas ciências factuais, entre elas o Direito, conteriam, além de enunciados analíticos, os sintéticos.

Kelsen também trata dessa temática na sua obra “Teoria Pura do Direito” e caracteriza o Direito enquanto norma que seria objeto de estudo da Ciência do Direito. Para esse autor, além das normas jurídicas, teríamos outras que regulam a conduta humana, que seriam as normas sociais e que poderiam ser objeto de estudo de outras ciências, como da Ética, por exemplo. Ou seja, mesmo entre os estudiosos da científicidade do Direito, percebiam-se no passado divergências sobre esse caráter científico.

A partir dos anos 60 surge um movimento epistemológico, coordenado por Georges Gusdorf, em favor da pesquisa interdisciplinar nas ciências humanas e que no Brasil terá como expoentes Hilton Japiassu e Ivani Fazenda. A pesquisa interdisciplinar vai atingir o Direito e trazer contribuições importantes para a pesquisa jurídica, provavelmente pelas características do objeto do Direito em afetar diversos sistemas sociais, como afirma o jurista alemão Stephan Kirste, que é professor da Universidade de Salzburg, na Áustria. Essa modalidade de pesquisa vai acrescentar muito à pesquisa jurídica no início dos anos 80, adicionando elementos de outras áreas ao estudo de fenômenos jurídicos, até mesmo apresentando metodologias já consolidadas em outras ciências para auxiliar na análise de questões legais.

Mesmo com um instrumental crescente, fazer pesquisa empírica no Direito tem suas dificuldades. Se nas ciências humanas ou nas ciências sociais aplicadas, de uma forma mais geral, temos uma tradição de valorização das pesquisas com enfoque na análise de dados empíricos, no caso do Direito, uma série de dificuldades atrasou o fortalecimento dessa modalidade

de pesquisa. A criação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil, em 1827, e a preocupação de se formar um corpo burocrático para o país que se tornara há pouco tempo independente de Portugal, e que, portanto, deveria naturalmente se distanciar do curso de Direito da Universidade de Coimbra, fez com que a formação do operador jurídico no Brasil estivesse ligada ao campo do “dever-ser” e à busca de soluções no âmbito abstrato. Essa tradição se consolida, de forma que José Reinaldo de Lima Lopes, ao falar de ensino jurídico, aborda a “crise do confinamento do jurista”. Se a preocupação do bacharel em Direito era participar de forma mais atuante na formação burocrática desse novo país que se tornara independente, a busca por explicações científicas e por uma possível tradição acadêmica no Direito ficou em segundo plano nas faculdades, desenvolvendo-se e se consolidando muito tempo depois da criação desses primeiros cursos jurídicos no Brasil.

No caso da pesquisa empírica, o Direito enfrentou dificuldades ainda maiores, pois a tradição do ensino jurídico no Brasil não proporcionava respostas para questões envolvendo aspectos da realidade prática, avanços tecnológicos ou mesmo a complexidade social, como novamente afirma José Reinaldo de Lima Lopes. Os trabalhos jurídicos que buscavam respostas científicas para problemas práticos na sociedade não eram incentivados. Apesar dos fenômenos jurídicos serem estudados na sua realidade concreta através de outras ciências, como na Antropologia e na Sociologia, a pesquisa jurídica no Brasil permanecia pautada em solucionar questões de ordem abstrata.

Mesmo diante de tais obstáculos, no início da década de 1980 professores e pesquisadores no Brasil começaram a trabalhar de forma mais incisiva a pesquisa empírica jurídica. Hoje temos revistas especializadas nesse tipo de pesquisa e redes de professores consolidando ainda mais a pesquisa jurídica empírica no Brasil.

Diante desse cenário, esse livro pretende oferecer de forma breve e despretensiosa um panorama da pesquisa jurídica empírica no Brasil. Com esse objetivo, propomos um livro único concatenado do início ao fim com o tema, e não uma coletânea,

para que estudantes de graduação e pós-graduação, professores, pesquisadores e operadores do Direito em geral possam ter acesso a metodologias e exemplos de pesquisas jurídicas empíricas realizadas por pesquisadores experientes e com formação interdisciplinar. Os trabalhos abordam temas diversos sobre fenômenos jurídicos presentes em diferentes regiões do país, com enfoque em várias áreas do Direito, mostrando as dificuldades, os desafios e os êxitos daqueles que buscam estudar o fenômeno jurídico com métodos e procedimentos variados, que valorizam a análise de dados, a etnografia, as análises documentais e jurisprudenciais, entrevistas, aplicação de questionários e todos os procedimentos de pesquisa que procuram solucionar problemas práticos e que caracterizam o Direito enquanto Ciência Social Aplicada. Os capítulos são escritos por pesquisadores com consistente formação em Universidades brasileiras e estrangeiras, líderes ou membros de grupos de pesquisa consolidados em suas universidades e que se utilizam da pesquisa empírica para buscar respostas científicas para problemas jurídicos de ordem prática nas mais variadas áreas do Direito. Assim, essa obra coletiva busca auxiliar a divulgação e, de certa forma, ser um instrumento a mais para o fortalecimento da pesquisa jurídica empírica no Brasil.

Os organizadores da obra

CAPÍTULO 1

DIREITO, ANTROPOLOGIA E PESQUISA EMPÍRICA NO BRASIL

*Fabrício Carlos Zanin**

*Sebastião Patrício Mendes da Costa***

INTRODUÇÃO

Os estudos científicos pautados na análise de dados observados na realidade social são crescentes no Brasil. Em várias áreas das chamadas Ciências Humanas ou das Ciências Sociais Aplicadas percebe-se atualmente uma valorização das chamadas pesquisas empíricas. Se em algumas áreas essa tradição de pesquisa a partir da análise de dados parece ser mais antiga, no Direito não observamos ainda essa tradição como algo já preponderante. Muito pelo contrário, pois a formação dos cursos jurídicos no Brasil se pautou na análise da norma no seu sentido do “dever ser”, no seu aspecto mais abstrato, quase que negligenciando os dados fornecidos pela realidade fática no que diz respeito à aplicação ou efetivação da norma jurídica. Veremos

*Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2004). Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2007). Especialização Lato Sensu em Didática e Metodologia do Ensino Superior no Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná (CEULJI\ULBRA) (2009). Ex-docente do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná – CEULJI\ULBRA e da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – Emeron. Atualmente é professor da Universidade do Tocantins – UNITINS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, Antropologia Jurídica, Sociologia Jurídica, Hermenêutica Jurídica e Direito Educacional, atuando principalmente nos seguintes temas: modernidade, constituição, democracia, direitos fundamentais, jurisdição constitucional, hermenêutica, educação superior e metodologia científica. Atualmente coordena o Projeto de Pesquisa “Direito e Literatura: (des) encontros (inter)disciplinares”. Advogado. Email: fabriciozanin@gmail.com.

** Professor efetivo da Universidade Federal do Piauí-UFPI, campus de Teresina-PI, Brasil. Doutor em Direito pela PUC/RS. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Mestre em Antropologia e Arqueologia pela UFPI. Bacharel em Direito pela UnB. Advogado. E-mail: prof.sebastiaocosta@gmail.com.

que essa postura do Direito desde os bancos universitários provocou um distanciamento dessa disciplina da sociedade, distanciando também, como consequências, as instituições jurídicas da população. Nesse mister, a tradição da pesquisa antropológica tem muito a acrescentar à pesquisa jurídica, principalmente através da metodologia desenvolvida na Antropologia em abordar profundamente as questões presentes na sociedade.

Nesse capítulo, utilizando a metodologia de pesquisa bibliográfica na perspectiva interdisciplinar, estudaremos as relações entre o Direito e a Antropologia e as contribuições que a metodologia antropológica pode fazer para o desenvolvimento da pesquisa jurídica a partir da observação direta e análise de dados.

1. ANTROPOLOGIA E SUA ORIGEM

"Um historiador pode ser surdo, um jurista pode ser cego, um filósofo pode a rigor ser surdo e cego, mas é preciso que o antropólogo entenda o que as pessoas dizem e veja o que fazem". A frase é citada na obra "Aprender antropologia", de Laplantine (2003) e, a despeito da presença implícita da briga das ciências entre si e das ciências com a filosofia, serve como ponto de partida de nossa reflexão sobre a importância da antropologia para ampliar nosso entendimento e nossa visão da ciência jurídica. O que está subentendido na frase é a autonomização das Ciências Humanas com relação à Filosofia através da sua especialização em torno de um objeto e da criação de métodos específicos (HESSEN, 2012).

A Antropologia nasceu enquanto ciência junto com todas as Ciências Humanas. Sua data de nascimento pode ser colocada na modernidade, época revolucionária em todos os sentidos (HOTTOIS, 2008). Junto com as Ciências Humanas, mas não demorou muito para apartar-se delas em função da especialização de seu objeto e da especificidade de seu método. Confundindo-se muitas vezes com sua "irmã siamesa", a Sociologia, a Antropologia tem, no seu nascimento, como método a etnografia e como objeto as "sociedades primitivas". Desse modo, estabelecendo seu objeto e determinando seu método, foi que ela

nasceu e se emancipou da Filosofia e das outras ciências (BARRIO, 2005).

Enquanto a Sociologia tem como objeto as transformações modernas e revolucionárias da sociedade européia e ocidental, estudando "os de dentro", ou seja, os incluídos, a Antropologia tem como objeto o resto, aquelas sociedades diferentes da sociedade moderna, ocidental e europeia, ou seja, "os de fora", os excluídos, as sociedades americanas, asiáticas, africanas, enfim, todos os povos que eram tidos como "inferiores", massacrados e dominados pelo nacionalismo, pelo imperialismo, pelo colonialismo, pelo etnocentrismo e pelo eurocentrismo (DUSSEL, 1993).

Aliás, a Antropologia está marcada a ferro e fogo com esses conflitos de origem, pois contribuiu e muito para a dominação desses povos. Diz-se até que ela é o "discurso europeu da diversidade e da alteridade" (LAPLANTINE, 2003, p.13). Um discurso marcado por uma alteridade falsa, construída e por uma lógica dualista, hierárquica e racista (ZANIN; POLICARPO, 2014). Por isso é possível falar que Antropologia e Sociologia são "irmãs siamesas", pois nascem juntas, mas são diferentes no objeto (sociologia = sociedades europeias; antropologia = sociedades não europeias), uma completando e auxiliando a outra, embora com algumas brigas no decorrer do caminho.

2. CONCEITO E OBJETO DE ESTUDO DA ANTROPOLOGIA

Mas o que é Antropologia? Antropologia pode ser definida de muitos modos. Só pra ter uma ideia, vamos oferecer seis definições para esclarecer sua diversidade e complexidade de pontos de vista (PAULINO, 2011; MARCONI, 2012; LAPLANTINE, 2003). Primeira definição: ciência do homem e suas ações no tempo e no espaço, formando as culturas. Segunda definição: a mais humana das ciências e a mais científica das humanidades. Terceira definição: aquilo que os antropólogos fazem. Quarta definição: nada mais é do que sociologia comparada. Quinta definição: impulso, desejo e curiosidade que o ser humano tem pela própria humanidade. E, por último, sexta definição: chave de compreensão do homem.

A primeira definição esclarece a relação da Antropologia com a História (tempo) e com a Geografia (espaço), chegando até seu objeto atual, as culturas (LARAIA, 2009; SANTOS, 2009). A segunda definição explicita o paradoxo entre as ciências naturais e as culturais, colocando a Antropologia bem na fronteira metodológica delas. A terceira definição lança luz sobre a profissão do antropólogo, suas capacidades, habilidades e competências. A quarta definição coloca a Antropologia como submissa à sua "irmã siamesa", a Sociologia. A quinta definição esclarece a origem da Antropologia numa força incontrolável do ser humano, a curiosidade por outros modos de ser, de viver, de fazer, de expressar, etc. Já a sexta, além de dar uma definição da ciência antropológica, tem uma dimensão ética, já que a Antropologia, na medida em que aproxima o distante e torna familiar o estranho, pode ser uma ferramenta poderosa de aproximação, entendimento, tolerância e compreensão entre os povos e suas diferentes culturas, embora tenha sido utilizada para o contrário de tudo isso.

O objeto que marcou o nascimento da Antropologia foi as "sociedades primitivas". Mas o que são as "sociedades primitivas"? Elas se tornam compreensíveis apenas na medida em que são comparadas com as "sociedades desenvolvidas", organizadas, avançadas, complexas, civilizadas, racionalizadas, industriais. Estas seriam objeto da Sociologia, pois estuda as sociedades européias, ocidentais e modernas, "os de dentro". Já "os de fora", as sociedades simples, desorganizadas, não desenvolvidas, primitivas, selvagens, bárbaras, exóticas, animalescas, pré-modernas, pré-colombianas, tradicionais e sagradas seriam objeto da Antropologia.

Com o discurso dualista, hierárquico e racista de que as sociedades modernas, europeias e ocidentais eram superiores às outras sociedades não europeias, a Antropologia serviu de justificação teórica e legitimação para o domínio político e econômico do colonialismo e do imperialismo (SHIRLEY, 1987). As sociedades não europeias em desordem deveriam evoluir, transformar-se, progredir, modernizar-se e mudar em direção ao padrão único, normativo e universal das sociedades européias e

modernas da ordem. Discurso este que resultou no massacre dos povos nativos indígenas, vários conflitos civis internos e nas duas guerras mundiais (ZANIN, 2013).

As fases pelas quais passou a Antropologia também servem de exemplo das suas transformações. Foram três fases: primeira, pragmática; a segunda, romântica; e a terceira, científica (SHIRLEY, 1987). A primeira significa a utilização da Antropologia como legitimação teórica e fundamentação para dominação dos povos das colônias. A segunda, já significa a utilização da Antropologia para a defesa desses mesmos povos. E a terceira, a fase da neutralidade científica com relação ao objeto através da criação do método etnográfico. No entanto, após a independência de muitos povos que antes eram colônias, a ciência antropológica passou por uma crise, pois seu objeto havia sumido, ou seja, as “sociedades primitivas”. A saída foi afirmar que a identidade autônoma e especial da antropologia não está no objeto, mas sim no método e, além disso, voltar seu aparato metodológico para o estudo dos excluídos de dentro da própria sociedade moderna, ocidental e européia.

Além disso, atualmente, a questão da pós-modernidade e o paradigma hermenêutico estão lançando novos desafios e enfrentando a crise metodológica do positivismo tanto na Antropologia, como no Direito. Pode-se dizer que a discussão da passagem da modernidade para a pós-modernidade inicia uma quarta fase para a ciência antropológica, que marca o reconhecimento do paradigma hermenêutico interpretativista dentro de seus domínios científicos, repensando fundamentos, objetos e métodos (GEERTZ, 2008; GEERTZ; MARCUS, 1986).

Desse modo, a Antropologia voltou seus olhos e ouvidos para aqueles desviados, tortos, desajustados, os de fora dentro, excluídos, o que se convencionou chamar de minorias ou os chamados "selvagens de dentro" (ZANIN, 2014; MAZZUOLI, 2014; MARMELSTEIN, 2014). Mulheres, crianças, idosos, juventude, ateu ou outras religiões que não católicas, afrodescendentes, índios "integrados", pessoas do campo, analfabetos, homossexuais, travestis, transgêneros, pessoas que

sofrem de patologias mentais, pessoas com necessidades especiais, enfim, todas as pessoas de grupos excluídos minoritários e de alta vulnerabilidade social (LAPLANTINE, 2003; BARRIO, 2005).

Eis aí seu novo objeto, minorias excluídas, diante do desaparecimento do velho objeto, as sociedades primitivas. Sobre essas pessoas que fogem do modelo e padrão normal de identidade social moderna é que recai a discriminação, o preconceito e o racismo. Aliás, conceitos estes que cabem à Antropologia estudar e esclarecer, nunca esquecendo o auxílio e diálogo com as outras Ciências Humanas e com a Filosofia. Além desses conceitos, vários outros a Antropologia deve estudar: “raça”, etnia, minorias, identidade, normalidade, nação, região, etc. (ZANIN; POLICARPO, 2014).

Fenômenos como as políticas públicas de redistribuição de renda e geração de inclusão, ações afirmativas, justiça social, nacionalismo, patriotismo, fronteiras, bairrismos, migrações, pós-colonialismo, regionalismos, violências, dentre outros, estão vinculados a esses conceitos que a Antropologia investiga e todo seu impacto na ordem e mudança sociais (PAULINO, 2011; MARCONI, 2012). Tudo isso pode, portanto, ser considerado como os novos objetos do campo de investigação antropológico.

O mesmo aconteceu com as colônias independentes. Uma vez que adotaram o modelo único, normativo e universal do paradigma civilizatório da modernidade (REYNOSO, 1991), agora era a hora de estudar os excluídos de dentro da própria sociedade e suas culturas. Isso fez que a Antropologia adotasse outros objetos além do tradicional parentesco, tais como Antropologia urbana, Antropologia da linguagem, Antropologia da religião, da família, da economia, da mídia, da dança, das comunicações, etc. Mas o que faz parte desse paradigma civilizatório da modernidade adotado por todas as colônias? Significa um modelo jurídico, político, econômico, social, religioso e cultural que, a partir do colonialismo e depois com a internacionalização e com a globalização, tornou-se único, universal e normativo para todos os países que desejasse ser

modernos, evoluídos, desenvolvidos e com progresso (ZANIN, 2013; CHEVALLIER, 2009; BITTAR, 2005).

Politicamente, os países independentes (ex-colônias) deveriam ter um Estado nos mesmos moldes da revolução francesa e do contratualismo. Juridicamente, os países deveriam adotar o modelo constitucional, ou seja, a racionalização do poder estatal mediante a separação de poderes e a definição de direitos naturais e fundamentais do cidadão na esteira da ideologia burguesa e liberal. Economicamente, os países deveriam organizar-se através da sociedade de livre mercado e concorrência, ou seja, deveriam adotar o capitalismo como modo de organização da economia. Socialmente, os países deveriam adotar todos os valores da ideologia liberal e sua ética individualista e consumista. Religiosamente, os países deveriam explicitar na Constituição a laicidade estatal, a liberdade de crença e a tolerância religiosa. E, por último, culturalmente, os países deveriam adotar a cultura do individualismo e do consumismo, na qual tudo é mercadoria (ZANIN, 2009; 2008). O paradigma civilizatório da modernidade pode ser chamado também de “civilização da máquina” (BARROS, 2009) ou “era atômica” técnica (onto-teo-tecno-logia) (HEIDEGGER, 2001).

3. ESCOLAS TRADICIONAIS DA ANTROPOLOGIA

Vimos que a Antropologia é uma ciência da modernidade e que passou por uma crise com relação ao seu objeto, além de entrar em uma nova fase, a de novos objetos e novos métodos com os desafios da pós-modernidade e do paradigma hermenêutico. Agora vamos ver as escolas tradicionais da antropologia, suas divisões e o que se convencionou chamar antropologia aplicada (LAPLANTINE, 2003; BARRIO, 2005).

As escolas nacionais da Antropologia acompanham o seu surgimento enquanto ciência e podem ser apresentadas assim: escola francesa ou escola racionalista estruturalista; escola britânica ou escola funcionalista; escola estadunidense ou culturalista, constituindo o que Cardoso de Oliveira chama de “Matriz Disciplinar” (1988. p.9). Todas essas três escolas podem ser colocadas dentro do grande gênero paradigma da ordem, pois

todas se preocupam com a manutenção do equilíbrio sincrônico do sistema em detrimento de suas transformações e mudanças diacrônicas ou das ações do indivíduo. Já a escola estadunidense simbólica, interpretativa ou hermenêutica pode ser classificada como paradigma da desordem, pois dá ênfase à mudança, transformações e as ações e significados da ação humana não subsumidas pela estrutura ou pelo sistema. Por ser um desafio aos paradigmas tradicionais da Antropologia é que o paradigma hermenêutico responde melhor à crise metodológica positivista e aos desafios da pós-modernidade.

As escolas da Antropologia servem como um bom exemplo da frase que abriu esse trabalho, na qual ficou apresentada a relação da Antropologia com a Filosofia, com outras ciências humanas e suas autonomias em termos de método e objeto. As ciências humanas podem ser chamadas de "filhas" que nasceram da mesma "mãe", a Filosofia. Na medida em que foram crescendo e se desenvolvendo em termos metodológicos, as "filhas" ciências saíram da casa da "mãe" Filosofia e começaram a brigar umas com as outras, mas o vínculo de consanguinidade e de parentesco nunca poderia ser negado entre todas elas.

Assim, na escola racionalista, as ciências humanas sociais tornam-se autônomas com relação à "mãe" Filosofia, a partir de uma releitura científica da categoria filosófica da causalidade (D'AGOSTINI, 2002; PALMER, 1989; STEIN; 2003 e 2010). Na escola funcionalista, as "irmãs" ciências humanas sociais começam a brigar entre si, sobretudo nas fronteiras da Antropologia com a Biologia, com a História, com a Geografia Humana e com a Psicologia. E na escola estadunidense simbólica, o diálogo entre as "irmãs" e delas com a "mãe" Filosofia é retomado em função dos desafios da pós-modernidade e dos desafios lançados pelo paradigma filosófico hermenêutico à todas as ciências humanas com seu legado positivista moderno (desde o mais simples positivismo empirista até o mais sofisticado positivismo lógico dos neopositivistas) (STRECK, 2014).

As divisões da Antropologia tradicionalmente aceitas são: Antropologia Natural ou Física e Antropologia Social ou Cultural

(LAPLANTINE, 2003; BARRIO, 2005). Ao lado dessas pode ser colocada também a Antropologia Filosófica, dentre outras. A Antropologia Natural ou Física estuda o homem isolado e em termos biológicos e naturais. Já a Antropologia Social ou Cultural estuda o ser humano em termos sociais, linguísticos e relacionais. Por fim, a Antropologia Filosófica tenta desvendar os mistérios e fundamentos do ser humano na sua totalidade (VAZ, 2011). Dentro da Antropologia Social estão Arqueologia, Etnografia e Etnologia. Ao lado dessas divisões está a Antropologia Aplicada, que pode ser considerada o resultado conceitual e metodológico das escolas e divisões aplicado às diversas áreas, como: Linguística, Psicologia, Psiquiatria, História, Economia, Geografia, Religião, Política, Direito, etc.

Todas essas divisões da Antropologia refletem o que já falamos anteriormente. A Antropologia Física ou Natural mostra influência do método das ciências naturais e a relação da Antropologia com a Biologia, dentre outras ciências particulares. Já a Antropologia Social ou Cultural reflete a relação da Antropologia com as ciências humanas e seus novos métodos. E a Antropologia Aplicada é a relação da Antropologia na busca de novos objetos e relacionando-se de forma interdisciplinar novamente, na crise de seu objeto e método, com outras ciências e experimentando-se em novos objetos.

Se falamos que a Antropologia nasceu com as demais ciências humanas no contexto da modernidade e que pouco a pouco foi se especializando e se tornando autônoma, especializada e independente da filosofia e das demais ciências humanas em função da determinação de seu objeto e método, temos que falar sobre o método antropológico. O método antropológico varia entre a etnografia, a etnologia e a simbologia. A etnografia pode ser entendida a partir de uma "ruptura temática" e de uma "inversão temática" com relação às "irmãs" mais próximas (LAPLANTINE, 2003, p.119-128).

A ruptura temática se dá com relação à Sociologia e com relação à História, pois ambas ficam distantes de seus objetos e têm protocolos metodológicos rígidos. Ao contrário da Antropologia, que, inicialmente, determinava a imersão de campo

como uma aventura pessoal de analisar a “sociedade primitiva” desde dentro dela mesma e que, atualmente, afirma que “todos somos nativos”, que “todos somos intérpretes” e que se utiliza de protocolos e instrumentos metodológicos mais flexíveis. A inversão temática também se dá comparativamente à Sociologia e à História, que têm uma visão macro, institucionalizada e periódica de fases evolucionistas. A Antropologia, ao contrário, está preocupada e toma para si a investigação daquele resíduo esquecido e impensado da vida cotidiana, inicialmente, de “sociedades primitivas” onde estão presentes características como não escrita, não formalizada e não institucionalizada e, posteriormente, de grupos minoritários tidos como os excluídos selvagens de dentro. A etnologia é a utilização do método comparativo entre os dados obtidos via etnográfica de várias culturas. E o método simbólico é a utilização dos conceitos de compreensão e de interpretação, vindos do paradigma hermenêutico, com a finalidade de reformular a etnografia, vendo-a como uma fusão de horizontes produtiva e dialógica (HEIDEGGER, 2003; GADAMER, 1997; RICOEUR, 1990; REYNOSO, 1991).

Em uma de nossas definições de Antropologia, vimos que o ser humano interage com grupos sociais e que, juntos, agem no tempo e no espaço, formando a cultura. Mas o que a Antropologia tem a dizer sobre a cultura? Muito além da classificação que a Antropologia faz da cultura está o debate filosófico da unidade com a multiplicidade, ou seja, a relação entre uma cultura com outras culturas. Mesmo assim, vejamos a classificação das culturas (multiplicidade) que fazem parte da cultura brasileira (unidade). Trata-se da multiplicidade constitutiva da unidade da cultura brasileira, formada por culturas como: europeia, popular, erudita, indígena, afro, quilombolas, massa, contraculturas, etc. Os choques, as assimilações e as aculturações também fazem parte dos novos objetos que a Antropologia investiga e estuda.

Todas essas múltiplas culturas fazem parte da unidade cultura brasileira. A Antropologia estuda cada uma delas e suas relações. Assim, ela investiga o indivíduo e sua relação com o

grupo social; em seguida, a pertença do indivíduo ao grupo, o que lhe dá uma identidade; por fim, a Antropologia interroga a relação da identidade com a diversidade. As identidades criam padrões de normalidade e anormalidade e de ordem e desordem. Todos esses padrões a Antropologia estuda e investiga a partir de métodos descritivos que mesclam abordagens sincrônicas e diacrônicas, dependendo do paradigma utilizado e da escola a que o antropólogo esteja vinculado.

Mas e no Brasil, existe alguma coisa parecida com uma escola antropológica brasileira? (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1988, p.109-128). A Sociologia (CARDOSO, 2013; BOTELHO; SCHWARCZ, 2009) e a Antropologia (DAMATTA, 1997 e 2010) renderam valiosos estudos sobre a formação da nossa sociedade e da nossa cultura. Esses resultados podem ser exemplificados nas afirmações a seguir sobre o “jeitinho brasileiro”. Primeiro, os políticos e empresários brasileiros, ou seja a elite, adotam o jeitinho brasileiro formal. Segundo, o resto do povo brasileiro também adota o jeitinho brasileiro, mas, nesse caso, informal. O jeitinho brasileiro formal de políticos e empresários ou, de modo geral da elite, os faz considerar-se acima da lei, o que explica fatos como o “sabe com quem está falando”, o “carteiraço”, o “coloque-se no seu lugar” e os vários desmandos do abuso de poder nas relações sociais (SHIRLEY, 1987; DAMATTA, 1997).

O jeitinho brasileiro informal do povo brasileiro os faz considerar-se à margem da lei, excluídos dela, fora da lei ou sem lei. Entretanto, no vácuo da lei, a população cria suas próprias leis, o que explica a invisibilidade, a exclusão, a discriminação, a violência, as gambiarras da sobrevivência e as estruturas legais paralelas à do Estado. Terceiro, a soma do jeitinho formal com o informal resulta na mais absoluta descrença e desconfiança com relação às instituições sociais e, sobretudo, com relação à lei. O brasileiro simplesmente não acredita na política e na lei e muito menos no Direito, pois sabe que aquilo que vê é fruto de uma estrutura paralela de poder invisível e acessível a poucos privilegiados, local onde as decisões são verdadeiramente tomadas.

Talvez na hipótese do jeitinho brasileiro esteja a explicação do Brasil ser um dos países mais complexos do mundo e, ao mesmo tempo, um dos países mais desiguais do mundo (SHIRLEY, 1987). O país do futuro, o país cordial e o país da miscigenação e, ao mesmo tempo, o país do racismo e do preconceito velado e dissimulado (DAMATTA, 2010). Aliás, talvez estejam nos paradoxos que nos definem e que nos definiram desde o começo a força e a flexibilidade de nossa(s) cultura(s).

O enigma paradoxal brasileiro pode ser comparado, por exemplo, com o enigma paradoxal da Amazônia (BECKER, 1991). Se preenchermos o vazio significativo da palavra "Brasil" com mitos fundadores paradoxais (DERRIDA, 2007; AGAMBEN, 2004; CHAUÍ, 2000), tais como os da casa grande e senzala, o mesmo acontece com o vazio significativo da palavra "Amazônia", preenchido com diferentes sentidos: legal, territorial, ambiental, local, social, internacional, verde, regional, real, azul, econômica, militar e política, etc.; e disputado por duas ideologias: o liberalismo e o ecologismo (BARROS, 2009).

Tantos são os sentidos que preenchem o vazio do Brasil e da Amazônia que não sabemos mais se estamos diante do Brasil e da Amazônia reais ou fruto de nossa imaginação, desejo e utopias. O paradoxo é tanto, que o Brasil pode ser, de um lado, o país do futuro e, de outro, um país mestiço condenado eternamente ao fracasso; a Amazônia, por sua vez, pode ser, por um lado, o paraíso perdido eldorado, mas que, por outro, é o inferno verde.

A respeito dos índios também reina o vazio e o paradoxo, pois nossa incompreensão da cultura indígena é tanta, que preenchemos o vazio significativo e identitário com imagens míticas construídas arbitrariamente e contraditórias do tipo: monstro canibal ou bom selvagem em harmonia com a natureza; infeliz preguiçoso ou feliz trabalhador; feio e estúpido ou bonito e inteligente; coisa sem alma ou ser humano com "um pouco" alma; anarquistas dionisíacos orgiásticos ou comunistas cheios de tabus sexuais apolíneos; violentos e criminosos ou crianças dóceis que necessitam de proteção (LAPLANTINE, 2003).

Além dos exemplos já citados de nossa questão identitária e cultural nacional, da Amazônia e dos povos indígenas, outro exemplo do jeitinho brasileiro digno de nota é nossa prática religiosa. O brasileiro, seja de qual for a crença, não consegue observar o mais simples ritual. Ele simplesmente não obedece às regras impostas pelo ritual, até mesmo conversa durante sua execução ou nem mesmo lhe dá a importância simbólica devida. Se transportarmos essa atitude flexível e descompromissada com relação ao ritual religioso para outras esferas da sociedade, tais como a Política, o Direito, a Economia, a Família, etc., tudo fica mais nítido e compreensível. A democracia, a justiça, as trocas, os vínculos privados e públicos, tudo depende de certos rituais, certas regras, as quais o brasileiro subverte com seu comportamento malicioso, displicente e pessoalizado ("jeitinho").

Em suma, no vazio do Brasil, no vazio da Amazônia e no vazio do ritual, na vazio da presença suspensa da lei, reina a exceção de uns acima dela e outros abaixo dela, mas tendo todos em comum o jeitinho formal ou informal no qual todos criam suas próprias leis paralelas e invisíveis (DAMATTA, 1997; SHIRLEY, 1987; AGAMBEN, 2004; CARDOSO, 2013).

Apesar dos "jeitinhos", das contradições, dos paradoxos e dos mitos fundadores binários criados para preencher o enigma do vazio brasileiro, enfim, apesar de tudo, criamos uma civilização. Talvez, para explicá-la, devemos recorrer às tradições que aqui se encontraram, ou melhor, se confrontaram, do mesmo modo que, para explicar a Antropologia, devemos recorrer às suas tradições e escolas.

Para explicar as diferenças entre as escolas nacionais responsáveis pela constituição da antropologia enquanto disciplina autônoma e científica, Cardoso de Oliveira compara as tradições inglesa, alemã e francesa. Com relação à tradição inglesa, afirma ele ser caracterizada pela valorização à experiência, ou seja, uma orientação prática que vê a natureza como um encontro de fatos. Já a tradição alemã, ao contrário, diz ele, prioriza a abstração e, com uma orientação especulativa, dá mais ênfase à natureza e à realidade vista como um sistema de leis. A tradição francesa, a última, afirma ele que tem como orientação a

tarefa de completar, fundir ou simplesmente criticar os dois anteriores (1988, p.63).

Para explicar as raízes ibéricas do Brasil, Cardoso (2013, p.273) comenta "Raízes do Brasil" no seguinte sentido: a presença espanhola tem um gosto mais para a abstração, para o planejamento, para a racionalização; já a presença portuguesa tem como característica a desorganização, a desordem, a indisciplina, a improvisação, muito embora tivesse uma visão estratégica militar exemplar.

Apesar de tudo, construímos uma nação. A excelente legislação abstrata e genérica brasileira, de um lado, é fruto também de nossos antepassados espanhóis e alemães, mas o jeitinho brasileiro, de outro, tem raízes nos portugueses, nos ingleses e franceses. A Antropologia brasileira é a mistura eclética, sincrética, remixada, carnavalizada de todas essas tradições. Talvez sua finalidade manter o mistério e o espanto da Antropologia sobre o Brasil e sobre ela mesma, fazendo com que, nas palavras de Cardoso de Oliveira, o exercício do ritual profissional do antropólogo não seja apenas de "eternização da academia" ou de "legitimização da intervenção (...) naquelas parcelas da humanidade que (...) constituíram a nossa disciplina. A elas rendemos (...) o compromisso de nossa solidariedade e o nosso devotamento à defesa de seus direitos". Defendermos e mantermos o mistério e o espanto da antropologia sobre si mesma e dela sobre o Brasil é, ao mesmo tempo, uma atitude política, ética e epistemológica, constituindo o "estilo da antropologia que fazemos no Brasil" (1988, p.24).

Sobre a Antropologia e o Direito, que serão abordados mais a frente, mais duas considerações: uma sobre a posição da Antropologia no currículo nacional dos cursos jurídicos do Brasil; a outra, sobre as semelhanças entre os desafios filosóficos da pós-modernidade para o Direito e para a Antropologia (ou para as ciências humanas sociais de um modo geral). De acordo com as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Direito no Brasil, estipuladas pelo MEC, a formação do bacharel em Direito está organizada e dividida em três eixos de formação (art. 5º, DCN n.9/2004, CNE-CES): fundamental, profissional e prático. O

eixo de formação fundamental é composto de matérias ou disciplinas como: Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia. O eixo de formação profissional tem conteúdos de Direito constitucional, administrativo, tributário, penal, civil, empresarial, trabalho, internacional e processual. Por fim, o eixo prático é composto de estágios supervisionados, trabalho de conclusão de curso e atividades complementares.

Tal como na Antropologia e suas escolas do paradigma da ordem (francesa, britânica e estadunidense culturalista), no eixo de formação profissional prevalece um ponto de vista técnico, dogmático, formal, objetivo e positivista. Já no eixo de formação fundamental, do mesmo modo que no paradigma da desordem nas escolas da Antropologia (estadunidense interpretativo, simbólico ou hermenêutico), predomina uma visão interdisciplinar e transversal da ciência jurídica, o que permite o contato e o diálogo do Direito com outras ciências e dos seus próprios ramos entre si. Sociologia Jurídica, Psicologia Jurídica, História do Direito, Filosofia do Direito e Antropologia Jurídica, por exemplo, são disciplinas que somente são possíveis, primeiro, em virtude da aproximação entre ciências diferentes e, segundo, com a inserção de temas transversais nos próprios ramos da ciência jurídica, a fim de dar uma visão diferente do direito, da ciência jurídica, da norma jurídica e do sistema normativo. Trata-se de proporcionar ao estudante um novo olhar, um novo pensar, um novo dizer a respeito do direito (ZANIN, 2008) a partir de uma perspectiva interdisciplinar e transversal desde outras ciências. Eis aí exatamente a importância da ciência antropológica para a ciência jurídica, além daquela de manter o mistério e a inquietude sobre si mesma e sobre o paradoxal Brasil e sua(S) cultura(S) (VASCONCELOS, 2002).

O ponto de vista positivista na Antropologia e no Direito têm em comum uma visão moderna da ciência, baseada nos valores da modernidade e do iluminismo, tais como: racionalismo, humanismo, neutralidade, ordem, objetividade, cientificismo, etc. A pós-modernidade é um desafio para a Antropologia e para o direito porque ataca justamente tais valores

e fundamentos modernos das ciências (VATTIMO, 1996). O paradigma filosófico hermenêutico assumiu para si a responsabilidade das críticas aos fundamentos universais, racionalistas, humanistas e positivistas das ciências. No Direito, o pensamento de Streck pode ser exemplificado como receptador do paradigma hermenêutico e adaptação dele à ciência jurídica, a partir de sua Nova Crítica Hermenêutica do Direito (STRECK, 2014a; 2014b). Na Antropologia, por sua vez, Cardoso de Oliveira pode ser exemplificado como adaptador do paradigma hermenêutico à ciência antropológica a partir de suas considerações sobre a Matriz Disciplinar da Antropologia e o paradigma hermenêutico da desordem, inserindo novamente inter-subjetividade, individualidade e historicidade nas antropologias tradicionais da ordem (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1988, p.91-107).

O paradigma hermenêutico filosófico é utilizado pelas ciências, no nosso caso, Direito e Antropologia, como uma nova reaproximação entre ciências ("filhas") e filosofia ("mãe") para dar conta dos desafios da pós-modernidade. Ricoeur (1990) estava certo quando afirmou que as ciências humanas sairiam enriquecidas se enxertassem dentre delas a hermenêutica, retirando-lhes o dogmatismo e os exageros positivistas, heranças modernas (ZANIN, 2009). Numa palavra, a hermenêutica "tornou a questão epistemológica um problema de consideração inevitável para qualquer investigação etnográfica" (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1988, p.103) ou "desconstrução, destruição e superação da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico)" (STRECK, 2014a, p.20; p.260). Outro sintoma das manifestações dos desafios pós-modernos tanto no Direito quanto na Antropologia é a sua aproximação não apenas da filosofia, mas também da literatura como uma tentativa de recuperar a subjetividade (liberada da objetividade), o indivíduo (liberada do psicologismo e da sociedade) e a história (libertada da visão linear, cíclica, evolucionista e naturalística) (TRINDADE, 2008; LAPLANTINE, 2003).

Por fim, o paradoxal Brasil tem muito a ver com a paradoxal Antropologia. O país das leis perfeitas, mas o país do

jeitinho. A Antropologia da dominação e da ordem, mas também a Antropologia da defesa e da desordem. Portanto, a Antropologia brasileira pode ser muito útil na desconstrução do discurso moderno, europeu, ocidental, em suma, "metafísico branco" e, por consequência, na construção de uma "metafísica negra", onde haja a possibilidade de um verdadeiro discurso da alteridade feito por nós mesmos refletindo, hermeneuticamente, sobre nós mesmos. Também pode ser útil na construção, a partir do paradigma hermenêutico e dos desafios da pós-modernidade, de novos espaços de articulação e de confronto entre de um lado, Antropologia e as demais ciências humanas - entre elas o Direito - e de outro, todas elas e a Filosofia.

A Antropologia suspeita de si mesma com a utilização do paradigma hermenêutico e pode ensinar a mesma "vigilância hermenêutica" à ciência jurídica, tal como os "mestres da suspeita" já nos ensinaram. Marx, Freud e Nietzsche (e por que não Agamben?) nos ensinaram a duvidar do mundo com a finalidade de descobrirmos novos mundos: nova antropologia, novo direito, novo Brasil, nova Amazônia, nova cidadania, novo olhar, novo pensar e novo dizer.

4.RELAÇÕES ENTRE DIREITO E ANTROPOLOGIA

Já vimos acima que o estudo de Antropologia no Brasil está presente no currículo do curso de Direito. Vimos ainda a semelhança entre os desafios para essas áreas propostos pela pós-modernidade. De fato, são vários os pontos que aproximam o Direito e a Antropologia. E essa aproximação pode ser positiva para ambas as áreas do conhecimento, seja proporcionando um instrumental teórico interessante para a explicação e análise do fenômeno jurídico, como permitindo o estudo de um número maior de dados através da chamada pesquisa empírica feita através da observação direta. A perspectiva disciplinar (GUSDORF, 1985) que pode ser aplicada aos estudos que envolvem essas duas áreas garante uma visão mais geral e completa dos fenômenos, uma vez que poderemos aplicar a metodologia de pesquisa desenvolvida na Antropologia, com seus estudos etnográficos e comparativos para compreendermos

profundamente o fenômeno jurídico, principalmente com seus reflexos na sociedade.

Algumas características da Antropologia juntamente com a sua metodologia, que foi aprofundada diante de pesquisas de campo, podem auxiliar o Direito na compreensão de situações reais que envolvem a aplicação da norma, além de colocar um outro olhar sobre as instituições jurídicas e seus sujeitos, dessa forma, podendo solucionar uma das grandes críticas que sofre a disciplina jurídica que seria o fato dela e de suas discussões legais se afastarem do contexto fático e, dessa forma, provocarem um distanciamento da sociedade. Ora, a Antropologia tem como características o estranhamento e a comparação. Ou seja, estranhamento como a capacidade que o pesquisador possui de se surpreender diante de situações vistas como naturais e cotidianas e dessa forma poder relativizar categorias e desconstruir verdades. O estudo comparativo proporciona verificar práticas em outros contextos de pesquisa e ao compará-los, buscando princípios e diferenças presentes nesses contextos. Essas características podem muito somar ao estudo que se faz atualmente no Direito e sua aplicação de ordem prática. (COSTA, 2014)

As questões empíricas tratadas no âmbito do Direito podem ter um aliado interessante para seu entendimento a partir da utilização da metodologia desenvolvida na Antropologia. A visão antropológica também pode permitir que se *desnaturalize* conhecimento, formas de agir e de viver e a percepção que se tem das instituições jurídicas. A postura interdisciplinar associando Direito e Antropologia pode permitir uma compreensão mais aprofundada dos conflitos jurídicos e sociais, proporcionando uma interação maior com a sociedade, além de auxiliar na formação dos profissionais do Direito que não esteve associada a questões de ordem fática ou mesmo habituada com a pesquisa de campo.

Se o Direito é uma ciência social aplicada, seu estudo deve estar relacionado a questões práticas da realidade. Deve haver portanto uma interação entre a Teoria do Direito que busca trazer soluções para questões jurídicas e a realidade que traz problemas de ordem jurídica e de aplicação da norma para serem

estudados e analisados pelos referenciais teóricos do Direito. Se o conflito social é dinâmico por natureza, a experiência jurídica é fundamental para compreendermos o fenômeno jurídico e suas implicações sociais. Na vida acadêmica universitária do operador do Direito ainda em formação percebe-se uma ausência de disciplinas que abordem questões fáticas. Até mesmo em instituições importantes de Poder Judiciário se percebe um descrédito a pesquisas jurídicas sérias que abordam dados empíricos, com nos exemplificam Kant de Lima e Baptista (2010).

A articulação entre Direito e Antropologia já é realizada pelo MEC, como vimos, ao inserir a Antropologia no currículo do curso de graduação em Direito, e também pelo CNPq. Mas apesar da inserção dessa disciplina no currículo, num outro viés, os alunos preferem ainda uma formação pautada na repetição de conhecimentos inseridos nos manuais, uma reprodução do conhecimento de forma expositiva daquilo decidido nos Tribunais, ao invés de preferir uma formação pautada no conhecimento crítico e na preocupação com a realidade e com as questões concretas presentes na efetivação dos direitos e no funcionamento das instâncias institucionais do Direito (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2010). O Exame Unificado da OAB, teste de suficiência que é realizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para que o bacharel seja aceito como advogado com os requisitos legais para a prática da advocacia, não exige o estudo da Antropologia. Embora tenhamos a presença de questões que envolvam Filosofia Jurídica, vista com uma disciplina propedêutica no curso de Direito e que proporciona uma visão mais crítica do fenômeno jurídico, não se exigem conhecimentos de Antropologia ou Antropologia Jurídica, o que mostra uma desvalorização dos estudos antropológicos e também empíricos pela classe dos advogados no Brasil. Nos concursos para ingresso na Magistratura Federal, temas abordados pela Antropologia Jurídica já são cobrados entre os assuntos que envolvem Noções Gerais de Direito e Formação Humanística, o que já mostra uma

preocupação da Magistratura Federal com uma formação mais completa de seus futuros magistrados.

Nas Ciências Humanas, já percebemos em vários momentos as ligações entre Direito e Antropologia. Na obra de Radcliffe-Brown, por exemplo, temos a análise de questões jurídicas em sociedades de tecnologia primitiva. O clássico autor britânico da Antropologia faz uma categorização dos chamados delitos públicos e delitos privados, fazendo uma rica explicação das sanções ritualísticas e de restituição, além de mostrar uma relação entre o direito e a tradição nessas comunidades. (RADCLIFFE-BROWN, 1973). Clifford Geertz (2000) e Luís Roberto Cardoso de Oliveira (2010) também analisam as relações entre as duas disciplinas. Se Geertz analisa o senso de justiça numa perspectiva comparativa, Luís Roberto Cardoso de Oliveira estuda o direito também numa perspectiva interpretativa. Temos ainda a influência de Lewis Morgan (1973), que foi advogado antes de se tornar clássico da Antropologia. O autor americano estudou cultura, parentesco e a sociedade dos Iroqueses. E ainda Max Weber, jurista que estudou em Heidelberg e Berlim, considerado clássico da Antropologia e da Sociologia que se notabilizou por estudar os tipos ideais, a burocracia, o capitalismo e a religião (COSTA, 2014).

5. ANTROPOLOGIA JURÍDICA NO BRASIL

Desde o início dos estudos antropológicos, a Antropologia se interessou por estudar e desvendar a vida dos povos não ocidentais. Esses estudos muitas vezes se utilizavam do método comparativo, fazendo alusão às formas de vida dos povos ocidentais e das práticas presentes nas sociedades a que pertenciam os investigadores. Seja sobre religião, parentesco, matrimônio, incesto e outros aspectos culturais eram fonte de estudo e de comparação feitos pelos primeiros antropólogos. Nesse conjunto de questões examinadas, os aspectos jurídicos também se inseriam como objeto de estudo, desde formas consensuais de resolução de conflitos até processos mais complexos que envolviam instituições na solução de querelas que ocorriam no interior na comunidade estudada (CLASTRES,

1988; RADCLIFFE-BROWN, 1973; MALINOWSKI, 1978). De certa forma, o direito podia ser visto com uma forma de controle social, tanto formal como informal. O estudo dos mecanismos “jurídicos” utilizados na resolução de conflitos internos auxiliava no entendimento do próprio grupo, de suas formas de poder, suas hierarquias, uma vez que o processo judicial em sentido amplo faz parte também de um processo cultural. (GEERTZ, 2000; KEEsing, STRATHERN, 2014)

No Brasil, os estudos entre Direito e Antropologia tem se ampliado desde a década de 1980. “Por uma Antropologia do Direito no Brasil” (1983), de Roberto Kant de Lima talvez tenha sido a primeira obra de impacto sobre essa interação entre as duas disciplinas no Brasil. Esse trabalho do professor Kant de Lima aborda três objetivos para se estudar a chamada Antropologia Jurídica ou Antropologia do Direito, quais sejam, a reprodução do conhecimento jurídico, a aplicação do conhecimento jurídico pelas instituições especializadas e o acesso à justiça. Segundo ele:

A experiência antropológica ensina que o Direito é parte do controle social, que reprime mas também pedagogicamente produz uma ordem social definida, embora frequentemente desarmônica e conflituosa. Se o estudo dos Tribunais e demais agências especializadas não é só o estudo do Direito, o estudo do Direito também não se esgota no estudo dessas agências especializadas. Mais: é inútil tentar compreendê-las sem contextualizá-las. (KANT DE LIMA, 1983, p. 98-99)

Outra temática desenvolvida pelo professor Kant de Lima, juntamente com Bárbara Baptista, seria a produção do Direito no Brasil. Segundo esses pesquisadores, o Direito se constrói no Brasil segundo discursos dogmáticos fundados em opiniões. Não há uma tradição de produção jurídica pautada na análise de dados, como se percebe facilmente nos manuais jurídicos.

E, justamente devido à carência de pesquisas de caráter empírico na área do Direito é que entendemos que a contribuição da antropologia deve-se da pela via

metodológica da empiria e da comparação, e não de outro modo. (KANT DE LIMA e BAPTISTA, 2010, p. 4)

Uma outra grande referência no estudo da Antropologia Jurídica no Brasil é o professor Luís Roberto Cardoso de Oliveira. Durante suas pesquisas em seu doutoramento, o professor estudou questões de validade segundo a teoria da ação comunicativa de Habermas aplicada a procedimentos realizados no Juizado de Pequenas Causas de Cambridge, Massachusetts. Além dessa temática, o professor pesquisa questões que envolvem análises de conflitos, cidadania, legitimidade e igualdade numa perspectiva comparativa. Suas pesquisas envolvem Brasil, França, Canadá e Estados Unidos. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1989, 1992, 1996, 2010; COSTA, 2014)

5.1. PLURALISMO JURÍDICO

Quando abordamos a relação entre Direito e a Antropologia e, por consequência, a chamada Antropologia Jurídica, não restam dúvidas que um dos principais temas abordados foi o fenômeno do pluralismo jurídico. Tal fenômeno teve em Geertz (2000) um de seus estudiosos iniciais. Naquele momento, esse fenômeno recebia denominações diversas, como “transplantes jurídicos” ou “sincretismo jurídico”. Para Geertz, o pluralismo jurídico já atraía a atenção de antropólogos e de operadores do Direito. Era de interesse do advogado porque era jurídico e de interesse do antropólogo porque era plural, e nenhum desses profissionais gostaria de deixar o estudo desse fenômeno aos cuidados do outro.

Essa temática também foi abordada pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos (1988, 1991), que trata esse fenômeno a partir da contextualização do Direito numa série de relações sociais. Para esse autor, a dominância do Direito estatal não o torna o único produtor de normas jurídicas. Se a dogmática e o direito positivo são postos pelo Estado, não podemos desconsiderar práticas e normas de caráter jurídico, com eficácia social, que são produzidas por grupos sociais como reflexos de sua própria identidade cultural. O Estado teria a

dominância da produção de normas, mas não a sua exclusividade. Tal abordagem é semelhante a de Jean Pierre Arnaud (2000), quando ele alia regulamentação jurídica do Estado e os meios informais de resolução de conflitos e estuda o pluralismo como uma aparente multiplicidade de fontes e de soluções do direito.

Um dos trabalhos mais importantes sobre pluralismo jurídico no Brasil foi o realizado por Antonio Carlos Wolkmer (1994) que entende o pluralismo jurídico como uma negação do papel exclusivo do Estado de produzir normas jurídicas. Esse pluralismo representaria uma interferência direta da comunidade nas normas que ela própria irá seguir. Essa negação da exclusividade do Estado em produzir normas não significa uma exclusão, uma contradição entre Estado e Sociedade, entre Monismo e Pluralismo. A descentralização estatal na produção de normas representa uma maior preocupação da comunidade em participar dessa produção e consequentemente em influenciar na manutenção do grupo social. Ter-se-ia então uma oposição entre o Monismo Estatal, que vê o Estado como único produtor de normas jurídicas, e o Pluralismo Jurídico. Essa oposição atualmente é vista mais como uma complementariedade do que uma contradição propriamente dita. Para Wolkmer, pluralismo jurídico é conceituado:

como a multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existências, matérias ou culturais. (WOLKMER, 1994, p. XII)

O pluralismo, segundo Wolkmer valoriza o direito produzido pelas instâncias sociais, ao invés de considerar apenas a legislação estabelecida pelo Estado. A perspectiva pluralista se opõe ao que é chamado por Wolkmer de estrutura normativista da dogmática formalista hegemônica, que não estaria atendendo as demandas atuais da sociedade globalizada. Para Wolkmer,

a construção de um outro referencial de regulamentação implica em priorizar as aspirações mais globais/lokais da

sociedade civil, envolvendo a articulação de um projeto multicultural, pluralista e emancipatório. (WOLKMER, 2004, p. 136)

Em 1998, Sebastião Patrício Mendes da Costa, um dos autores desse trabalho, realizou uma pesquisa etnográfica sobre pluralismo jurídico numa comunidade rural do estado do Piauí (COSTA, 2000, 2006). Durante a pesquisa, o autor mostrou através de dados empíricos que a comunidade era plural tanto em relação às cidades vizinhas, como era plural internamente segundo seus grupos familiares constitutivos. Internamente, o pluralismo jurídico era um dos aspectos diferenciadores da comunidade, pois seguir tais normas internas era critério de pertencimento e, portanto, um diacrítico identitário, uma vez que as normas jurídicas internas eram resultado da identidade cultural do grupo desde sua constituição histórica a partir de conflitos, inclusive armados, com moradores externos ao grupo. No caso específico estudado no estado do Piauí, as normas seguidas na comunidade eram por elas produzidas, como as que consideravam questões de herança e sucessão que seguiam um padrão comum em comunidades camponesas no mundo ocidental (BOURDIEU, 1980), mas contrárias ao que era estabelecido pelo Código Civil Brasileiro. A partir de conflitos com a sociedade englobante, a comunidade passou a adotar normas do direito estatal brasileiro pra assim preservar sua identidade e garantir a posse da terra como fator determinante na diversidade cultural do grupo, mas agora utilizando-se de um instrumento jurídico produzido pela sociedade externa, englobante e que desejava naquele momento tomar as terras do moradores da comunidade.

Os estudos sobre o pluralismo juntaram estudos etnográficos com análises utilizando a dogmática jurídica e a hermenêutica, tratando temas importantes presentes na legislação infraconstitucional assim como normas constitucionais como aquelas que tratam da cidadania, da diminuição das desigualdades regionais e do direito a cultura. E ainda os dias atuais, o pluralismo é uma das principais temáticas abordadas pela Antropologia Jurídica

5.2. MÉTODO ANTROPOLOGÍCO NO ESTUDO DO DIREITO

O estudo do Direito no Brasil desde o seu início se embasou na abordagem de questões teóricas, focando no chamado “dever-ser” e colocando num segundo plano, quase esquecidas, as questões de ordem prática, o contexto de aplicação da norma jurídica (COSTA, 2010). Ocorre, porém, que a complexidade do entendimento da realidade da aplicação jurídica não permite mais respostas prontas, entendimentos definitivos diante de uma complexidade social dinâmica. Essa postura do Direito agora não promove a busca de soluções concretas, além de proporcionar um distanciamento das instituições jurídicas do jurisdicionado, da população num sentido mais amplo (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2010). A prática da pesquisa empírica tenta conhecer melhor essas novas demandas de uma sociedade cada vez mais dinâmica e complexa. A utilização no Direito da metodologia desenvolvida na Antropologia pode aproximar o operador do Direito e até mesmo o acadêmico dessa realidade, proporcionando uma formação jurídica mais próxima da realidade em que a lei será aplicada. E a partir dessa experiência, propor soluções jurídicas concretas para os sujeitos envolvidos nessas práticas. O foco do estudo continua sendo a norma, mas agora com uma abordagem que considera o contexto de sua aplicação.

5.3. ETNOGRAFIA

Quando tratamos de pesquisa de cunho antropológico, a pesquisa de campo é um dos pontos fortes, a obtenção dos dados que passa pela observação direta do pesquisador (CICOUREL, 1990). Nesse âmbito, temos a pesquisa etnográfica. A etnografia pode mostrar os valores e ideologias presentes no discurso jurídico, por exemplo, mostrando uma visão mais democrática do fenômeno jurídico. A etnografia tem a sua origem na abordagem científica das narrações sobre povos não ocidentais, principalmente a partir de relatos de viajantes. Com a obra “Os argonautas do pacífico ocidental”, de Malinowski (1978), tivemos

naquele momento a análise desses relatos e a compreensão do significado das práticas do grupo social estudado. Ou seja, além do aspecto descritivo, tivemos um aspecto interpretativo e comparativo, de forma que temas como parentesco, hierarquia social, matrimônio e religião, por exemplo, passaram a ser estudados com essa metodologia. São as relações sociais como um todo, e não apenas fatos e entidades consideradas isoladamente que são abordadas na etnografia. Temos ainda a chamada descrição densa (GEERTZ, 2008), isto é, um detalhamento ainda maior dos dados observados na pesquisa de campo.

“A etnografia dos conflitos supõe um esforço de compreensão das interações entre as partes, com respaldo na experiência delas, de modo a viabilizar a atribuição de um sentido que esclareça o desenrolar do conflito e/ou da relação” (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010, p. 457).

5.4. SIMBOLISMO E DRAMA SOCIAL

O conflito é outro tema recorrente no campo jurídico, presente desde o direito de família ao direito penal. Uma contribuição antropológica para o estudo do conflito é a abordagem feita por Victor Turner ao analisar o “drama social”.

Turner propõe uma metodologia, um esquema conceitual para o estudo do ritual, tentando unir o geral e o particular no estudo e análise do que ele chama de dramas sociais, considerando o ritual como algo dinâmico e com uma temporalidade em que o uso da História é fundamental. No seu estudo, realizado através de observações numa perspectiva etnográfica dos fenômenos que compõem os dramas sociais, Turner demonstrou como certos princípios e valores atuam sobre as divisões e reconciliações ocorridas.

Turner trabalha a história de uma aldeia específica e aprofunda-se no estudo dela, percebendo que apesar de buscar uma harmonia devido a uma idéia de sistema e de regularidade, a história da aldeia possui rupturas que apenas foram percebidas devido ao estudo etnográfico minucioso que foi formulado pelo

autor. Turner focaliza o conflito e trabalha a pessoa na sua pesquisa. Sua abordagem difere do modelo de etnografia do antropólogo inglês Evans-Pritchard (1988), por exemplo, que não considera fissuras na comunidade *Nuer*, por não considerar a questão histórica, a temporalidade, descrevendo fatos como algo estático, semelhante a descrição de um retrato por exemplo, obtendo-se dados etnográficos que são atemporais e não dando relevância à evolução histórica. No livro *Schism and continuity in an african society*, V. W. Turner (1972) cria uma metodologia, um aparato conceitual para o estudo de um ramo da Antropologia chamado de Antropologia Simbólica, fundamental para o entendimento dos processos sociais. O livro é resultado de uma pesquisa de campo realizada por Turner numa aldeia *Ndembu* através de dois tipos de análises antropológicas: a análise sincrônica e a experiência da micro-sociologia diacrônica. É um estudo feito com base em uma rica descrição etnográfica que considera além dos fatos ocorridos na comunidade, o seu encadeamento histórico. O livro de Turner representou um marco para a chamada Antropologia Simbólica, pois sistematiza conceitos importantes para o estudo do conflito e para a própria Antropologia Simbólica num contexto de etnografia. Essa abordagem de Turner é mais um instrumental metodológico que a Antropologia pode oferecer para a análise de questões jurídicas, principalmente as que envolvem conflitos sociais.

6. DIFICULDADE EM SE FAZER PESQUISA EMPÍRICA NO DIREITO

Diante do que foi exposto até aqui, não restam dúvidas da dificuldade do operador do direito e do pesquisador em abordar questões do contexto fático em suas pesquisas. A postura do Direito no Brasil em abordar aspectos eminentemente teóricos, com temas abstratos e do campo do “dever-ser” realmente afastou o Direito da realidade, provocando consequências inclusive na área jurídica e nas suas instituições de uma forma geral.

Essa forma de atuar e de pensar não surgiu agora. Ela possui influências desde a criação dos cursos de Direito no Brasil, em 1827, com a preocupação de se formar profissionais para

atuar na burocracia do Estado Brasileiro após a independência do Brasil e, por consequência, o distanciamento do tradicional curso de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. A postura de compreensão do contexto fático para a aplicação da norma jurídica é, portanto, recente, e não encontra respaldo tradição da formação jurídica no Brasil (COSTA, 2010). Desde os primeiros cursos jurídicos no Brasil, portanto, tem-se cursos de Direito pautados no estudo abstrato da norma e não se criou uma tradição de pesquisa acadêmica. Textos jurídicos sempre repletos de assertivas e poucos argumentos caracterizaram a formação muito mais ligada a um discurso do argumento de autoridade que da autoridade do argumento propriamente dito (COSTA, 2014).

Sobre as características do ensino jurídico no Brasil, José Reinaldo de Lima Lopes (1981) chama de uma “crise do confinamento do jurista”, uma vez que o ensino jurídico valorizou a imobilidade em nome da lei e da segurança. Para esse autor, o Direito não respondeu adequadamente questões que envolviam avanços tecnológicos, complexidade social acelerada e o próprio dinamismo da sociedade. Haveria então um descompasso entre o ensino jurídico e os temas jurídicos presentes na sociedade, dificultando as decisões do operador do Direito, tornando o advogado, segundo LOPES (1981), um alienado no sentido “gramsciano”. Tais características dificultaram o desenvolvimento da pesquisa empírica no Direito.

Essa relação conflituosa entre conhecimentos jurídicos e a ciência chegou ao ponto de criar no campo jurídico o fenômeno chamado “senso comum teórico dos juristas”. Esse senso comum teórico não é uma teoria científica, mas influencia muitos operadores do Direito, funcionando como um pano de fundo que condiciona suas decisões, ou seja, segundo WARAT, são “normas que condicionam ideologicamente o trabalho profissional dos juristas”. Segundo Luis Alberto Warat:

senso comum teórico’, diremos que ele representa um sistema de conhecimentos que organiza os dados da realidade, pretendendo assegurar a reprodução dos valores e práticas predominantes (WARAT, 1993, p. 101)

Mesmo com essas dificuldades na realização da pesquisa empírica no Direito, não podemos desconsiderar o esforço científico que alguns pesquisadores que conseguiram trazer contribuições significativas, articulando disciplinas como Antropologia e Sociologia com o Direito para proporcionar uma explicação mais completa sobre o fenômeno que se está a analisar. Uma dessas contribuições dizem respeito a abordagem de aspectos culturais sobre fenômenos que se refletem no âmbito jurídico. Como exemplificação, aqui serão citadas apenas algumas contribuições:

- a) No estudo da violência contra a mulher, temos a contribuição de Silvia Pimentel, que ao estudar o crime de estupro, o coloca claramente como uma violência sexual de gênero. Através de um estudo teórico com uma abordagem jurisprudencial, Silvia Pimentel analisou o tratamento feito por instituições judiciárias ao crime de estupro. Em seus estudos, a pesquisadora analisa as discriminações e ambigüidades presentes no contexto social brasileiro para compreender esse crime a partir de estereótipos sociais e de questões de gênero (PIMENTEL; PANDJIARJIAN, 1996; PIMENTEL; SCHRITZMEYER; PANDJIARJIAN, 1998)
- b) Na interlocução entre o Processo Civil e Cultura, temos as contribuições dos professores Michele Taruffo, Oscar Chase e Marco Jobim. Os conflitos estão presentes na sociedade, como já se abordou anteriormente. E precisam ser solucionados. O processo civil tem estudado as formas institucionalizadas de resolução desses conflitos relacionando com os aspectos culturais presentes na comunidade. O processo civil também deve ser visto com processo cultural e o multiculturalismo deve ser compreendido para se entender como tais conflitos serão solucionados, ou seja, se de forma negociada, se com a participação de um terceiro, por exemplo. As soluções apresentadas perpassam pelo sistema de crenças e pela estrutura social da comunidade. São exemplos de autores que estudam o processo civil nessa perspectiva Oscar G. Chase (2014), Michele

Taruffo (2001) e no Brasil, temos Marco Felix Jobim (2014), com o seu grupo de pesquisa na PUC/RS intitulado “A influência da cultura no Processo Civil Brasileiro”.

c) No que diz respeito ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões, temos vastos campos para pesquisa empírica, com o intuito de se compreender as formas institucionalizadas de resolução de conflitos, como aqueles que envolvem divórcio, sucessão e herança. Até porque um dos pontos de estudo da Antropologia é o aspecto político dos conflitos. São exemplos de pesquisas empíricas nessa área os trabalhos de Gloreni Aparecida Machado (1995) e de Maria Margarida Moura (1978).

d) Direito Achado na Rua, na Universidade de Brasília. A expressão “Direito Achado na Rua” surgiu de Roberto Lyra Filho e atualmente simboliza um movimento jurídico sediado na Universidade de Brasília –UnB que caracteriza uma concepção de Direito a partir dos espaços públicos, com o foco na formação jurídica pautada na cultura da cidadania, democrática e emancipadora dos novos sujeitos de Direito. Esse movimento, desde a década de 1980, produz pesquisa jurídica, muitas delas pautadas na pesquisa empírica, abordando questões práticas em seus grupos de estudo tanto no nível da graduação, como na pós-graduação estrito senso coordenado pelos professores José Geraldo de Sousa Júnior (1993, 2008) e Alexandre Bernardino Costa (2009, 2013)

e) Na América Latina, uma das contribuições mais ricas ao estudo sociojurídico e de Antropologia Jurídica é a da professora peruana Raquel Yrigoyen Fajardo. Desde seu clássico estudo sobre pluralismo jurídico com “Las rondas campesinas”, a professora é uma das maiores referências sobre a temática nas Américas. Presidente do Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS, sediado em Lima-Peru, sua equipe tem pesquisadores competentes e com experiência na temática, como María Torres Sánchez, e se destaca na defesa dos direitos indígenas e proteção dos direitos culturais. Com trabalhos em

várias partes da América Latina, a professora possui ampla produção acadêmica e experiência internacional na prática na efetivação dos direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As dificuldades para a pesquisa empírica no Direito são diversas e passam necessariamente pela falta de tradição de pesquisas com análise de dados nos cursos jurídicos brasileiros. Desde o início dos cursos jurídicos no Brasil temos uma formação jurídica que valoriza o estudo da norma no seu aspecto abstrato, do “dever-ser”. E uma clara desvalorização da chamada pesquisa empírica. Além disso, os operadores do Direito acostumaram-se a uma formação pautada na repetição do conhecimento e não na pesquisa científica propriamente dita.

A metodologia utilizada na Antropologia, principalmente com a prática de pesquisa de campo, de coleta e análise de dados a partir da observação direta, pode acrescentar um instrumental teórico e metodológico à pesquisa jurídica e proporcionar um aprofundamento das pesquisas empíricas em Direito. A vasta experiência de antropólogos em trabalhar dados observados nas comunidades estudadas acrescenta um grande conhecimento às pesquisas no Direito.

Vimos através de alguns exemplos contribuições que a metodologia antropológica pode proporcionar ao estudo de temas com violência, conflitos sociais, mediação, pluralismo, sistema carcerário, discriminação, diversidade e tantos outros, ou seja, temas presentes nos estudos jurídicos. Essa nova postura permite um maior estudo da aplicação da norma, seus efeitos na sociedade. Pode trazer consequências de ordem prática para os estudos jurídicos, principalmente se implementada a partir dos cursos de graduação, e aproximar o estudo do Direito dos problemas concretos que afetam a sociedade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARNAUD, André-Jean e FARIÑAS DULCE, Maria José. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos.** São Paulo: Renovar, 2000.

BARRIO, Angel -B. Espina. **Manual de antropologia cultural.** Recife: Massangana, 2005.

BARROS, Raimundo Caramuru. **Desenvolvimento da Amazônia:** como construir uma civilização da vida e a serviço dos seres vivos nessa região. São Paulo: Paulus, 2009.

BECKER, Berta. **Amazônia.** 2.ed. São Paulo: Ática, 1991

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Um enigma chamado Brasil.** São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

BOURDIEU, Pierre. La terre stratégies matrimoniales. **Le Sens Pratique.** Paris: Minuit, 1980.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Pensadores que inventaram o Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. A dimensão simbólica dos direitos e a análise dos conflitos. **Cadernos USP**, São Paulo, v. 53, n. 2, p. 451- 474, jul./dez. 2010.

_____. Comparação e Interpretação na Antropologia Jurídica. **Anuário Antropológico/89.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. pp. 23-45.

_____. Da Moralidade à Eticidade Via Questões de Legitimidade e Equidade, in R. Cardoso de Oliveira & L.R. Cardoso de Oliveira **Ensaios Antropológicos Sobre Moral e Ética.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996. p. 105-142

_____. **Fairness and Communication in Small Claims Courts.** Ph.D dissertation, Harvard University: Ann Arbor, 1989. University Microfilms International (order #8923299).

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **Sobre o pensamento antropológico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Brasil**: mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CICOUREL, Aaron. Teoria e método em pesquisa de campo. In: GUIMARÃES, A. Z. (org.). **Desvendando máscaras sociais**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.

COSTA, Alexandre Bernardino (org.) **Direito vivo: leituras sobre constitucionalismo, construção social e educação a partir do Direito Achado na Rua**. Vol. 1. Brasília: EdUnB, 2013.

COSTA, Alexandre Bernardino; *et al.* **O Direito Achado na Rua Introdução Crítica ao Direito à Saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

COSTA, Sebastião. Comunidade Jungamá: uma experiência de pluralismo jurídico. In: MACHADO, Gloreni Aparecida (Org.). **Iniciação Científica em Direito: a experiência da Faculdade de Direito da UnB**. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2000. p. 61-95.

_____. Contribuições da Antropologia para pesquisa empírica no Direito. **Revista Arquivo Jurídico**, v. 1, n. 6, p. 81-90, Teresina-PI, 2014. ISSN 2317-918X.

_____. **Diversidade cultural, cenários de pluralismo e proteção constitucional numa comunidade rural do Piauí**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

_____. Ensino Jurídico, interdisciplinaridade e crise no Direito. **Confissões jurídicas** (FSA), v. 3, p. 103-116, 2010.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais**: guia à filosofia dos últimos trinta anos. São Leopoldo: UNISINOS, 2002

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997

_____. **Relativizando**: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro: Rocco, 2010

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

DUSSEL, Enrique D. **1942, o encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

EVANS-PRITCHARD, E. E. **Os Nuer**. São Paulo: Perspectiva, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

_____. **O saber local**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GEERTZ, Clifford; MARCUS, George E. **Writing culture**: the poetics and politics of ethnography. Berkeley: University of California Press, 1986.

GUSDORF, Georges. Reflexões sobre a interdisciplinaridade. **Convivium**. São Paulo, v. 28, n. 1, p. 19-50. Jan./Fev. 1985.

HEIDEGGER, Martin. **A questão da técnica**. In: Ensaios e conferências. Petrópolis: Vozes, 2001, p.11-38.

_____. **Ser y tiempo**. Madrid: Trotta, 2003

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HOTTOIS, Gilbert. **Do renascimento à pós-modernidade**: uma história da filosofia moderna e contemporânea. São Paulo: Ideias e Letras, 2008.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

KANT DE LIMA, Roberto. Por uma antropologia do Direito, no Brasil. FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). **Pesquisa Científica e Direito**. Recife: Massangana, 1983. p. 89-116.

KANT DE LIMA, Roberto, BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **O desafio de realizar pesquisa empírica no direito**: uma contribuição antropológica. In: ENCONTRO DA ABCP, 7, 2010. Recife. Disponível em <http://www.uff.br/ineac/?q=o-desafio-de-realizar-pesquisa-empirica-no-direito> Acesso em 09/03/2015.

KEESSING, Roger; STRATHERN, Andrew. **Antropologia Cultural: uma perspectiva contemporânea**. Petropolis: Vozes, 2014.

LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 23.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Função social do ensino da Ciência do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, v. 18, n. 72, 1981.

MACHADO, Glorene Aparecida. **Direitos x Responsabilidades: os paradoxos da isonomia conjugal**. Dissertação de Mestrado. (Mestrado em Antropologia). Universidade de Brasília, Brasília, 1995.

MALINOWSKI, B. **Os Argonautas do Pacífico Ocidental**. São Paulo: Abril, 1978.

MARCONI, Marina de Andrade; Presotto, Zelia Maria Neves. **Antropologia uma introdução.** 7^a. São Paulo: Atlas 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** São Paulo: Forense, 2014.

MORGAN, Lewis H. **A sociedade primitiva.** Lisboa: Presença, 1973.

MOURA, Margarida. **Os Herdeiros da Terra.** São Paulo: Hucitec, 1978.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Lisboa: Edições 70, 1989.

PAULINO, Gustavo Smizmaul. **Antropologia jurídica.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIMENTEL, Silvia, PANDJIARJIAN, Valéria. **Percepções das mulheres em relação ao Direito e à Justiça.** Porto Alegre: SAFE, 1996.

PIMENTEL, Silvia, SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P., PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: crime ou “cortesia”?** Porto Alegre: SAFE, 1998.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. **Estrutura e função na sociedade primitiva.** Petrópolis: Vozes, 1973.

REYNOSO, Carlos. **El surgimiento de la antropología posmoderna.** México: Gedisa, 1991.

RICOEUR, Paul. **O conflito das interpretações:** ensaios de hermenêutica. Porto: Rés, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. **Humanidades**, Brasília, vol. 7, nº3, p. 267-282, 1991.

_____. Sociologia na primeira pessoa: fazendo pesquisa nas favelas do Rio de Janeiro. **Revista da OAB**. São Paulo n. 49, p. 39-79, primavera de 1988.

SANTOS, José Luiz. **O que é cultura?** São Paulo: Brasiliense, 2006.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. 338 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao Direito**. Série O Direito Achado na Rua, vol. 1, 4. ed. Brasilia: EdUnB/CEAD, 1993.

STEIN, Ernildo. **Nas proximidades da antropologia**: ensaios e conferências filosóficas. Ijuí: Unijuí, 2003.

_____. **Antropologia filosófica**: questões epistemológicas. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

TARUFFO, Michele. **Sui Confini: scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2001.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). **Direito & literatura**: reflexões teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TURNER, V. W. **Schism and continuity in an african society**. Manchester: Manchester University Press, 1972.

VASCONCELOS, Eduardo Mourão. **Complexidade e pesquisa interdisciplinar:** Epistemologia e metodologia operativa. Petrópolis: Vozes, 2002

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade:** Niilismo e hermenêutica na cultura pos-moderna. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996

VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia filosófica.** 11.ed. São Paulo: Loyola, 2011.

WARAT, Luiz Alberto. O senso comum teórico dos juristas. SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução Crítica ao Direito.** Série Direito Achado na Rua (vol. 1). Brasília: EdUnB/CEAD, 1993. p. 101-104.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** Vol. 1. Brasília: EdUnB, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. Mudanças de paradigmas e ressurgimento do pluralismo no Direito. In: ÁVILA FAGUNDEZ, Romualdo Roney. (Org.). **A Crise do Conhecimento Jurídico.** Brasília: OAB Editora, 2004. p. 135-147.

_____. **Pluralismo Jurídico.** São Paulo: Alfa-ômega, 1994.

ZANIN, Fabrício Carlos; POLICARPO, Douglas. Direitos humanos como fundamento de uma cultura de paz, cidadania e justiça: desafios brasileiros entre modernidade e pós-modernidade. In SALATINI, Rafael; PAZÓ, Cristina Grobério; POLICARPO, Douglas (Orgs.). **Justiça e cidadania:** reflexões sobre o campo normativo moderno. Dourados: UFGD, 2014, p.79-114.

_____. As teorias do desenvolvimento, o modelo de desenvolvimento de Rondônia e a mudança da matriz curricular do curso de direito do CEULJI/ULBRA: análise interdisciplinar. In MARISCO, Franckle Moreira; LIMA, Teófilo Lourenço (Orgs.). **Direitos fundamentais em Rondônia.** Canoas: Ulbra, 2013, p.33-59.

_____. Direito e pedagogia: aproximações interdisciplinares. In **Jus Societas**. Ji-Paraná / CEULJI/ULBRA, v.3, n.1, 2009, p.21-42.

_____. **De volta de Siracusa e os escândalos da filosofia (no direito)**: linguagem em Martin Heidegger, Thomas Hobbes e Giorgio Agamben. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, 2008.

_____. O reino das quimeras da modernidade: os sintomas de transformação da noção político-jurídica de sujeito de direitos a partir de Sigmund Freud e Martin Heidegger. **Jus Societas**, v.5, p.110-146, 2012.

CAPÍTULO 2

A INICIAÇÃO CIENTÍFICA NO DIREITO POR MEIO DA PESQUISA EMPÍRICA

Um traço comum entre aqueles que iniciam a graduação em Direito é o desejo de ter contato com as “disciplinas do Direito” e evitar o quanto possível “aqueles outras que nada tem a ver com o curso”. Para aqueles que atuam na educação do ensino jurídico superior já devem ter se deparado com questionamentos sobre os motivos pelos quais se fazem necessários os conhecimentos de disciplinas como Filosofia, Antropologia, Sociologia entre propedêuticas e interdisciplinares.

Neste contexto, são aceitos com facilidade as disciplinas pertencentes ao eixo de formação profissional e com alguma resistência aquelas pertencentes aos eixos geral e fundamental.

Esta mentalidade é plenamente justificável por muitos motivos, como por exemplo, o entusiasmo dos iniciantes que anseiam por aprender o Direito, mas sem compreender que o Direito está inserido em um contexto muito maior do que ele mesmo, ou seja, as ciências jurídicas se prestam a uma finalidade muito maior do que o debate de “juridiques”.

Cabe às Instituições de Ensino, e muito mais diretamente, aos professores, ampliarem os horizontes dos acadêmicos para lhes demonstrar de que forma o Direito se comunica com as demais áreas de conhecimento e como é fundamental o debate acerca da hermenêutica, do multiculturalismo, da teoria do direito, entre tantos outros que lhes darão uma percepção mais clara sobre a ciência jurídica e sua aplicabilidade.

Não se pode olvidar que entre as centenas dos acadêmicos que semestralmente ingressam nos cursos, haverão aqueles que já adentram com uma visão mais sensível a importância do estudo de forma interdisciplinar e não se contentando com a transmissão vertical do conhecimento, buscando um maior aprofundamento.

Contudo, a realidade da maioria ainda é daquela que se limitaria aos códigos e manuais, sem tomar conhecimento de todo o universo que os permeia. Dai os esforços do Conselho

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no constante aprimoramento do Exame da Ordem Unificado, do Ministério da Educação na contínua atualização dos Instrumentos de Avaliação dos cursos para incentivar uma atuação dos cursos de forma a possibilitar que os estudantes de direito percebam a utilidade do conhecimento de caráter propedêutico.

Assim, se em um primeiro momento os acadêmicos se convencem da necessidade de passar pelas disciplinas introdutórias pela necessidade de obtenção de nota para aprovação para cumprir todos os requisitos de suas respectivas matrizes curriculares, por outro, reforça-se este interesse pela necessidade de passar pelo Exame da Ordem.

Entretanto, isto não é o suficiente. O simples convencimento da necessidade de obter conhecimentos para obtenção de notas para passar em provas, sejam das disciplinas, sejam de concursos jurídicos, não desperta e nem sensibiliza os acadêmicos de Direito a respeito da importância dos conteúdos que lhes estão sendo transmitidos.

Daí a importância da atividade de pesquisa.

A pesquisa é necessária não apenas para a vida acadêmica, mas também para o futuro exercício profissional daqueles que optam por profissões jurídicas, pois, de acordo com Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca, a importância do questionamento e reflexão tanto científico como técnico, decorre da necessidade de desenvolver condições de saber de forma ordenada e sistematizada, “para a maior eficácia do exercício profissional no campo da realização prática do direito”.¹

¹ FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito.** Pelos caminhos do conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. XV. Para a autora, a pesquisa jurídica pode ser dividida entre: Pesquisa *jurídico-científica* ou *jurídico-acadêmica*: que versa sobre “o direito como conjunto de conceitos e também de teses explicativas e compreensivas do sistema de regras, da validade, eficácia e justificação do mesmo sistema, bem como o confronto dessas teses e opiniões com as práticas sociais e com os valores aceitos”; e Pesquisa *jurídico-operacional*, ou *técnica-jurídica*: sendo esta sobre o “direito como conjunto de institutos disciplinadores da conduta social, integrados por regras inquestionáveis quanto a sua obrigatoriedade, mas condicionadas ao permanente trabalho de adaptação à variedade de conflitos e demandas individuais e coletivas.” (páginas XVI e XVII).

Cabe aos cursos planejarem a aplicação da metodologia da pesquisa para possibilitar o aprofundamento do conhecimento de forma compatível com as demais disciplinas do currículo e harmônica com a proposta do Projeto Pedagógico do Curso e o perfil profissiográfico que se almeja.

A seguir serão apresentadas as atividades de dois grupos de pesquisa em graduação de Direito, um realizado no norte do país (em Instituição de Ensino Superior no Estado de Rondônia) e outro no sul (em Instituição localizada no Estado do Rio Grande do Sul), ambas com resultados a partir de pesquisas empíricas.

O relato das experiências e das metodologias aplicadas demonstram a significativa contribuição ao aprendizado dos acadêmicos nele envolvidos e que merecem ser multiplicados.

Os organizadores da obra

PARTE 1: RELATO DE EXPERIÊNCIA DE PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO: O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE EM RONDÔNIA

*Carolina de Albuquerque**

*Plínio Sanick Leal***

INTRODUÇÃO

O relato de experiência foi a ferramenta da pesquisa descritiva selecionada para a apresentação de várias ações referentes às atividades de pesquisa teórica e empírica, em Direito, vivenciada pelos autores dentro do Grupo de Iniciação Científica denominado: “Direito à Saúde em Rondônia: validade das normas, eficácia social e idealidade”, entre os anos de 2011 e 2013, junto à Faculdade de Direito do Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná, vinculado à Universidade Luterana do Brasil (CEULJI/ULBRA), no Estado de Rondônia.

Contamos nessa oportunidade com a valiosa participação de vários discentes, além do co-autor deste trabalho: Almir Barbosa, Ana Carolina Siqueira Barros de Melo, Bruno Henrique Barros dos Santos, Carla Danielly dos Anjos Pereira Azevedo, Elaine Aparecida Ribeiro, Edicléia Nunes Amaro, José Veloso Neves Neto, Letícia do Lago Barbosa, Rafael Costa Viana, entre outros professores e alunos que contribuíram de várias formas para o desenvolvimento dos trabalhos.

* Doutora pelo Programa de Pós-Graduação Interunidades em Ecologia Aplicada (ESALQ - CENA / Universidade de São Paulo). Mestra em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Graduada em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes. Atualmente é professora universitária em cursos de graduação em Direito, na Pontifícia Universidade Católica de Poços de Caldas e na Universidade Nove de Julho, e de pós-graduação, na Escola da Magistratura de Rondônia. É autora do livro Direito Fundamental à coisa julgada: problemas constitucionais de sua relativização. Pesquisa principalmente temas relacionados aos direitos fundamentais e ambiente e pretende cruzar problemas jurídicos com questões sociais, políticas e ambientais. E-mail: carolinadealbuquerque@yahoo.com.br

** Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná - CEULJI/ULBRA. É coautor do livro Direitos Fundamentais no Estado de Rondônia. E-mail: pliniosanick@gmail.com

As atividades realizadas foram utilizadas como um recurso pedagógico para o ensino aprendizagem do tema abrangente “Direitos Fundamentais” e foram desenvolvidas inicialmente com a apresentação e debate de questões teóricas essenciais ao tema Saúde como Direito Fundamental, o qual continuou sendo desenvolvido teoricamente durante as atividades de levantamento de dados do grupo.

Partimos do pressuposto que a Educação Crítica (FREIRE, 1997) pode ser desenvolvida através da união entre teoria e prática, principalmente no que tange os Direitos Fundamentais, pois falar de um Direito Fundamental é falar em conflitos (DIMITRI, 2001). Portanto, a teoria foi utilizada inicialmente para embasar os debates e, posteriormente para a análise dos resultados colhidos, buscando-se abrir ao discente um espaço, dando-lhe bases teóricas diferenciadas, para a análise crítica da questão fática complexa e para a sua emancipação para tratar de outros casos concretos de conflitos relacionados a Direitos Fundamentais.

Dessa forma, a intenção inicial foi desenvolver competências para a análise crítica e a busca de soluções, conscientizando os envolvidos no processo para as dificuldades inerentes à solução de problemas complexos.

1.1 JUSTIFICATIVA E PESQUISA TEÓRICA

A realidade da saúde em nosso país e, principalmente, no Estado de Rondônia foi o principal fundamento para a organização do grupo de estudos e das pesquisas realizadas. O Direito à Saúde, Universal e Igualitário, descrito na Constituição Federal de 1988 não nos parecia em compasso com o cenário real verificado no estado de Rondônia. Por exemplo, podemos citar respectivamente, o texto constitucional e uma notícia, compilada pelo Grupo no ano de 2011:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

Artigo. 196. 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.

Artigo. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Artigo. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

NOTÍCIA VEICULADA NO SITE DA SECRETARIA DA SAÚDE DO ESTADO DE RONDÔNIA:

Discutir a situação caótica da saúde pública em Rondônia e definir metas para uma “guerra” contra a precariedade no atendimento do Hospital de Pronto Socorro João Paulo II, em Porto Velho, e em outras unidades no interior do Estado. Com estes objetivos o governador de Rondônia, Confúcio Moura, e o Secretário de Estado da Saúde, Alexandre Muller, se reuniram na manhã desta sexta (07) em Brasília com o Ministro da Defesa, Nelson Jobim e a Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, Márcia Amaral. Para o ministro Jobim o governador apresentou um dossier completo sobre o estado de precariedade no atendimento emergencial da capital, mostrando fotos dos pacientes deitados pelos corredores do João Paulo, em condições sub-humanas, e a falta de condições estruturais para um serviço rápido e humano. Diante do quadro apresentado o Ministro da Defesa não só garantiu total apoio às reivindicações do governador como disse que atuará em parceria com a Defesa Civil (Ministério da Integração Nacional) e o Ministério da Saúde para que, juntos, possam traçar um programa de ação emergencial para a saúde em Rondônia.

Já na próxima terça-feira uma equipe conjunta de representantes dos ministérios da Saúde, Defesa e Integração Nacional estarão em Porto Velho para realizar um diagnóstico completo do sistema de saúde do município. Entre as prioridades apresentadas pelo governador, Jobim já autorizou o auxílio das Forças Armadas para que, a exemplo do episódio ocorrido no Haiti em 2010, seja montado um hospital de campanha ao lado do Pronto Socorro João Paulo II. Neste hospital serão instalados cerca de 100 leitos, nos quais os pacientes serão atendidos pelos médicos do Estado e das Forças Armadas designados para a tarefa. Confúcio explicou que, com esse “tratamento de choque”, os pacientes - inclusive os necessitados de cirurgias ortopédicas - poderão ter um atendimento mais rápido e as filas tenderão a diminuir consideravelmente. “Sabemos que não será um milagre e que os problemas não vão se acabar imediatamente, porém, não podemos ficar é de braços cruzados enquanto pacientes morrem nas filas, por impossibilidade de atendimento”, esclareceu Moura. Já no Ministério da Saúde o governador e sua equipe se reuniram com a Secretaria Executiva Marcia Amaral e técnicos da pasta para definirem prioridades nos programas a serem executados no Estado, bem como os repasses necessários para outras ações, principalmente nos hospitais regionais. A secretaria confirmou seu apoio à “campanha de guerra” proposta pelo governador e disse que a estrutura necessária para montar o hospital de campanha será agilizada dentro do Ministério da Saúde. (DECOM – Departamento de Comunicação do Estado de Rondônia. Em Brasília, Confúcio busca apoio para a “guerra” contra o caos na saúde. 10 jan. 2011. Disponível no site <<http://www.sesau.ro.gov.br/noticias.asp?id=770&tipo=Noticia>>. Acesso em 28 fev. 2011)

Percebemos de imediato: 1) a incongruência entre o texto constitucional e a situação efetiva descrita acima e 2) impescindibilidade de uma análise do papel do Direito, principalmente das atividades dos Poderes Executivo e Judiciário, em relação à Saúde Pública.

Analisando as condicionantes estruturais da regionalização de saúde verificamos a existência no Brasil de cinco grupos socioeconômicos, sendo que 84% das regiões Nordeste, Centro-Oeste e Norte inserem-se no grupo 1, que “apresenta menor desenvolvimento econômico e humano e sistema de saúde com baixa complexidade, quando comparado com os demais grupos.” (VIANNA, 2010, p. 23)

Apesar disso, a Lei Orgânica de Saúde de nº 8.080/90 dispõe, em seu artigo 2º, que “a Saúde é um Direito Fundamental do ser humano” e que o Sistema Único de Saúde (SUS) visa “a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, independente da complexidade da doença”.

Portanto, as incongruências continuaram e a intenção foi estudar esse tema, que envolve o ensino-aprendizagem dos Direitos Fundamentais, para a posterior medição da capacidade de uma norma jurídica que garante um Direito Social ter eficácia dentro da nossa sociedade.

Nosso objeto em sentido amplo sempre se vinculou a questão da saúde, devendo-se fixar que, apesar de o conceito de saúde não ser unívoco, utilizamos o seguinte conceito:

1. Estado de completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade (OMS, 1946).
2. Corresponde a medida que um indivíduo ou grupo de indivíduos é capaz de realizar suas aspirações, satisfazer suas necessidades e mudar ou enfrentar o ambiente. A saúde é um recurso para a vida diária, e não um objetivo de vida; é um conceito positivo, enfatizando recursos sociais e pessoais, tanto quanto as aptidões físicas (OMS, 1984).
3. Estado caracterizado pela integridade anatômica, fisiológica e psicológica; pela capacidade de desempenhar pessoalmente funções familiares, profissionais e sociais; pela habilidade para lidar com as tensões físicas, biológicas, psicológicas ou sociais, com um sentimento de bem-estar e livre do risco de doença ou morte extemporânea.
4. Funcionamento do organismo em condições ótimas, sem desvios da normalidade fisiológica para cada idade, sexo ou condições ambientais.
5. Estado sanitário de uma comunidade ou população onde estão

asseguradas as melhores condições de desenvolvimento pessoal e coletivo e um eficiente controle ou prevenção das doenças [...] (REY, 2003, p. 796)

Assim, nosso conceito inicial não se reduziu ao conceito de saúde como sinônimo de ausência de doenças. Dessa forma, cuidamos nos casos analisados de questões físicas, psicológicas, biológicas e sociais. Isso com embasamento teórico de outras pesquisas que já haviam delineado sérios problemas de eficácia social vinculados ao Direito a Saúde (WANG, 2008 e 2009; DALLARI, 1988).

Nesta seara, uma Constituição escrita deveria ser hábil para limitar o poder do Estado, em razão, por exemplo, da inscrição de direitos de prestação em seu bojo, que implicam necessariamente em investimento público direcionado para a sua consecução. (ARNAUD, 1999)

Apesar de nossa pesquisa empírica, que tratou de compra de medicamentos, não estar essencialmente direcionada a outros direitos para além dos sociais, como os de liberdade, ou de primeira geração, buscamos informações teóricas sobre os Direitos Fundamentais de forma indistinta para o enriquecimento do debate. Isso porque, no âmbito do Direito a Saúde, as gerações ou dimensões dos Direitos se misturam e implicam em atitudes estatais variadas, dependendo do enfoque de estudo, que passam pela necessidade de abstenção estatal (liberdade de escolha de tratamento), de prestação estatal individualizada (direito a medicamento específico) e de consideração desse direito como transindividual (direito a construção de hospitais, a políticas públicas etc.), sem que haja obediência aos ditames das classificações clássicas sobre Direitos Fundamentais (TAVARES, 2003; DALLARI, 1988 e 2010).

Portanto, após tal consideração, classificamos nosso problema concreto, seguindo a classificação didática, de que o Direito à Saúde, em relação a compra de medicamentos determinada judicialmente seria, essencialmente, um direito fundamental de ordem social, ou seja, de Segunda Geração ou Dimensão (BONAVIDES, 2006), de *status positivus*, onde a atuação do Estado interfere na esfera de atuação do indivíduo,

que pode exigir determinadas prestações estatais. (DIMOULIS, 2001).

Trabalhamos com a oferta de medicamentos, como “direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas” (ALEXY, 1997. p. 196) perante o Estado, do qual se espera tanto a criação de leis regulamentadoras que impliquem na efetividade do acesso à Saúde, quanto sua efetiva prestação através de políticas públicas delineadas conforme as necessidade dos cidadãos.

Toda essa problemática está vinculada a uma necessidade premente de exercício de Direitos Fundamentais, de sua eficácia como forma de exercício de cidadania e do reconhecimento do diferente (ações e políticas diversificadas para regiões e pessoas diversificadas), considerando o novo paradigma apresentado pela concepção de sociedade do risco (BECK, 2002).

Pudemos perceber que o conceito de segurança em áreas como saúde não pode ser realizado de forma completa, em razão disso a própria Constituição pretende a “redução do risco de doenças e outros agravos”, levando em consideração as diferenças entre pessoas e regiões na criação e aplicação das normas jurídicas sobre esse tema. Dessa forma, verificamos a necessária aplicação do conceito de prevenção para a diminuição do risco em saúde, devendo-se fixar políticas eficientes com este propósito, realidade esta que deve ser reconhecida pelo Judiciário, pelo Executivo e pelo Legislativo.

Neste ponto do debate teórico nos deparamos com a questão do RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), uma listagem estatal aprovada com medicamentos que devem estar disponíveis ao usuário do Sistema de Saúde e com o fato de que é inafastável a importância do direito infraconstitucional para a aplicação e concretização dos Direitos Fundamentais (DIMOULIS, 2001), apesar de sua regulamentação eventualmente implicar em limitações.

Percebemos, com base na pesquisa empírica e nos debates teóricos avançados sobre o tema, que por um lado o Poder Executivo não disponibiliza em suas farmácias todos os medicamentos que constam no RENAME, por outro o Poder

Judiciário não se limita a listagens oficiais para o deferimento de tutelas. Assim, passamos a estudar a questão do Ativismo Judicial, que abre a discussão para vários temas correlatos. Um deles é a atuação contra-majoritária do Poder Judiciário, pois inegavelmente os membros escolhidos por meio de voto popular têm suas cadeiras no Poder Executivo e Legislativo, ao que se pode contrapor outra questão que é a função do Poder Judiciário de proteger a Supremacia da Constituição.

Outro ponto está no limite de análise dado pela própria Constituição aos Poderes por meio da fixação de suas competências, devendo-se ter em mente que a aplicação de recursos públicos é, em regra, atribuição do Poder Executivo (BARROSO, 2011) e que o debate teórico que coloca em choque Mínimo Existencial e Reserva do Possível deve ser analisado não apenas teoricamente, mas também na práxis forense.

Assim, as questões teóricas mais importantes selecionadas pelo grupo para o debate foram:

1. Interdisciplinaridade: pois as questões de saúde pública permitem e requerem discussões por vários pontos de vista científicos, como da Administração Pública, da Política, do Direito, da Saúde etc.

2. Princípio da Prevenção (Teoria do Risco): pela impossibilidade de total segurança em questão de saúde, em razão de a diminuição do risco em saúde decorrer da necessidade de tomada de decisões em políticas públicas sanitárias.

3. Ativismo Judicial: pois atualmente o Poder Judiciário por várias vezes é chamado para a resolução de questões vinculadas a políticas públicas e os limites de sua atuação são alvo de estudos atuais, portanto acreditamos que devemos levantar a questão do respeito pelo Poder Judiciário às normativas administrativas, e se eventual desconsideração eventualmente implicaria em quebra no Princípio Constitucional da Separação de Poderes.

4. Mínimo Existencial: a necessidade social de efetivação mínima de Direitos, com base no complexo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e na “máxima eficácia e efetividade possíveis” destinada aos Direitos Fundamentais, em

razão de sua aplicabilidade imediata, implica na impossibilidade de esvaziamento de Direitos (FIGUEIREDO, SARLET, 2007, p. 177).

5. Reserva do Possível: pois os direitos sociais têm por objeto prestações estatais ligadas à “distribuição, destinação, redistribuição e criação de bens materiais”, possuindo dimensão econômica (FIGUEIREDO, SARLET, 2007, p. 198), sendo necessários gastos que virão de cofres públicos, além de todas as outras “obrigações constitucionais” a serem implementadas (WANG, 2008, p. 540), assim, ausência de meios econômicos, escassez de órgãos e de tecnologias disponíveis (LOUREIRO, 2008, p. 58), disponibilidade jurídica de recursos pelo Estado (WANG, 2009, p. 312), são argumentos a serem considerados, apesar de alguns autores o verem como uma “falácia” do Estado, que busca uma justificação para a sua omissão.

Tais observações teóricas direcionaram o objetivo da pesquisa empírica para a verificação da eficácia social do Direito a Saúde em casos concretos, especificamente de compra de medicamentos, através da verificação da atuação do Poder Judiciário local, quando este é chamado para a resolução de conflitos sobre o tema e da caracterização dessas compras tanto em relação às decisões em recursos, como em relação às determinantes de processos administrativos no município de Ouro Preto D’Oeste.

Isso foi necessário porque “a questão da empiria coloca, antes da coleta e do uso do dado empírico, problemas teóricos, porque um dado não fala por si, mas pela boca de uma teoria. O dado não é em si evidente, mas feito evidente no quadro de referência em que é colhido” (DEMO, 1995, p. 133).

1.2 ATIVIDADES DO GRUPO E PESQUISA EMPÍRICA

Para a construção do projeto, buscou-se alinhamento com o Projeto Pedagógico do Curso de Direito do CEULJI/ULBRA, que possui, entre outros objetivos, a valorização de questões regionais e peculiares do Estado de Rondônia, buscando a efetivação do Princípio Constitucional da indissociabilidade entre

ensino, pesquisa e extensão, consagrado no artigo 207, da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, o Projeto de Pesquisa foi apresentado e aprovado pela Faculdade de Direito, na área de concentração: Educação, Saúde e Cidadania, Linha de Pesquisa: Ecologia Humana para o Desenvolvimento Sustentável da Amazônia Ocidental.

A realização da pesquisa inicialmente se justificou por vários motivos, entre eles: a indispensabilidade da pesquisa em si para o Curso de Direito, o interesse da autora pelo tema proposto e sua importância local, regional e nacional, e a união entre teoria e prática, que visava saltos quantitativos e qualitativos quanto ao conteúdo dos trabalhos discentes e docentes em relação ao tema e a emancipação dos pesquisadores envolvidos.

Foi realizado um processo seletivo para definição dos participantes na pesquisa, que realizaram reuniões semanais para a realização de atividades, organização de cronogramas e fixação dos objetivos dos trabalhos individuais, em pequenos grupos ou de todo o grupo. A assiduidade e discussão reiterada dos objetivos e metas foram fatores de sucesso para a aproximação dos participantes e seu comprometimento com o debate proposto.

O projeto inicial era bem abrangente e permitiu que os cortes fossem realizados conforme o interesse pessoal, possibilidades e tempo de todos os envolvidos, o que nos direcionou para o trabalho com os processos administrativos de Ouro Preto D’Oeste e com as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, no primeiro caso pela facilidade de acesso físico ao material e proximidade da cidade com a sede de nossos encontros e, no segundo caso, pelas decisões tabuladas estarem disponíveis na internet.

Dessa forma, o delineamento real do projeto e as opções teóricas fundamentais ocorreram com a participação de todos os envolvidos, inclusive como demonstra o relatório sobre a descrição dos resultados do grupo ao final do primeiro semestre de 2011 que relata como resultados das pesquisas: um pôster geral apresentado no XII Salão de Iniciação Científica,

denominado “Apontamentos iniciais sobre direito à saúde”, o que demonstra a amplitude anteriormente fixada para os debates. E no mesmo documento já estão fixadas as duas frentes de pesquisa “que envolvem levantamento de dados de: 1) processos administrativos de compra de medicamentos no município de Ouro Preto D’Oeste em 2009; e 2) decisões do Tribunal de Justiça de Rondônia que envolveram compra de medicamentos no ano de 2010” (ALBUQUERQUE, 2011).

Utilizamos mais de um método para o levantamento de dados: análise documental das normas jurídicas que envolvem o Direito à Saúde, partindo da Constituição Federal e chegando até decretos utilizados na prática executiva como o RENAME e análise processual administrativa e judicial.

Os resultados partiram da descrição das bases teóricas utilizadas para a delineação do trabalho, com a avaliação de cada uma das questões teóricas levantadas e da sua utilidade para a pesquisa.

Estruturamos uma base de dados com a descrição das questões sobre Direito à Saúde que chegam ao Poder Judiciário (com corte metodológico relativo ao Município mencionado e aos recursos no Tribunal de Justiça) e apontamos a existência ou não de referência às determinações legislativas e executivas nos processos judiciais analisados.

Utilizamos como ferramenta metodológica a estatística descritiva que nos permitiu manejar os dados para “resumir, descrever e entender” a situação naquele período de tempo, sem buscar inferir informações que ultrapassassem os dados colhidos (DIHEL *et al*, 2007). Para nos afastarmos das dificuldades inerentes à amostragem e à inferência de outras situações com os dados colhidos, optamos por considerar os dados de todos os processos existentes, dentro do período de um ano, nas pesquisas realizadas. Além disso, não pretendíamos extrapolar nosso caso para épocas diferenciadas e reconhecemos que novas pesquisas são necessárias para a corroboração de nossas conclusões fora do período estudado.

Partindo dessa premissa, optamos por apresentar os dados através de tabelas e gráficos, classificando os dados em variados

critérios, cada um formando uma figura específica, que possibilitou a descrição de uma das facetas da problemática. Isso nos permitiu realizar a análise de forma mais clara.

Tentamos também separar o que havia em cada uma das figuras dos trabalhos, sem muitos cruzamentos de informações, para tornar a visualização da informação a mais simplificada possível, considerando que o uso da estatística em pesquisas de Direito ainda está em consolidação e nossa pretensão de nossos trabalhos serem entendidos por todos os interessados no tema proposto, principalmente os participantes das atividades de extensão que realizamos sobre o tema.

A agenda de atividades realizadas ao final teve como resultados aparentes um artigo científico (ALBUQUERQUE *et al.* 2011), um capítulo de livro (ALBUQUERQUE, LEAL. 2013) e vários pôsteres apresentados em feiras de iniciação científica (Salões de Iniciação Científica do CEULJI/ULBRA; SBPC) e trataram do tema Direito Fundamental à Saúde sob óticas variadas, para além da compra de medicamentos.

Abaixo apresentaremos algumas das informações debatidas nos dois textos, para exemplificar alguns resultados da atividade.

1.2.1 COMPRA DE MEDICAMENTOS NO MUNICÍPIO DE OUTRO PRETO D’OESTE

O texto: “Processos Administrativos de Ouro Preto do Oeste para compra de medicamentos no ano de 2009 em razão de decisão judicial: uma análise do direito à saúde em um município de Rondônia” (ALBUQUERQUE *et al.*, 2011) trata especificamente da análise de todos os processos administrativos daquele ano, que foram cedidos pela Prefeitura de Ouro Preto do D’Oeste para nossa análise.

Descreveremos alguns resultados e análises decorrentes do trabalho com a intenção de demonstrar a importância de trabalhos como os realizados e do aprofundamento teórico que pesquisas empíricas permitem.

Analisamos os 41 processos administrativos para compra de medicamentos decorrentes de decisão judicial que envolviam o

Município em tela, o qual, no mesmo ano de 2009, direcionou R\$ 5.665.152,12 de sua receita total para garantir o Direito à Saúde e investiu R\$ 147.764,04 na assistência farmacêutica.

Verificamos que a maioria dos pedidos judiciais (75%) ocorreu em 2008 ou 2009, verificando-se certa agilidade da Justiça na decisão desses casos, apesar de provavelmente várias dessas decisões decorrerem do deferimento de tutela antecipada.

Houve uma atuação relevante da Defensoria Pública na representação dos autores dos casos em tela (74%) o que nos permite inferir que grande parcela dos pedidos é realizada por pessoa hipossuficiente em razão da atividade e competência desse órgão.

Grande quantidade dos pedidos (76%) referiu-se a produtos de valor unitário de até R\$ 50,00, com valor máximo e mínimo de R\$300,00 e de R\$0,44.

Outro fator foi a classificação de 53% dos medicamentos conforme o RENAME e 50% conforme a Portaria 4217/10, do que pudemos concluir que, por um lado o Poder Executivo não disponibiliza certos medicamentos fixados normativamente e, por outro, o Judiciário não está atrelado a esta lista para o deferimento de medicamentos.

Apesar disso, não pudemos verificar gravame excessivo aos cofres públicos. Os gastos ocorreram no importe de R\$ 31.308,05, somando-se todos os valores dos processos analisados, com o comprometimento de menos de 1% do orçamento municipal destinado à Saúde. Apesar disso, pudemos notar que no período, o grande problema encontrado foi ausência de critérios objetivos para a decisão tanto municipal quanto judicial quanto a seleção dos medicamentos a serem comprados e casos inicialmente acatados ou não pela Administração.

1.2.2 DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA

O texto “Direito à saúde: uma análise jurisprudencial sobre a compra de medicamentos no ano de 2010 no tribunal de justiça do estado de Rondônia” (ALBUQUERQUE, LEAL, 2013) foi

escrito posteriormente, mas tem as mesmas bases teóricas e metodologia, acima desenvolvidas.

Analisamos as 18 decisões do Tribunal de Justiça em busca realizada no site do TJ/RO com as palavras “saúde” e “medicamento”, sendo 4 processos descartados pois não tratavam de compra de medicamentos.

Apesar de o artigo anterior não demonstrar diferenças quanto a gênero (50%-50%) aqui notamos predominância significativa de pedidos de mulheres em relação aos pedidos de homens (79%-21%). Verificamos a preponderância de pedidos realizados pela Defensoria (50%) em relação à Advocacia (36%) e Ministério Público (14%).

Outro fator verificado foi a classificação de 44% dos medicamentos conforme o RENAME.

De todos os casos analisados, houve indeferimento em 5 (36%), dois casos por ausência de prova de necessidade, um por litispendência e dois manejados pelo mesmo requerente por pedido de medicamento em fase de testes, o que implicou em novo debate sobre os limites objetivos das decisões do Poder Judiciário em relação ao Direito à Saúde.

Neste estudo pudemos concluir que, no período, o Poder Judiciário utilizou três critérios bem delineados para os indeferimentos: irregular processamento do feito; ausência de comprovação de necessidade e medicamento em fase de teste.

1.3 A PERSPECTIVA DOCENTE

Acreditamos que os resultados das atividades realizadas falam por si, além disso, os alunos através da aliança entre teoria e prática desenvolveram pesquisas de qualidade e passaram a discutir o tema com propriedade e posicionamento individualizado bem fundamentado.

Considerando a atividade da docente em outros grupos de estudo, sua avaliação é a de que a verificação da prática, o levantamento de dados e sua análise podem embasar as posições do aluno, permitindo que este se conecte com a discussão teórica,

apesar de sua abstração, sendo um facilitador importante no processo de ensino-aprendizagem.

Assim, tornar problemas jurídicos palpáveis, no nosso entender, enriquece o debate, permite ao discente repetir procedimentos, independente do professor orientador e emancipa para a visão crítica necessária aos operadores do Direito.

Além disso, procuramos vincular as atividades do Grupo a três enfoques: Ensino (vinculação do tema estudado com as disciplinas de Graduação cursadas pelos alunos envolvidos e seleção de leituras pertinente), Pesquisa (pesquisas teóricas e empíricas realizadas pelos participantes, com coleta, tabulação, apresentação de resultados e análise) e Extensão (organização e realização de Mesa redonda interdisciplinar sobre políticas públicas de saúde em 2011 e debate realizado em 2012 sobre Saúde Qualidade de Vida e Políticas Públicas, ambos na sede do CEULJI/ULBRA).

Enfim, a experiência foi enriquecedora e norteia as atividades atuais de pesquisa da docente, que cada vez mais se vincula à pesquisa empírica e a interdisciplinaridade.

1.4 A PERSPECTIVA DISCENTE

O co-autor participou da pesquisa empírica realizada no Grupo de Iniciação Científica. Ao iniciar os estudos científicos estava no primeiro semestre da graduação do Curso de Direito, matriculado nas disciplinas introdutórias da Faculdade, referentes à propedêutica jurídica, entre elas: Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Processo, bem como Direito Constitucional, correlacionado, incisivamente, aos estudos da Iniciação Científica.

Desta forma, buscamos a teoria em vários juristas (ALEXY, 1997; DIMITRI, 2001; FIGUEIREDO, SARLET, 2007; SILVA, 2009; WANG, 2008 etc.) primordialmente na seara constitucional, para encontrar teses relacionadas à pesquisa em tela (reserva do possível e mínimo existencial), as quais foram consideradas, *a posteriori*, em conjunto com dados coletados.

A partir da análise dos dados obtidos, nós pudemos perceber problemas na prestação da assistência farmacêutica na realidade fática e pudemos relacioná-lo com o fenômeno da Judicialização do Direito à Saúde em nosso Estado.

A percepção que se teve de todo o processo de pesquisa empírica, enquanto discente, foi de um método pragmático, devido ao manuseio de processos administrativos e judiciais podendo, assim, observar os procedimentos realizados e, principalmente, suas implicações, relacionando aos estudos teóricos prévios.

Destarte, pode-se perceber que a Iniciação Científica no Direito por meio de pesquisa empírica se mostrou extremamente favorável ao discente, pois acrescenta a sua vida acadêmica a capacidade crítica tanto no tocante aos estudos teóricos que a fundamentaram, os quais se relacionavam com os estudos dos temas estudados na Graduação em Direito, quanto na prática em si, com as coletas de dados nos processos, seu manuseio, as observações das aplicações da teoria na vida prática, etc.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluímos que atividades empíricas são recursos pedagógicos importantes para o ensino-aprendizagem dos “Direitos Fundamentais”, que é facilitado e complementado pela união entre teoria e prática.

Mas é necessário não apenas pensar na ação, precisamos realizá-la e, após, nos debruçarmos novamente sobre o processo, na busca da reflexão. Portanto, percebemos que a teoria e a prática se unem em um movimento contínuo de reflexão, diálogo, ação, reflexão sobre a ação e assim sucessivamente, o que deve ser extremamente valorizado quando se busca a emancipação dos membros do projeto.

Dessa forma, os estudos empíricos trouxeram ao grupo compreensão diferenciada do problema da Saúde no Estado em que vivem e aprofundamento dos conceitos teóricos trabalhados, além de permitir a descrição detalhada de uma fatia do problema da saúde no Estado, com o reconhecimento de particularidades e

o aproveitamento ou afastamento de ideias teóricas com base nas situações avaliadas, havendo notável desenvolvimento da capacidade crítica dos envolvidos e amadurecimento científico.

Enfim, aliar atividades educativas práticas às atividades teóricas no tratamento de questões jurídicas complexas é imprescindível, pois os problemas reais permitem que os discentes possam emancipar-se e desenvolver a competência para a análise crítica e tomada de decisões.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Carolina de. Relatório – Descrição de resultados. Protocolo de Atividades de Pesquisa e Extensão n. 037/11, título: **Direito à Saúde em Rondônia: validade, eficácia social e idealidade**, arquivado junto à Coordenadoria de Assuntos Comunitários e Extensão, CEULJI/ULBRA. Ji-Paraná, 2011)
- _____ et al. Processos Administrativos de Ouro Preto do Oeste para compra de medicamentos no ano de 2009 em razão de decisão judicial: uma análise do direito à saúde em um município de Rondônia. *Jus Societas*, V. 5, N. 2 (2011)
- _____. LEAL, Plínio Sanick. Direito à saúde: uma análise jurisprudencial sobre a compra de medicamentos no ano de 2010 no tribunal de justiça do estado de Rondônia. In **Direitos Fundamentais no Estado de Rondônia**. Orgs. Francele Moreira Marisco e Teófilo Lourenço de Lima. Canoas: Editora ULBRA, 2013.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARNAUD, André-Jean et al. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia uma nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2002

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1^a instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 2010. P. 59 á 67.

CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a Política de Dispensação de Medicamentos no Brasil: Mínimo necessário para Efetivação do Direito à Saúde. **Revista de Direito Social** n. 29, jan./mar. 2008, ano VIII. Ed. Nota dez. Sapucaia do Sul-RS.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, 22:57-63, 1988.

_____. Controle judicial da política pública de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. **Physis Revista de Saúde Pública Coletiva**. Rio de Janeiro. 20 [1]: 57-75, 2010.

DEMO, Pedro. **Metodologia Científica em Ciências Sociais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

DIEHL, C. A.; SOUZA, M. A.; DOMINGOS, L. E. C. O uso da estatística descritiva na pesquisa de custos. **ConTexto**, Porto Alegre, v. 7, n. 12, 2º semestre 2007. Disponível na internet, no site: <<http://www.seer.ufrgs.br/ConTexto/article/viewFile/11157/6605>>. Acesso em 24/02/2015.

DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. In **Comunicações**, n. 2, ano 5, p. 11-30, jan. 2001.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas

considerações. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1- n. 1 – jul./dez. 2007.

FREIRE, P. **Pedagogia da Autonomia**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

GARCIA, Rafael Barreto. O poder judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística. **Revista Interesse Público**, ano X, Ed. Fórum, Belo Horizonte: 2008.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. **Revista da Defensoria Pública** - Ano 1-n. 1-jul./dez. 2008.

MARQUES, Silvia Badin. **A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica: o caso do estado de São Paulo**. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 2005. Disponível no site <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-17042009-154400/en.php>>. Acesso em 28/09/12.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **RENAME**: Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. 7^a edição. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. P. 07, 44 á 62.

_____. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 4.217, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2010** Aprova as normas de financiamento e execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt4217_28_12_2010.html>. Acesso em 28/09/12.

_____. **Sala de Situação em Saúde**. Disponível em <www.saude.gov.br>. Acesso em 28/09/2011.

REY, Luís. **Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVERES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila *et al.* Condicionantes estruturais da regionalização na saúde: tipologia dos Colegiados de Gestão Regional. **Ciência & Saúde Coletiva**, 15(5):2317-2326, 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**. São Paulo 4(2) p. 539-568. JUL –DEZ 2008.

_____. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo. v. 10, n 1 p. 308-318. MAR/JUL. 2009.

PARTE 2: UM ESTUDO DO ADOLESCENTE INFRATOR DE PERFIL AGRAVADO ATRAVÉS DA METODOLOGIA QUANTITATIVA E QUALITATIVA

*Jorge Trindade**

*Maria Aparecida Cardoso da Silveira***

INTRODUÇÃO

O método científico tem como base a sua verificabilidade (POPPER, 1985, 1996; TRIVIÑOS, 1987; KUHN, 1986; FURASTÉ, 1994; BARDIN, 1988; DEMO, 1997 e LEHFELD E BARROS, 1999).

Os procedimentos científicos visam a possibilitar a verificação através de técnicas que são utilizadas segundo parâmetros da discutibilidade da ciência, pois “o diálogo crítico irrestrito constitui o caminho da ciência (DEMO, 1996, p. 22).

A ciência se constrói a partir de sua permanente interrogação. Isso implica também o constante questionamento das hipóteses na tentativa de sua falseabilidade. Assim, o estatuto de científicidade se adquire pela falseabilidade, pela testabilidade e verificabilidade. O que não pode ser verificado não ingressa no registro da científicidade. Nesse aspecto, a ciência constitui uma das mais extraordinárias criações humanas (LEHFELD; BARROS, 2008).

1 A PESQUISA EMPÍRICA E PESQUISA TEÓRICA

Sendo o método científico o caminho que conduz à descoberta, nota-se que na área do direito a pesquisa empírica não

* Professor Titular na Universidade Luterana do Brasil. Pós-doutor em Psicologia Forense e do Testemunho. Doutor em Psicologia e Doutor em Ciências Sociais pela Universidade de Lisboa. Presidente da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica. Email: trindade.voy@terra.com.br

** Diretora do Instituto de Gerência de Cidades – IGECI. Advogada. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do SUL, PUC/RS. Email: cida.silveira@terra.com.br

é o modelo mais freqüente de eleição. Tal constatação, que decorre pura e simplesmente da observação cotidiana, pode estar relacionada com uma razão epistemológica mais profunda: a questão apriorística e jusfilosófica acerca da natureza do próprio direito, nem sempre considerado uma ciência no sentido estrito do termo. A velha fórmula da enunciação jurídico-normativa, *se A, então deve-ser B*, diferentemente da enunciação *se A, então B*, remete ao problema do axiológico, estabelecendo-se, a partir daí, a diferença entre ciências do mundo do dever-ser (endociências) e ciências do ser (exociências).

Nesse contexto, quanto à metodologia aplicada, costuma-se dividir as pesquisas em dois grandes grupos: pesquisa teórica e pesquisa empírica.

A pesquisa teórica promove a discussão e a comprovação de uma teoria, enquanto a pesquisa empírica, às vezes identificada com a pesquisa de campo, exige a comprovação prática, seja por meio da experimentação, seja através da observação de um determinado fenômeno mediante a coleta de dados da realidade, que se denomina “campo”.

Diferentemente da pesquisa teórica, a pesquisa empírica não pode ser realizada somente através de livros, em uma biblioteca, por exemplo, recolhendo-se a referências de diversos autores, nacionais ou estrangeiros. A pesquisa empírica demanda comprovação prática e pode ser organizada basicamente de duas formas: a metodologia qualitativa e a metodologia quantitativa. Pode haver ainda a conjugação desses métodos em uma pesquisa do tipo quanti/qualitativa.

Impende sublinhar que a pesquisa teórica e a pesquisa empírica são complementares.

2 UM ESTUDO ACERCA DE ADOLESCENTES INFRATORES DE PERfil AGRAVADO ATRAVÉS DA METODOLOGIA QUANTITATIVA E QUALITATIVA

Feitas essas considerações sobre a pesquisa teórica e a pesquisa empírica, bem como a sua complementariedade, importa descrever como foi realizado o trabalho de pesquisa pelos alunos e professores do Curso de Direito da Ulbra/Canoas (2015), o

qual ainda se encontra em fase de desenvolvimento e conta com a parceria do Instituto Superior de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

A pesquisa se focalizou no estudo do adolescente infrator, aquele que cometeu um delito (crime ou contravenção penal), mas que, em virtude de sua idade ser inferior a 18 anos (condição de inimputabilidade penal), cumpre uma medida socioeducativa na FASE (Fundação de Atendimento Sócio-Educativo, RS). Dessa forma, o grupo escolheu o tema: adolescente infrator.

Posteriormente, com a aceitação da FASE, e após a autorização pelo Comitê de Ética da Universidade Luterana do Brasil, o grupo procedeu à delimitação do tema: estudar somente os adolescentes infratores de perfil agravado, isto é, aqueles que estão cumprindo medida socioeducativa de internação devido à prática de delitos de natureza grave.

O passo seguinte foi conhecer algumas características do local (campo) e dos participantes, bem como estabelecer os objetivos e definir o problema de pesquisa, que ficou assim ementado: Quais as características dos adolescentes de perfil agravado internos na FASE (Porto Alegre, Brasil), no período de janeiro a julho de 2015?

A partir do problema e de um estudo preliminar da população, o grupo de pesquisa elegeu a amostra de adolescentes internos no CSE (Comunidade Sócio Educativa), pois nela se encontram internados todos os adolescentes infratores que possuem perfil agravado. Dessa forma, a amostra ($n=72$) coincidiu com a população dos internos com perfil agravado ($n=72 = 100\%$). Na sequência, foram escolhidos os instrumentos de pesquisa. Para a pesquisa quantitativa foi utilizado o Formulário específico para adolescentes infratores de Trindade (1998)², atualizado e adaptado. Para a pesquisa qualitativa, realizada somente com adolescentes infratoras do sexo feminino internas no CASEF (Centro de Atendimento Socioeducativo Feminino), foi utilizada uma entrevista semi-estruturada,

²Trindade, J. (1998). Instrumento para levantamento de dados Grupo-caso. **O impacto da ausência do pai da delinquência juvenil**. Tese de doutorado. Concórdia/W. I. U./ Ulbra (Canoas)/UFRJ.

composta de cinco questões norteadoras, complementadas pela realização de um desenho livre que representasse a situação (autopercepção, sentimentos, emoções, perspectiva de passado, presente e futuro) da participante dentro da instituição.

Os dados coletados através do Formulário ($n=72$) foram tratados pelo sistema SPSS e enviados para o Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas para estudo comparativo com amostra portuguesa, assim como para um tratamento estatístico mais aprofundado (Método de regressão logística). As entrevistas ($n=20$) foram analisadas através de categorias mediante o método da análise de conteúdo do discurso de Bardin (1988), em ambas as amostras (ACB)³ e (ACP).

Tendo em vista que a pesquisa ainda se encontra na etapa do tratamento estatístico dos dados quantitativos, todos os dados coletados serão, oportunamente, analisados também mediante o método comparativo, ou seja, as amostras coletadas no Brasil (ACB) serão comparadas com as amostradas coletadas em Portugal (ACP),

devidamente emparelhadas por sexo e idade. Também está sendo realizada uma pesquisa teórica para descrever e comparar os marcos legislativos brasileiros e portugueses.

³ ACB: amostra coletada no Brasil.

3 DADOS QUE PODEM MOTIVAR A PESQUISA EMPÍRICA POR PARTE DE ESTUDANTES DE DIREITO

Características/Variáveis	Percentil	Dado coletado
No. Atos infracionais	39, 3%	Cometeram entre 3 a 5 infrações
Grau de instrução	86,5%	Ensino fundamental incompleto
Situação conjugal dos pais	49,4%	Separados ou divorciados
Irmãos com passagem pela DECA	33,7%	Possuem um irmão com passagem pela DECA
Zona de residência	53,9%	Periferia urbana
Figura paterna	44,9%	Não possuem a presença da figura paterna
Figura materna	18%	Não possuem a presença da figura materna
Trabalho	74,2%	Não estava trabalhando
Estudo	87,6%	Não estava estudando
Religião	16,9%	Possuem uma religião
Drogas	43,2%	Cocaína
Drogas	12,5%	Crack
Drogas	81,8%	Maconha
Armas	46,1%	Porte de armas
Delito	61,8%	Roubo
Delito	43,8%	Tráfico de drogas

A simples análise de cada um desses dados coletados, isoladamente, pode ensejar um trabalho científico por parte do acadêmico, tal como uma atividade de sala de aula, um artigo, um *banner* para um salão de amostra científica ou mesmo um trabalho de conclusão de curso, desde que o tema seja devidamente aprofundado através de um estudo bibliográfico pertinente, apropriado e atual. Entretanto, e esse aspecto merece particular atenção, os achados proporcionados pela pesquisa empírica qualitativa permitem inúmeros cruzamentos estatísticos. Assim, por exemplo, pode-se cruzar duas ou mais variáveis. A variável Estudo pode ser cruzada com a variável Trabalho e com a variável Roubo, por exemplo. Dessa forma o pesquisador/aluno terá uma excelente oportunidade para estudar questões como a importância do estudo formal (escolaridade), o valor e o sentido do trabalho e das atividades laborais e também os elementos sociojurídicos pertinentes ao tipo penal roubo (art.

157, Código Penal), podendo integrar conhecimentos de uma forma criativa e dinâmica. Permite ainda realizar estudos comparativos, tanto dos dados coletados como da legislação nacional e estrangeira, se for o caso.

A título também exemplificativo apresentamos a seguir alguns aspectos teóricos que ilustram como realizamos a revisão bibliográfica sobre o tema *Antissocialidade e delinquência juvenil*.

Antes de apresentá-la, cabe ressaltar que a parte relativa ao estudo comparativo entre a legislação brasileira e a portuguesa ainda não foi realizada no trabalho que trazemos à colação neste estudo, uma vez que está prevista para a fase de encerramento da revisão teórica da pesquisa.

4 ALGUMAS REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE A ANTISSOCIALIDADE E A DELINQUÊNCIA JUVENIL

O problema da antissocialidade e da delinquência juvenil torna-se mais complexo quando se constata, por paradoxal que possa parecer, que uma carreira criminal muito raramente inicia numa idade avançada (FRIEDLANDER, 1972⁴; MOFFIT, 1993⁵; MOFFIT e CASPI, 2002⁶; FRICK e MARSEE, 2006⁷; JOHNSTONE e COOKE, 2006⁸; McCORD, 1995⁹, dentre outros).

⁴FRIEDLANDER, K. **Psicoanálisis de la delincuencia juvenil**. Barcelona: Paidós, 1972.

⁵MOFFIT, T. E. **Life-course-persistent and adolescence-limited antisocial behavior: A developmental taxonomy**. Psychological Review, n. 100, p. 674-701, 1993.

⁶MOFFIT, T.; CASPI, A. Como prevenir a continuidade intergeracional do comportamento antissocial: implicações da violência entre companheiros. In: FONSECA, A. C. **Comportamento antissocial e família**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

⁷FRICK, P. J.; MARSSE, M. A. **Psychopathy and Developmental Pathways to Antisocial Behavior in Youth**. In: PATRICK, C. J. **Handbook of psychopathy**. New York-London: The Guilford Press, 2006.

⁸JOHNSTONE, L.; COOKE, D. J. **Traços de psicopatia na infância**. In: FONSECA, C. A.; SIMÕES, M. R.; SIMÕES, T. M. C.; PINHO, M. S. Eds. **Psicologia Forense**. Coimbra: Edições Almedina, 2002.

Do ponto de vista cognitivo basta dizer que o ser humano adulto, em situação normal de desenvolvimento, é aquele que reúne condições maturativas de querer, entender e comportar-se de acordo com esse entendimento, percebendo a si, as coisas e o mundo que o cerca, com a objetividade que marca o ingresso no estágio de funcionamento regido pelo princípio secundário, graças ao qual é capaz de selecionar seus impulsos e postergar a satisfação de seus desejos para momentos e circunstâncias compatíveis com as normas sociais e jurídicas predominantes.

Porém, ele mesmo, quando se encontra envolvido por emoções intensas, retorna ao funcionamento característico do princípio primário, prejudicando, na parte ou no todo, essa capacidade.

Como a criança e o adolescente, num certo sentido, recebem com emoção toda a experiência que lhes chega, que é sempre nova em suas vidas, e porque não conseguem fazer a mediação entre o impulso e o mundo externo, passando logo para a instância da ação, eles têm diminuída sua capacidade de ser e estar no mundo.

Ademais, falta-lhes experiência, requisito importante para que se agreguem os fatos às respectivas consequências.

De fato, a idade é artificialmente estabelecida com base no critério biológico puro que, por sua objetividade, dá maior segurança e evita indagar, caso a caso, o grau de discernimento das pessoas. Esse procedimento, aliás, até os dias de hoje continua tarefa impossível, em face das inúmeras dificuldades de ser adequadamente mensurado e computado, mesmo com uso dos mais modernos instrumentos oferecidos pela psicometria.

Mas não é só a questão do discernimento e da completude do desenvolvimento biopsicossocial que está em cena.

Uma das questões subjacentes, desde cedo percebida, consiste na concepção de que o elemento etário desempenha papel importante na capacidade de compreensão e de discernimento dos atos humanos.

⁹MCCORD, J. Relationship between Alcohol and Crime over the Life Course. In: KAPLAN, H. B. **Drugs, Crime, and another Deviant Adaptations. Longitudinal Studies.** New York: Plenum Press, 1995.

No debate público, refere Mucchielli (2005, p. 77)¹⁰, “é corrente declarar-se com inquietação que já não se sabe quando começa a juventude, enquanto a fórmula que os delinquentes seriam ‘cada vez mais jovens e mais violentos’ é uma das mais gastas no debate sobre a segurança”. Embora a atividade delinquente possa começar a qualquer idade, sabe-se que começa no contexto escolar, por volta dos 10-11 anos, acelera até atingir o pico por volta dos 15-16 anos, e decresce no final dos 20 e no decurso dos 30. Salvo num número relativamente pequeno em que perdura até aproximadamente os 50 anos, nos casos dos psicopatas (HARE, 1970, 2002 e 2003)¹¹, quando começa a remissão, pelo menos em tese. Esse evolutivo dá conta da existência de uma delinquência de passagem, do tipo transicional, que fica circunscrita à adolescência.

Outra questão subterrânea é a diferenciação entre uma delinquência ampla, que abrange todas as condutas desviadas, e uma delinquência estrita limitada às condutas que cumprem exclusivamente os requisitos de um código. Como se não bastasse, a par da ideia de que delinquência juvenil ‘é o que a lei diz que ela é’ (RUBIN, *apud* AJURIAGUERRA, 1983)¹², - embora saibamos que elas mudem tanto no tempo quanto no espaço¹³, fala-se também de uma delinquência oficial, aquela que é conhecida, porque é detectada e às vezes revelada, e de uma

¹⁰MUCCHIELLI, L. Evolução das delinquências juvenis em França: um olhar sociológico. In: VIEIRA, C. M. C. *Ensaios sobre o Comportamento Humano: do diagnóstico à intervenção. Contributos nacionais e internacionais*. Coimbra: Almedina, 2005.

¹¹HARE, R. D. **Psychopathy: theory and research**. New York: Willey, 1970.

HARE, R. D. *La naturaleza de psicópata: algunas observaciones para entender la violencia depredadora humana*. In: RAINÉ, A. e SANMARTÍN, J. **Violència e Psicopatia**. Barcelona: Ariel, 2002.

HARE, R. D. *Hare Psychopathy Checklist- Revised (PCRL-R)*. Technical, 2003.

¹²AJURIAGUERRA, J. de. **Manual de Psiquiatria Infantil**. 2. ed. São Paulo: Masson e Atheneu, 1983.

¹³ Sob esse ponto de vista, pode-se dizer que existem tantas formas de delinquência quantas forem as espécies de normas. O que é crime em um país pode não ser em outro; o que foi crime ontem pode não ser hoje e o que não é crime hoje poderá vir a ser amanhã

delinquência mascarada, igualmente real, mas não manifesta, de sentido latente, que não chega ao conhecimento dos órgãos formais de controle (LE BLANC, 1977¹⁴, DICKIES; HAUSMAN, 1983¹⁵).

As pesquisas sobre comportamentos antissociais, delinquentes e multiproblemáticos ainda se encontram em fase inicial e focalizam principalmente a família e suas relações (McCORD, 2002¹⁶; MUCCHIELLI, 2002¹⁷; FONSECA e SIMÕES, 2002¹⁸; LE BLANC e JANOSZ, 2002¹⁹; NAPLAVA e OBERWITTLER, 2002²⁰), procurando agregar diversos fatores biopsicossociais numa perspectiva integradora baseada na teoria geral dos sistemas como via de superar o reducionismo, originariamente imposto pelo modelo médico que sublinha a doença em detrimento de uma visão global. Com efeito, de acordo com os princípios da equifinalidade e da multifinalidade que mostram que uma mesma condição pode levar a condutas completamente diferentes (IANI, 2006²¹), uma mesma conduta delinquencial pode decorrer de diferentes trajetórias evolutivas.

¹⁴LE BLANC, M. **La delinquence a l'adolescent: de la delinquence cachée et de la delinquence apparente** in Annales de Vauresson, 1976/77, n.14, p.19-49.

¹⁵DICKES, P.; HAUSMAN, P. **Définir et mesurer la délinquance juvénile**, In Bulletin de Psychologie, 1983, Tome XXXVI, p. 441-445.

¹⁶McCORD, J. Forjar criminosos na família. In: CASTRO FONSECA, A. **Comportamento anti-social e família**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 15-36.

¹⁷MUCCHIELLI, L. Monoparentalidade, divórcio e delinquência juvenil: uma relação empiricamente controversa. In: CASTRO FONSECA, A. **Comportamento antissocial e família**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 213-243.

¹⁸FONSECA, A. C. e SIMÕES, A. A ‘teoria geral do crime’ de Gottfredson e Hirschi: o papel do autocontrolo, da família e das oportunidades. In: FONSECA, A. C. Ed. *Comportamento Anti-Social e Família*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 245-267.

¹⁹LE BLANC, M. e JANOSZ, M. Regulação familiar da conduta delinquente em adolescentes. In: CASTRO FONSECA, A. **Comportamento antissocial e família**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 37-92.

²⁰NAPLAVA, T. OBERWITTLER, D. Factores familiares e delinquência juvenil – resultados da investigação sociológica na Alemanha. In: CASTRO FONSECA, A. **Comportamento antissocial e família**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 157-179.

²¹IANI, L. *Violenza Giovanile e Comportamenti Multiproblematici*. In: DE LEO, G. e PATRIZI, P. *Lopsicologocriminologo*. Milano: Giuffrè Editore, 2006, 9^a edição, p. 267-292.

De acordo com Loeber e Hay (1994),²² existirem três percursos condutores à delinquência: i) o caminho aberto, que se caracteriza pela agressividade na primeira fase (*bullying*), seguido de rixas e, por fim, pela violência; ii) o caminho coberto, traçado por uma escalada de comportamentos clandestinos (vandalismo, fraude); e iii) o caminho do conflito com a autoridade, estabelecido pelo afrontamento social e das normas jurídicas vigentes.

Por outro lado, os fatores preditivos de comportamentos criminosos graves na adolescência podem ser agrupados em cinco fatores (HAWKINS, HERRENKOHL, FARRINGTON, BREWER, CATALANO E HARACHI, 1998²³): i) individuais (impulsividade, agressividade, ansiedade, iniciação precoce da violência e da delinquência, comportamentos antissociais em geral, posturas e crenças); ii) familiares (criminalidades dos genitores, maus tratos e abuso infantil, relações familiares disfuncionais, conflitos entre os genitores, eventos familiares estressantes); iii) escolares (baixa ou pobre vinculação com a escola, fracasso escolar, dificuldades na aprendizagem, fuga, comportamentos delinquentes na escola); iv) decorrentes dos pares (irmãos com condutas desviantes, e pertença a grupos de infratores); e v) comunitários (pobreza, desorganização, exposição à droga, criminalidade adulta no bairro, exposição à violência e a preconceitos raciais).

Para Simons, Simons, Chen, Brody e Lin (2007)²⁴, embora as diversas teorias sejam vistas como perspectivas competindo entre si, há razão para acreditar que elas atualmente devem

²²LOEBER, R. e HAY, D. F. Developmental Approaches to Aggression and Conduct Problems. In: RUTTER, M. e HAY, D. F. **Development through Life: A Handbook of Clinicians**. Oxford: Blackwell, 1994.

²³HAWKINS, J. D.; HERRENKHL, T.; FARRINGTON, D. P.; BREWER, D. D.; CATALANO, R. F.; e HARACHI, T.W. A Review of Predictors of Youth Violence. In: LOEBER, R. e FARRINGTON, D. P. **Serious and Violent Juvenile Offenders Risk Factors and Successful Interventions**. Sage: Thousand Oaks, 1998.

²⁴SIMONS, R. L.; SIMONS, L. G.; CHEN, Y-F.; BRODY, G. H.; e LIN, K-H. **Identifying the psychological Factors that mediate the association between parenting practices and delinquency**. Crimonology: an interdisciplinary journal. V. 45, N.3, (481-517), Aug. 2007.

representar perspectivas complementares e, nesse contexto, apontam entendimento segundo o qual os preditores de problemas persistentes de conduta são: expressões de hostilidade e rejeição; a falta de supervisão, monitoramento e disciplina; e o envolvimento em atividade de natureza dissocial, o que guarda relação com a avaliação de Gottfredson e Hirschi (1990)²⁵ sobre o baixo autocontrole, mas também com aqueles que enfatizam a importância da raiva, a visão hostil dos relacionamentos e a aceitação de padrões desviantes.

A etiologia da delinquência pode, por outro lado, ser entendida pelos modelos biológicos-condutuais ou de condicionamento do processo de socialização: um conjunto de construções teóricas que explicam não como se aprende o comportamento criminoso próprio dos modelos socioculturais, mas por que certas pessoas fracassam na paralisação eficaz das condutas socialmente proibidas que os demais indivíduos conseguem evitar. Trata-se de uma variante do comportamentalismo mais próxima das teorias da aprendizagem por transmissão cultural ou associação diferencial. O ponto de partida é a aquisição de pautas de comportamento através da observação e imitação do comportamento delinquencial.

Por seu turno, Moffitt (1993)²⁶ e Moffitt e Caspi (2002)²⁷ distinguem a delinquência limitada à adolescência (*adolescence limited delinquency*) e os delinquentes de carreira (*life-course-persistent delinquency*). A primeira geralmente é exploratória e temporária, e se caracteriza por ser utilitária e corresponder a uma ruptura com os valores familiares em busca de protagonismo, sendo que sua interrupção se dá, em princípio, regularmente com o fim da adolescência. A segunda é de início precoce, persiste em vários

²⁵GOTTFREDSON, M. R. e HIRSCHI, T. *A general theory of crime*.Stanford, CA: Stanford University Press, 1990.

²⁶MOFFITT, T. E. *Life-course-persistent and adolescence-limited antisocial behavior: A developmental taxonomy*. *Psychological Review*, n. 100, p. 674-701, 1993.

²⁷MOFFITT, T. e CASPI, A. Como prevenir a continuidade intergeracional do comportamento antissocial: implicações da violência entre companheiros. In: FONSECA, A. C. *Comportamento antissocial e família*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

períodos da vida, e apresenta maior probabilidade de perturbações neurobiológicas e comportamentais, assim como de influência genética dos riscos.

Há que se referir, entretanto, o paradoxo de Robins (1978), pois a maior parte das crianças antissociais não se torna adultos antissociais, embora o comportamento antissocial seja praticamente um pré-requisito para as manifestações posteriores. De fato, existem três fatores que se relacionam com a desistência: i) a mudança do meio que proporciona novas trajetórias de vida, principalmente se o comportamento antissocial não estiver enraizado; ii) os fatores de compensação que protegem o adolescente, oferecendo novas possibilidades; e, finalmente, iii) o êxito de programas de prevenção e de atenção à criança e ao adolescente infrator (ROBINS, 1978)²⁸.

Dessa forma, vê-se que continuidade (persistência) e mudança (fuga do processo) são dois fatores que se contrapõem. A delinquência de início precoce (*precociousoffenders/earlyonsetoffenders*) pode ser explicada pela conjugação de prejuízos individuais, práticas educacionais inefficientes, e estrutura social desfavorável, a par de uma maior probabilidade de exposição a uma gama de características emocionais negativas e a uma série de dificuldades neurodesenvolvimentais, estilos parentais inadequados, confusos e contraditórios ou descontrolados para as crianças (MOFFITT, 1993)²⁹.

Diferentemente, a delinquência limitada à adolescência sugere que, após um período de ajustamento na infância, aparecem comportamentos antissociais na pré-adolescência, mas que serão, em geral, abandonados no final da puberdade. Pode-se supor, agora, que esses adolescentes não foram expostos a fatores causais mais significativos, foram menos submetidos à adversidade estrutural, e possuem um tipo de vinculação pró-social adequada e com menores probabilidades e ofertas

²⁸ROBINS, L. N. *Sturdy childhood predictors of adult antisocial behavior: Replications from longitudinal studies*. Psychological Medicine, 8, 611-622, 1978.

²⁹MOFFITT, T. E. *Life-course-persistent and adolescence-limited antisocial behavior: A developmental taxonomy*. Psychological Review, n. 100, p. 674-701, 1993.

desviantes. Também se pode cogitar que possuem mecanismos de compensação suficientes para fazer frente aos fatores de risco eventualmente existentes, e postergar o seu envolvimento com a delinquência para a etapa da adolescência, aonde chegam relativamente equipados para promover os movimentos de retorno à vida de regulação. Entretanto, ao mudarem da etapa da infância para a fase da adolescência, e empreenderem o processo de autonomia e independência relativamente às figuras parentais, tornam-se vulneráveis para enfrentar as ansiedades próprias dessa fase. Por isso, a delinquência fica limitada à adolescência (*adolescence limited delinquency*), pois esses jovens são portadores de um repertório de competências individuais, grupais, afetivas e normativas capazes de redirecioná-los ao roteiro de vida de acordo com as regras sociais e jurídicas vigentes.

Uma vez que os comportamentos antissociais ficam restritos à adolescência, nos casos em que não se reveste de gravidade, intensidade, significado regressivo maior e polimorfismo, eles não chegam a produzir efeitos negativos persistentes, e as sequelas não serão profundas. A capacidade de resiliência permitirá que, ao final da adolescência, eles reingressem na trajetória existencial adequada e escolham alternativas pró-sociais definitivas.

Na realidade, um comportamento delinquente persistente vai se desenvolvendo de modo progressivo e contínuo na medida em que a criança cresce. Ademais, a conduta delinquente persistente produz efeitos cumulativos na história de vida, tanto em nível individual e familiar, quanto no nível social e relacional, obstando oportunidades de acesso a estilos mais positivos e reforçando a adoção de mecanismos de funcionamento desviantes. Ao contrário, a delinquência limitada à adolescência ilustra o fenômeno da mudança, pois após um período de ajustamento na infância, os adolescentes ingressam numa rota de disfuncionalidade transitória e adjunta às experiências adolescentes.

Outro fator a ser considerado é sentimento de desrespeito à lei, àqueles que as fazem e àqueles que as aplicam. Avaliar a polícia, as casas legislativas e os órgãos judiciais com desconfiança

aumenta a possibilidade geral de cometer comportamentos antissociais e ilegais, pois instala um ambiente de amoralidade e de permissividade. O imaginário da corrupção está associado à proteção dos que violam as regras sociais e jurídicas. Ele autoriza a crença na impunidade e na insuficiência dos sistemas policial e judicial. As conexões políticas, por sua vez, transmitem a ideia de que há tipos de pessoas ou grupos protegidos que são imunes às consequências de violar as leis. O enfraquecimento do sentimento de respeito às instituições costuma vir associado a um *laissez faire* do comportamento, uma vez que faz desaparecer a certeza do castigo, abrindo passagem para a impunidade.

Além disso, o sensacionalismo com que às vezes os meios de comunicação social divulgam notícias sobre o crime e os criminosos também pode levar a uma banalização desses comportamentos (BARAK, 1988)³⁰. Informações de massa com distorções nas notícias, tradução excessivamente colorida de fatos selecionados e com vistas a cumprir apenas anseios consumistas de notícia são alguns fatores que podem, não apenas criar um imaginário delinquente facilmente imitado por adolescentes em busca de identidade, fama e prestígio, como também, ao destacar a figura do delinquente bem sucedido, promover a transmissão de valores invertidos que fazem do crime um galardão, um passaporte para o enriquecimento rápido e fácil. Tais aspectos comumente presentes nas telenovelas, jornais, e em outros programas de televisão de grande penetração nos lares, de modo contínuo e discreto, mas também invasivo e pernicioso, capazes de transformar valores e atitudes individuais, familiares e sociais, fenômeno conhecido como assimilação deformada dos valores culturais e sociais.

Assim, o adolescente, em crise de identificação, agrupa-se com outros e cria uma subcultura de oposição ao mundo dos adultos. Algo semelhante ocorre com os imigrantes, que se fecham de forma hermética dentro de seu próprio grupo.

Além disso, crianças com agressividade proativa frequentemente são percebidas como líderes, havendo uma

³⁰BARAK, G. *News making Criminology: reflections on the media, intellectuals, and crime*. JQ, n. 5, 1988.

tendência a valorizar as consequências de seu comportamento agressivo como positivas. Além de possuírem e se vangloriarem da crença de que efetivamente não serão punidos ou castigados, ensejando a ideia de que antissocialidade e a prática infracional funcionam como um ‘galardão’, um passaporte para o sucesso, e, por isso, passível de imitação por parte de adolescentes inseguros e carentes de identificação.

5 DISTANCIAMENTOS E APROXIMAÇÕES E A IMPORTÂNCIAS DE ESTUDOS DE COOPERAÇÃO CIENTÍFICA, JURÍDICA E CULTURAL

Em acréscimo, é importante ressaltar, sem medo de tautologia, que Brasil e Portugal possuem muitas afinidades e outras tantas especificidades. Como duas sociedades multiculturais, elas se beneficiarão da troca de conhecimentos e de experiências, seja na área da psicologia e das ciências sociais, seja no âmbito das relações acadêmicas e da pesquisa em geral, mas principalmente pelas experiências decorrentes de suas leis, nomeadamente na esfera da prevenção da delinquência juvenil.

Entretanto, o crescimento populacional vertiginoso de Porto Alegre nestas últimas décadas como, aliás, de todo o Brasil, ao lado das dificuldades econômicas e sociais anteriormente referidas, transformaram o fenômeno da delinquência juvenil, em termos locais, num problema de dimensão aumentada, especialmente em relação àquele tipo de delinquência juvenil constituída por comportamentos ilícitos graves (homicídio, latrocínio, delitos sexuais, assaltos “relâmpagos”, e outros), com elevada taxa de reincidência e intenso grau de violência e destrutividade em suas ações.

Em consequência, o estudo e a investigação desenvolvidos no Brasil podem oferecer a Portugal a versão macroscópica de um olhar aumentado ou ampliado, cujo conhecimento poderá ser útil para medidas preventivas e, dessa forma, evitar os erros porventura cometidos e aproveitar os acertos realizados pelo modelo de enfrentamento do problema no Brasil.

Porém, como toda troca de experiências, o Brasil também tem muito a aprender com a experiência portuguesa. Sua

condição de país comunitário, por exemplo, pode oferecer a leitura de um outro porvir, auxiliando o modelo brasileiro para mais fácil e rapidamente ingressar na era da conquista dos direitos humanos sociais próprios da pós-modernidade, e neles inserir definições de políticas públicas (governamentais) mais claras e permanentes, com estratégias asseguradas para o tratamento do problema de delinquência juvenil alicerçado em uma abordagem mais próxima dos direitos fundamentais e de uma tradição jusfilosófica que Portugal possui de forma sedimentada.

Dessa forma, cada aquisição implica sempre perdas, pois não é dado ter tudo ao mesmo tempo, nomeadamente quando o estudo se lança num campo teórico tão aberto que chega a produzir a sensação fóbica da imensidão. Nessa perspectiva, entretanto, suportar o desejo de reclusão a qualquer forma de determinismo, por si só, pode constituir alguma virtude, e ensinar a arte da humildade e do convívio com a diferença, a aceitação de que o conhecimento científico não é absoluto e há sempre limites: a ciência não conhece todos os fatos, deixando sempre, em seu processo infinito, dimensões que escapam, mas abrem a mente humana ao horizonte da ignorância, pois, ao fim e ao cabo, assim como nenhum conflito de valores pode ser resolvido racionalmente, também o próprio sentido da ciência não é a ciência que nos pode dar.

Peculiaridades próprias da América Latina, especialmente no Brasil, estão colocando em pauta a discussão sobre a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos de idade, sendo essa mais uma comprovação desse movimento social e político de recrudescimento contra atos infracionais praticados por crianças e adolescentes.

Além disso, no Brasil, nos últimos quinze anos se estabeleceu a crença equivocada, porém generalizada, de que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990)³¹ instaurou um regime protecionista que não permite a responsabilização da criança e do adolescente infrator, alçado à qualidade de vítima de uma sociedade desigual e injusta.

³¹BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União.

Esse imaginário veio patrocinado por uma concepção radical da criminologia crítica e menos sustentado por uma visão real que se assenta sobre a eficácia da aplicação do princípio constitucional e legal da proteção integral que, efetivamente, não descurou do chamamento à responsabilidade dos menores infratores, como comprova o simples exame das medidas socioeducativas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990)³²:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – inserção em regime de semiliberdade; VI – internação em estabelecimento educacional; VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI³³; 34; 35.

³²BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**.

³³ São as denominadas medidas específicas de proteção, que levarão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, a saber: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

³⁴ Segundo Saraiva (2002), o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê dois grupos distintos de medidas socioeducativas. O grupo das medidas socieducativas em meio aberto, não privativas de liberdade (Advertência, Reparação do Dano, Prestação de Serviços à Comunidade e Liberdade Assistida) e o grupo das medidas socioeducativas privativas de liberdade (Semiliberdade e Internação).

³⁵Conforme Martins (2006, p.389 e 395), no sistema português, as medidas tutelares educativas enumeradas no art. 4º da Lei de Tutelar Educativa (166/99), são: a) Admoestação; b) Proibição de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores; c) Reparação ao ofendido; d) Realização de prestação econômica ou de tarefas a favor da comunidade; e) Imposição de regras de conduta; f) Imposição de obrigações; g) Frequência de programas formativos; h) Acompanhamento educativo; i) Internamento em centro educativo. Somente esta última é institucional, sendo que as medidas estão elencadas de uma forma crescente de gravidade, e a idade mínima para a intervenção foi fixada em 12 anos. Afora isso, aplica-

Parte desse regionalizado entendimento também decorre da adoção, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)³⁶, em oposição ao vestuto Código de Menores vigente até o fim da década de 90 (Lei 6.697, de 10.10.79)³⁷, do modelo de justiça, ao exigir, para o procedimento de apuração de ato infracional, a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (*due process of law*), que também serviu para suscitar uma acalorada discussão sobre a natureza punitiva e não pedagógica das denominadas medidas socioeducativas, mantendo abertas as portas de uma pseudocontradição cuja insuperabilidade tem trazido mais dificuldades do que benefícios, notadamente no que diz respeito aos programas de prevenção da delinquência juvenil, que têm de duelar na discussão de justificativas para a adoção deste ou daquele programa, com desgastes que se dão à partida quando a realidade mostra recursos cada vez mais escassos para uma demanda cada vez maior.

Ainda se tratando das características brasileiras, o problema da delinquência juvenil assume dimensões mais graves devido às turbulências econômicas e aos sobressaltos políticos e éticos que colocam em descrédito os poderes do Estado: o executivo, por despriorizar políticas públicas eficazes no âmbito dos direitos, especialmente dos deveres da criança e do adolescente, infratores ou não; o legislativo, por titubear na concretização das necessárias reformas legais; o judiciário, por relativizar o *modus operandi* do sistema policial sustentado pelo imaginário popular do desejo de repressão pura e simples que pretende o cumprimento cego do lema *dura lex sed lex*.³⁸

se a Lei nº 147/99. BORGES, B. M. Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Comentários e Anotações à Lei Nº 147/99, de 1º. Set. Coimbra: Almedina, 2007.

³⁶ECA. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasil: Lei No. 8.069/ 13 de julho de 1990.

³⁷Como diz Rosa (2007, p. 31), não é por acaso que ainda se ouve que o adolescente não precisa de defensor, pois todos são defensores do adolescente: “Lobos-Menoristas vestidos em pele de Cordeiro-Garantista”.

³⁸ A propósito, Baratta (2002, p.55), ao comentar a obra de Reiwald, Ostermeyer e Naegeli, refere que ”um mecanismo de projeção semelhante ao que se verifica na mentalidade primitiva, e que conduz à representação das forças demoníacas hostis, nas

Conforme Busato (2007, p. 353)³⁹:

O movimento vivido hoje no cotidiano brasileiro já inclui um modelo muito próprio de atentado: as ações violentas ditadas por grupos contra símbolos dos poderes constituídos. Esta realidade sociológica vem sendo tratada como uma crise não da sociedade e nem mesmo das instituições, mas sim como uma crise de ‘segurança’, à qual o poder constituído responde com ‘mais do mesmo’, ou seja, recrudescimento legislativo, sob o aplauso insano da mídia e da população em geral.

Nesse torvelinho, permanece o intuito monolinear do primado da repressão sobre o ideal de educação (DUARTE-FONSECA, 2006)⁴⁰, sem a possibilidade de uma síntese num modelo que seja simultaneamente educador e responsabilizador, porque, ao fim e ao cabo, essa questão atravessa uma condição mais profunda que é a da sociedade em conflito consigo própria, da ética da solidariedade, e da corrupção como germe que enferma a noção de cidadania para o adulto, para o adolescente e para a criança, para homens e mulheres, ricos e pobres, indistintamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo procurou salientar que o direito, sendo uma disciplina da área das ciências sociais aplicadas, pode ser estudado tanto do ponto de vista teórico, no qual as pesquisas bibliográficas são as mais comuns, quanto do ponto de vista

quais estão transferidas as próprias agressões, explica como a sociedade punitiva, separando-se, como o bem do mal, do sujeito delinquente, transfere para ele as próprias agressões”. Por isso, a pena não basta para descarregar toda a agressão reprimida.

³⁹BUSATO, P. C. Quem é o inimigo, quem é você. IBCCRIM – **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 66, ano 15, maio- junho, 2007.

⁴⁰DUARTE,-FONSECA, A. C. Responsabilização dos menores pelas práticas de factos qualificados como crimes; políticas actuais. In: FONSECA, C.A.; SIMÕES, M. R.; SIMÕES, M. C. T.; PINHO, M. S. **Psicologia Forense**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 355-386.

empírico, por metodologias do tipo quantitativo e qualitativo, esta última quando se trata de análise do discurso.

Mostrou, outrossim, os principais procedimentos da pesquisa realizada com adolescentes infratores de perfil agravado, realizada na Fundação de Atendimento Sócio-Educativo (FASE/RS, 2015), por alunos e professores da Ulbra/Canoas, em parceria com alunos e professores do Instituto de Ciências Sociais e Políticas, da Universidade de Lisboa.

Ademais, este estudo pretendeu apenas sublinhar que a pesquisa teórica e a pesquisa empírica não constituem modelos opostos. Ao contrário, são modelos que se complementam. Nesse sentido, a pesquisa teórica e a pesquisa empírica podem ser vistas como os dois lados de uma mesma moeda: o conhecimento científico.

Finalmente, cumpre ressaltar mais uma vez que os dados da pesquisa que foram trazidos são parciais e ainda inconclusivos, uma vez que a pesquisa ainda se encontra em andamento. Assim, tais dados foram apresentados a título meramente pedagógico com o intuito de assinalar a importância dos procedimentos empíricos para estudantes de direito.

Outrossim, a mesma observação é válida para a parte teórica, que ainda não foi concluída no momento desta escritura. Nossa objetivo foi, repita-se, apenas exemplificar acerca da compatibilidade e das vantagens da associação da pesquisa teórica com a pesquisa empírica.

REFERÊNCIAS

- AJURIAGUERRA, J. de. **Manual de Psiquiatria Infantil**. 2. Ed. São Paulo: Masson e Atheneu, 1983.
- BARAK, G. **News making Criminology: reflections on the media, intellectuals, and crime**. JQ, n. 5, 1988.
- BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1988.
- BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da União**.

BUSATO, P. C. Quem é o inimigo, quem é você. IBCCRIM – **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 66, ano 15, maio- junho, 2007.

DEMO, P. **Conhecimento moderno. Sobre ética e intervenção no conhecimento.** Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

DEMO, P. **Educar pela ciência.** Campinas: Autores Associados, 1991.

DICKES, P.; HAUSMAN, P. **Définir et mesurer la délinquance juvénile.** In: Bulletin de Psychologie, 1983, Tome XXXVI.

DUARTE,-FONSECA, A. C. Responsabilização dos menores pelas práticas de factos qualificados como crimes; políticas actuais. In: FONSECA, C.A.; SIMÕES, M. R.; SIMÕES, M. C. T.; PINHO, M. S. **Psicologia Forense.** Coimbra: Almedina, 2006.

FONSECA, A. C.; SIMÕES, A. A ‘teoria geral do crime’ de Gottfredson e Hirschi: o papel do autocontrolo, da família e das oportunidades. In: FONSECA, A. C. Ed. **Comportamento Anti-Social e Família.** Coimbra: Almedina, 2002.

FRIEDLANDER, K. **Psicoanálisis de la delincuencia juvenil.** Barcelona: Paidós, 1972.

FRICK, P. J.; MARSSE, M. A. Psychopathy and Developmental Pathways to Antisocial Behavior in Youth. In: PATRICK, C. J. **Handbook of psychopathy.** New York-London: The Guilford Press, 2006.

FURASTÉ, P. A. **Normas técnicas para o trabalho científico.** Porto Alegre: Dáctilo Plus, 1984.

GOTTFREDSON, M. R.; HIRSCHI, T. **A general theory of crime.** Stanford, CA: Stanford University Press, 1990.

HARE, R. D. **Psychopathy: theory and research.** New York: Willey, 1970.

- HARE, R. D. *La naturaleza de psicópata: algunas observaciones para entender la violencia depredadora humana.* In: RAINÉ, A.; SANMARTÍN, J. **Violência e Psicopatia.** Barcelona: Ariel, 2002.
- HARE, R. D. **Hare Psychopathy Checklist- Revised (PCRL-R).** Technical, 2003.
- HAWKINS, J. D.; HERRENKHL, T.; FARRINGTON, D. P.; BREWER, D. D.; CATALANO, R. F.; HARACHI, T.W. A Review of Predictors of Youth Violence. In: LOEBER, R. e FARRINGTON, D. P. **Serious and Violent Juvenile Offenders Risk Factors and Successful Interventions.** Sage: Thousand Oaks, 1998.
- IANI, L. *Violenza Giovanile e Comportamenti Multiproblematici.* In: DE LEO, G. e PATRIZI, P. **Lopsicologo criminologo.** 9.ed. Milano: Giuffrè Editore, 2006.
- JOHNSTONE, L.; COOKE, D. J. Traços de psicopatia na infância. In: FONSECA, C. A.; SIMÕES, M. R.; SIMÕES, T. M. C.; e PINHO, M. S Eds. **Psicologia Forense.** Coimbra: Edições Almedina, 2002.
- KUHN, T. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Atlas, 1986.
- LE BLANC, M. *La delinquence a l'adolescent: de la delinquencie cachée et de la delinquencie apparente* in Annales de Vaucresson, 1976/77, n.14, p.19-49.
- LE BLANC, M.; JANOSZ, M. Regulação familiar da conduta delinquente em adolescentes. In: CASTRO FONSECA, A. **Comportamento antissocial e família.** Coimbra: Almedina, 2002.
- LWFFELD, N. A. de S.; BARROS, A. J. da S. **Fundamentos da metodologia científica.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008.
- LÖEGER, R.; HAY, D. F. Developmental Approaches to Aggression and Conduct Problems. In: RUTTER, M.; HAY, D. F.

Development through Life: A Handbook of Clinicians.
Oxford: Blackwell, 1994.

McCORD, J. Relationship between Alcohol and Crime over the Life Course. *In: KAPLAN, H. B. Drugs, Crime, and another Deviant Adaptations. LogitudinalStudies.* New York: Plenum Press, 1995.

McCORD, J. Forjar criminosos na família. *In: CASTRO FONSECA, A. Comportamento anti-social e família.* Coimbra: Almedina, 2002.

MOFFITT, T. E. **Life-course-persistent and adolescence-limited antisocial behavior: A developmental taxonomy.** PsychologicalReview, n. 100, p. 674-701, 1993.

MOFFITT, T.; CASPI, A. Como prevenir a continuidade intergeracional do comportamento antissocial: implicações da violência entre companheiros. *In: FONSECA, A. C. Comportamento antissocial e família.* Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

MUCCHIELLI, L. Monoparentalidade, divórcio e delinquência juvenil: uma relação empiricamente controversa. *In: CASTRO FONSECA, A. Comportamento antissocial e família.* Coimbra: Almedina, 2002.

MUCCHIELLI, L. Evolução das delinquências juvenis em França: um olhar sociológico. *In: VIEIRA, C. M. C. Ensaios sobre o Comportamento Humano: do diagnóstico à intervenção. Contributos nacionais e internacionais.* Coimbra: Almedina, 2005.

NAPLAVA, T.; OBERWITTLER, D. Factores familiares e delinquência juvenil – resultados da investigação sociológica na Alemanha. *In: CASTRO FONSECA, A. Comportamento antissocial e família.* Coimbra: Almedina, 2002.

POPPER, K. **A lógica da pesquisa científica.** São Paulo: Cultrix, 1985.

POPPER, K. **En busca de un mundo mejor.** Barcelona: Paidós, 1996.

ROBINS, L. N. **Sturdy childhood predictors of adult antisocial behavior:** Replications from longitudinal studies. *Psychological Medicine*, n. 8, p. 611-622, 1978.

SIMONS, R. L.; SIMONS, L. G.; CHEN, Y-F.; BRODY, G. H.; e LIN, K-H. **Identifying the psychological Factors that mediate the association between parenting practices and delinquency.** *Crimonology: aninterdisciplinary journal*. v. 45, n.3, (481-517), Aug. 2007.

TRIVIÑOS, A. N. **Introdução à pesquisa nas ciências sociais.** São Paulo: Atlas, 1987.

CAPÍTULO 3

OS “DEZ GRAÇADOS, DEZ HUMANOS, DEZ TRUIDORES, DEZ LIGADOS, DEZ FIGURADOS, DEZ ENGONÇADOS, DEZ AGREGADORES, DEZ TEMPERADOS, DEZ TRAMBELHADOS, DEZ INFORMADOS” DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO¹

*Gabrielle Kölling**

*Rachelle Balbinot***

INTRODUÇÃO

Efetivar o direito à saúde é uma das características da democracia, direito este, humano e social, dotado de complexidade. A sociedade brasileira é marcada por iniquidades sociais, as quais se tornam muito claras quando o assunto é saúde, especialmente no sistema prisional.

¹ A frase entre aspas foi escrita à mão, vista pela CPI, em uma porta na Penitenciária Lemos de Brito, em Salvador.

* Professora do Mestrado em Saúde Ambiental da FMU-SP - Laureate International Universities. Doutoranda em Direito Público (Unisinos, bolsista CAPES). Mestre em Direito Público (Unisinos). Especialista em Direito Sanitário (ESPRS e Universidade de Roma Tre). Bacharel em Direito (Unisinos). Pesquisadora do Direito nas áreas: Sociologia Jurídica - Teoria dos Sistemas Sociais; Teoria Geral do Direito; Direito Constitucional e Direito Sanitário. Trabalha especificamente com Democracia, Direito sanitário e Regulatório, Saúde Pública e Políticas Públicas de Saúde. Membro da Red Iberoamericana de Derecho Sanitario (Fiocruz/Brasília) E-mail: koll:gabrielle@gmail.com

** Pós-Doutora em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública na Universidade de São Paulo (FSP/USP/2014). Doutora em Integração da América Latina pelo Programa de Pós Graduação Interunidades em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM/USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário e do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário (CEPEDISA) e do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário (NAP/DISA) da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: rachelle@usp.br.

Dentro da lógica dos negligenciados (aqueles que não lembrados pelo Estado), a partir da saúde no sistema prisional, pode-se dizer que um dos expoentes mais fortes de negligência diz respeito aos encarcerados: muitos deles não são sequer contabilizados quando se trata dos investimentos em saúde. E mais: os estabelecimentos prisionais são demasiadamente insalubres, e os serviços de saúde são infinitamente insuficientes e carentes. Para reverter essa situação foi consolidada uma política pública de saúde específica para o Sistema Prisional.

A lógica do isolamento ainda persiste no século XXI: nas sociedades mais “atrasadas”, a resolução era isolar os acometidos de doença mental e os detentos. Atualmente, esse isolamento já não é mais possível no que tange à questão geográfica, mas criamos muros para isolar os presos, por exemplo, na medida em que essa parcela excluída fica à mercê dos direitos e garantias fundamentais; é como se perdessem a condição de humano quando adentram os estabelecimentos prisionais. É paradoxal, pois muitos já eram “isolados” fora desses muros: alguns só têm acesso a tratamento dentário, por exemplo, dentro da prisão. É necessário rompermos com esses muros para então criarmos pontes, que só serão efetivadas quando compreendermos que todos os cidadãos são iguais, presos ou não, e que não podemos criar duas diferentes classes de cidadania.

Diante dessa situação de “esquecimento” (negligência) ou isolamento, temos de pensar na saúde como um bem da humanidade², e isso demanda, também, resgatarmos um dos pilares da Revolução Francesa: a fraternidade. É possível pensarmos na humanidade sem pensarmos na fraternidade quando o assunto é saúde? Parece-nos que não. É necessário olharmos o outro como um igual, que merece a mesma saúde que desejamos para nós. Entretanto, há que se ter cuidado: essa mudança não significa que queremos um *Estado Paternalista*; queremos, sim, que a Constituição seja cumprida! Para isso, é

² Sobre esse ponto, é válido destacar a saúde como bem da comunidade, perspectiva trabalhada pela professora Sandra Vial em: O direito à saúde e os determinantes sociais VIAL, Sandra Regina Martini; DE OLIVERIA, Christiano Augusto Seckler. *Revista da Defensoria Pública*. 1:1, jul/dez. 2008, São Paulo.

indispensável que sejam implementadas políticas públicas sociais e econômicas. O Plano Nacional para a efetivação da saúde no Sistema Prisional tem por finalidade atender a essa demanda.

Será que quando erguemos os muros das prisões e apertamos a tecla do esquecimento estamos tratando os “presos” como seres humanos iguais, considerando-os humanos como nós? A circunstância ou o estar “preso” não faz com que ele perca a condição de humano e de cidadão que, necessariamente, precisa fruir e gozar de saúde. No que concerne à saúde, será que podemos dizer que há “saúde” para essa parcela da sociedade que cai no esquecimento e é negligenciada pelo Estado?

Diante dessas inquietações, a pretensão do trabalho é analisar o contexto do direito à saúde no sistema prisional, em especial no Rio Grande do Sul. Ainda observar os fatores condicionantes de saúde, visto que eles mostram os graus de “negligência”, e quais as ações governamentais voltadas à efetivação da saúde como um direito humano dentro do sistema prisional. O foco do trabalho permite analisar criticamente as ações a fim de verificar se a ação governamental atende e promove o direito à saúde.

Dentro desse contexto, é oportuno destacar que ainda não há estrutura e condições de mapear efetivamente o sistema prisional por completo, o Estado brasileiro não tem um panorama das condições materiais e sanitárias do sistema prisional. Em função dessa negativa, há dificuldades para a própria análise empírica, diante disso, destaca-se que o artigo pretende apontar as principais nuances do sistema, apresentando dados empíricos fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), bem como pela Superintendência de Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul (SUSEPE). Esses dados ainda não abarcam a realidade estrutural por completo, mas já nos permitem abrir espaço para a discussão.

Para fins metodológicos pode-se dizer que o método será descritivo-analítico. A descrição do sistema prisional ocorrerá a partir de duas técnicas: revisão de literatura e pesquisa empírica com os dados apresentados pelo DEPEN/INFOOPEN. O INFOOPEN é um programa de coleta de dados do Sistema

Prisional Brasileiro, atualizado pelos respectivos gestores estaduais, com informações estratégicas envolvendo informes referentes aos estabelecimentos penais, seus recursos humanos, logísticos e financeiros sobre a população prisional. A base de dados utilizada será a da estatística do sistema que se constitui numa plataforma de registro de indicadores gerais e preliminares, preenchidos com dados agregados pelas Secretarias Estaduais responsáveis pela custódia das pessoas privadas de liberdade.

Atualmente encontra-se em fase de homologação um novo sistema desenvolvido pelo DEPEN, chamado SISDEPEN, para acompanhamento da execução de penas, prisão cautelar e medida de segurança, em cumprimento à Lei n. 12.714/2012. A nova ferramenta tem a função de unificar os dados da gestão das pessoas privadas de liberdade, integrando dados dos órgãos de segurança pública, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, OAB e órgãos da administração prisional. O instrumento possibilitará, dentre outras coisas, um mapa da realidade nacional e servirá de base também para a implementação e revisão da política pública de saúde para o sistema prisional.

1.0 ABANDONO NO SISTEMA PRISIONAL

“Se quiseres conhecer a situação socioeconômica do país visite os porões de seus presídios” (Nelson Mandela).

A frase de Mandela para iniciar este tópico é bastante oportunista, pois, ao olharmos os “porões dos nossos presídios”, verificaremos que ainda há muito abandono e negligência. Diante de nós estão cidadãos negligenciados, cidadãos de *segunda classe*. A realidade carcerária nada mais é do que a realidade da negligência estatal, isso fica ainda mais visível quando o assunto é saúde. Entre os condicionantes de saúde estão educação e saneamento básico que são determinantes para o precário quadro sanitário no sistema prisional brasileiro.

Quando falamos em condicionantes sociais de saúde, o objetivo é chamar, novamente, a atenção para uma antiga, porém atual questão: a saúde de uma população é determinada muito

mais pelas condições de vida das pessoas – educação, informação, renda, trabalho, nutrição e alimentação, habitação, ambiente saudável e outras – do que pela disponibilidade e qualidade dos serviços de saúde. Ou seja, a saúde da população está intimamente ligada ao “estilo de vida” de cada um, e considerar isso para efetivar o direito à saúde, seja no sentido de propiciar serviços de saúde de cunho curativo e/ou preventivo, deve ser levado em conta pelo Estado na formulação (e na execução) das políticas públicas de saúde, efetivadoras desse direito.

As condições de vida da população interferem diretamente na concretização do direito à saúde, não é possível ficar adstrito tão somente aos fatores jurídicos (regras); é preciso pensar e operacionalizar, também, com a lógica do sistema da saúde. É necessário, também, pensar a questão estrutural no caso dos negligenciados, em especial dos apenados, pensarmos em novas estruturas prisionais, reformulação e construção de condições adequadas, viabilizando de forma efetiva a implementação da política de saúde nesses lugares, que tem como característica a exclusão.

Além disso, as iniquidades sociais, grande problema das sociedades contemporâneas, trazem profundas consequências para a saúde, mais visíveis dentro do sistema prisional. O ponto das “iniquidades” é essencial na discussão das faces do Estado Neoliberal, pois somos a sexta economia mundial e mesmo assim preservamos muitas mazelas, ainda preferimos os muros às pontes, os quais distanciam a realidade do cárcere em relação à sociedade. Ao analisar o direito à saúde no sistema prisional com vistas à política pública de saúde - Plano Nacional de Saúde no Sistema Prisional -, está-se criando pontes ao invés de muros, pois observar e reconhecer um problema é o primeiro passo para enfrentá-lo.

A ausência de “cuidados” e de efetividade do direito à saúde e das previsões legais contidas na Lei de Execução Penal, que configura a negligência, é também caracterizada pela dor ou pelo prejuízo que proporciona quando não supre necessidades fundamentais do outro⁽³⁾, tais como a saúde. A saúde é a

necessidade mais vital dentre todas, pois sem condições mínimas de saúde, não há vida.

Esses cuidados estão relacionados às necessidades básicas fundamentais, que podem ser materiais, psicológicas ou sociais. É oportuno observar e reforçar a ideia de que nesse rol estão outras necessidades, limites, regras, liberdade, afeto, felicidade, ajuda, comunicação, proteção, etc ⁽⁴⁾. Não há como falar simplesmente de sobrevivência dentro de um presídio, pois para “sobreviver” é preciso um conjunto de condições mínimas, muitas vezes inexistente em nosso sistema prisional.

Exemplo deste cenário: o saneamento básico. É o conjunto de medidas que visam preservar ou modificar as condições do meio ambiente com a finalidade de prevenir doenças infecciosas e promover a saúde. A falta de saneamento básico causa malefícios à saúde, e um deles resume-se ao conjunto de doenças infecciosas. Essas doenças são constituídas por agravos que têm em comum apenas o fato de serem ocasionados por parasitas, agentes etiológicos vivos, adquiridos em algum momento pelos hospedeiros a partir do meio ambiente externo. Esses critérios permitem incluir, no mesmo grupo, processos infecciosos agudos e de alta letalidade, como a raiva, e outros crônicos, capazes de subsistir durante a maior parte da vida do portador, aparentemente sem produzir maiores prejuízos, como certas helmintoses intestinais⁽⁶⁾.

Assim, pode-se dizer que o contato ou a ingestão de água, sem condições adequadas de saneamento, poderá proporcionar, dentre outras moléstias, doenças infecciosas, tais como cólera, diarréia (e intoxicações alimentares), doença de Chagas, encefalopatia espongiforme transmissível ("doença da vaca louca"), febre tifóide, hepatite A, hepatite E, leptospirose, poliomielite, toxoplasmose, verminoses, esquistossomose e infecções por amebas de vida livre⁽⁶⁾.

O fracasso da ressocialização é notório, vive-se num momento de crise do sistema prisional. As *desilusões com as prisões, que concretamente nunca foram capazes de realizar esse propósito de “recuperação”, precisam ser enfrentadas*. É preciso admitir e querer a

aproximação dos saberes da saúde com os saberes da sociologia⁷, com a educação, com a saúde pública de maneira específica.

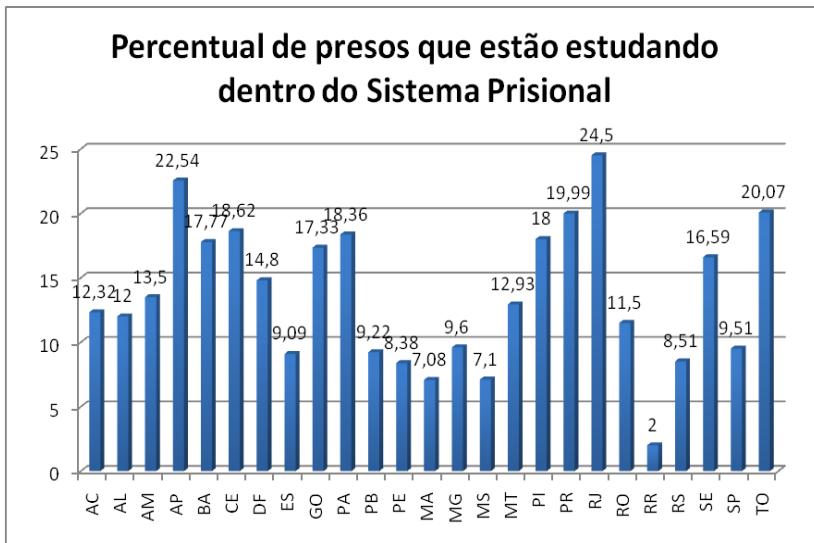
Não se pode esquecer da condição de humano e de cidadão do apenado. É preciso que a sociedade reveja os seus conceitos de “homem criminoso” e os padrões éticos e humanos de relacionamento com esse, e, ao encarcerado, sejam dadas oportunidades de se redescobrir como cidadão, de ter uma visão construtiva de seus deveres, direitos e qualidades⁷.

Ainda dentro da lógica dos negligenciados (abandono), há que se pensar que a saúde tem outro polo que é fator decisivo, mas que é deixado de lado dentro do sistema prisional: a educação.

A legislação penal, especificamente na Lei de Execuções Penais, estabelece que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado. Ainda dentro da legislação de execução penal, o art. 18 determina que o ensino de primeiro grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa. É o atual ensino fundamental, cuja obrigatoriedade nos faz utilizá-lo como indicador, visto que os presos sem escolaridade têm o direito, como qualquer pessoa, de recebê-la do Estado. A educação é vital para a saúde, em especial em um cenário tão deteriorado como o do sistema prisional. Educação, prevenção e conscientização são palavras entrelaçadas quando o assunto é saúde. Freire⁹ apresenta o conceito de educação vinculado às combinações de experiências de aprendizagem delineadas com vistas a facilitar ações conducentes à saúde, para a plena compreensão e aceitação dos objetivos educativos implícitos ou explícitos nas ações desenvolvidas e recomendadas.

Ainda dentro dessa perspectiva educacional, a ONU (Organização das Nações Unidas) apontou as Regras Mínimas, por meio da Resolução n.1 de 20 de março de 1995, que trata da Aplicação das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, salientando a obrigatoriedade da instrução primária aos presos que não a possuam¹⁰. Além disso, os cursos de alfabetização serão obrigatórios para os analfabetos.

No gráfico abaixo, temos um dos reflexos da educação dentro do sistema penitenciário. A situação é muito grave. A média nacional de presos estudando é de apenas 13,23 por cento. Sem educação, não há como se falar em saúde.



Fonte: BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário⁽¹¹⁾. Os Estados de SC e RN não aparecem porque não apresentaram dados.

O percentual de presos que estudam dentro do cárcere é bastante pequeno. O maior percentual é de 24,5%, no Estado do Rio de Janeiro que tem diversas peculiaridades no seu sistema prisional, em termos de número e diversidade de estabelecimentos.

Categoria: Perfil do Preso	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Quantidade de Presos por Grau de Instrução	482,073	31,64	513,713
Item: Analfabeto	26,62	1,193	27,813
Item: Alfabetizado	62,323	1,779	64,102
Item: Ensino Fundamental Incompleto	219,241	12,188	231,429
Item: Ensino Fundamental Completo	58,541	3,634	62,175
Item: Ensino Médio Incompleto	53,45	3,32	56,77
Item: Ensino Médio Completo	35,76	3,028	38,788
Item: Ensino Superior Incompleto	3,632	451	4,083
Item: Ensino Superior Completo	1,8	250	2,05
Item: Ensino acima de Superior Completo	120	9	129
Item: Não Informado	22,92	900	23,82
Valor automático de correção de itens inconsistentes - Diferença com relação à população carcerária do Estado	-2,334	4,888	2,554

Fonte: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen Referência 12/2012. A estimativa total de encarcerados, para fins de análise educacional, é anterior ao número atualizado publicado em 2013, ou seja, a situação pode, ainda, ser pior.

Conforme os dados do DEPEN, mais de 219 mil presos têm o ensino fundamental incompleto, o ensino fundamental completo aparece no segundo lugar dessa infame lista que nos faz refletir acerca de nossa (des)educada nação. Investimento em educação é relevantíssimo para uma política pública de longo prazo e com resultados distantes, mas efetivos. A “não educação” marginaliza, criminaliza, exclui e aumenta a quantidade de muros de separação.

Essas informações demonstram que a falta de educação nessa parcela da população constitui mais uma barreira, diante de tantas, para a efetivação da saúde nos seus patamares mínimos. Todos nós queremos (almejamos) um banho quente, uma roupa limpa, a louça do nosso jantar em bom estado de limpeza, o banheiro limpo, uma pia para lavarmos as mãos, etc., pois

sabemos que isso contribui e muito para a manutenção da nossa saúde.

A educação (ou sua falta) influencia diretamente as questões de saúde, já que o fato de ser analfabeto dificulta, sobremaneira, o entendimento acerca de questões básicas de cunho informativo e/ou preventivo, por exemplo. Isso reforça, ainda mais, a necessidade de dar-se ênfase às atividades de educação em saúde logo na porta de entrada das penitenciárias. A informação em saúde é crucial para isso, porém precisamos que o receptor tenha condições de processar e por em prática toda essa informação.

Giddens ao tratar da linguagem, nos auxilia a ilustrar o quadro do analfabetismo, especialmente no tocante às barreiras da linguagem: elas configuram um verdadeiro *muro* na comunicação quando não transpostas de modo eficaz para essa parcela da população analfabeta ou para os analfabetos funcionais. Outro fator que o sociólogo destaca é a ideia cultural sobre determinada doença que, em alguns casos, é desconsiderada pelos próprios profissionais de saúde. Isso, em um contexto cultural deficitário, é decisivo e pode se tornar catastrófico no contexto do sistema prisional e dos demais negligenciados⁽¹²⁾.

Salles Dias⁽¹⁴⁾ reflete sobre a necessidade do alargamento de compreensão do processo saúde/doença. Nesse “alargamento”, devemos inserir os determinantes sociais de saúde, pois, se ficarmos adstritos à compreensão de saúde como processo saúde/doença, não conseguiremos efetivá-la. É necessário e indispensável alargarmos essa compreensão para inserirmos os determinantes no processo de concretização do direito à saúde. Segundo a autora, devemos pensar no processo saúde/doença em toda a sua complexidade, com seus nexos causais diversos e na sua determinação social, com indivíduos e populações apresentando riscos desiguais de adoecer e morrer, compreendendo também que a modificação do mesmo exige ações e intervenções do setor saúde e aliança com outros setores que elaboram e implementam políticas públicas. Esta visão rompe com o isolamento do setor saúde e o inclui num outro horizonte político, trabalhando institucionalmente a intersetorialidade e

construindo, efetivamente, políticas públicas eficazes, resolutivas e que, de fato, atendam às necessidades da população.

Não basta termos uma normatização para enfrentar a tuberculose no sistema prisional (resolução [diretriz básica] CNPCP N. 11. de 07 de dezembro de 2006), para a detecção de casos de tuberculose entre ingressos no Sistema Penitenciário nas Unidades da Federação, se essa não considerar a gerência do risco, o seu aspecto epidemiológico (com maior profundidade) no tocante à transmissão da doença, seja de fora para dentro, seja de dentro para fora. E o pior: a “resolução” utiliza o verbo “recomendar”, ou seja, não vincula de modo direto e objetivo. É necessário, também, considerar os determinantes sociais de saúde daquele contingente de pessoas, tais como a educação (para saber os modos de transmissão da doença, contágio...), o estilo de vida (alimentação, circulação do sujeito), dentre outros fatores determinantes e condicionantes, quais sejam: fatores sociais, econômicos, culturais, étnicos/raciais, psicológicos e comportamentais que influenciam a ocorrência de problemas de saúde e seus fatores de risco na população. Ora, falar em direito à saúde implica considerar um conjunto de outras condições.

Os condicionantes de saúde no sistema prisional demonstram a existência de contextos alarmantes: situações de superpopulação, violência, iluminação e ventilações naturais insuficientes, falta de proteção contra condições climáticas extremas, serviços médicos deficientes, inadequações nos meios de higiene pessoal e de nutrição e as restrições ao acesso à água potável aumentam a vulnerabilidade da população privada de liberdade. Infecção pelo HIV e a outras doenças infecciosas, tais como tuberculose, hepatites virais, hanseníase, aumentam também as taxas de morbidade e mortalidade nas prisões. E o pior: não temos informações científicas (perfil epidemiológico específico) acerca dessas situações; possivelmente estamos diante de uma epidemia de hepatite e tuberculose dentro dos presídios, mas ainda não temos certeza. Sem isso, não há como ter eficiência nas ações de combate e tratamento a essas patologias.

Vejamos os dados referentes à quantidade de leitos:

Indicador: Quantidade de Leitos	3,268 MASCULINOS	3,989 FEMININOS
Item: Leitos para Gestantes e Parturientes	288	
Item: Leitos Ambulatoriais	MASCULINOS	FEMININOS
	1,083	64
Item: Leitos Hospitalares	523	2
Item: Leitos Psiquiátricos	1,635	175
Item: Leitos em Berçários e Creches	27	192
		TOTAL
		1,147
		525
		1,81
		219

Fonte: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen Referência 12/2012.

O número de leitos apresentados no quadro acima mostra o quanto falida está a estrutura carcerária. E, o plano nacional para a implementação da política pública de saúde não dará conta de modificar o *status quo* dessa realidade, trata-se, pois, de um problema de estrutura, que necessita de um plano específico e de longo prazo.

No que diz respeito ao contingente de recursos humanos para a saúde e educação, observa-se, no quadro abaixo, que o número de profissionais da saúde ainda é bastante pequeno para um país com dimensões continentais. O maior continente está no administrativo e na (des)segurança. É a lógica da desumanização e do esquecimento imperando.

Vejamos os números:

Categoria: Administração Penitenciária	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Quantitativo de Servidores Penitenciários (Funcionário Públicos na Ativa)	107,764		
Item: Apoio Administrativo	11,484		
Item: Agentes Penitenciários	72,68		
Item: Enfermeiros	783		
Item: Auxiliar e Técnico de Enfermagem	2,458		
Item: Psicólogos	1,324		
Item: Dentistas	500		
Item: Assistentes Sociais	1,364		
Item: Advogados	563		
Item: Médicos - Clínicos Gerais	367		
Item: Médicos – Ginecologistas	15		
Item: Médicos – Psiquiatras	278		
Item: Pedagogos	231		
Item: Professores	1,935		
Item: Terapeutas	85		
Item: Policial Civil em atividade nos estabelecimentos penitenciários	128		
Item: Policial Militar em atividade nos estabelecimentos penitenciários	3,188		
Item: Funcionários terceirizados (exclusivo para tratamento penal)	2,538		
Item: Outros	7,127	716	7,843

Fonte: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen Referência 12/2012.

O Ministério Público realizou uma inspeção nacional nos 1.598 estabelecimentos prisionais (penitenciárias, cadeias públicas, casas do albergado, colônias agrícolas ou industriais, hospitais de custódia e outros estabelecimentos prisionais previstos na lei) no ano de 2013 em todo o Brasil e constatou que têm a capacidade para atender até 302.422 pessoas, mas que abrigam 448.969 presos. O déficit observado é de 146.547 vagas (48%). A maioria dos estabelecimentos não separa presos provisórios de definitivos (79%), presos primários dos reincidentes (78%), conforme a natureza do crime ou por periculosidade (68%). Esses dados

foram disponibilizados no relatório final “A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro”³

Entre março de 2012 e fevereiro de 2013, foram registradas 121 rebeliões e 769 mortes. Houve apreensão de droga em 40% dos locais inspecionados e foram registradas mais de 20 mil fugas, evasões ou ausência de retorno após concessão de benefício. Ao mesmo tempo, houve recaptura de 3.734 foragidos. Esses dados mostram o evidente colapso do sistema prisional.

O relatório apresenta itens como capacidade, estrutura, perfil da população, integridade física dos presos, acesso à saúde, assistência jurídica e educacional, trabalho, disciplina, observância de direitos etc. No relatório os dados foram consolidados nacionalmente, por região e por Estado.

No que tange à capacidade e à ocupação, a superlotação é registrada em todas as regiões do país e em todos os tipos de estabelecimento. O déficit de vagas é maior para os homens. O sistema prisional tem estrutura/capacidade para 278.793 pessoas do sexo masculino, mas abrigava 420.940 homens presos em 2013. Para as mulheres, são 23.629 vagas para 28.029 internas.

A assistência material, a saúde e a educação trazem números alarmantes. Não tem cama para todos os presos em 780 estabelecimentos prisionais e em quase um quarto (365) não tem colchão para todos. A água para banho não é aquecida em dois terços dos estabelecimentos (1.009). Não é fornecido material de higiene pessoal em 636 (40%) locais e não há fornecimento de toalha de banho em 1.060 (66%). A distribuição de preservativo não é feita em 671 estabelecimentos (42%). As visitas íntimas são garantidas em cerca de dois terços do sistema (1.039 estabelecimentos). Nota-se que a higiene é artigo de luxo. Observa-se, ainda, que o Estado propicia a visita íntima, mas paradoxalmente ainda não há cobertura completa da distribuição de preservativos nos estabelecimentos. Além de não tratar,

³ BRASIL. Ministério Público. A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CSP/Relatório_Visão_do_Ministério_Público_no_Sistema_Prisional_Edição_2013.PDF. Acesso em: 27 fev. 2015.

estamos potencializando os problemas (DST/AIDS, tuberculose, hepatites, etc).

Cerca de 60% dos estabelecimentos (968) não contam com biblioteca (mais um dado relevante para a (des)educação, como “ressocializar” sem educação?); falta espaço para prática esportiva em 756 locais (47%) e para banho de sol (solário) em 155 (10%).

As condições atuais dificultam ou até impedem/elidem respostas eficazes às doenças infecto contagiosas. E, ainda presentes estão outros fatores adicionais de risco: o compartilhamento de material usado em tatuagens, piercings e lâminas de barbear, seringas para o uso de drogas injetáveis, além da esterilização inadequada ou reutilização de instrumentos médicos e/ou odontológicos. Este quadro reflete a precariedade do nosso sistema prisional.

2.0 ESTADO DA ARTE NO SISTEMA PRISIONAL GAÚCHO

Atualmente temos 28.179 homens e 1.706 mulheres no sistema prisional gaúcho, o total da população prisional é de 29.885 pessoas⁴.

A Política de Atenção Integral à Saúde Prisional no Estado do Rio Grande do Sul desenvolve-se através de vários programas. É válido destacar que a política é gerenciada pelo Departamento de Tratamento Penal.

A atenção básica de saúde nos presídios é um programa desenvolvido pelas equipes de Saúde Prisional, que são constituídas por profissionais da Saúde Municipal e da Secretaria de Segurança Pública, com recursos do Sistema Único de Saúde. Esse acordo foi estabelecido através da resolução CIB 54/2010, que prevê aos municípios que aderirem ao Plano Nacional de Saúde no Sistema Prisional – Portaria n. 1.777/2003 (que será tratado posteriormente), um incentivo estadual para a contratação de equipes constituídas por médico, enfermeiro, dentista, técnico

⁴ Dados do Departamento de Segurança e Execução Penal - Susepe - Atualizado em 14/01/2015.

de enfermagem e auxiliar de gabinete dentário. Abaixo temos alguns dados⁵ de acordo com os municípios habilitados à política:

- Charqueadas – seis equipes, com cobertura de atendimento a 6.000 apenados;
- Montenegro – uma equipe, com cobertura de atendimento a 592 apenados;
- Osório – uma equipe, com cobertura de atendimento a 950 apenados;
- Santa Rosa – uma equipe, com cobertura de atendimento a 288 apenados;
- São Luiz Gonzaga – uma equipe, com cobertura de atendimento a 138 apenados;
- Três Passos – uma equipe, com cobertura de atendimento a 261 apenados; e,
- Porto Alegre – três equipes, com cobertura de atendimento a 5.125 apenados.

Total da cobertura: 13.354 apenados (observa-se que esse número corresponde a menos da metade dos apenados).

A política de saúde tem alguns programas, dentre os quais pode-se destacar o programa atenção hospitalar, atenção à saúde mental e medida de segurança, controle de tuberculose, bem como alguns projetos focados na prevenção às DSTs e a qualidade de vida, abordando, inclusive, questões de higiene.

Na atenção hospitalar, presta-se assistência à saúde em casos de maior complexidade. São disponibilizados leitos específicos para o atendimento de apenados: Hospital Vila Nova: 50 leitos (32 leitos clínicos e 18 leitos para dependência química) e Hospital Nossa Senhora da Conceição: 3 leitos de alta complexidade. A divisão de leitos no interior por unidades está dividida do seguinte modo, salvo modificações da SUSEPE:

- 20 leitos em Charqueadas;
- 2 leitos em Rosário do Sul;
- 20 leitos em Rio Pardo;
- 2 leitos em Pelotas;

⁵ Esses dados são referentes ao ano de 2011, é o último documento público da SUSEPE do Departamento de Saúde.

- 2 leitos em Nova Prata;
- 5 leitos em Irai;
- 7 leitos em São Luiz Gonzaga.

Para o enfrentamento da tuberculose temos dois programas: o “Porta de Entrada” e o “Rastreamento da Tuberculose em Sintomáticos Respiratórios”. A SUSEPE em parceria com Fundo Global de Controle da Tuberculose mantém um programa de controle da Tuberculose que teve grande reconhecimento pelo Mutirão Carcerário como sendo uma das melhores práticas em saúde prisional do Brasil.

O programa Porta de Entrada está calcado na disponibilização de exames de Raio-X e tratamento a toda pessoa presa que ingressa no Presídio Central de Porto Alegre, sendo oferecido também os teste rápido de HIV. Este programa atende anualmente, em média, 2.700 pessoas presas (baixa cobertura). Ainda não temos dados epidemiológicos sobre a tuberculose no sistema penitenciário gaúcho. É válido destacar que a doença supera os muros da prisão.

O programa Rastreamento da Tuberculose em Sintomáticos Respiratórios oferece exames de Raio-X e de laboratório, tratamento e internação, sendo referência para doze estabelecimentos prisionais, alcançando cobertura de 11.602 apenados.

Ações isoladas com bons resultados existem nos municípios de Santa Rosa e Ijuí.

No que tange à prevenção das DSTs e às ações educativas para a saúde, através de palestras, temos o exemplo do Presídio Estadual de Santa Rosa, que ainda realiza testagem anti-HIV. Esta realidade mostra que é possível fazer o controle sanitário-epidemiológico das DSTs de forma contínua e com êxito.

Outra ação isolada é desenvolvida na Penitenciária Modulada de Ijuí, são diversos projetos específicos para promoção da saúde, quais sejam: Aconselhamento em DST e Intervenção com Portadores de HIV que tem como objetivo realizar aconselhamento pré e pós testagem de DST, HIV e AIDS. É realizado por psicólogas a todos os presos que aderirem ao programa. Tem-se, ainda, o projeto Saúde da Mulher que

realiza acompanhamento em vários aspectos da saúde da mulher encarcerada. São feitos atendimentos individuais e em grupo com o objetivo de informar acerca do planejamento familiar com a distribuição de preservativos e anticoncepcionais. Também são realizados os exames preventivos citopatológico e de mama. Ainda existem projetos para saúde bucal e para hipertensão arterial, diabetes e tuberculose, todos eles na Penitenciária Modulada de Ijuí.

3.A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL NO ÂMBITO NACIONAL: A TENTATIVA DE RESPOSTA AO ABANDONO

“Passamos por excrementos até chegar ao ambulatório do presídio, não temos saneamento, o esgoto fica a céu aberto, condições de higiene são inexistentes, superlotação...”

Na tentativa de enfrentamento desse problema, algumas ações de cunho estatal ganharam espaço no cenário sanitário, dentre as quais o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário/PNSSP, instituído pela Portaria Interministerial n. 1.777, de 9 de setembro de 2003. O plano faz alusão às questões que até então a LEP (Lei de Execução Penal) jamais enfrentou. A formulação do plano considerou a relevância da caracterização da população penitenciária, traçou diretrizes e estratégias para a consolidação da política de saúde no sistema prisional, regulamentou as questões de financiamento, de recursos humanos, de informação em saúde, além das formas de gestão.

O PNSSP tem como objetivo garantir o acesso à saúde para as pessoas privadas de liberdade (masculinas, femininas e psiquiátricas), oferecendo ações e serviços de atenção básica *in loco*, ou seja, dentro das unidades prisionais. As ações envolvem, dentre outras, campanhas de vacinação; direito à visita íntima; distribuição de kits de medicamentos da farmácia básica, incluindo a distribuição de preservativos masculinos e medicamentos específicos para gestantes; inclusão da população penitenciária na política de planejamento familiar, que são desenvolvidas por equipes multiprofissionais, compostas

minimamente por médico, cirurgião dentista, psicólogo, assistente social, enfermeiro e auxiliar de enfermagem, com ações voltadas para a prevenção, promoção e tratamento de agravos em saúde, primando pela atenção integral em saúde bucal, saúde da mulher, doenças sexualmente transmissíveis, AIDS e hepatites vírais, saúde mental, controle da tuberculose, hipertensão e diabetes, hanseníase, assistência farmacêutica básica, imunizações e coletas de exames laboratoriais⁽¹⁵⁾.

Dentro da lógica do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, pode-se destacar que o ponto de corte é a promoção da cidadania por meio da efetivação do direito à saúde. Trata-se, pois, de uma política pública intersetorial, formalizada pelos Ministérios da Saúde e da Justiça, com vistas a “levar” cidadania para os que estão atrás do “muro”, ou seja, essa política mostra-se como uma ponte e não como mais um muro de isolamento.

Ainda no que tange às iniciativas governamentais, pode-se destacar a atuação do Departamento de Ações Programáticas Estratégicas – DAPES. O departamento dedica-se aos grupos mais vulneráveis, considerando os direitos humanos (entre os quais o direito humano à saúde) e a situação singular de cada pessoa nas diferentes realidades e fases da vida. O DAPES atua na implementação de políticas públicas para garantir o acesso da população ao Sistema Único de Saúde (SUS), com atenção integral e formulação de programas e instrumentos que reorientam as ações em saúde nos estados e municípios de forma humanizada e em rede.

Com apoio institucional e incentivo à formação de redes de cuidado em saúde, o departamento tem atuado em forma de rede. Algumas áreas de atuação têm tido mais destaque dentro do DAPES, quais sejam: a atenção integral à saúde da mulher e da criança, por meio da Rede Cegonha; o fortalecimento da saúde mental e enfrentamento do uso abusivo e a dependência de crack e outras drogas, com a Rede de Atenção Psicossocial; a Rede de Reabilitação, com atenção integral à Pessoa com Deficiência; e atenção integral à saúde da pessoa idosa e dos portadores de doenças crônicas. A saúde mental, a saúde da mulher e a

dependência do crack também perpassam os problemas de saúde no âmbito do sistema prisional. E é no viés do enfrentamento desses problemas que o DAPES colabora com a saúde no sistema prisional, por meio de oficinas, seminários, etc. É válido destacar que a agenda da saúde da mulher recebeu um capítulo específico no Plano Nacional de Saúde no Sistema Prisional. Eis um avanço.

É oportuno destacar que as iniciativas governamentais mencionadas anteriormente, em especial o Plano, são uma tentativa de enfrentar o problema da inefetividade do direito à saúde no sistema prisional. Ao enfrentar esse problema, estamos criando mecanismos para neutralizar ou quiçá elidir a negligência presente no sistema, pois aqueles que eram esquecidos pelo Estado passam a ser alvo de uma política pública específica, que considera as peculiaridades e necessidades desse segmento social. Não estamos falando de uma política perfeita ou completa; estamos falando de uma política que é o primeiro passo para inserir a expectativa de ver o direito à saúde concretizado “do lado de dentro dos muros”.

A Portaria Interministerial n. 1777/2003 prevê mecanismos para a plena extensão dos serviços do SUS aos presídios, enfatizando a “atenção básica”, mediante o estabelecimento de ações a serem conduzidas pelos vários níveis de gestão, com a respectiva divisão de responsabilidades. A lógica adotada está pautada pela seguinte ideia: “presídios com mais de 100 presos devem ter permanentemente uma equipe de saúde vinculada ao SUS, trabalhando por 20 horas semanais e destinando-se ao atendimento de 500 presos. Logo, se um presídio tem lotação de 1.000 presos, serão necessárias duas equipes naquele mesmo nível de dedicação”⁽⁷⁾.

Sabe-se que um dos problemas da saúde, de modo geral, é o financiamento. É uma matéria que ainda carece de legislação clara e específica para o sistema prisional.

No que tange à estrutura operacional dos profissionais de saúde, o plano faz alusão à equipe mínima: médico, enfermeiro, odontólogo, assistente social, psicólogo, auxiliar de enfermagem e auxiliar de consultório dentário⁽¹⁵⁾. O conceito de saúde ultrapassou o paradigma “saúde como mera ausência de doença”.

E essa superação é vislumbrada na formação de recursos humanos em saúde na política.

Conforme bem observa Sá e Silva⁽⁷⁾, nota-se, no plano, uma visão ampla de saúde. Pode-se visualizar o reflexo disso nos objetivos específicos da atuação: prevenção de tuberculose, hanseníase, diabetes, hipertensão, hepatites, DST/AIDS e de agravos psicossociais decorrentes do confinamento; distribuição de preservativos e insumos para a redução de danos associados ao uso de drogas; implementação de medidas de proteção específica, como vacinação contra hepatites, *influenza*, tétano; organização do sistema de informação de saúde da população penitenciária e cadastramento as pessoas presas no Cartão Nacional de Saúde; imunizações e coletas de exames laboratoriais.

Cambiar a situação hodierna de “aspectos críticos na prestação dos cuidados em saúde” para uma situação de ausência de negligência, ao menos na seara sanitária, demandará, necessariamente, observar que a política pública (o plano) enfrentará situações peculiares na sua implementação, desafios diários. Os profissionais de saúde enfrentarão problemas diferentes daqueles enfrentados pelos seus colegas que trabalham com a população geral⁽¹⁶⁾.

Questões que se colocam e que demandam reflexão: o apenado tem direito à atenção básica e somente à atenção básica? O PNSSP é uma política entre os Ministérios da Saúde e da Justiça por isso tem aporte financeiro de ambos. Cabe ao Ministério da Justiça arcar com a reforma e a adequação dos espaços físicos de estabelecimentos penais e equipamentos e ao Ministério da Saúde implementar o plano. Aqui, passados 12 anos vislumbramos um exemplo da eterna “luta” entre o ser e o dever ser. A política existe, está formalizada mas a situação do sistema prisional e dos apenados pouco ou nada mudou.

No rol dos apenados, temos homens e mulheres, e como ficam as políticas específicas, recortadas conforme o foco sanitário e perfil? Mulher, idoso, homem... Não ficam, pois estas não ainda chegaram aos presídios. Estão formalizadas mas não implementadas. Vale destacar que a dinâmica da atenção à saúde nas unidades prisionais tem sido essencialmente curativa e um

pouco preventiva. Predominam, ainda, as consultas e imunizações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto da real necessidade de enfrentamento das demandas de saúde, pode-se dizer que, considerando as situações concretas as quais nos propomos analisar, de nada adianta uma política pública de saúde prisional se a unidade prisional é insalubre, não é nada favorável à saúde mental, psíquica, física, ou seja, não se atinge a meta proposta: efetivar o direito à saúde nos estabelecimentos prisionais.

Há um verdadeiro ciclo de doenças de dentro para fora e de fora para dentro, essa parcela doente da sociedade fica ainda mais doente! Assim, observa-se que a sociedade doente não é só a carcerária, mas, também, o entorno dessa, uma vez que olha para o sistema penitenciário como se esse fosse um leproso! Precisa-se mudar e romper esse paradigma!

Não temos dúvida quanto ao fato de que a questão estrutural não é incumbência do sistema da saúde, mas não adianta um “agir isolado”; é necessário que o sistema da saúde se acople estruturalmente com o sistema do direito e da política no que concerne à estrutura (estrutura do sentido sistêmico e não de engenharia) do Ministério da Justiça para efetivarmos uma ideia de presídios “salubres”. O cerne está, também, na questão estrutural dos presídios, pois é necessário um novo desenho da engenharia desses estabelecimentos prisionais. Não podemos ficar cegos diante dessa demanda iminente.

Dentre as doenças, são recorrentes o HIV/AIDS, Tuberculose, HPV, Infecções do Trato Urinário, entre outros. Quanto à saúde das mulheres em situação de prisão, são frequentes também vulvovaginites e câncer de colo de útero e de mama. Ou seja, temos muitas demandas pontuais que carecem de enfrentamento. Ainda há muito investimento a ser feito para consolidar uma lógica de atenção básica para promoção e preservação da saúde, com orientações acerca de doenças infecto-contagiosas.

O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário/PNSSP, instituído pela Portaria Interministerial n. 1.777, de 9 de setembro de 2003 é um passo para que os presídios brasileiros possam ser locais que promovam a saúde dos seus apenados. Ocorre que a simples formalização da política não é suficiente para que as mudanças aconteçam. É imperioso que o Ministério da Saúde e o Ministério da Justiça, cada qual com atuando dentro de seu âmbito de competência, de forma coordenada, enfrentem as questões colocadas e implementem o PNSSP.

A atual conjuntura de crise do sistema prisional brasileiro demanda respostas efetivas, de cunho estrutural e cultural, não é possível que em pleno século XXI ainda se tenha a percepção de sistema retributivo, a escolha jurídica foi pelo sistema punitivo.

REFERÊNCIAS

1. SOLA, Lourdes. **Ideias econômicas, decisões políticas: desenvolvimento, estabilidade e populismo.** São Paulo: EDUSP/FAPESP, 1998.
2. IANNI, Octavio. **Estado e capitalismo.** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.
3. VOLIC, Catarina e BAPTISTA, Myrian Veras. **Aproximações ao conceito de negligência.** São Paulo: PUC, abril de 2005. Disponível em: <http://www.pucsp.br/nca/producao/negligencia.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2012.
4. HELLER, Agner. **Una revision de la teoria de las necesidades.** Barcelona: Ediciones Paidós, 1996.
5. BRASIL, Estado da Paraíba. **Relatório de Visita do Conselho Estadual de Direitos Humanos da Paraíba**, realizada em 28/08/2012. Penitenciária de Segurança Máxima, 2012.
6. SABROZA, P. C.; KAWA, H.; CAMPOS, W. S. Q. Doenças Transmissíveis: ainda um desafio. *In:* MINAYO, M.C. **Os**

- muitos Brasis: saúde e população na década de 80.** Rio de Janeiro/São Paulo, HUCITEC/ABRASCO, 1995.
7. SÁ E SILVA, Fábio Costa Moraes de. A cidadania encarcerada: problemas e desafios para a efetivação do direito à saúde nas prisões. **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde.** / Alexandre Bernardino Costa ... [et al.] (organizadores) – Brasília: CEAD/UnB, 2009. p.241-252.
 8. VIAL, S. R. M. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. **Revista Comparazione e diritto civile**, v. 1, p. 1-24, 2010.
 9. FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.
 10. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Polícia Criminal e Penitenciária. **Resolução n.01 de 20 de março de 1995.** Disponível em: http://www.susipe.pa.gov.br/sites/default/files/Resolucao_01-95_CNPCP.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2012.
 11. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p.
 12. GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Tradução: Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.
 13. AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.
 14. DIAS, Maria Angélica de Salles. **Intersetorialidade: um olhar da saúde.** Saúde Digital, n. 23, Novembro de 2003. Disponível em: <http://www.pbh.gov.br/smsa/biblioteca/saudedigital/Novembro2003/intersetorialidade.html>. Acesso em: 28 de maio de 2011.
 15. BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP).** 2005. Disponível em:

http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf.
Acesso em: 08 de dezembro de 2012.

16. SLAMA, Slim; WOLFF, Hans; LOUTAN, Louis. **The Right to Health in Prisons: Implications in a Borderless World**, 2009, p. 185-211. Disponível em: http://www.swisshumanrightsbook.com/SHRB/shrb_03_files/11_453_Slam_Wolff_Loutan.pdf. Acesso em: 26 de novembro de 2012.

CAPÍTULO 4

PRECEDENTES: UMA ANÁLISE PELA PERSPECTIVA CULTURAL DA COMMON LAW E DA CIVIL LAW

Alessandra Mizuta de Brito¹

Marco Felix Jobim²

INTRODUÇÃO

A inserção da expressão precedente no Código de Processo Civil de 2015 tem trazido diversos questionamentos pela comunidade jurídica e sociedade civil em geral. Com maior identidade ao sistema jurídico da tradição de *Common Law*, o precedente foi criado com base na tradição, com o intuito de auferir igualdade e segurança jurídica. O que se pode indagar num

¹ Doutora em Direito Processual pela PUC/RS (bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES) (2017); Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pela UNICURITIBA (2008); Especialista em Metodologia e Didática do Ensino Superior pelo CEULJI/ULBRA (2014) e Direito Privado pelo IBEJ (2003) e Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2002); Professora da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, campus Canoas; Professora convidada em cursos de pós-graduação lato sensu; Coordenadora do curso de Direito ULBRA/CANOAS. E-mail: alessandra.mizuta@gmail.com

² Possui graduação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil em 2000 (ULBRA/RS). Especialista em Saúde e Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2002 (UFRGS). Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis em 2004 (UniRitter). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 2005 (PUC/RS). Mestrado em Direitos Fundamentais pela Ulbra em 2009 (ULBRA). Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na área de Teoria Geral da Jurisdição e Processo em 2012 (PUC/RS). É Advogado sócio da Jobim & Salzano Advogados Associados. Foi professor do UNILASALLE - Centro Universitário Lasalle na graduação e pós-graduação lato e stricto sensu (mestrado em Direito e Sociedade), na ULBRA - Universidade Luterana do Brasil nos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu e na FADERGS - Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul, nos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu. É professor convidado de outros cursos jurídicos, como ESA - Escola Superior da Advocacia, AJURIS, UNIVATES, UNISINOS, dentre outros. Atualmente é professor adjunto dos cursos de graduação e pós-graduação lato e stricto sensu (mestrado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Constitucional. Secretário Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Realizando seu pós-doutoramento na Universidade Federal do Paraná. Palestrante e parecerista. E-mail: marco@jobimesolzano.com.br

primeiro momento é se nosso modelo, de tradição romano-canônica, aguentaria um hibridismo, mantendo parcela da tradição da Common Law e parcela da tradição de Civil Law. Alguns apostam até numa nomenclatura para esta pretensa fusão como a de commonlawlização³.

Entretanto, deve-se considerar que diante da grande abertura de acesso ao poder judiciário, em especial a partir da Constituição Federal de 1988, e da velocidade com que ocorrem as transformações sociais, políticas e jurídicas, o legislador falharia na missão de prever todas as situações conflituosas e, mais ainda, em tentar propor soluções a todos os possíveis casos concretos que diuturnamente se multiplicam naquilo que convencionamos chamar de pós-modernidade.

Assim, diante de ser praticamente inevitável que quando o juiz interprete um texto e o normatize exista uma parte aí criativa do direito, deve haver um método de controle e limitação, uma teoria de base de decisão judicial que restrinja, ao máximo, o decisionismo judicial. Tem-se observado, em especial, duas formas de suprir lacunas que merecem destaque: a primeira delas é a atribuição de força vinculante às decisões dos Tribunais e a segunda por meio do chamado ativismo judicial. Pretende-se com o presente estudo abordar especificamente, dentre as possibilidades de vinculação às decisões dos Tribunais, a figura dos precedentes.

A inclusão de institutos no direito brasileiro com a intenção de uniformizar a jurisprudência, a fim de proporcionar as vantagens pelo uso dos precedentes dos países de Common Law, de: *predictability, equality, consistency e stability*, que conforme apontam Facchini Neto e Cordeiro (2014), são qualidades desejáveis e por isso merecem a atenção.

Em um primeiro momento, pretende-se apresentar a relevância do direito comparado e a sua indissociabilidade do estudo cultural, levando-se em consideração dois fatores: o primeiro sendo os efeitos decorrentes da globalização, que por um lado encurta as distâncias e democratiza o conhecimento para

³ Terminologia proposta por PORTO (2005)

que ele possa ser aplicado nos mais variados contextos e, o segundo fator, a necessidade de atrelar ao uso de institutos advindos de outro sistema jurídico, um aprofundamento em suas raízes culturais. Na sequencia, será apresentado o precedente pela ótica da *Common Law* para, a seguir, traçar um paralelo com a proposta do legislador brasileiro, ao prevê-lo como forma de promover a uniformização de jurisprudência no novo Código de Processo Civil.

1. A UTILIDADE DO ESTUDO DO DIREITO COMPARADO: A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS

Diante da significativa facilidade de comunicação, da troca de informações e da aproximação nas relações entre diferentes países (em diferentes níveis, entre eles no plano político, econômico, comercial, etc), a troca de experiências acabou por alargar as fronteiras do conhecimento jurídico.

Aponta Ovídio (1984) que, ainda que existam as distinções ideológicas entre as diferentes nações, o pragmatismo acaba por fazer com que se estreitem laços políticos internacionais, sendo a economia mundial marcada pelo estreitamento das relações dos sistemas econômicos. Diante deste intercambio político e econômico, faz-se imprescindível o conhecimento dos diferentes sistemas e ordenamentos jurídicos, o que se faz por meio do Direito Comparado.

Não obstante o estreitamento das relações comerciais tenha gerado na esfera do direito internacional debates acerca da necessidade de uniformização legal para tratar do comercio internacional, a globalização impulsionou e possibilitou a absorção de diferentes institutos intra-Estado e é nesta esfera que se insere o presente estudo.

A origem do Direito Comparado é atribuída tanto aos esforços dos juristas⁴, quando ao resultado indireto de outras ciências comparativas.

⁴ ANCEL (1980) atribui o surgimento do Direito comparado a investigação dos juristas em leis estrangeiras, antes de criar suas próprias sob a influencia de outras, a exemplo de Licurgo (Esparte) e Sólon (Atenas).

Coutinho (2003) defende que mais importante do que identificar a origem, é a atribuição de suas funções e utilidade, ou seja, qual a contribuição do direito comparado para a experiência prática.

Quanto a natureza jurídica, Ovídio (1984) informa que há aqueles que defendem se tratar de ciência e outros de simples método, filiando-se à primeira corrente, conceituando-o como sendo

a disciplina científica que tem por objetivo o estudo comparativo-sistemático de instituições ou sistemas jurídicos diversamente situados no espaço ou no tempo, com a finalidade de estabelecer os pontos comuns e as diferenças existentes entre eles, para compreender a sua evolução e determinar os parâmetros para o seu aperfeiçoamento e reforma. (ÓVIDIO, 1984, p. 165)

Chase (2014, p. 11), ainda em seu prefácio de “Direito, cultura e ritual”, ensina que após anos estudando o processo civil estadunidense, a curiosidade o levou a investigar o procedimento aplicado por povos cada vez mais exóticos, conduzindo-o ao estudo do direito comparado e, em seguida, ao estudo antropológico para investigar a organização dos povos e quanto mais se afastava das “fronteiras originais, melhor compreendia o local que havia deixado”.

Assim, justifica-se o estudo do direito comparado e pode-se apontar como benefícios dele decorrentes: (i) por ser um instrumento de estudo não constituído por um ordenamento positivado, mas um instrumento de convergência social, (ii) pelo dever de conhecer direito estrangeiro, já que muitos sistemas jurídicos admitem a aplicação da lei estrangeira para composição de conflitos, ainda que em caráter excepcional, (iii) por exercer papel didático, possibilitando ao estudante conhecer sistemas diferentes dos seus, bem como ao jurista uma melhor compreensão de seu próprio ordenamento jurídico por meio da comparação com outros, (iv) por ser um meio de comprovação da teoria geral do direito, por meio da transposição da técnica de um sistema específico. (ANCEL, 1980)

Embora Ovídio (1984, p. 166) aponte como possibilidades iniciais a macrocomparação e a microcomparação⁵, a atividade do direito comparado foi gradativamente se ampliando “no sentido de não se limitar à comparação de normas jurídicas, mas também, de ciências jurídicas, procurando captar os diferentes conceitos do fenômeno jurídico e as relações existentes entre o Direito e a realidade social subjacente.”⁶

Neste mesmo sentido, Taruffo defende estar superada a ideia de comparação limitando-se à confrontação de ordenamentos diferentes mediante a simples aferição de suas similitudes e diferenças, considerando unanime o reconhecimento de que a análise comparada é profícua somente à base de um ‘projeto cultural’, eis que não deve nunca ser “passiva, neutra ou indiferente: é, ao invés, condicionada e orientada seja pela cultura própria do comparatista, seja pelas finalidades à vista das quais ele desenvolve o seu próprio trabalho.” (2013, p. 11-12)

Portanto, para que seja possível tratar dos precedentes judiciais a partir da perspectiva do direito comparado, não se pode fugir a uma distinção, ainda que breve, entre os sistemas da *common law* e da *civil law*.

Importa a realização desta distinção porque, para compreender adequadamente os precedentes, faz-se necessária uma comparação entre estas diferentes tradições jurídicas. Conforme a doutrina,

⁵ Segundo o autor, a macrocomparação corresponde à comparação de sistemas jurídicos de países diferentes e a microcomparação corresponde a comparação de institutos jurídicos pertencentes a ordens jurídicas distintas.

⁶ Sobre os objetivos, o autor esclarece, ainda que “Com efeito, o Direito Comparado tem objetivos específicos, como o de possibilitar uma melhor compreensão do espírito que anima as instituições, as técnicas vigentes na época e responder indagações existentes no tocante à gênesis dos sistemas jurídicos primitivos; objetivos práticos, notadamente no tocante aos esforços de unificação do Direito Privado no plano internacional e à solução dos conflitos de leis no Direito Internacional Privado; objetivos políticos, pois no mundo atual é impossível pensar em “muralhas chinesas” separando os sistemas jurídicos dos países, mesmo dos ideologicamente conflitantes, contribuindo, assim, o esforço comparativista para um melhor entendimento no plano das relações internacionais. No dizer de Constantinesco, a tendência dos estados não é no sentido de constituírem unidades fechadas, que intitula de “perspectiva ptolemaica”, mas, sim, de ampliarem as suas relações com os demais, ou seja, a “perspectiva copernicana.”(OVIDIO, 1984, p. 166)

A tradição jurídica consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito. Assim, a tradição jurídica relaciona o sistema jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, ele insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural. (STRECK; ABOUD, 2014. p. 20)

Facchini Neto e Cordeiro (2014) apontam o berço do *common law* inglês ao *stare decisis*, informando que este sistema jurídico originou-se dos costumes do Reino da Inglaterra, evoluindo para o *case law*.

Conforme já mencionado, a estabilidade é uma qualidade muito importante para os sistemas de *common law* e embora não tenham sido sempre como são hoje, “a sua principal característica parece sempre ter estado presente: casos concretos são considerados fonte do direito” (WAMBIER, 2009, p. 123). Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece que a impressão de continuidade de sistema pelo direito inglês decorre da ausência de interrupções em seu desenvolvimento. A não ruptura ou divisão do direito criou uma “atmosfera conservadora”, já que “as decisões dos conflitos eram baseados nos costumes, enquanto que hoje, as decisões são baseadas nelas mesmas (precedentes).” (WAMBIER, 2009, p. 124)

Embora Wambier (2009) faça menção de que alguns acreditam que o sistema de *common law* exista desde a criação do mundo, Streck e Abboud (2014) dividem seu surgimento e desenvolvimento em quatro períodos, iniciando-se no ano de 1066, com a conquista normanda e a centralização da jurisdição nas mãos do rei.

Ao segundo período se atribui o surgimento da doutrina do precedente judicial, originado da confiança que os juízes

depositavam nos julgados de casos anteriores semelhantes. Neste período, o direito era aplicado nos circuitos dos condados e posteriormente nas Cortes Reais (*Royal Courts of Justice*), em Londres.

As jurisdições senhoriais do período feudal substituíram os tribunais regionais que se regulavam pelos costumes locais e, no século XIII, deram lugar as doutrinas e teorias que se tornariam as bases de um direito comum.⁷

No terceiro período ocorre a formação de um sistema paralelo (*Equity*), que se pronunciava por decisões da *Court of Chancery*, cujos principais objetivos eram (i) rever os julgamentos dos Tribunais Reais Ingleses, a partir da provocação da parte vencida, bem como (ii) analisar os litígios não admitidos perante os Tribunais Reais. Diferia-se da *Common Law* principalmente porque não entendia como obrigatória a observância dos precedentes, admitindo o julgamento com base na consciência. Embora tenha concorrido com o sistema de *Common Law*, acabou ao final sendo incorporado por ele. Pelo período em que houve a coexistência dos dois sistemas, os Tribunais e a jurisdição do Chanceler realizaram um pacto, por meio do qual seria possível as duas jurisdições amparar-se mutuamente em seus julgados, o que possibilitou uma modernização da *Common Law*.

O quarto período teve seu início marcado pela *Judicature Act* de 1873, que não apenas promoveu a fusão do *Common Law* com a *Equity*, possibilitando, assim, a aplicação do direito consuetudinário e regras de equidade pelos tribunais de *common law*, mas também significativa reforma na legislação. “No novo sistema, os juízes passavam a decidir lides, o que tornou possível a existência do erro judicial, concretizando a distinção entre fatos

⁷ Ao apresentar a versão de que o direito inglês não possui uma divisão de eras (pré e pós-revolucionárias), Wambier (2009) esclarece que os sistemas de *common law* sempre possuiu como principal característica os casos concretos como fonte do direito. “Durante muito tempo, não houve diferença substancial entre os atos de julgar, de administrar e de legislar”, sendo o *common law* o conjunto de costumes normalmente observado pelos ingleses, daí origem de sua terminologia. “[...], ou seja, as decisões dos conflitos eram baseadas nos costumes, enquanto que hoje, as decisões são baseadas nelas mesmas (precedentes). Hoje os costumes só têm valor jurídico, se encampados por um precedente.” (WAMBIER, 2009, p. 123-124)

e o direito substancial” (STRECK; ABOUD, 2014, p. 26-27), o que possibilitou confrontar as decisões judiciais com a tradição jurídica, realizando uma análise crítica quanto aos erros e acertos, dependendo da proximidade ou distanciamento entre uma e outra.

Por sua vez, Wambier (2009) ensina que em determinado momento, após o domínio germânico sobre a Europa central e ocidental (que durou entre os séculos V e VI), o direito romano perdeu força e já no final do século XI foi redescoberto e ganhou a atenção dos estudiosos do norte da Itália.

Com o acréscimo do dogmatismo ao pensamento jurídico romano, os textos passaram a ser “estudados e analisados profundamente, por meio de diferentes métodos: gramatical, retórico e dialético. Eram harmonizados por meio de um complexo processo de exegese, pois os textos nem sempre eram coerentes.” (WAMBIER, 2009, p. 124)

Assim, as universidades passam a ter significativa importância por se ocuparem de construir técnicas para análise dos textos jurídicos e, da mesma forma, servir a propósitos políticos. Se o ponto de partida do raciocínio jurídico eram os textos legais, a doutrina era o que tornava possível a sua interpretação e aplicação.

Entretanto, percebe-se de forma marcante o surgimento dos sistemas de *civil law* com a ruptura do centro do poder do monarca para a Nação, cujo símbolo maior é a Revolução Francesa, em que ecoava a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu e da soberania da vontade da Nação, segundo Rousseau.

Desta forma, sendo a lei a vontade do povo, estavam os juízes obrigados a obedecê-las, agindo como se fossem “a boca da lei”, já que havia uma forte conexão “entre a lei escrita e a igualdade, pois, passou a ser entendido que quando a lei impera, a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida.” (WAMBIER, 2009, P. 127)

Entretanto, as transformações sociais demonstraram que os textos de lei não eram o suficiente para resolver todos os problemas advindos da sociedade, ocasionando uma flexibilização do pensamento original a possibilidade de interpretação da lei pelo juiz.

Portanto, ainda que originariamente o sistema de *Civil Law* tenha se baseado no procedimento escrito, sistemático, romanizado e codificado, enquanto no sistema de *Common Law* o procedimento possuísse como base a oralidade e a resolução dos casos baseado na acusação e negação pelas partes envolvidas no litígio, advindo a solução do caso de forma mais particularista e orientado em casos pretéritos similares (STRECK; ABOUD, 2014), é inegável a aproximação dos sistemas.

Sobre o papel do magistrado nas diferentes tradições jurídicas, vale enfatizar que ao se falar em *judge make law* no direito inglês, se esta reforçando a noção de que o poder do juiz de afirmar o *common law* assegurava a ela tamanha importância que o sobreponha ao Legislativo, que tinha sua atuação de modo a complementa-la. Marinoni (2009) informa que suas atuações (do Judiciário e do Legislativo) chegaram até mesmo a se confundir, já que o juiz esteve ao lado do parlamento, em busca da tutela dos direitos e liberdades do cidadão, contra os abusos do monarca. Diferente do papel do juiz na *civil law*, que na Revolução Francesa sofria a desconfiança de estarem posicionados em favor do rei ou do absolutismo.

Didier Jr (2010, p. 258-259) aponta como principais características do pensamento jurídico contemporâneo brasileiro: a) “o reconhecimento da força normativa da Constituição”, hierarquicamente superior, cuja observância as suas normas são cogentes por todos os órgãos jurisdicionais, adotando-se um “modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional)”; b) o reconhecimento de eficácia normativa aos princípios; c) o “reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional”, por meio da hermenêutica jurídica e; d) “Expansão e consagração dos direitos fundamentais”.

Por meio destas transformações, o Poder Judiciário da *Civil Law* abandona o papel de coadjuvante na criação do Direito

(que tinha como criador das leis o legislativo, com exclusividade) e passa a ser protagonista, aproximando-se da *Common Law*, cuja independência decisória e autonomia de atuação e nas decisões acabam por conferir a criação do direito à atividade do Judiciário.

2. OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO: COMMONLAWLIZAÇÃO OU CIVILALLIZAÇÃO

A globalização⁸ e seus efeitos fazem parte de debates a bastante tempo enfrentados. Não se trata de novidade as transformações decorrentes da revolução tecnológica⁹, com especial destaque para as áreas de comunicação, eletrônica e a explosão da rede mundial de computadores, fazendo com que passasse a ocorrer a difusão do conhecimento em escala mundial com a rapidez de um clique.

Surge, então, um novo modelo de sociedade, designada por Niklas Luhmann de “sociedade mundial”, com interações que ultrapassam as barreiras geográficas, cujas relações se transformam com agilidade por vezes maior do que o Poder Legislativo ou o Judiciário são capazes de acompanhar, daí a necessidade de adaptação.

Para o Judiciário Brasileiro a regra não poderia ser outra, a não ser adequar-se às transformações sociais sob a influência cultural e comportamental globalizadas, permeando seus próprios

⁸ “A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. [...] Assim, quem quer que estude as cidades hoje em dia, em qualquer parte do mundo, está ciente de que o que ocorre numa vizinhança local tende a ser influenciado por fatores – tais como dinheiro mundial e mercados de bens – operando a uma distância indefinida da vizinhança em questão”. (GIDDENS, 1991, p.69-70)

⁹ “A informatização das relações sociais e econômicas, ocorrida nas últimas duas décadas do século passado, permitiu que a “sociedade global” fosse finalmente percebida – ainda que de modo incipiente e controverso – no mundo: o fato de que qualquer indivíduo, em qualquer lugar do mundo, possa entrar em contato e estabelecer relações interpessoais com qualquer outro indivíduo do mundo, estabelece um ponto de referência para o real surgimento da globalização”. (TEIXEIRA, 2011a, p. 4)

conceitos com outros advindos de inspiração estrangeira, adequando até mesmo a intransponível barreira da soberania.¹⁰

Teixeira (2011a) defende que a incapacidade de conservar uma unidade interna própria ou de impor sua soberania externa, fez com que se instalasse uma crise de Estado, desencadeando uma relativização da soberania, a qual discorre sob os aspectos econômico¹¹ e político-jurídico¹².

Desta forma, a barreira da soberania passa a ser compreendida como permeável, transformando até mesmo a tradição jurídica existente, dando lugar a algumas figuras externas, incorporando-as à sua própria tradição.

Miguel Reale (2010, p. 140), ao tratar acerca das fontes do direito as conceitua como sendo “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*.¹³”

Não obstante tradicionalmente possam-se listar entre as fontes: lei, analogia, costumes, princípios gerais do direito, jurisprudência e doutrina, há que se considerar que a consciência dominante originária da primeira fonte deixou de ser limitada ao território nacional, da mesma forma que os usos e costumes extrapolaram barreiras tornando-se universalizados.

As barreiras político-geográficas foram ultrapassadas pela globalização, demandando uma releitura destas fontes não mais as limitando a relações internas, mas considerando a

¹⁰ Anderson Teixeira (2011a) equipara a globalização a um agente ativo que exerce tal influência na integração econômica-social, que ultrapasse os limites dos estados-nação, assim como de toda a estrutura político-jurídica existente.

¹¹ Sob o aspecto econômico, Teixeira defende que o atual cenário demonstra a perda de capacidade de controle e comando do Estado, a tal ponto de posicioná-lo hierarquicamente abaixo de instâncias supranacionais.

¹² Sob o aspecto político-jurídico, aponta o autor que o globalismo ocasionou a criação de estruturas pluriestratificadas, tendo com o objetivo envolver os Estados em políticas públicas com impacto global, especialmente com temas envolvendo a tutela de direitos transindividuais.

¹³ O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas *fórmas*, ou *estruturas normativas*, que são o *processo legislativo*, os *usos e costumes jurídicos*, a *atividade jurisdicional* e o *ato negocial*. (REALE, 2010. p. 140)

complexidade das relações decorrentes dos avanços da sociedade, seja nos aspectos econômicos, tecnológicos e principalmente culturais, para considerar os valores globalizados.

Diante disto, desconsiderar a influência de um sistema jurídico sobre o outro, equivaleria a negligenciar todas as transformações mundiais das últimas décadas.

Sobre a globalização, Taruffo (2013, p. 30) destaca dois fenômenos importantes: o primeiro é “o rápido e forte incremento da frequência de controvérsias transnacionais”, que sinaliza a existência (e persistência) da dimensão estatal das controvérsias, bem como aquelas com contornos transnacionais (em suas palavras, considera haver uma duplicação dos “sistemas de mundo”). O segundo seria a “tendência à uniformização cultural que começa a manifestar-se também no âmbito da cultura jurídica, além do que em muitíssimas áreas da cultura geral (literária, artística, cinematográfica, musical, etc.)”.

Neste sentido, alerta que “dentro do mundo de *civil law* vêm se manifestando já há um bom tempo fortes influências derivadas dos modelos de *common law* e, em especial, do modelo estadunidense, por uma série de razões históricas, políticas e culturais”, e sobre a influência mutua que os sistemas exercem um sobre o outro, assevera que não se é mais possível aceitar os termos tradicionais com os quais foram formulados, pois ambos foram mutuamente alteradas e mais, estão destinadas a ainda maiores transformações futuras.

Ao tratar sobre a intensidade e a importância das “trocas entre os sistemas”, Taruffo classifica os legisladores modernos entre o “culto” e o “ignorante”, sendo aquele o que se propõe a uma reforma da justiça civil de forma séria e que entende que o objetivo do ‘emprestímo’ pode ser útil para solucionar problemas, sem o apego excessivo às próprias tradições nacionais, observando para além dela. Para isto, se cercará de informações necessárias para sua escolha (considerando as finalidades para as quais pretende e os instrumentos para promove-la).

Já o “ignorante” terá a tendência de posicionar hierarquicamente sua própria cultura de forma superior, restringindo a possibilidade de reforma “tão-somente dentro da

sua particular e provinciana cultura, sem qualquer influência útil derivada de outros ordenamentos que já enfrentaram e resolveram – talvez de modo melhor e mais eficiente – os mesmos problemas.” (TARUFFO, 2013. p. 29)

Se a cultura jurídica, e o mesmo vale para o setor específico da cultura processual, não quer perder definitivamente o contato com a realidade da qual pretende se ocupar, e se não quer permanecer envolta no espiral do solipsismo autorreferencial, deve buscar o modo de participar da circulação ilimitada das ideias que atualmente é *in re ipsa* na dimensão globalizada do mundo. (Taruffo, 2013. p.30)

Portanto, a influência entre as culturas jurídicas não é somente possível, mas inevitável, já que consequência da evolução das relações humanas.

Ao tratar sobre o tema, Jobim (2014) fala sobre os fenômenos de *commonlização* ou *civil lawlização* e a necessidade de a doutrina contribuir de forma eficiente, não se limitando a inchar o mercado de obras que se tenham como única proposta descrever conceitos de institutos com a intenção de importa-los para solo brasileiro, sem que isto se construa de forma crítica.

Sendo a inclusão dos Precedentes Vinculantes no Código de Processo Civil um reflexo da globalização e diante do dever de pensa-lo de forma crítica, passa-se a comparar sua aplicação pelo sistema de *common law* e a proposta pela legislador brasileiro, considerando a tradição da *civil law*.

3. OS PRECEDENTES SEGUNDO AS LENTES DA COMMON LAW E DA CIVIL LAW, CONSIDERADAS AS QUESTÕES CULTURAIS

Embora a ciência do processo civil tenha seu início atrelado a tecnicidade e teoricamente desprendido de questões culturais, conforme entendimento do período do *processualismo científico*, percebe-se que o ritual eleito é reflexo do que determinado povo comprehende como sendo adequado para a

solução de conflitos e este, por sua vez, constitui parte de sua cultura.

Ao tratar o processo como um fato social, Lacerda (1961, p. 75) informa sua dupla finalidade: de solucionar um conflito e de restabelecer a harmonia social. Para tanto, esclarece que a doutrina caracteriza o processo como instituição, já que nele os indivíduos se reúnem para obter um resultado que a eles transcende, apontando sua função individual e social.

Neste sentido, e considerando que o método utilizado traduz “o modo de ser, de viver e de sentir do respectivo meio social”, ele refletiria “a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento”, o que demonstra o caráter cultural empregado nesta atividade.¹⁴

Mitidiero (2015, p. 23-24) enfatiza que, ainda que não se possa negar que o direito processual civil contenha uma estruturação técnica, isto não elimina o caráter cultural das opções técnicas escolhidas para a estruturação do próprio processo, fazendo com que este ramo não escape à regra geral do direito, no sentido de que “compete à autonomia da pessoa humana, sendo fruto dessa percepção de mundo.”

Daí por que, quando hoje se afirma o caráter cultural do direito, sublinham-se justamente as características de humanidade, socialidade e normatividade, frisando-se a gênese axiológica e cultural de nossa ciência. A ligação entre sistema cultural e sistema jurídico é hoje, insuprimível do horizonte do jurista. (MITIDIERO, 2015. P. 26)

¹⁴ Galeno Lacerda (1961, p. 75) considera a cultura “como conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singulariza determinada época de uma sociedade. Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes. / Ele, na verdade, espelha uma cultura, serve de índice de uma civilização.”

Não é por outro motivo que se em um primeiro momento parecia adequado que o juiz (pela *civil law*) estivesse impedido de interpretar a lei, em razão da antipatia pela participação do Estado nas relações privadas no momento em que uma decisão passasse por si, hoje não mais se sustenta este posicionamento, frente a atual realidade cultural.

A ascensão de um Estado Constitucional, cuja ideia de justiça está intimamente ligada à observância aos direitos fundamentais, tem entre suas atribuições o dever de interpretação da legislação à luz da Constituição (art. 1º. do CPC/2015). Neste cenário, o juiz passa de simples aplicador da lei a um interprete, quebrando-se o paradigma de que a legalidade impossibilita a sentença *contra legem*, mesmo diante do cenário em que a lei conduza a uma solução injusta, para que esta mesma legalidade passe a impor o dever de interpretar a legislação à luz da Constituição, e portanto, perseguindo decisões acima de tudo justas.¹⁵

Pensar o processo civil sem esses aportes oriundos da teoria do direito e do direito constitucional (isto é, da Constituição, que é a forma histórica do direito do nosso tempo, tal como fora o “Código” a forma histórica da legislação, por excelência, dos Oitocentos) significa mantê-lo *refém* de uma postura descompassada das exigências do direito contemporâneo e, portanto, fundamentalmente alheio à sociedade civil – em suma, às

¹⁵ Já em 2004, Mitidiero e Zanetti Jr. acenavam a necessidade de que o processo civil acompanhasse as transformações culturais. Segundo os autores, o código de 1973 (então vigente) atuava “como uma velha diva, que ainda capaz de algum talento e encanto, perde-se na recordação de sua beleza passada (que continua a existir apenas em seu próprio tempo), deixando de vislumbrar um futuro possível e útil, em que a consistência da experiência vivida e a prudência, juntas, substituem a sedução da técnica pela consciência do poder. Parafraseando Marcel Proust, nosso Código parece-nos mesmo um moço de família que já não tem família alguma. Urge reagir. Precisamos de um processo e uma lei processual lida com os olhos voltados para o presente e para o futuro. Uma jovem disposta a bailar, atendendo às aspirações da sociedade com o sorriso tranquilizante de quem conhece seu compromisso, mas não perde a elegância, escutando os novos clamores e anseios democráticos de justiça social, paz e solidariedade.” (MITIDIERO E ZANETI, 2004, P. 13)

determinantes culturais de nossa época. (MITIDIERO, 2015. P. 45)

A necessidade de pensar o processo civil a partir de uma nova base teórica parte da “consciência do caráter cultural do direito processual civil e de seu íntimo relacionamento com a teoria do direito, com o direito material e com direito constitucional”. (MITIDIERO, 2015, P. 50)

Portanto, ainda que se possa afirmar que a globalização exerce forte influencia sobre os rumos das ciências (inclusive a jurídica), seria leviano realizar a análise de instrumento processual alienígena, sem considerar as bases culturais de quem as recepciona.

Neste sentido, considerando que a estabilidade e a previsibilidade são qualidades decorrentes da aplicação dos precedentes pela *common law*, e sendo estes objetivos almejados também nos sistemas de *civil law*, a análise comparativa dentro desta temática mostra-se não apenas razoável, mas recomendável, já que se trata de instrumento introduzido no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 PRECEDENTES JUDICIAIS PELA COMMON LAW

É importante que se diga que o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes não se confundem. O sistema jurídico é muito anterior à noção ou a aceitação de autoridade dos precedentes, sendo a noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*) mais recente ainda.

Tanto são conceitos distintos, que os precedentes acabaram sendo adotados como parte integrante do direito processual civil brasileiro, que por tradição faz parte do sistema da *civil law*.

O precedente judicial “apresenta como principal ponto de referência a teoria do *stare decisis*,¹⁶ que projeta uma eficácia de

¹⁶ Embora normalmente seja expresso pelas palavras *stare decisis*, é na verdade parte integrante da frase *stare decisis et non quieta movere*, que na tradução de Facchinni Neto e Cordeiro (2014) significa “mantenha a decisão e não mexa no que está quieto”.

alta intensidade, de caráter vinculante nos julgamentos sucessivos, proferidos em causas semelhantes.” (ALMEIDA, 2014. p. 145)

A ideia do precedente está atrelada à noção de estabilidade e embora até o século XIX não tivesse observância obrigatória, a partir de meados do século XIX passa a ser tido como vinculante. A razão de sua aplicação decorre da noção de que uma corte de justiça deve manter-se estável, conferindo decisões iguais para casos semelhantes, assegurando que situações iguais recebam tratamento igual (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2014).

Agindo desta forma, evitam-se arbitrariedades, pois os juízes ficam atrelados ao *case law*, além de afastar as decisões políticas.

Importa mencionar que a regra dos efeitos irradiantes dos precedentes encontra sua base na tradição, e não possui previsão legal. Seriam eles a principal fonte do sistema e possuem tamanho prestígio, que vinculariam casos futuros:

Expressão maiúscula de que o direito neste sistema tem por fonte primordial a experiência está no prestígio adquirido pelo precedente judicial, a ponto deste autorizar vinculação a casos futuros, ou seja, os efeitos da coisa julgada ultrapassam as partes e o objeto discutido em determinada e passam a ser aplicados a um universo em que haja casos de situação jurídica idêntica ou assemelhada. (PORTO, 2005. p. 8)

Entretanto, cabe esclarecer que embora o Direito inglês primitivo tivesse baixa produção de leis, o *common law* contemporâneo possui realidade diversa. Se em sua origem a

Sobre o *stare decisis* cabe reforçar sua distinção do *common law*. Nas palavras de Marinoni (2009, p. 183), “O *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*. Observe-se que embora o *common law* contemporâneo tenha configuração bem distinta e mais ampla do *common law* da antiguidade e o *stare decisis* seja algo que faz parte da modernidade, não há como identificar o *common law* dos dias de hoje com o *stare decisis*. Assim, não é apenas pela circunstância que o *common law* ter iniciado a sua existência muito antes de se falar em *stare decisis* que há distinção entre ambos.”

atividade legislativa era complementar à atuação do judiciário, “a existência de lei não se opõe ao *common law*, ou, mais importante ainda e bem mais fácil de ser visualizado, a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes.” (MARINONI, 2009, p. 185)

Enganam-se os que pensam que os precedentes se aplicam de forma automática, pois constituem-se em um princípio, o ponto de partida sobre a qual a decisão será proferida.

O precedente somente será indicado como base decisória após a aplicação do *distinguishing*, que consiste em técnica pela qual se realiza processo de distinção do processo em análise do caso anterior. Por meio dele, é possível identificar semelhanças e diferenças, o que permitirá optar entre aplicar o precedente (quando constatada a similitude do caso) ou por afastá-lo (quando constatadas diferenças substanciais do caso anterior, ainda que à primeira vista parecessem semelhantes).

Se afastada sua aplicabilidade, outro precedente será buscado a fim de solucionar o caso concreto, passando o novo eleito pela técnica do *distinguishing*¹⁷, até que se encontre um que guarde proximidade o suficiente para servir de fonte de direito.

Ainda que se mencione a necessidade de similitude, ressalte-se que não se está a exigir que os casos sejam iguais, até mesmo porque nenhum caso é exatamente igual ao outro.

Assim, após a realização do *distinguishing* e a utilização do precedente como fonte de direito para solucionar o caso concreto, tem-se como resultado o alcance de uma decisão isonômica, pois serão aplicadas decisões iguais para casos iguais, bem como será assegurada a impessoalidade, já que não importa quem são as partes litigantes de um ou outro caso, as decisões serão proferidas no mesmo sentido. E como desdobramentos destas duas primeiras qualidades, pode-se ainda mencionar a maior credibilidade que a Corte passa a gozar, já que a sociedade

¹⁷ Aprofundamento acerca da técnica do *distinguishing* pode ser obtida através da leitura de Marco Felix Jobim, no texto A técnica da *distinguishing* a partir da análise do julgamento do caso Escola Vs. Coca Cola Bottling Co.. *Rerista de Processo*, v. I, p. 403-419, 2014b.

percebe a estabilidade de suas decisões, bem como o tratamento isonômico, a racionalização das decisões e a celeridade processual, já que parte do trabalho argumentativo e de convencimento para a formação da decisão é importado do precedente eleito.

Wambier (2009) ressalta a importância que a previsibilidade possui, pois os cidadãos não podem ser surpreendidos com uma decisão inusitada. O prévio conhecimento quanto ao posicionamento dos tribunais é fundamental para que as partes, bem como todo o restante da sociedade, possam ajustar o seu próprio comportamento, não correndo o risco de agir de forma contrária aos precedentes.

Facchini Neto e Cordeiro (2014) esclarecem que os precedentes não apenas assegurar a isonomia, mas vão guiar as decisões judiciais futuras de casos semelhantes:

Na doutrina do *stare decisis*, portanto, tal como praticada nos países da tradição anglo-americana, o ponto de partida é o de que casos iguais devem ser decididos da mesma forma. Ou seja, visto desta maneira, nada mais seria do que uma aplicação pontual do princípio da isonomia. Mas não é só isso. O que foi decidido no caso antecedente não apenas deve guiar, como deve propriamente vincular a decisão dos casos subsequentes, ainda que o atual julgador considere a primeira decisão equivocada. Daí se falar em precedente **vinculante** (*binding precedent*). E, mesmo quando não haja precedente a orientar uma decisão, a noção de precedente exerce forte influência no processo de decisão judicial, já que, nesse sistema, o juiz, sabendo que sua decisão pode se tornar um precedente vinculante, deve julgar com “um olho no futuro”. (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2014, grifos no original, p. 532)

Assim, são características dos precedentes apontados pela doutrina, segundo Facchini Neto e Cordeiro: “*predictability, equality, consistency e stability*”. Tais objetivos, ou vantagens, louvados nos países de *Common Law*, são também tidos como virtuosos na cultura jurídica romano-germânica, na qual se enquadra o Brasil.” (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2014. p. 528)

Segundo Porto (2005), são apontadas como explicações para a utilização do precedente vinculante: 1) valorização da segurança jurídica, pois por meio dos precedentes as respostas para as mesmas questões legais, na mesma jurisdição, serão iguais. 2) soluções uniformes representam a imparcialidade e previsibilidade das decisões, o que privilegia a isonomia, 3) a previsibilidade das decisões judiciais permite o planejamento nas demandas, 4) *stare decisis* representa justamente a razoabilidade¹⁸ das decisões, sendo elas imparciais e consistentes, o que aumenta a credibilidade do judiciário junto à sociedade e 5) serve para unificar o direito, estreitar a imparcialidade e previsibilidade da justiça.

Neste sentido, percebe-se a grande valorização da impessoalidade no julgamento pelo magistrado, privilegiando o tratamento isonômico ao jurisdicionado e a previsibilidade das decisões, já que casos iguais terão decisões iguais:

As decisões jurisdicionais, no sistema da *common law*, portanto, vinculam o juízo futuro. Devem ser seguidas, no por vir, pelo próprio juízo prolator e pelas cortes hierarquicamente inferiores, em havendo reconhecimento pelo juízo posterior da identidade de casos. (PORTO, 2005. p. 10)

Sendo os precedentes um ponto de partida para o julgamento do caso concreto, já que se trata de um princípio e não de garantia absoluta, isto ocorre porque não há que se falar em obediência cega à decisões pretéritas, quando constatada a ausência de razoabilidade ou equívoco por parte da Corte.

Quanto aos precedentes, ênfase também é dada a estabilidade das decisões, o que não se confunde com a coisa julgada, pois “a coisa julgada garante às partes a imutabilidade da decisão. O respeito aos precedentes confere aos jurisdicionados a

¹⁸ A razoabilidade é apontada pelo autor como uma qualidade advinda da aplicação dos precedentes, na medida em que, ao ser aplicada a mesma decisão de forma reiterada, isto indicaria que foi confirmada e chancelada a adequação do precedente. Caso contrário, seria possível o afastamento do precedente mediante o *overruling*.

estabilidade de dada interpretação jurídica” (MARINONI, 2011. p. 111)

Ao tratar sobre as teorias declaratória e positivista, Marinoni (2009) esclarece que diferentes correntes procuram explicar a atuação do juiz na *common law*, defendendo aquela que seu papel se limita a declarar o direito, enquanto esta informa que cabe ao juiz fazer o direito. Não obstante conclua que nenhuma das teorias sejam capazes de explicar de forma satisfatória o *stare decises*, enfatiza que ambas reconhecem o *remaking*, que se traduz na possibilidade de um juiz revogar um precedente, e neste caso “não importa se o juiz reconstrói o direito ou declara o equívoco da primeira declaração quando uma ou outra explicação serve para justificar a revogação do precedente.” (2009, p. 180)

E conclui que se o precedente é passível de revogação, o respeito aos precedentes está vinculado ao poder de suas razões, neste caso, a terminologia utilizada (declaração judicial ou direito) será indiferente para a constituição de sua autoridade e respeito a ela devidos.

3.1.1 Ratio Decidendi X Obiter Dictum

Conforme mencionado, o precedente é um ponto de partida, um princípio para se aplicar à solução ao caso concreto. A aplicação ocorrerá de forma adaptada, de forma que o princípio possa alcançar a realidade do caso concreto, o que pode resultar numa expansão ou restrição do princípio. Aliás, esta é a contribuição do magistrado que utiliza o precedente, para a evolução do direito.

Diante disto, deve-se considerar que nas decisões existem duas espécies de razões expostas: aquelas que passam a vincular futuros juízos (*ratio decidendi*) e aquelas que se constituem em mero suporte argumentativo, sendo pertinentes somente àquele caso em especial (*obiter dictum*).

A *ratio decidendi* é decisão do Tribunal, sendo estes o objeto de estudos dos *study cases* ou *case law*¹⁹ e o que a torna um precedente é a sua razão jurídica e não a decisão do caso particular. Traz dentro de si um princípio.

De acordo com Mattei (1988, p. 202) a *ratio decidendi* é “una regola generale senza la quale il caso sarebbe stato deciso diversamente”, é a motivação jurídica que, aplicada ao caso concreto, desencadeou aquela decisão em particular e o que tem força de lei.

Por outro lado, a *obiter dictum* é a parte descartável da decisão, não vinculando casos futuros. Trata-se da construção argumentativa do magistrado que concluirá pela *ratio decidendi*. Neste sentido, seu alcance não ultrapassa o caso para o qual foi construída.²⁰

Portanto, a formação do precedente ocorre sobre a *ratio decidendi* e não o *obiter dictum*, vez que aquela é que consagra o princípio jurídico prestigiado na decisão concreta.

O efeito vinculante dos precedentes existirá somente na hipótese em que houver identidade com base nos fatos ou nas questões de direito suscitadas.

Ugo Mattei aponta quatro características segundo as quais se pode identificar um precedente:

Questa natura di regola quotidiana per cui un precedente: (a) il più possibile vicino ai fatti rilevanti; (b) reso nel più alto grado possibile all'interno della medesima giurisdizione; (c) che non sia stato né 'overruled' né 'modified'; (d) che riguardi lo stesso punto di diritto, è

¹⁹ Para assegurar a estabilidade e isonomia, há que se compreender que o case-law não se baseia em decisões judiciais ousadas. Pelo contrário, tem por base decisões minimamente fundamentadas e racionais.

²⁰ “Somente a *ratio decidendi* (ou *holding*, como preferem os norte-americanos) efetivamente vincula os juízes posteriores. Tal expressão latina significa “a razão para decidir”. Trata-se do princípio ou regra jurídica que constitui o fundamento da decisão, sem o qual a decisão seria diversa. Já o *obiter dictum* (do latim, ‘algo dito de passagem’) constitui um comentário ou argumento marginal, não aprofundado, dito *en passant*, como reforço argumentativo, mas que não é necessário para sustentar a decisão. São observações feitas a título de comentários adicionais, ilustrações ou pensamentos. Não integra o precedente, não vincula os juízes posteriores, embora possa ter força persuasiva.” (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2014. P. 549-550)

vincolante per il fatto stesso di essere stato deciso (bene o male), non può essere assolutamente trascurata. (MATTEI, 1988, p. 3)

Não obstante as características dos precedentes da *common law*, o direito brasileiro tem como proposta a utilização desta fonte do direito, mas com características próprias, conforme passa-se a demonstrar.

3.2 A NECESSÁRIA UNIFORMIZAÇÃO E ESTABILIDADE DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E OS DESAFIOS EXISTENTES

Não se pode negligenciar que a ciência jurídica precisa encontrar soluções para viabilizar a aplicação do direito de forma eficiente para três tipos de litigiosidade: a individual, a coletiva (de direitos difusos e coletivos) e litigiosidade das ações de massa (de ações repetitivas ou seriais).

Considerando que “a função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade” (WAMBIER, 2009, p. 122), legislação e jurisprudência têm buscado mecanismos para assegurar tratamento igual para casos iguais.

Em 1964, o Ministro Victor Nunes Leal, realizou relevante contribuição doutrinária ao narrar o surgimento das sumulas do Supremo Tribunal Federal, pois demonstra a preocupação com a numerosidade dos processos e a estabilidade das decisões, a partir da atuação da Suprema Corte.

Narra o Ministro que haviam dois problemas graves a serem superados pelo Supremo Tribunal naquele momento histórico, sendo o primeiro problema: a falta de conhecimento de suas próprias decisões e o segundo problema: o acúmulo de serviço. Como solução foram propostos mecanismos para julgar demandas que se repetiam e para orientar os interessados, sem que tivessem que executar a tarefa de realizar pesquisa nos repertórios, consistindo em incluir nas publicações dos acórdãos um resumo da matéria decidida (ementa) e um índice nos suplementos do Diário da Justiça, que continham publicações na

íntegra de julgados. Além disso, propôs a criação da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal:

Com as “referências” da *Súmula* e com a ajuda do *Índice Cumulativo de Jurisprudência*, que indicará diversas outras fontes, os advogados e juízes poderão, facilmente, conhecer a fundamentação que levou o Tribunal a se orientar neste ou naquele sentido. É da maior relevância o conhecimento dessa fundamentação, porque a Súmula não é obrigatória para os outros tribunais e juízes, como já se assinalou, nem caberia na competência do Supremo Tribunal a criação de um mecanismo de tal natureza. Os outros juízes e tribunais continuam com sua plena liberdade de divergir da Súmula, mas espera-se que, nessa hipótese, em cada caso, discutam mais profundamente os temas jurídicos postos, para que, eventualmente, o Supremo Tribunal se convença de estar em erro e se incline a modificar a sua própria jurisprudência. (LEAL, 1997. p. 51-52)

Portanto, muito mais do que a simples necessidade de organizar a atuação do Supremo Tribunal Federal, vivenciava-se a constatação da necessidade de sistematização pelo STF diante da demanda crescente, bem como da necessidade de se assegurar alguma estabilidade nas orientações formadas a partir do órgão maior do Poder Judiciário.

Note-se que, diferente da proposta inserida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a Súmula surgiu como uma mera orientação, longe de ter efeitos vinculantes. Ou seja, ainda que com a intenção de promover a uniformização para os casos que se repetiam nos Tribunais, não tinham o condão de vincular os julgadores a elas.

Facchini Neto e Cordeiro (2014) mencionam alguns exemplos recentes de tentativas de uniformização da jurisprudência, como a repercussão geral no recurso extraordinário, os recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça e a própria súmula vinculante.

Entretanto, parte da doutrina percebe a criação de mecanismos vinculatórios-interpretativos com ressalvas,

apontando que a ausência de integridade e coerência jurisprudencial dos tribunais superiores, por suas decisões estarem pautados em grande parte em discricionariedade e casuísmo, seriam um caminho equivocado para atingir a estabilidade e eficiência do sistema judiciário. (STRECK; ABOUD, 2014)

Porto (2005) elenca entre os exemplos da doutrina da mencionada *Commonlawização* do direito nacional, os efeitos vinculantes ou *erga omnes* para certas decisões (ex. art. 103 CDC), bem como a própria súmula vinculante (indicada como inspirado nos precedentes vinculantes).

Por outro lado, Streck e Abboud (2014) têm interpretação diversa quanto a sumula vinculante, apontando como distinção entre estas e os precedentes: (a) a sua origem (já que os precedentes decorrem da tradição, não contando com qualquer lei que o imponha; enquanto a súmula vinculante é imposta por lei); (b) o objeto (já que a sumula vinculante visa o futuro, enquanto o precedente a consagração da jurisprudência); (c) quanto ao conteúdo (a súmula vinculante vale pelo seu enunciado genérico – “conceitos sem coisas” (p. 68), enquanto o precedente pelos fundamentos que embasaram determinada decisão); (d) na formação (a súmula se desvincula da decisão que a originou, dimensão atemporal, duração indefinida; enquanto o precedente é utilizado como critério normativo para casos futuros, desde que com idêntica questão de direito, com função primordial de servir de modelo para decisões posteriores).

Neste mesmo sentido Tesheimer (2016),

Precedente é norma jurídica induzida do julgamento de um caso concreto. Essa norma encontra-se na *ratio decidendi* da decisão. As súmulas, a que se refere no novo Código, não são precedentes. São normas gerais e abstratas editadas por tribunais que, eventualmente, expressam a *ratio decidendi* de uma ou mais decisões, mas que se desprendem do caso concreto. Quem invoca súmula não precisa identificar o caso ou casos em que supostamente se baseou. Essa diferença é essencial para que se compreenda o atual sistema jurídico brasileiro.

Portanto, também de acordo com autor sumulas e precedente são coisas distintas.

A inserção dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015 manteve acesa a discussão acerca da adequação (ou a ausência dela) de utilizar um mecanismo de tradição jurídica diversa da brasileira.

Iniciando pela própria dificuldade de se identificar o que são os precedentes, o assentamento deste instrumento para o direito processual civil certamente depende de uma análise contextualizada e culturalmente comparada.

3.3 OS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Além do debate acerca da compatibilidade do sistema de *civil law* com os precedentes, sua duvidosa inserção no Código de Processo Civil de 2015 trouxe consigo críticas quanto ao seu poder vinculante e a própria dificuldade em se identificar, afinal, o que são os tais precedentes à brasileira.

Rossi (2012, p. 204) reconhece a possibilidade de influências recíprocas entre os sistemas anglo-saxão (*common law*) e romano-germânico (*civil law*), mas recomenda cautela pois “a prática brasileira carece de uma teorização ou doutrina dos precedentes, valorizando julgados, ou mesmo ementas de decisões, como se fossem genuínos precedentes” diferindo do precedente da *common law*, visto que desvincula o comando do objeto de onde foi gerado.

Ainda não temos “uma cultura do precedente”, não sendo o suficiente critérios ou padrões e formas estabelecidas pela legislação, impondo como obrigatorios padrões decisórios a partir de mecanismos ou instrumentos processuais. Ainda que a lei imponha o precedente, faltaria ainda o costume, razão pela qual os precedentes do novo código são distintos da *common law*.

Entende Rossi (2012, p. 206) que “pretendemos construir um precedente que estabeleça uma série de soluções para abranger as mais diversas peculiaridades possivelmente existentes em qualquer espécie de lide (seja assemelhada, seja

repetitiva)” que poderá ser resultado de um único julgamento e cuja força vinculante obrigará a todos os demais, criando verdadeiras “decisão-padrão”, desconsiderando as particularidades do caso concreto.

A força vinculante do precedente também foi objeto de crítica por Tesheiner (2013) por considerar uma ideia “autoritária, centralizadora e culturalmente empobrecedora: autoritária e antidemocrática”, já que seriam decorrentes do entendimento de alguns poucos Ministros dos tribunais superiores, desconsiderado as condições locais em que serão aplicados e impossibilitando o debate jurídico sobre aquelas mesmas questões no futuro. Conclui o autor que o que se impunha é a impossibilidade de “ponderar e decidir, de inteligência e de vontade”, transformando os operadores do Direito em “rebanhos submissos às ordens de seus pastores.”

Streck e Abboud (2014, 13-14) já apresentavam críticas à força vinculante atribuída às sumulas, pois sustentam que este efeito não é medida capaz de modificar todo o sistema judicial brasileiro, que é reflexo do aumento da população e de sua consciência acerca de seus direitos e deveres fazendo crescer naturalmente o número de demandas. “Sem dizer que, com base em Dworkin, desde já concluímos pela impossibilidade de se encontrar uma fórmula apriorística que garanta aos juízes alcançarem a mesma solução jurídica diante de diferentes e complexos processos.”

Por outro lado, Marinoni (2009, p. 176) já alertava a respeito da “notória resistência, para não dizer indiferença”, não apenas aos precedentes, mas a institutos do *common law* que proporcionaria aperfeiçoamento ao nosso Direito.

Esclarece que o constitucionalismo impactou particularmente nos poderes do juiz de *civil law*, já que este passou a ter atuação similar ao juiz inglês e americano, com possibilidade de controlar a lei a partir da Constituição.

No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na

medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes. (MARINONI, 2009, p. 188)

Por esta razão, a atuação do magistrado estaria muito mais próxima do papel do juiz do *common law*, pois deixou de ser mero expectador da criação do direito, em que se limitava a aplicá-la ao caso concreto, passando a ser protagonista, sujeito ativo de uma atividade criadora (“verdadeira criação judicial do direito”, nas palavras de Marinoni) e por isto mesmo, merecendo balizas para a sua atuação.²¹

Alerta para o fato de que a constante variação nas decisões no sistema de *civil law* deve ser considerada uma patologia, pois está equivocada a presunção de total ausência de dever de observância às decisões passadas pelo juízes, sob o argumento de que “interferiria sobre o seu livre convencimento e sobre a sua liberdade de julgar” (MARINONI, 2009, p. 206).

Ressalta que a decisão não pode ser construída sobre uma vontade de forma individualizada, já que elas não servem ao magistrado, e sim ao jurisdicionado. Portanto, devem ser tomadas em consonância com as decisões pretéritas do próprio magistrado, bem como dos tribunais superiores, dado que se trata de um sistema de distribuição de justiça em que uma decisão contraditória pode significar dar soluções diferentes para questões iguais.

²¹ Para Marinoni (2009, P. 188-189), “a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do Legislativo, ancorada na ideologia da revolução francesa e no dogma da estrita separação dos poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do *civil law* e, sobretudo, ao advento do constitucionalismo. Anote-se que Merrymann, um dos maiores comparatistas estadunidenses, ao admitir que o constitucionalismo fez surgir uma nova fonte de direito no *civil law*, adverte que, ao se admitir que o juiz pode decidir que uma lei é inválida por estar em conflito com a Constituição, quebra-se o dogma da separação estrita entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, e, desta forma, abre-se oportunidade para se dizer que o juiz do *civil law* também cria o direito.”

A inexistência de coerência advindas das decisões que tratam de casos iguais é tida como extremamente grave, pois neste novo cenário em que o direito é produzido pelo Judiciário, o Estado de Direito depende de um direito coerente. Independente do juiz ou Tribunal a julgar o caso, “as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão.” “Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou Corte para outro.” (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016a, p. 75)

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016a, p. 73) evidenciam que nas decisões em que se realiza o controle de constitucionalidade, aplica direitos fundamentais ou conceitos indeterminados ou cláusulas abertas, não se pode falar em preexistência de fórmula legislativa. Estas decisões decorrem da interpretação do magistrado, sendo constituídas a partir de “critérios que são eleitos e preenchidos mediante valorações e opções do interprete, a conduzirem a um resultado-interpretação que expressa a sua vontade. Portanto, a decisão não é determinada pela fórmula legislativa, mas fruto de valorações e da vontade do interprete.”

Neste sentido, a decisão da Suprema Corte se constituiria em algo novo, porque dá lugar a algo que até então não existia, nem por preexistência à interpretação, nem por decorrer logicamente de lei e que reproduz a vontade do Judiciário. Por conferir um sentido, preenchendo uma lacuna, “as decisões da Suprema Corte não devem se limitar aos litigantes envolvidos no caso, estendendo-se a toda a coletividade com o caráter de direito.” (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016a, p. 74)

Entendem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016b, p. 988) que “apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes”²². Para os autores, o

²² “As decisões do STJ, porque definem o sentido do Direito e, assim, agregam substância à legislação, naturalmente constituem precedentes. O sentido atribuído ao Direito pelo STJ, por trazer algo de novo ou um incremento à ordem jurídica vinculante, regula a vida em sociedade e não pode deixar de ser observado por parte dos juízes e tribunais. Assim, as decisões da Suprema Corte se impõem aos demais juízes apenas por incumbir-lhe atribuir sentido ao direito e zelar pelo seu

legislador do Código de Processo Civil de 2015, ao introduzir os precedentes no novo Código, ressignificou os conceitos de jurisprudência²³ e súmulas, sendo aquelas produzidas a partir de decisões dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça e estas, por sua vez, podem emanar tanto das Cortes Supremas quanto das Cortes de Justiça, possuindo como objetivo colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito.

Ainda que o legislador tenha concedido pistas nos artigos 926 e 927 do CPC acerca de como os precedentes devem ser tratados na ordem jurídica brasileira, salientam os autores que algumas delas são falsas, pois somente se formará precedente quando a decisão contiver razões determinantes e suficientemente claras a ponto de se fazerem identificáveis. Exemplificam com o caso de julgamento de recursos repetitivos que não formará precedente por ausência das qualidades antes mencionadas.

Portanto, esclarecem que não se tratam de meros exemplos, sendo, portanto, vinculantes. São formados a partir de

desenvolvimento e não por qualquer outra razão que queira sobrepor um órgão judicial em face de outros. / O mesmo ocorre em relação às decisões do STF. Essas, mesmo quando proferidas em recurso extraordinário, definem a inconstitucionalidade e a constitucionalidade das leis e atribuem sentido à Constituição, de modo que não têm como deixar de ser observadas nas relações pessoais e pelos juízes e tribunais.” (MARINONI; ARENHART E MITIDIER, 2016a, P. 107)

²³ Marinoni, Arenhart e Mitidier (2016b, p. 988-989) informam que “O novo Código claramente outorga outro sentido ao termo jurisprudência – ao menos para determinados casos. Para essas situações, o novo Código exige a sua ressignificação: isso porque, ao emprestar força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e àqueles tomado em incidente de assunção de competência (art. 927, III, CPC) no âmbito das Cortes de Justiça e dispensar a múltipla reiteração de julgamentos como requisito para sua configuração, na medida em que baste um único julgamento mediante incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, o direito brasileiro rompe em grande parte com a caracterização tradicional da jurisprudência. O mesmo ocorre com as súmulas vinculantes. Quando as súmulas eram vistas apenas como um método de trabalho capaz de ordenar e facilitar a tarefa dos juízes – note-se que aí os destinatários das súmulas eram apenas e tão somente os próprios órgãos judiciais que compunham os tribunais que as emanavam – bastava redigi-las de forma abstrata, sem qualquer alusão aos casos concretos aos quais ligados. Ao reconhecer as súmulas como guias para a interpretação do direito para o sistema de administração da Justiça Civil como um todo e para a sociedade civil em geral (art. 927, II e IV, CPC), previu-se o dever de identificação e de congruência das súmulas com a circunstâncias fáticas dos casos que motivaram suas criações (art. 926, § 2º, CPC).”

decisão judicial, mas com ela não se confundem, pois se constituem nas razões generalizáveis que podem ser extraídas à partir das decisões judiciais, de sua justificação, operando necessariamente dentro dos limites dos casos dos quais decorrem. “E porque tem como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada.” (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016b, p. 989)

Por fim, reforçam que o novo Código “imagina” que os precedentes decorrem das súmulas (art. 927, II e IV), recursos repetitivos, assunção de competência (art. 927, III) e orientações de plenário ou órgão especial (art. 927, I e V), induzindo ao raciocínio de que são formais e quantitativos, mas podem muito bem ser materiais e qualitativos.

Por seu turno, Zanetti Jr e Pereira (2016) atribuem aos precedentes a qualidade de maior novidade da nova legislação o rol do artigo 927, CPC, em que, segundo o entendimento dos autores, é a previsão do “rol de precedentes normativos formalmente vinculados a ser observados por todos os juízes e tribunais”, defendendo que sua introdução no sistema processual brasileiro é medida decorrente da racionalidade, coerência, segurança jurídica e igualdade, defendendo que a “previsão de vinculação normativa e formal aos precedentes judiciais (a) não invade a competência constitucional de criação de normas atribuída ao Poder Legislativo; (b) é oportuna e alvissareira no contexto de um Estado Democrático Constitucional para a implementação de um sistema processual mais racional.”

As críticas de Zanetti Jr e Pereira contra aqueles que pugnam pela inconstitucionalidade dos precedentes, por afrontarem as funções designadas a cada um dos poderes à partir da Constituição Federal, são de que estaria esta parte da doutrina apegada ao ideal do Estado Liberal, o que deve ser superado.

Além disso, juízes e juristas possuem em suas atividades o dever de acrescer um conteúdo reconstruído aos textos vagos e normas ambíguas, o que exige decisões interpretativas, por meio do qual a norma é reconstruída pelo interprete em sua atividade

jurisdicional e devolvida ao ordenamento jurídico com conteúdo normativo reconstruído.

Sempre que houver a interpretação nestes termos, abre-se a possibilidade de formação de um precedente (do ponto de vista material), e desde que cumulada com o enquadramento em uma das hipóteses do artigo 927, com efeito vinculante, será um precedente normativo (do ponto de vista formal).

Apresentando posicionamento distinto, Tesheimer (2016) propõe a terminologia *jurisdinormação*, para o fenômeno de edição de normas gerais e abstratas por órgãos jurisdicionais, o que, segundo seu entendimento, seria hipótese diversa dos precedentes.

Defende que o Brasil não adotou o sistema de precedentes, senão nas hipóteses de assunção de competência e de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, sendo todas as demais hipóteses previstas no artigo 927 um sistema de súmulas com efeito vinculante, editadas pelos Tribunais Superiores, aos quais se atribuiu poder de editar normas gerais e abstratas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recepção dos precedentes pelo processo civil brasileiro veio acompanhado de controvérsias, polarizando as opiniões entre os que compreendem que não se aplicam ao sistema processual brasileiro pela ausência de uma base teórica e aqueles que entendem como uma consequência da mundialização das relações (inclusive jurídicas). Neste caso, o uso de instrumentos que possam aprimorar o processo civil brasileiro seriam bem vindos, considerando-se, é claro, a necessidade de adaptação a cultura do *civil law*, idealmente por um legislador “culto”, de acordo com a classificação de Taruffo (2013).

Conforme exposto, se por um lado, a inclusão dos precedentes pode ser visto como aproximação do papel do juiz à atuação na *common law*, de criador do direito (passando a atuar como protagonista), por outro, é vista como uma espécie de amarra, que impossibilita o desempenho da atribuição do julgador

de forma inteligente, reduzindo-o a condição de rebanho às ordens dos pastores (por pastores entenda-se os Tribunais Superiores), conforme sugere Tesheimer (2016).

Marinoni (2009) classifica como uma patologia a constante variação de entendimento nas decisões proferidas pelo sistema de *civil law*, pois defende que se trata de um equívoco a compreensão de que inexiste qualquer dever de observância às decisões pretéritas, não se confundindo este ato com a interferência no livre convencimento ou na liberdade de julgar.

Também se mostra controvertida a própria formação dos precedentes. Foram apontados ao longo do presente trabalho ao menos três entendimentos sobre sua formação, considerado por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016) somente as decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça que contiverem razões determinantes e suficientemente claras a ponto de se fazerem identificáveis. São razões generalizáveis que podem ser extraídas das decisões judiciais, sobre fatos jurídicos relevantes. Neste sentido, apontados os precedentes como formais e quantitativos.

Por sua vez, Zanetti Jr e Pereira (2016) apontam o artigo 927, CPC, como o rol dos precedentes normativos e para Tesheimer (2016) estariam eles contidos apenas nas decisões de assunção de competência e de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Não se podendo deixar de reforçar que também podem ser considerados materiais e qualitativos.

Importa enfatizar que, se considerados os precedentes como de inspiração na teoria da *common law*, merece atenção o inciso VI, do parágrafo primeiro, do artigo 489, CPC, já que traduz a aplicação muito próxima das figuras do *distinguishing*, *remaking* ou possibilidade de se considerar revogado um precedente e *overruling* ou superação de precedente.

Se os precedentes podem ser identificados pelas características: da identidade de fato, a adoção do entendimento por Corte da mesma jurisdição, a ausência de superação do entendimento e a identificação da identidade de matéria

(MATTEI, 1998), percebe-se no referido artigo a tentativa da introdução da teoria dos precedentes.

Esta intenção era mais facilmente detectável no projeto de lei 8046/2010 (Projeto do novo CPC), em que um capítulo inteiro (Capítulo XV, Projeto de Lei 8046/2010) lhe havia sido dedicado, com o título “Do precedente judicial”, descrevendo entre os artigos 520 e 522 de que forma seriam adotados pelo sistema brasileiro.

Além de informar que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável” (art. 520, PL 8046/10, correspondente ao art. 926, CPC), esclarecia que caberia aos tribunais, por meio de regimento interno, fixar a forma em que seriam editados os enunciados correspondentes à sumula da jurisprudência dominante, pautando-se pelos princípios da legalidade, segurança jurídica, razoável duração do processo, da proteção da confiança e da isonomia (art. 520, PL 8046/10).

As hipóteses dos precedentes previstos no Projeto de Lei, foram mantidas em grande parte na versão sancionada (art. 927) e que hoje constitui o Código de Processo Civil, contudo os parágrafos quarto e quinto do artigo 521 do PL, sinalizavam a adoção de elementos fundamentais dos precedentes da *common law*, especificadamente da *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

As previsões ocorriam da seguinte forma: (a) a uniformização do entendimento, por meio dos precedentes, estariam “nos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado” (§ 4º, art. 520, PL 8046/10) e (b) por outro lado, estariam excluídos os fundamentos do acórdão “que não forem imprescindíveis para que se alcance o resultado fixado em seu dispositivo” (inciso I, § 5º, art. 520, PL 8046/10) e “os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador” (inciso II, § 5º, art. 520, PL 8046/10).

Os indícios da intenção de se adotar parcialmente a própria teoria dos precedentes norte americana, com a inclusão de elementos do sistema de *common law*, demonstram a tentativa

de inserir no sistema brasileiro uma variação adaptada de precedentes ao sistema de *civil law*.

Nesta versão, os precedentes seriam vinculantes em decorrência de disposição da lei e em grande parte, preocupa-se com a repetitividade das demandas e, ainda que a uniformização da jurisprudência faça parte dos efeitos desejáveis, em última análise existem indícios de que preocupação maior seria a numerosidade.

Contudo, não há necessidade de lei para permitir a utilização de precedentes no sistema jurídico brasileira, devendo ser ela utilizada meramente para instrumentalização das técnicas atinentes à teoria dos precedentes, uma vez que estes já autorizados, há muito, quer por uma compreensão da própria teoria do direito ou de nosso ordenamento constitucional brasileiro que aposta em direitos e garantias como igualdade e segurança jurídica, podendo ser inserido, de igual forma, o precedente nesse contexto de autorização constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais. Análise Crítica dos Métodos no Brasil para a Solução de Demandas em Massa*. Curitiba: Juruá, 2014.
- ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado* (Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.
- CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. 1^a. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- COUTINHO, Ana Luísa C. Direito Comparado e Globalização. *Prim@ Facie* – ano 2, n. 3, jul./dez. 2003. p. 30-41, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em: 15.ago.2016
- DIDIER JR., Freddie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: _____ (Coord), *Teoria do Processo –*

panorama doutrinário mundial. Vol. 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio; CORDEIRO, K. S. . O Precedente Vinculante no Sistema Norte-Americano: quando reproduzir o passado é mais importante do que modificar o presente.. In: Narciso L. X. Baez; Pavel Sturma; Vinicius A. Mozetic; Martin Faix. (Org.). *Mecanismos Internacionais e Internos de Efetividade dos Direitos Fundamentais*. 1ed. Joaçaba: UNOESC, 2014, v. 01, p. 527-576.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da suprema corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Cultura, escolas e fases metodológicas o processo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. A técnica da distinguishing a partir da análise do julgamento do caso Escola Vs. Coca Cola Bottling Co.. *Revista de Processo*, v. I, p. 403-419, 2014b.

LACERDA, Galeno. “Processo e Cultura”. In: *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1961, vol. III. p. 74-86.

LEAL, Víctor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. Ano 34, n. 172, p. 175-232, jun / 2009.

- _____. *Precedentes obrigatórios*. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.
- _____. _____. _____. Novo Código de Processo Civil comentado. 2^a. Ed. São Paulo: RT, 2016b.
- MATTEI, Ugo. *Stare Decisis: Il valore del precedente giurisdizionale negli Stati Uniti d'America*. Milano: Giuffrè, 1988.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3^a. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. ZANETI JR, Hermes. Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em Direito Processual Civil. In: MITIDIERO, Daniel (Org.). *Introdução do Estudo do Processo Civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004.
- OVIDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)*, v. 79, p. 161-180, 1984.
- PORTE, Sérgio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law*, e o precedente judicial. In: Luiz Guilherme Marinoni (Org.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 01, p. 761-776.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*. Ano 37, vol 208, p. 203-240, junho/2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A jurisdictio romana e a jurisdição moderna. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, n. 355, p. 11-28, mai. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os Precedentes Obrigatórios. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 13, nº 1099, 09 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/258-artigos-dez-2013/6371-contra-os-precedentes-obrigatorios>. Acesso em 14.set.2016

_____. Precedentes: que precedentes? (Um ensaio sobre a jurisdição). *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 16, nº 1330, 22 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/340-artigos-ago-2016/7711-precedentes-que-precedentes-um-ensaio-sobre-a-jurisdição>. Acesso em 24.ago.2016

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do direito. In: _____. LONGO, Luís Antônio. *A constitucionalização do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 31-49.

_____. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011a.

_____. Democracia transnacional: as novas esferas transversais de decisão política. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011b. p. 123 – 137.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 35., n. 189, p. 9-52, nov. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: common law e civil law. *Revista de Processo*. Ano 34, n. 172, p. 121-174, jun / 2009.

ZANETTI JR, Hermes. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015? *Revista de Processo*. Vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016.

CAPÍTULO 5

A TUTELA SOCIOEDUCACIONAL DO ESTADO POR MEIO DA MÚSICA: UMA ANÁLISE DO PROJETO “BANDA LIBERDADE”

Dalmir Franklin Oliveira Jr.¹

Phillip Gil França²

1) O DIREITO À SOCIOEDUCAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Conforme as perspectivas da prioridade absoluta e do melhor interesse preconizados pela doutrina da proteção integral, o art. 228 da Constituição estabelece que o menor de 18 anos é inimputável. Assim, ao mesmo tempo em que deve ser responsabilizado pelo descumprimento de um dever, o adolescente que prática um crime ou uma contravenção tem o direito de ser sancionado de forma distinta dos imputáveis, ou seja, com as penas constitucionalmente previstas.

Sustenta-se, desta forma, a impossibilidade de redução da maioridade penal no Brasil. A tramitação de diversos projetos de lei neste sentido e a aprovação, na Câmara dos Deputados, da PEC nº 171, são um verdadeiro ataque à democracia constitucional, vista sob a perspectiva substancialista.

¹ Juiz de Direito - RS, Professor da Universidade de Passo Fundo (UPF), Mestre em direito pela UPF e especialista em direito da criança (FESMP-RS) e direitos fundamentais e constitucionalização direito (PUC/RS).

² Pós-doutor (CAPES_PNPD), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em ‘doutorado sanduíche - CAPES’ na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Bacellar. Pós-Graduado em Direito Civil pelo Instituto de Direito Romeu Bacellar. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Autor dos livros Controle da Administração Pública, 4º Ed. (Saraiva, 2016) e Ato Administrativo e Interesse Público, 2º Ed. (RT, 2015). Tradutor da obra The Principle of Sustainability Transforming Law and Governance de Klaus Bosselmann (RT, 2015). Membro do Grupo de Pesquisas de Constituição e Direitos Fundamentais (Cnpq) liderado pelo Professor Doutor Ingo W. Sarlet. Vencedor do prêmio Jorge Miranda - TJ/TO de melhor tese de 2014; Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná; Membro da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/PR. Advogado e Consultor Jurídico

Aparentemente, o Congresso e uma boa parte da população brasileira³, lamentavelmente desinformada ou, pior, intencionalmente mal informada, ainda não se deu conta de que esse gesto importa, entre tantos outros efeitos nefastos, em grave ataque à nossa democracia, tão duramente conquistada.

A proposta precisa e deve ser rejeitada por duas simples e importantes razões: primeiro, é inconstitucional; segundo, tende a piorar o problema da segurança pública, dadas as precárias condições do sistema penitenciário brasileiro, e do melhor investimento no sujeito adolescente autor de ato infracional, sancionado com medida que, por possuir o caráter punitivo e pedagógico, recebe acompanhamento de professores, assistentes sociais, psicólogos, médicos etc., com resultados possivelmente melhores em termos de reiteração/reincidência.

Como vem se sustentando no decorrer da presente pesquisa, existem determinados direitos que são especiais, pois receberam tratamento diferenciado do mais importante diploma jurídico do país, a Constituição da República. Tais direitos, que designamos de fundamentais, são tão relevantes que o próprio poder constituinte originário, elaborador da Carta, os resguardou da possibilidade de abolição (art. 60, § 4º, inciso IV).

Apesar do texto constitucional referir, no citado inciso, tão somente os direitos e garantias individuais, parte da doutrina tem salientado que a interpretação correta das normas constitucionais sobre o poder de reforma indica a impossibilidade de abolição de todo e qualquer direito fundamental, por uma interpretação extensiva do citado dispositivo. Conclusão a que se poderia chegar, também, por se considerarem os direitos fundamentais como limites implícitos ao poder de reforma.

Nesse sentido, sendo a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito (art. 1º), é importante registrar que democracia responsável não significa apenas o respeito às regras do jogo, em especial, acatar a decisão da

³ Segundo pesquisa feita pelo Instituto Datafolha, publicada na imprensa em abril de 2015, 87% da população brasileira seria favorável a redução da maioridade pena de 18 para 16 anos, conforme <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1616762-87-querem-reducao-da-maioridade-penal-numero-e-o-maior-ja-registrado.shtml>

maioria, conforme a perspectiva proceduralista.

Como sustentado no primeiro capítulo, pensa-se que um verdadeiro regime democrático é aquele que reconhece e resguarda determinados valores e direitos mínimos, fundamentais, de todo e qualquer cidadão. Se não fosse assim, eventuais maiorias poderiam simplesmente promover a eliminação física (morte), tortura ou prisão de algumas minorias ou classes, como aconteceu nos regimes fascistas e nazistas. Isso não ocorre, justamente, pois o direito fundamental à vida, junto com a integridade física e a liberdade, são garantias de todos, inclusive contra circunstanciais maiorias.

Se a vida e a liberdade são direitos fundamentais que estão no catálogo do Título II da Constituição (chamado pela doutrina de “catálogo dos direitos fundamentais”, já que a Constituição assim designa o citado título), o mesmo não se verifica com outros direitos que se encontram esparsos no seu texto.

Ocorre que, conforme já assinalado, o parágrafo 2º do art. 5º permite que encontremos direitos fundamentais fora deste catálogo. É o caso, por exemplo, do direito à constituição de família por meio do casamento ou da união estável, que tem sua previsão constitucional no art. 226. Tais direitos, assim como a prioridade absoluta, são considerados fundamentais, na medida em que sua essência ou substância os assemelha aos direitos essenciais do catálogo e, especialmente, pois dão concretude ao princípio fundamental de respeito à dignidade humana (Art. 1º, III).

Nesse mesmo sentido deve ser compreendido o artigo 228, que estabelece serem penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, submetendo-os, quando da prática de um crime ou contravenção, às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Cuida-se de uma clara especificação do direito fundamental de liberdade (do *caput* do art. 5º) e, por isso, não pode ser abolido⁴. Os limites e restrições possíveis

4 A caracterização do artigo 228 como direito fundamental é adotada também por Maria Celina Bodin de Moraes: “O Constituinte não previu tal direito junto do rol de direitos fundamentais, tendo preferido dedicar parte específica do Texto Constitucional à disciplina dos direitos das crianças e adolescentes, com vistas a obter a maior eficácia. Assim, quando previu, no art. 5º, XLVII, que não haverá pena de morte – salvo se

indicam, quiçá, um maior rigor com o aumento dos períodos das medidas, desde que não violem a proporcionalidade, a razoabilidade e não atinjam o núcleo essencial do direito.

É imprescindível alertar a sociedade, enfim, que, se admitirmos a abolição de um direito fundamental, outros também correrão seríssimos riscos: poderíamos admitir que o Estado confiscasse nossas propriedades? Ou, alguém consegue imaginar uma situação absurda de execução da pena de morte por apedrejamento (violação do direito fundamental à vida) para aqueles que vivem em união estável (direito fundamental de constituir família por este meio específico)?

Ainda, há quem defenda que o fundamento de se conceder tratamento diferente e especial a tal categoria de sujeitos reside - para além da condição peculiar de desenvolvimento e de um direito de personalidade típico infanto-juvenil distinto dos adultos -, justamente, na condição de sua maior vulnerabilidade. Buscar-se-ia, com esta diferenciação, analisar a questão sob a ótica da igualdade material, ou seja, por estar em situações desiguais dos adultos, esta categoria deve ser tratada de forma desigual.⁵

Com todo o respeito à posição externada, que se afigura parcialmente correta, defende-se que esse é um argumento que, na conjuntura atual, necessita de reforço. São conhecidas as propostas que defendem a redução da maioridade penal para

existir guerra declarada – , nem pena perpétua, cruel, de banimento e de trabalhos forçados, deixou claro que tais penas não devem ser aplicadas em território nacional. E, de forma coerente, no art. 228 afirmou que nenhuma pena, mesmo as permitidas pela Constituição, serão aplicadas aos menores. O art. 228 tem ainda estreita ligação com o art. 5º, LV, bem como com o art. 227, parágrafo 3º, IV e V, CF, todos eles versando sobre o contraditório, a ampla defesa, além de princípios inerentes à população infanto-juvenil, quando da penalização especial. “A propósito foi dito que apesar de as normas (arts. 227 e 228) se encontrarem no Capítulo VII do Título VIII da Constituição, não há como negar-lhes a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Segundo Canotilho: “os direitos de natureza análoga são os direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiam-se de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes” MORAIS, Maria Celina B. *In* Comentários à Constituição do Brasil. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, 2013.

5 MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri: Manole, 2003. p. 119

dezesseis anos em algumas hipóteses⁶. Costumam basear-se, primeiro, na capacidade de entendimento sobre a ilicitude na prática de um ilícito (aspecto anímico/psíquico) de um jovem de 16 ou 17 anos, especialmente diante da atual sociedade da informação, o que diz com os jurídicos elementos da culpabilidade no direito penal. Em segundo lugar, na constatação empírica de que este adolescente já desenvolveu seu aspecto físico-biológico, possuindo o corpo com características adultas. Neste sentido, fica mais difícil aceitar o argumento da vulnerabilidade pela questão etária.

Assim, quer-se retomar, neste ponto, a ideia da força normativa de uma constituição que concretiza as opções políticas da sociedade brasileira em determinado momento histórico, cristalizando certos direitos, como é o caso da liberdade especial de menores de 18 anos, com o reforço jurídico da jusfundamentalidade – aplicabilidade imediata, máxima eficácia, cláusula pétrea etc. -, com o que se confere a nossa identidade como nação.

Acrescente-se, como nação adequadamente incluída na comunidade internacional, de onde se verifica que a maior parte dos países signatários da Convenção da ONU sobre os direitos da criança, também fixam a imputabilidade penal a partir dos 18 anos.⁷ Daí a falar-se que a implicação da prioridade absoluta na vida do adolescente infrator, dentre tantos significados, implica no reconhecimento de um direito fundamental a não ser punido como um adulto, ou seja, de estar submetido à socioeducação.

Assim como a prioridade absoluta prevista no artigo 227, e junto a ela, o direito previsto na segunda parte do dispositivo do artigo 228 é direito formal e materialmente fundamental. O aspecto formal é reconhecido na medida em que se trata de

6 O texto aprovado da PEC nº 171, em tramitação no Congresso Nacional, diminui a maioridade penal para 16 anos nos crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, conforme <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>

7 Dados do direito comparado podem ser obtidos no sítio do Ministério Público do Paraná, dando conta que a maioria dos países adota os 18 anos como idade para a imputabilidade penal, *in* <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>

norma inserida no texto da Constituição, tendo em vista o catálogo aberto estabelecido pelo § 2º do artigo 5º. Goza, por isso, de todas as garantias das normas constitucionais, em especial, a supremacia hierárquica e a já referida limitação do poder de reforma.

É materialmente fundamental pois, ao tratar da liberdade específica desta categoria de sujeito, assemelha-se a um direito fundamental do catálogo – liberdade geral do *caput* do art. 5º – e, também por isso, está intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana e aos valores do Estado Brasileiro⁸. A restrição e a privação da liberdade do adolescente devem ser encaradas segundo as especificidades de sua condição humana. Como afirmado anteriormente, é possível se aferir uma dignidade humana especial a essa categoria jurídica de sujeito.

Ainda, se todas as penas lícitas devem levar em consideração os aspectos mínimos de dignidade humana do condenado, no caso do adolescente, as medidas deverão considerar os mesmos requisitos, além daqueles que dizem respeito especificamente à dignidade própria dos adolescentes. O valor relativo à promoção do bem-estar, previsto no inciso IV do artigo 3º, também indica a necessidade de um tratamento “penal” distinto para os adolescentes, a caracterizar materialmente a socioeducação como uma norma jusfundamental. Por fim, se pode fazer referência ao valor relativo à busca de resolução pacífica dos conflitos previsto no Preâmbulo da Carta de 1988: quer-se acreditar que o tratamento do adolescente em conflito com a lei penal também está relacionado a tal diretriz, motivo pelo qual o artigo 35, III, da Lei do Sistema Nacional Socioeducativo incluiu na execução das medidas as práticas restaurativas⁹.

Ademais, associa-se ao direito à socioeducação tudo aquilo que reforça juridicamente os direitos fundamentais. A norma constitucional tem aplicabilidade imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º, merecendo destarte toda a eficácia jurídica e

8 A liberdade é expressamente prevista no Preâmbulo da Constituição de 1988.

9 Sobre a Justiça Restaurativa, ver autores como Howard Zehr, Kay Pranis, Leoberto Brancher e Afonso Konzen.

social (efetividade).

Neste ponto, é importante ressaltar que, apesar de estarmos diante de um direito fundamental que goza da aplicabilidade imediata, se trata de norma de baixa densidade normativa¹⁰, razão pela qual as medidas aplicáveis a todos os menores de 18 anos exigem a interposição legislativa para conferir os contornos desta forma especial de responsabilização. Tal ato legislativo foi concretizado com a Lei 8.069/90 (ECA), que estabelece, no rol taxativo do artigo 112, as medidas de advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional e quaisquer das medidas protetivas dos incisos I a VI do art. 101.

É interessante questionar se outras medidas poderiam ser utilizadas com o fito de “assujeitar” essa categoria de sujeitos nos casos em que praticarem crimes ou contravenções. Pensa-se que sim. A Constituição não revela quais as medidas aplicáveis ao sujeito entre 0 e 18 anos nestes casos. Como anteriormente referido, nos termos da conformação legal do direito fundamental respectivo, às crianças foram reservadas as medidas de proteção.

Outrossim, desde que respeitada a peculiar condição de desenvolvimento do sujeito adolescente, e respeitada a prioridade absoluta na configuração da resposta estatal, conforme se analisará no tópico seguinte, é possível o estabelecimento de outras espécies de medidas, desde que não se identifiquem com as penas.

O direito fundamental à responsabilização diferenciada, ou seja, à socioeducação dos adolescentes, também está sujeito a um regime próprio de limites e restrições. Como referido, a medida não pode identificar-se com as penas aplicáveis aos adultos, diferenciando-se delas em pelo menos dois aspectos. O prazo de duração deve ser consideravelmente menor, pois o significado e a noção de tempo para o adolescente são distintos da noção de tempo para o adulto.

O cálculo matemático que se costuma fazer é: 5 anos de

10 Classificação utilizada, entre outros, por Ingo Sarlet e Gilmar Mendes.

privação de liberdade de um adulto de 30 anos representa 1/6 do seu tempo total de vida; já para um adolescente de 15 anos, estes mesmos 5 anos de privação da sua liberdade corresponderia a 1/3 do pouco tempo que já viveu. E isso deve ser objeto de reflexão não apenas no que diz respeito à objetividade da contagem cronológica do tempo, mas também quanto aos efeitos e diferenças no mundo psíquico, pois é senso comum a ansiedade dos adolescentes que, assim, não sabem esperar, não têm paciência ou querem as coisas imediatamente.

Trata-se de uma das características dessa fase da vida. Além disso, outro traço diferenciador das responsabilizações revela que os recursos físicos e humanos relacionados ao cumprimento da medida devem ser adequados à fase de desenvolvimento do adolescente, evitando-se o contato deste sujeito em desenvolvimento com adultos que possam ser referência deletéria para eles.

As pessoas que cuidarão da execução da medida devem estar adequadamente capacitadas para cumprir tal mister, levando em consideração todas as peculiaridades deste condenado, a fim de imprimir a responsabilização e possibilitar o desenvolvimento educacional. Aliás, as instalações físicas, incluindo o aspecto arquitetônico, por fim, deverão seguir a mesma linha de raciocínio.

No caso da privação da liberdade, chamada de internação para os adolescentes, cuida-se de medida excepcional, reservada para os casos de extrema necessidade e por tempo não muito longo. A resposta estatal deve levar em consideração a formação da personalidade deste sujeito, sendo conhecidas as nefastas consequências da institucionalização total por longos períodos.

A vida carcerária é uma vida em massa. Sobretudo para os presos, evidentemente. Como consequência, ela lhes acarreta, dependendo do tempo de duração da pena, uma verdadeira desorganização da personalidade, ingrediente central do processo de prisionização. Entre os efeitos da prisionização, que marcam profundamente essa desorganização da personalidade, cumpre destacar: perda da identidade e aquisição de uma nova identidade;

sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico, infantilização, regressão.¹¹

Ainda, a medida, para se diferenciar das penas, deve proporcionar ao sujeito adolescente algum tipo de atividade, tratamento e acompanhamento apropriado ao seu estágio de desenvolvimento. Aqui, não se descarta o caráter lúdico deste tipo de atividade, muito embora o tipo de brincadeira ou lazer dos adolescentes seja já bastante distinto das crianças. Ressalta, outrossim, o aprendizado nessa fase da vida, o que também será explorado no capítulo seguinte.

A disponibilização de adequados tratamentos médicos (cuidados com a saúde física, que não importem em medicalização abusiva sob o pretexto da ocorrência generalizante de transtornos mentais ou de conduta), psicológicos (saúde mental analisada sob a perspectiva de outra área do conhecimento que não apenas a psiquiatria) e do serviço social para acompanhamento do adolescente e da família, também são essenciais na execução da medida socioeducativa.

Aliás, esse parece ser o diferencial das medidas, onde as disponibilidades de intervenções na vida do sujeito, desde que respeitadas suas condições pessoais e do seu desejo¹², são a grande nota característica dessa forma de responsabilização, que se acredita, inclusive, mais eficaz do que as penas aplicadas aos imputáveis.

As condições precárias do sistema prisional, de conhecimento público, indicam que as penas privativas de liberdade, ressalvados alguns projetos na área da profissionalização e ressocialização, tem seu âmbito de intervenção reduzido ao caráter retributivo. Em tal sentido, quiçá, não seria absurdo, e sim provavelmente recomendável, que aumentássemos a idade da imputabilidade penal e estabelecêssemos as medidas socioeducativas de forma garantista,

11 SÁ, Alvino Augusto de Sá. **Criminologia crítica e psicologia criminal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

12 ROSA, Alexandre Morais. **Introdução crítica ao ato infracional: Princípios e Garantias Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

com prazos mais amplos, para jovens de 23 ou 25 anos. Provavelmente teríamos melhores resultados em termos de adequada reintegração social, com possível diminuição no índice de reincidência criminal.

Outros limites importantes dizem respeito à impossibilidade de a medida ser mais grave do que as penas aplicáveis aos imputáveis. Conforme explanado anteriormente, uma das premissas da Doutrina da Proteção Integral é a de que os adolescentes não podem receber tratamento mais gravoso do que aqueles dispensados aos adultos.

Tal conclusão, agora, é reforçada pela aplicação dos princípios do artigo 100 do Estatuto às medidas socioeducativas, conforme estabelece o artigo 113 do mesmo diploma legal. Assim, todos os limites e restrições aplicáveis ao apenamento dos imputáveis devem ser estendidos, em princípio, aos adolescentes que são responsabilizados pela prática de crimes e contravenções. Cita-se, como exemplo, a questão do direito à visita íntima para os privados de liberdade, que só veio a ser reconhecida para os adolescentes em 2012, com a Lei do SINASE, a demonstrar que o tratamento dispensado para eles até então era mais prejudicial.

Todavia, sustenta-se que mesmo antes da entrada em vigor da citada lei já era possível estender este direito aos adolescentes internados pela prática de ato infracional, uma vez que aos adultos ele já era reconhecido em sede de execução penal. Uma nota importante, aqui, diz respeito a efetividade deste direito e a importância da mudança de cultura para tanto. Apesar da lei ter garantido a possibilidade de visita íntima para os adolescentes, sabe-se que são poucas as unidades de internação no RS em que esse direito realmente é exercido.

Reitera-se, aqui, que o direito fundamental à socioeducação é compreendido segundo uma natureza mista da resposta estatal imposta. Como se trata de uma intervenção com um sujeito em peculiar condição de desenvolvimento, a medida deve ser tendente a interferir no seu processo de crescimento,

conforme, ainda, Olympio Sotto Mayor¹³. Insiste-se, outrossim, na natureza punitiva-sancionatória, pois a função do Direito não se resume a conferir um caráter pedagógico à sanção decorrente da responsabilização do adolescente, mostrando-se imprescindível, também, enquanto imposição das noções de limite e de lei no psiquismo do infrator.

O direito fundamental em tela, outrossim, necessita de atos posteriores à edição e vigência do dispositivo constitucional para definir os contornos sobre a resposta possível, uma vez que se trata de norma de baixa densidade normativa.

Entretanto, ao lado de necessidade de uma resposta jurídica propriamente dita, atos pontuais de cidadania, mesmo no exercício do ônus públicos, merecem o devido destaque em razão dos reflexos positivos e consequências na busca do desiderato comum estabelecido no art. 3º da CF/88, que estabelece os objetivos fundamentais da república, qual seja: a promoção do desenvolvimento intersubjetivo, conforme o conteúdo a seguir.

2) ESTUDO DE CASO: PROJETO BANDA LIBERDADE

“Valeu a pena, escapar da algema
 Dar orgulho pra minha mãe e não ser mais problema
 Aprender o tema, e que a molecada creia
 Que a liberdade vale mais do que conta bancária cheia
 Ah, se o mundo fosse como eu queria
 Em 11 de setembro nenhum prédio cairia
 O Brasil era melhor, não tinha corrupção
 E o amor existiria em todo e cada coração
 A molecada habitaria em um bom lugar
 A Fundação pode ser casa só que não é lar
 Pra sociedade pode ser que eu não sou bem visto
 Mas achei minha solução no senhor Jesus Cristo
 Vejo a nossa juventude com o copo cheio
 Pensando que no álcool está a solução
 A solução tá no senhor que eu sirvo e creio

13 CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (Coords.).*Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001

Jesus Cristo é a resposta e é a salvação
 Não seja tu mais um tomado pela hipocrisia
 Estude e trabalhe se quer ser alguém um dia
 Já fui isca, mas hoje sou o pescador
 E a maior isca que eu uso pra pescar é o amor.”¹⁴

Na busca de uma interlocução entre a teoria e a prática, desde o ano de 2008, é desenvolvido no Centro de Atendimento Socioeducativo de Passo Fundo/RS, o Projeto Banda Liberdade, cujo objetivo é utilizar o lazer, a arte, a cultura e, em especial, a música como alternativas pedagógicas na socioeducação de adolescentes e jovens que cumprem medidas de internação naquela unidade. No interior da entidade de atendimento, são realizadas oficinas com instrumentos musicais para grupos de internos que praticaram diversificados atos infracionais, perdendo, por isso, suas liberdades.

Tais oficinas tem frequência semanal, com duração de aproximadamente uma hora e meia, contando com cerca de 15 a 20 internos, selecionados considerando o comportamento no decorrer do cumprimento da medida. Estima-se que mais de 500 adolescentes e jovens já passaram pelo projeto. Em termos de recursos humanos, atualmente, o projeto conta com um professor de percussão e ritmo, é coordenado por uma técnica da unidade, e conta com o auxílio de socioeducadores no acompanhamento das atividades.

Como recursos materiais, além dos instrumentos de percussão e bateria, o projeto possui instrumentos de harmonia, como violões, guitarras, baixos e teclado. Além disso, microfones e caixas de amplificação. Todavia, por falta de recursos, e consequentemente de professores, apenas as oficinas de percussão estão sendo oferecidas. Estão inseridas nas atividades do projeto, além das oficinas, ensaios e apresentações no interior e fora da unidade, por vezes, recebendo convidados especiais.

Inicialmente, cumpre asseverar que um dos aspectos a ser

14 Letra de autoria de Gabriel Moreira, egresso do CASE de Passo Fundo, interpretada na apresentação do Projeto Banda Liberdade no Planeta Atlântida 2016, no show do Rappa, e cantada incidentalmente à música “Pescador de Ilusões”.

considerado é a necessidade de preencher o vazio legislativo na especificação das ações pedagógicas que compõem a medida sancionatória aplicada a esses adolescentes. Existe uma certa abertura, a nosso sentir, adequada, sobre quais os conteúdos e técnicas pedagógicas devem ser utilizadas nestes casos, o que combina com a liberdade de ensino e aprendizado prevista no artigo 205 da Constituição de 1988. De qualquer forma, como bem assinalado por Martha de Toledo,

(...) o cerne desta intervenção educativo-pedagógica seria criar um processo pedagógico com potência de interferir na formação do adolescente, para – valorizando seu enorme potencial de autotransformação bem como ele próprio como condutor de sua história de vida, como sujeito-agente desse projeto pedagógico e não objeto dele – auxiliá-lo a modificar seu próprio comportamento, para que este se ajuste às regras de convívio social, favorecendo o desenvolvimento das potencialidades humanas mais sadias e solidárias do adolescente”¹⁵

Não se trata, é relevante frisar, de um relato acerca de uma pesquisa de campo nos moldes da exigência científica para fins estatísticos. Quer-se apenas trazer ao mundo acadêmico as impressões de outros atores acerca da vivência na socioeducação e das experiências pessoais de muitos que participam desse processo.

A concepção do projeto tem diversas razões e metas. Uma delas, é proporcionar aos jovens internos uma emergência como sujeitos e um pertencimento social distintos daqueles que acabaram os conduzindo ao cárcere. Ocorre que a prática de atos violentos e criminosos, segundo uma corrente da psicanálise, pode estar relacionada a uma forma de aparecimento do sujeito que, até então, estava invisível aos olhos da sociedade¹⁶. Se, até

15 MACHADO, Martha de Toledo. 2003.

16 Para Charles Melman, o delinquente é irresponsável, no sentido de que ele não age de modo algum dentro do que empenharia uma responsabilidade do sujeito. Trata-se, ao contrário, de um esforço (vão) para fazer com que haja sujeito, um esforço de fazer-se a si mesmo. Nesse sentido, é possível saber quanto está presente no delinquente a preocupação de se fazer um nome, de se fazer conhecer: “sim, é alguém”. MELMAN,

aquele momento da vida, esse sujeito, que praticamente não aparecia, surgiu para a comunidade pelo viés do “bandido”, “delinquente”, “marginal”, sendo identificado socialmente em virtude da prática do crime, busca-se tentar modificar tal etiquetamento.

Com a inclusão no Projeto Banda Liberdade, esses jovens passam a ensaiar, fazer apresentações, shows e, assim, podem se despir de um papel negativo: quiçá, mostrar seu potencial para fazer algo positivo e socialmente bem aceito. Algumas coisas nos parecem relevantes neste ponto. Em primeiro, a necessidade de mudar a perspectiva sobre as respostas penais ao crime. A pouca eficiência da pena de prisão, especialmente na forma como é executada no Brasil, se não é um consenso, é um fato bastante forte e relevante que deve ser considerado.

Adere-se, pois, às propostas de novas estratégias de reinserção social dos privados de liberdade sugeridas por Alvino, como o fortalecimento psíquico da pessoa do apenado, a diminuição das penas privativas de liberdade, programas de recompensa que promovam o encontro do agressor com a vítima e a sociedade, o estímulo do pensamento, da reflexão e da simbolização, tudo num ambiente de (re)aproximação do cárcere com a sociedade¹⁷. Tal aproximação com a comunidade é realizada concretamente pelo Projeto Banda Liberdade, na medida em que além das oficinas e aulas, como referido, são feitas apresentações junto a diversos locais fora das dependências da Unidade, como universidades, teatros, seminários, congressos, programas de televisão e rádio, festivais, casas noturnas, projetos comunitários etc.

Vale referir que a divulgação do projeto no programa **Jornal do Almoço** da Rede Brasil-Sul de Televisão (RBS), em meados do ano passado, proporcionou matérias jornalísticas em diversos meios de comunicação, como o programa da Rede Globo de Televisão **Como Será?**, jornais, como a Folha de São

Charles. **Alcoolismo, delinqüência, toxicomania: uma outra forma de gozar.** Tradução de Rosane Pereira. Organização e revisão técnica de Contardo Calligaris. São Paulo: Escuta, 2000.

17 SÁ, Alvino Augusto de Sá. Ibidem. 2012

Paulo, revistas, e sites. Além disso, o projeto recebeu convites para apresentar-se no Bar Opinião, conhecida casa noturna de Porto Alegre-RS, e no Festival Planeta Atlântida, fazendo uma participação especial no show da banda nacional O Rappa, com transmissão ao vivo pelo canal Multishow.

Em segundo, afigura-se interessante reconhecer e mostrar para a sociedade – e às vezes para os próprios internos – que tais adolescentes, apesar de terem praticado condutas delinquentes sérias, a ponto de perderem a liberdade, têm condições de oferecer algo de bom. Trata-se de um passo importante na reintegração social dos condenados pela justiça penal, que está relacionado à valorização do sujeito e à possibilidade de confiar em mudanças. O citado autor assevera que

Segundo Winnicott, “(...) ninguém comprehende que a criança tenha necessidade de dar, mais ainda do que receber (...). Se a criança tem mais necessidade de dar do que de receber, se ela tem necessidade de construir, de contribuir, por que o adulto também não teria? Por que o delinquente também não teria?”

Ainda, sobre a noção e necessidade de identificação e reconhecimento, vale a lição de Ana Paula Mota Costa¹⁸, quando faz uma digressão acerca das características da sociedade contemporânea, marcada pelo individualismo e consumo como valores centrais, gerando, em sociedades cuja desigualdade social continua sendo forte, uma necessidade de busca direta pelos objetos do desejo. Segundo a citada doutrinadora, nas construções socioculturais, o mundo adulto, onde podemos incluir o sistema educacional, formadores do opinião, legisladores, sistema de justiça etc., vê a adolescência com certo estranhamento, fruto de uma confusão do imaginário social.

O adolescente é o sujeito que está no “meio do caminho”, naquela fase de transição entre a infância e mundo adulto¹⁹, deles

18 COSTA, Ana Paula Motta. *Ibidem*. 2012.

19 MACEDO, AZEVEDO e CASTAN (2004) referem, ainda, que a puberdade é a fase que marca a necessidade do sujeito desvincular-se dos pais (família) para ingressar na comunidade social: “Trabalho de reestruturação psíquica, a recon-quista da

se esperando, ora que ajam com a inocência e docilidade dos primeiros, ora com a responsabilidade dos segundos.

Os adolescentes que praticaram crimes ou contravenções, então, constituindo-se em uma minoria, passam por um processo de categorização ou identificação social em que tal estranhamento se acentua. A segregação, na forma de privação de liberdade (internação), assim, está fundada na responsabilização pela prática do ato, mas não pode ser compreendida separadamente dos sujeitos, pois “(...) com frequência a atitude dos grupos é de expulsar, separar, exilar, confinar ou destruir os estranhos.”²⁰

Participar das oficinas da Banda Liberdade, tocar um instrumento musical com o professor de música e os outros internos, apresentar-se nos eventos com a eventual participação do juiz que é responsável pela execução das medidas que estão cumprindo²¹, proporcionam a emergência e o aparecimento destes “estranhos” adolescentes de uma forma diferenciada, na medida em que praticam atos bastante diferentes daqueles que geraram a sua punição, e que podem permitir uma identificação social positiva. Objetiva-se, enfim, a inclusão social por meio das atividades do projeto, na esperança de transformação das realidades e das vidas destes internos:

estabilidade do ego e a reorganização das pulsões, acomodando as modificações físicas e psíquicas em uma nova configuração identitária”

20 COSTA, Ana Paula Motta. *Ibidem*. 2012.

21 Pensa-se que a presença do magistrado nesse tipo de atividade pode proporcionar alguma reflexão dos jovens sobre as questões de identificação. Além de verem o juiz como autoridade, também podem vê-lo como alguém que pode participar de sua formação. Não se pode esquecer que os adolescentes precisam ter, nos adultos, figuras com as quais se identifiquem. A identificação, inicialmente estabelecida no âmbito familiar (figuras parentais), passa para outras referências, agora encontradas no laço social. De acordo com José Ottoni Outeiral: “Os processos de identificação são fundamentais na adolescência, particularmente na constituição da identidade”. Nos meios sociais “marginalizados”, onde o traficante e o assaltante são valorizados porque TÊM (acesso ao dinheiro, aos bens, às mulheres etc.), é muito provável que os adolescentes se identifiquem com os mesmos, optando por uma vida semelhante. OUTEIRAL, José Ottoni. *Violência no corpo e na mente: consequências da realidade brasileira*. In: LEVISKY, David Léo (Org.). Prefácio de Roosevelt Moisés Smeke Cassorla. *Adolescência: pelos caminhos da violência – a Psicanálise na prática social*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

“As crianças e, especialmente, os adolescentes formam sua identidade por meio de um processo intersubjetivo, em interação com a comunidade onde estão inseridos. Constituem seus valores ou preferências pessoais a partir daquilo que é importante em seu contexto, aprendendo a conviver coletivamente, ao se sentirem parte do todo, aceitos e pertencentes. (...)

Conforme afirma Assis:

(...) A continuidade e a intensidade dos olhares e sentimentos criam e transformam seres humanos e relacionamentos”²²

Ainda, a busca pelo reconhecimento social que a música executada durante o Projeto Banda Liberdade pode proporcionar diz respeito ao resgate da dignidade de jovens que cumprem medidas socioeducativas de internação. Como asseverado, é relativamente comum a história de invisibilidade de muitos deles, seja no campo familiar, financeiro, educacional, profissional. Não se quer dizer que tal invisibilidade e marginalização são as únicas justificativas para a prática de atos infracionais, embora tenham considerável peso nesta equação²³. Mas, a falta da dignidade específica dos adolescentes, intimamente relacionada à necessidade de reconhecimento social, é uma circunstância facilmente constatável. É marcante o depoimento prestado por

22 COSTA, Ana Paula Motta. *Ibidem*. 2012

23 “Segundo Zaffaroni (1998), as pessoas que caem nas malhas da lei e são atingidas pelas penas nela previstas não são, em sua grande parte, portadoras de condições psicológicas que etiologicamente as tornam criminosas, mas são justamente pessoas vulneráveis a todo esse processo de criminalização vigente por força do sistema penal. São “pessoas deterioradas”, diz ele, ou seja, são os oprimidos a que nos referimos acima, os quais, por não terem acesso aos bens materiais e espirituais da cultura, são desprovidos de recursos internos que lhes permitam elaborar interiormente as normas e delas se “apossar” e se tornar atores e ter “voz”, nesse complicado palco de arranjo de custos e benefícios que a civilização orquestra no dia a dia da humanidade. A vulnerabilidade de personalidade dos condenados, segundo o supracitado autor, é consequência de um estado de deterioração econômica, social e cultural, “o que os coloca em situação de bons candidatos para a criminalização”. SÁ, Alvino Augusto de Sá. *Ibidem*. 2012.

um técnico entrevistado no decorrer da presente pesquisa, quando questionado sobre o retorno dos adolescentes que participam do projeto. Em determinada oportunidade, depois de uma apresentação musical em Porto Alegre, um dos internos disse para a citada técnica que nunca tinha sido aplaudido em toda sua vida, o que dá indicar a visibilidade positiva proporcionada.

A proposta de realizar as oficinas de música no interior da instituição busca, ainda, distensionar um pouco o ambiente da privação de liberdade. Aqueles que conhecem e vivenciam a rotina de instituições totais, em especial estabelecimentos prisionais e unidades de internação, sabem das dificuldades rotineiras enfrentadas por todos os atores desse cenário social. Além das normais preocupações com as questões de segurança (para evitar fugas, brigas e motins), não se pode esquecer que a limitação da liberdade de locomoção e a obrigatoriedade de convívio com pessoas que não se escolhe são fatores de uma gama enorme de conflitos e relações de poder distintas daquelas que se estabelecem na sociedade dos “livres”.

Preocupados, também, com essas questões, os responsáveis pela execução das medidas de internação em Passo Fundo (Juizado da Infância e Juventude, Ministério Público, Defensoria Pública, Administração, Técnicos, Socioeducadores e Professores da Unidade do CASE/PF) sempre buscaram concretizar o maior número de projetos possíveis para envolver os internos. São exemplos, a Rádio Jovem, que permite o aprendizado e elaboração de programação musical para ser executada no interior da Unidade; as oficinas de xadrez e artesanato; a prática de esportes, como futebol e voleibol; cursos técnicos nas áreas da administração, construção civil e auxiliar de cozinha etc.

Tudo isso como acréscimo à rotina escolar, uma vez que os dois setores existentes alternam-se de turno para frequentar a Escola Estadual Paulo Freire, que fica dentro da entidade de atendimento. Junto a tais projetos, a Banda Liberdade, apesar do barulho e da eventual falta de ritmo ou afinação típicos daqueles que estão aprendendo, modifica o ambiente pesado da privação

de liberdade vivenciado não apenas pelos internos, mas também pelos funcionários da unidade. É comum o sentimento das pessoas de sentir prazer ou alívio ao escutar e apreciar a música²⁴, ou de a música alegrar o ambiente.

O projeto visa, nesse sentido, mudar um pouco a “cara” da instituição, o que também vem sendo notado pelos participantes. O depoimento de uma das presidentes da Fundação responsável por todas as unidades do Estado do Rio Grande do Sul, ao conhecer o projeto, foi marcante justamente nesse sentido: disse que não tinha conhecido ainda um CASE onde havia música executada pelos próprios internos. A alegria e contentamento, no caso, também tinham endereço certo, já que os membros do projeto executaram ritmos baianos para a citada Presidente, que era natural daquele estado da Federação.

AcREDITA-SE que a resposta que o Estado dá às violências praticadas por esses adolescentes não pode ser no mesmo tom, ou seja, com outros tipos de violência e degradação – algo que seguidamente ocorre no sistema penitenciário²⁵. Como bem salientado por Alvino Augusto de Sá, referindo-se aos conflitos associados ao crime, é importante identificar duas espécies de possíveis soluções ao crime: umas apelam para respostas imediatas, baseadas em atos e na ação irrefletida; as outras, são respostas mediadas pelo pensamento, pela reflexão e pela simbolização.

A mera privação da liberdade em condições precárias e sem cuidados com o sujeito está na primeira perspectiva. Sustenta-se que, apesar das dificuldades e da necessidade de

24 Sobre a musicoterapia, consultar, por exemplo, <http://guiadoestudante.abril.com.br/profissoes/saude/musicoterapia-687248.shtml>

25 “Segundo Hassemer (1983), a execução, ao lado do ensino jurídico, é um dos eixos fundamentais sobre o qual se repensa criticamente o Direito Penal, sobretudo o Direito Penal voltado para as consequências. (...) Levantando-se o véu da proteção dos bens jurídicos, da prevenção por intimidação e da ressocialização, todos os três apaziguadores das consciências, o que se observa é o que tivemos a oportunidade de ouvir da fala explícita de um preso num distrito policial: “Doutor, quando a gente sair para rua, alguém vai ter que pagar pelo que a gente está passando aqui”. Ao que os outros presos responderam em coro: “Pode crer, Doutor”. O resultado da aplicação da pena está sendo a prática de novas violências, que vão gerar outras violências futuras”. SÁ, Alvino Augusto de. *Ibidem*. 2012.

fortes investimentos, somente a segunda alternativa pode trazer algum benefício real para a sociedade. Por isso, as oficinas do Projeto Banda Liberdade, além de introduzirem um elemento novo na medida de internação, procuram proporcionar algum tipo de reflexão e simbolização na resposta que o Estado dá durante a execução da medida sancionatória.

A importância de pertencer a um grupo musical, dividir experiências e vivências do mundo da arte, sentir o retorno da sociedade nas apresentações, são elementos que podem ser trabalhados nesse processo de pensamento e reflexão sobre o significado da responsabilização penal juvenil a que estão submetidos. Obviamente que além das oficinas e apresentações, é bastante importante que os técnicos e socioeducadores trabalhem permanentemente com os internos sobre tais reflexões, experiências e simbolizações.

Outra ideia sobre eventuais benefícios do projeto está relacionada àquilo que alguns psicanalistas tratam como o fenômeno de sublimação das pulsões, tema já referido anteriormente. Parte dos atos agressivos e violentos praticados por jovens pode estar relacionado à descarga dessas energias físicas e psíquicas, pois a dissociação da pulsão de morte e da pulsão de vida gera uma tendência à destruição, manifestada na ação e no corpo, e que resulta em condutas antissociais, na autodestruição, na drogadição e nas somatizações²⁶. Para Kaufmann, a sublimação é, antes de tudo, um movimento de ascensão ou de elevação, também evidenciada, segundo Hegel, por uma espécie de “poder mágico” que tem o espírito de “converter o negativo em ser”. Cuidar-se-ia de um processo de dessexualização, ou seja

Trata-se de um caso particular de apoio das pulsões não sexuais sobre as pulsões sexuais, como Freud o ressalta nas *Conferências introdutórias sobre a Psicanálise* de 1916 (cap.

26 RANNA, Wagner. Violência no corpo – violência na mente. In: LEVISKY, David Léo (Org.). Prefácio de Roosevelt Moisés Smeke Cassorla. **Adolescência: pelos caminhos da violência – a Psicanálise na prática social**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998

XII), uma maneira socialmente valorizada de excluir determinadas tendências sexuais, ou ainda “certas modificações de fim e certas mudanças de objeto, em que a avaliação social entra em consideração”, segundo a fórmula condensada de 1932 (Novas conferências introdutórias sobre psicanálise, cap. IV)”²⁷

As pulsões podem ser caracterizadas como “a carga energética que se encontra na origem da atividade motora do organismo e do funcionamento psíquico inconsciente do homem”²⁸ As pulsões de morte passam a interessar quando se fala de delinquência, pois podem ser relacionadas à condutas agressivas. Devemos lembrar que, para o pai da Psicanálise, os homens não são criaturas gentis, que desejam ser amados e que apenas se defendem quando atacados.

Pelo contrário, são criaturas com poderosas quotas de agressividade, possuem uma natural inclinação para a agressão. É justamente a civilização, o que inclui o Direito, que permite o convívio social, pois é construída sobre uma renúncia às pulsões ou com o estabelecimento de certos interditos à satisfação indiscriminada delas²⁹.

Por meio das atividades desenvolvidas no Projeto Banda Liberdade, busca-se canalizar/desviar tais pulsões até então destinadas à agressividade e à violência para dirigi-las às manifestações artísticas, como forma de promover uma simbolização/mediação dessas descargas energéticas pela cultura e pela linguagem, inclusive musical. Quer-se ultrapassar e enfrentar de forma diferenciada o interdito natural decorrente da limitação/privação da liberdade (que se constitui na resposta imediata, no ato, anteriormente citado). As reflexões proporcionadas com as oficinas, os ensaios e as apresentações são justamente a busca pela ressignificação e simbolização da resposta

27 KAUFMANN, Pierre (ed.). **Dicionário Enciclopédico de psicanálise: o legado de Freud e Lacan**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

28 PLON, Michel e ROUDINESCO, Elisabeth. *Ibidem*. 1998.

29 FREUD, Sigmund. **Mal estar na civilização [1929]. Obras Psicológicas Completas**. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. XXI

estatal.

A própria inclinação para a agressividade pode ser objeto de novos significados e caminhos a serem trilhados, compreensões distintas acerca das condutas presentes e futuras. Aqui, é importante novamente registrar que a intervenção dos profissionais de saúde mental, em especial da psicologia, assumem relevo, para proporcionar aos jovens um processo de autoconhecimento e compreensão de suas ações durante o tempo em que estão envolvidos com os projetos ou mesmo fora deles.

Indiretamente procura-se também agregar outros sentimentos importantes. Ensaiar, tocar e apresentar-se também seria uma oportunidade especial e diferenciada de “fala” desses jovens, ou seja, de se expressar mental e fisicamente não mais por meio da violência, mas pelo viés da música³⁰. Ainda, uma oportunidade singular de participar de uma construção coletiva, refletir e lidar com a questão da alteridade, do reconhecimento e respeito pelo outro:

O enriquecimento, o amadurecimento da reflexão proporcionará ao adolescente em conflito com a lei uma revisão e reelaboração de sua escala de valores. Permitir-lhe-á redescobrir o valor da “construção”, que irá se sobrepondo ao da “destruição”, o valor do “doar-se” aos outros, enfim, o valor do outro.

Segundo Soares (1998), a reeducação do adolescente deve se basear num trabalho de reelaboração de sua escala de valores e deve passar por três etapas não necessariamente sucessivas: reflexão, elevação da autoestima e valorização de um projeto de vida. Construir o futuro é elaborar um projeto de vida e, portanto, é dar à vida um sentido”.³¹

Acredita-se que a música pode, ademais, aliviar um pouco o estado de angústia típico da adolescência. Segundo alguns

30 “Ao jovem infrator, no lugar de serem planejadas prioritariamente medidas repressivas e punitivas, como maciçamente quer a opinião pública, deveriam ser planejadas e oferecidas oportunidades para que ele tenha sua “fala”, para que ele seja um sujeito ativo e participante do bem social” SÁ, Alvino Augusto de. Ibidem. 2012.

31 SÁ, Alvino Augusto de. Ibidem. 2012.

psicanalistas, as modificações corporais, sentidas no nível do desenvolvimento físico e sexual do adolescente, tornariam real a possibilidade de violação da proibição do incesto. A angústia é resultado, pois, desta mudança do corpo, além do reconhecimento de que esse corpo alterado poderá concretizar fantasias incestuosas, sendo típico dessa etapa uma tentativa de afastamento e separação da figura dos pais, que sofrem um significativo desinvestimento por parte do jovem³².

Tal angústia, considerada natural nessa fase da vida, é reforçada com a privação da liberdade decorrente do sancionamento estatal. Pensa-se, na esteira de alguns estudos da neurociência, que a liberação de dopamina decorrente da apreciação musical pode gerar algumas sensações tranquilizantes e relaxantes nos internos para contrastar com os estados angustiantes que estão vivenciando³³. Por outro lado, tal estado de angústia pode constituir-se em fator de sofrimento psíquico acentuado, caso não seja adequadamente enfrentado durante a execução das medidas socioeducativas, podendo gerar problemas de comportamento. Manifestar-se artisticamente, conforme antes referido quando se tratou do tema da sublimação, é uma boa forma de lidar com tal angústia e sofrimento.

De outra banda, é importante reconhecer que muitos dos internos vivenciaram, em suas trajetórias de vida, desde muito cedo, dificuldades relacionadas à violências por eles sofridas, que já os tinham privado da certa liberdade, em especial do livre e adequado desenvolvimento de suas personalidades. Agora, fisicamente reclusos, pois usaram da violência contra terceiros,

32 AZEVEDO, Berta Hoffmann; CASTAN, Juliana Unis e MACEDO, Mônica Medeiros Kother; *Ibidem*.

33 Segundo matéria veiculada no jornal Folha de São Paulo do dia 25/07/2015 , “Não há uma explicação fácil para que a música tenha surgido em toda a sociedade humana. Parece que há algo no nosso cérebro que nos faz gostar de ritmo, de notas, de cantar. De fato, ouvir música, especialmente as que já conhecemos e gostamos, libera no nosso cérebro dopamina, como também fazem o sexo e as drogas – ou seja, em vez de dizer “sexo, drogas e rock and roll”, os transgressores poderiam economizar e bradar apenas “dopamina!!”. A explicação evolutiva para isso é hipotética. Talvez a música promovesse coesão social – todo mundo lá, cantando junto.” conforme <http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2015/07/1660311-livro-explica-por-que-adolescentes-sao-chatos-veja-mais-fatos-o-cerebro.shtml>

experimentam privações de outra ordem. Aliás, são inúmeros os autores que identificam a falta de condições básicas de sobrevivência (a fome, a falta de oportunidades etc.) como uma das mais relevantes causas da delinquência que esses jovens praticam.

Isso porque tais estados geram reflexos negativos na estrutura familiar, leia-se, no exercício das funções paterna e materna, razão pela qual se poderia reconhecer o ato delinquencial, nesses casos, tanto como resultado de problemas na internalização da autoridade paterna, como compreendida no âmbito das privações ocorridas durante as primeiras relações da criança com a mãe.

Os adolescentes (e as crianças) são as vítimas preferenciais desse tipo de violência social e familiar, já que são mais vulneráveis. Essa vulnerabilidade é perfeitamente compreendida, num primeiro momento, em face do vínculo de dependência das crianças e jovens aos pais para (sobre)viver: sem os pais o projeto de vida fica praticamente inviabilizado³⁴. Conforme Cassorla, essa vulnerabilidade é decorrente, ainda, da invasão do ser criança e adolescente por estímulos internos ligados à sexualidade e à agressividade, que são de difícil controle, e que interagem com um ambiente externo que não lhes permite sua transformação adequada e gratificante³⁵. Verifica-se, pois que o jovem vive numa espécie de “estado confusional”, em que não sabe o que deve ou não fazer, discriminar o que é certo do errado e, além de estar perdido, não tem a quem recorrer. Por meio dos diversos projetos desenvolvidos com os socioeducandos, nossa preocupação é de buscar incessantemente a reintegração social do adolescente que praticou o ato infracional

Poderíamos dizer que o segredo da recuperação do jovem delinquente está sem sua reintegração no seio da

34 LEGRENDE, Pierre. Poder genealógico do Estado. In: ALTOÉ, Sônia (Org.). **Sujeito do direito, sujeito do desejo. Direito e psicanálise.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2004

35 CASSORLA, Roosevelt Moisés Smeke. Prefácio. In: LEVISKY, David Léo (Org.). Prefácio de Roosevelt Moisés Smeke Cassorla. **Adolescência: pelos caminhos da violência – a Psicanálise na prática social.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

sociedade, da comunidade, da família. Sobretudo se se levar em conta que, na raiz da conduta delinquente encontram-se, via de regra, privações das mais diferentes ordens, as quais acabam acarretando alguma forma de marginalização. E, desse processo de reintegração, a família, a comunidade, a sociedade (esta por meio de seus mais diversos segmentos) devem participar ativamente, cabendo-lhes igualmente o papel de se integrarem com o jovem. Ora, como promover a reintegração social do delinquente, se o mantemos segregado da sociedade. O Estado, ao segregar, por meio de sentença judicial, o jovem do meio social, está simplesmente oficializando e consagrando o estado de marginalização de que ele tem sido vítima.³⁶

Outro aspecto a ser registrado são as dificuldades enfrentadas para a implementação e manutenção do projeto, em decorrência de variados fatores. No início, como se tratava de algo completamente novo, as naturais preocupações com a segurança e os riscos de ingressar com instrumentos musicais no interior da Unidade foram levantados como possíveis obstáculos, tranquilamente vencidos no decorrer das oficinas. Os medos são importantes fatores de autopreservação, mas não podem paralisar e inviabilizar as esperanças. É preciso considerar que toda a mudança de e na cultura exige um certo tempo e experimentação para acomodar as novidades. De qualquer forma, não se tem conhecimento de quaisquer incidentes relacionados à segurança durante os anos de execução da proposta.

Ademais, outro aspecto que deve ser levado em conta diz respeito às dificuldades financeiras para a continuidade do projeto, com remuneração dos professores, manutenção dos equipamentos, deslocamentos e gastos com viagens etc. Relaciona-se, principalmente, às dificuldades enfrentadas por alguns estados federados, situação de notório conhecimento no Rio Grande do Sul, considerando, entre outros fatores, a distribuição de competências e recursos da Federação Brasileira.

Assim, mas não só por esse motivo, a realidade

36 SÁ, Alvino Augusto de. *Ibidem*. 2012.

demonstra que os investimentos na área da socioeducação são insuficientes e bastante precários, situação que não difere muito do sistema prisional. Muitas vezes ouvem-se queixas quanto à falta de recursos para dar conta das necessidades básicas para o funcionamento da unidade de internação e semiliberdade.

Como consequência desta realidade, seguidamente faltam recursos públicos para custear o Projeto Banda Liberdade. A solução é buscar doações e apoio na iniciativa privada e na disposição de particulares em prestar auxílio. Nesse sentido, em diversas ocasiões, foi necessário apelar para o sistema de voluntariado, em especial, nas oficinas de percussão, capitaneadas pelo talentoso professor e músico Marcelo Pimentel.

Por um lado, a contribuição de voluntários na privação da liberdade é oportuna e conveniente, na medida em que permite o contato com os internos de pessoas ainda não “contaminadas” pelo sistema³⁷. Por outro lado, no caso específico deste projeto, não se pode esquecer que são igualmente conhecidas as dificuldades enfrentadas por profissionais da música no Brasil, no que diz respeito à remuneração pelo seu ofício, o que deve ser levado em consideração para ponderar a participação voluntária. De qualquer forma, independentemente do regime de contratação dos professores e oficineiros, a exigência de dedicação, compromisso e competência especial para lidar com adolescentes privados de liberdade são requisitos essenciais para o bom andamento dos trabalhos, e motivo, a nosso sentir, de êxito do Projeto Banda Liberdade.

Por fim, uma das preocupações que move a presente pesquisa e o trabalho desenvolvido, e que não pode deixar de ser lembrada, diz respeito à relevância e necessidade de acompanhamento dos egressos, ou seja, daqueles que cumpriram a medida de internação e, por isto, são desligados da unidade.

37 “A grande vantagem do voluntariado é que sua relação com os internos não é de poder. Trata-se de uma relação desinteressada. Seu interesse primeiro e central é o bem do outro, é a promoção do outro. Portanto, o voluntário é para o recluso antes de tudo um modelo vivo de doação, de valorização do outro, modelo este que se sobrepõe ao seu discurso, ao mesmo tempo em que lhe dá sustentação moral. O voluntariado é um modelo não contaminado pelas vicissitudes, pela rotina e pela cultura da prisão.” SÁ, Alvino Augusto de. *Ibidem*. 2012.

Todos os benefícios eventualmente conquistados com a participação dos internos nos projetos podem se perder quando eles são desligados e voltam para as mesmas condições e realidades que vivenciavam antes de serem recolhidos. Lamentavelmente, são poucas, senão inexistentes, as políticas públicas de orientação e auxílio de egressos, tanto no sistema socieducativo, como no sistema prisional.

O Projeto Banda Liberdade, mesmo depois de aproximadamente sete anos de existência e ampla divulgação na imprensa nacional, não conseguiu estabelecer-se a ponto de oferecer oficinas fora da Unidade de Internação, em especial para atender os egressos. A falta dessas políticas públicas, outrossim, pode ser suprida por meio do chamado terceiro setor, razão pela qual, alguns dos idealizadores do projeto objetivam constituir uma pessoa jurídica na forma de ONG ou OSCIP para oferecer tais oficinas, o que exigirá a busca de recursos nos mais diversos setores.

Eventual êxito na consecução dessa ideia poderá permitir, inclusive, que o ensino da música e os benefícios deste tipo de ação possam ser usufruídos por outras crianças, jovens e adolescentes que estão em regime de institucionalização, como é o caso dos acolhidos que foram afastados de suas famílias por terem seus direitos gravemente violados. Em anexo, junta-se uma proposta de estatuto como forma de ilustrar tal iniciativa. Frisa-se que tal investimento não pode deixar de ser feito pelo fato de o sujeito ter adquirido a maioridade ou a medida socioeducativa ter sido extinta pela implementação da idade de 21 anos, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente. A experiência da internação é vivida entre a adolescência e juventude vistas sob o olhar do Direito. Todavia, psicanaliticamente não existe essa divisão:

O léxico comum parece ter feito uma divisão entre adolescente e jovem, deixando para o segundo, o jovem, os atributos da força, da vitalidade e da sensualidade. Ficam para o adolescente os atributos da rebeldia, preguiça, indolência, enfim, “aqueles que dão trabalho” Psicanaliticamente, não existiriam razões para tal divisão;

o jovem-adolescente é portador de todas essas características, por isso a rebeldia é vivida com força e vitalidade, por isso há sensualidade na preguiça. É justamente essa conjunção que faz da adolescência uma etapa tão especial da vida³⁸

Essa preocupação com os egressos, quiçá, pode estar verdadeiramente relacionada ao nome dado ao projeto: Banda Liberdade. Se os internos integram essa formação musical enquanto estão privados dela, porque não podemos proporcionar a eles a mesma inclusão quando dela efetivamente gozarem?

Por fim, dentro da prioridade dos direitos sociais na configuração da medida socioeducativa, explorou-se uma experiência prática de utilização do lazer, da cultura, em especial da música, como alternativa pedagógica na responsabilização juvenil. O Projeto Banda Liberdade, desenvolvido no Centro de Atendimento Socioducativo de Passo Fundo, tem como objetivo a inclusão social de adolescentes que cumprem medida de internação pela prática de diversos atos infracionais. Oficinas de música no interior da Unidade e apresentações musicais do projeto fora da instituição objetivam transformar a vida e a realidade destes jovens, proporcionando uma outra forma de identificação social (artista/músico), distinta daquela que os levou ao cárcere (delinquente/bandido).

Explorou-se, ainda, outras questões relacionadas ao projeto, como o conceito psicanalítico de sublimação, na medida em que a arte e a música podem ser uma forma de descarga das energias psíquicas e físicas que até então eram canalizadas para a agressividade e a violência. O alívio do sofrimento psíquico decorrente da angústia sentida na fase da adolescência, e que é reforçada com a privação da liberdade, também é uma das possibilidades exploradas no projeto. Por fim, o distensionamento do ambiente onde a privação da liberdade executada e a preocupação com o acompanhamento dos egressos (que foram desligados por já terem cumprido a medida) encerra a

38 WEINBERG, Cybelle. **Geração delivery: adolescer no mundo atual**. São Paulo: Sá, 2001

presente pesquisa, deixando-se para os anexos alguns documentos que se pretendem ilustrativos: o projeto que foi utilizado no ano de 2015, entrevistas com pessoas relacionadas ao Projeto Banda Liberdade, uma pequena resenha jornalística de cobertura das participações dos membros da banda e uma proposta de estatuto de OSCIP para dar continuidade ao projeto e, quiçá, proporcionar sua evolução.

Como exaltado no 'Planeta Atlântida', no dia 30 de janeiro de 2016, aproximadamente às 22h40min, para o público presente e para os telespectadores que assistiam ao show do Rappa ao vivo: “(...) o Projeto Banda Liberdade é um projeto que objetiva transformar a vida de adolescentes que cumprem medida socioducativa pela prática de atos infracionais, correto?! Eles erraram na vida. Todos nós erramos na vida em algum momento. Eles foram sancionados pelo erro. Muitas vezes, eu sancionei eles pelo erro que eles cometem. Mas eu acredito, sim, que eles podem se ressocializar. Eu acredito na juventude. Eu acredito que a vida pode ser transformada por meio da música. Então, eu faço questão de tocar com o Projeto Banda Liberdade, mesmo como juiz, em razão disso. O espaço não é curto no palco do Rappa. O Rappa não é a maior banda do Brasil só pela música que faz, e pelas letras que tem. É a maior banda do Brasil por esse tipo de postura e esse tipo de conduta: o espaço não é curto no palco d'O Rappa...”.

Espera-se, sinceramente, que o Estado brasileiro e sua a sociedade amplie seus espaços para a inclusão das crianças, dos adolescentes e dos jovens, independentemente de suas condições, proporcionando cuidado, carinho, educação, amor, limites, com o que, entre outras coisas, almeja-se um futuro melhor para todos.

3) CONCLUSÃO

Primeiramente, não se pode esquecer que o artigo 227 da Constituição, na esteira do que se vem sustentando até aqui, deve ser conjugado com o artigo 228, garantindo-se ao adolescente e ao jovem infrator, com prioridade absoluta, o direito fundamental especial de convivência familiar e

comunitária.

Obviamente que, como todo o direito fundamental, esse não é absoluto. A privação da liberdade diminui bastante o seu âmbito de proteção, mas o núcleo essencial do direito não pode ser atingido. Assim, o direito do adolescente de receber visitas de seus familiares³⁹, em especial dos pais, é sagrado. Ressalvas podem ser efetuadas, ainda, para algum fato extraordinário que contraindique tal visitação, caso a presença e o convívio com os pais seja prejudicial ao adolescente, o que deverá ser averiguado pelas equipes técnicas e decidido pela autoridade judiciária responsável pela execução.

No tocante ao tema da família, a Psicanálise, ainda pode nos auxiliar a compreender alguns fenômenos delinquenciais. Para tanto sugere-se a belíssima obra **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**, de Alvino Augusto de Sá. Ao tratar do tema das privações e da delinquência, com base nos ensinamentos de Winnicot e Bowlby, o psicólogo nos lembra da importância do exercício da função materna no atendimento das necessidades básicas do filho desde tenra idade. Privações emocionais nas primeiras fases da vida podem ser determinantes para atos de agressividade e condutas anti-sociais. O mesmo vale para o adequado exercício das funções paternas:

Zeiller e Couraud (1994), pesquisando, por meio de entrevistas psicológicas e provas de personalidade, um grupo de jovens delinquentes, menores de 18 anos, constataram terem eles tido figuras paterna e materna muito negativas. Os pais foram ausentes, enfraquecidos em sua autoridade, delinquentes, alcoólatras, não se comunicavam com os filhos. As mães foram figuras “vazias” ou onipotentes, ameaçadoras, “devoradoras”, possessivas.

Acredita-se que a presença e o convívio, mesmo que por pequeno período de tempo, com as pessoas que exerceram as funções materna e paterna na vida do jovem privado da liberdade

39 O Estatuto e a Lei do SINASE tratam especificamente deste direito

poderá diminuir ou atenuar as privações emocionais que o interno sofre no decorrer da execução da medida.⁴⁰ São bastante notadas as diferenças de comportamento dos internos que recebem visitas familiares em comparação com aqueles que não tem o mesmo tratamento por diversas razões. É bastante comum relatos de infrações disciplinares praticadas por socioeducandos que se dizem “abalados” por não terem recebido visitas.

Ainda, no tocante a essa questão, devemos lembrar que a Constituição de 1988 garante a toda criança, adolescente e jovem também o direito à convivência comunitária, tema pouco explorado, mas que também deveria ser objeto do direito de visitas, a nosso sentir.

Não se conhece a realidade de outras unidades de internação do restante do país. Na Unidade de Internação do CASE de Passo Fundo, as visitas aos internos resumem-se geralmente aos familiares próximos. Pensa-se que seria importante a ampliação do direito de visita para membros da comunidade do interno com quem eles tenha relação de afetividade e afinidade comprovada e estejam aptos a ingressar na unidade, em especial para aqueles que não recebem a visita da família, ressalvados eventuais malefícios referidos anteriormente quanto aos genitores. Ademais, atividades junto à comunidade, mesmo para os privados de liberdade, mantidos os cuidados com a segurança, viriam ao encontro da reintegração social.

Sabe-se o quanto difícil é a tarefa de garantir a efetividade dos direitos sociais no Brasil, o que pode ser redobrado para aqueles sujeitos que violaram os direitos penalmente protegidos de outrem. Não se pode esquecer, aqui, da importância da assistência jurídica aos adolescentes condenados, muitas vezes prestada, no Rio Grande do Sul, pela combativa Defensoria

40 “A história da delinquência é uma história de privações das mais diferentes ordens, entre as quais a privação emocional ocupa posição de destaque, porém estando todas intimamente interligadas e interdependentes.

(...) torna-se muito mais difícil 'recuperar' um adolescendte que começa a trilhar o caminho da delinquência, privando-o das coisas que ainda lhe restam e que lhe são caras, como são caras a todo o ser humano: a liberdade, o convívio social, o convívio familiar, o contato com os amigos, entre outras.” SÁ, Alvino Augusto de Sá. Ibidem. 2012.

Pública do Estado.

Recorda-se que o acompanhamento pelo profissional do Direito, nesses casos, não deve se limitar aos aspectos jurídicos da sentença que aplicou a medida e do processo de execução. É importante que se faça uma avaliação do atendimento dos direitos sociais do executado para verificar se as políticas públicas estão sendo eficientes ou se é necessário o ajuizamento de ações individuais para torná-los realidade.

Conforme expressado no início do presente texto, os limites da responsabilização/punição dos adolescentes infratores estão igualmente ligados ao direito fundamental à prioridade absoluta, em especial, a busca pela máxima eficácia jurídica e social dos seus direitos, como forma de garantia do livre e adequado desenvolvimento de suas personalidades para, assim, alcançarem um melhor destino nos trilhos constitucionais estipulados no Estado nacional.

CAPÍTULO 6

FAMÍLIA E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

*Felipe Cunha de Almeida**

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico é recheado de diversos princípios. A dignidade da pessoa humana é exemplo central desta realidade, além do que assegurado constitucionalmente¹. Do mesmo modo também é dotado de princípios o Direito de Família. Não buscaremos verificar uma hierarquia no sentido de qual seria o mais importante, eis que todos são parte integrante de um contexto normativo que vem evoluindo ao longo do tempo. Todavia, o princípio da afetividade é o objeto central deste estudo. A sua relevância, assim como toda a gama de princípios que também serão abordados, é ímpar, eis que leva à consequência de se sobrepor à paternidade biológica, quando verificados, a título de exemplo, os laços de afetividade entre pai e filho, como será mais adiante melhor abordada a questão.

Os laços afetivos, o afeto², propriamente dito, são objeto de tutela pelo Direito. Gustavo Tepedino, Heloísa Helena

*Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil com ênfase em Direito Processual Civil em Porto Alegre/RS Professor. Advogado. Email: escritoriofelipe@terra.com.br.

¹ Art. 1º 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: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

² Ementa: DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DEVÍCIO DE CONSENTIMENTO. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DOPEDIDO: ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.604 e 1.609 do Código Civil.

1. Ação negatória de paternidade, ajuizada em fevereiro de 2006. Recurso especial concluso ao Gabinete em 26.11.2012.

2. Discussão relativa à nulidade do registro de nascimento em razão de vício de consentimento, diante da demonstração da ausência de vínculo genético entre as partes.

Barboza e Maria Celina Bodin de Moares ressaltam a Constituição Federal de 1988 neste sentido, eis que a Carta veda a qualquer discriminação em relação às espécies de parentesco (além da desnecessidade de se falar em família legítima ou ilegítima). Os autores em referência ao comentarem o art. 1.593 do Código Civil também alertam sobre a possibilidade do reconhecimento da paternidade sócio afetiva (TEPEDINO; BARBOZA; MOARES, 2014, p. 182), como anteriormente mencionamos.

Portanto, o nosso objetivo é demonstrar as consequências que o princípio da afetividade produz nas relações familiares, bem como a sua total proteção pelo ordenamento jurídico. Para tanto, utilizamo-nos dos ensinamentos da doutrina e também da aplicação prática dos conceitos aqui trazidos, através da análise jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

-
3. A regra inserta no caput do art. 1.609 do CC-02 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovado erro ou falsidade do registro.
 4. Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar.
 5. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquele que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser pai da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.
 6. Permitir a desconstituição de reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.
 7. Recurso especial desprovido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1383408/RS. Rel. MIn: Nancy Andrichi. Julgado em: 15/05/2014. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s_ equencial=1321432&num_registro=201202533140&data=20140530&formato=HTML>. Acesso em: 20 fev. 2015.

1. FAMÍLIA E O DIREITO DE FAMÍLIA

Pontes de Miranda ensinava que “O direito de família tem por objeto a exposição de princípios jurídicos que regem as relações de família, quer quanto à influência dessas relações sobre as pessoas, sobre os seus bens” (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 85). Já em relação à palavra família, o autor referia que, no Direito Romano, era utilizada em acepções diversas, eis que expressão família era também usada em relação às coisas, designando o conjunto do patrimônio, ou a totalidade dos escravos que pertenciam a determinado senhor. Também era utilizada no sentido de compreender “o pai, a mãe e os filhos; e tomada em um sentido geral compreende todos os parentes”. Ainda, poderia significar a “reunião de pessoas colocadas” sob o então pátrio poder (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 57-58).

Carlos Roberto Gonçalves afirma que o Direito de Família é, considerando todos os outros ramos do Direito, aquele mais intimamente ligado à própria vida. As pessoas, segundo o autor e de um modo geral, “provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável” (GONÇALVES, 2011, P. 17).

Arnaldo Wald explica que “O direito de família regula as relações existentes entre os seus diversos membros e as influências que elas exercem sobre as pessoas e seus bens” (WALD; FONSECA, 2013, p. 23).

Carlos Silveira Noronha, com a profundidade que lhe é peculiar, aduz que a família vem sendo alvo de profundas transformações. O mestre também refere que, em que pese, atualmente, ainda se encontre resquícios da família patriarcal em algumas sociedades políticas, tal circunstância não merece mais a proteção do Direito moderno (NORONHA, 2013, p. 28-29).

Arnaldo Wald, ao lecionar sobre as relações jurídicas da família, ressalta a importância do Código Civil de 2002, especificamente quanto ao conceito de parentesco. O autor referido assevera que houve um alargamento do “conceito de parentesco, o qual deixa de ser definido apenas pelo liame de

consanguinidade, pautando também pelo critério socioafetivo, ou seja, aquele fundado no afeto [...]. Portanto, conclui o mestre que a origem biológica, quando se menciona o princípio da afetividade, fica em um segundo plano. E, como senão bastasse, finaliza: “Chega-se, atualmente, a afirmar que o registro de nascimento deve espelhar muito mais a verdade socioafetiva do que a biológica” (WALD; FONSECA, 2013, p. 24).

Mas, em se tratando da afetividade, estamos lidando com assunto intimamente ligado ao Direito de Família, à família, especificamente. A sua proteção, a sua importância, é ímpar para a sociedade, de tal forma que se revela importante, para fins de aplicação prática, o seu emprego, através do entendimento jurisprudencial.

O Superior Tribunal de Justiça também aborda a questão da importância da família. Em discussão envolvendo pedido de danos extrapatrimoniais e materiais em razão de omissão da paternidade, a Corte destacou a importância da família, senão vejamos: “A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros”.³

³ Ementa: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS EMORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DEFIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DEFILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO.

1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis.
2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência.
3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal.
4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do

De tão importante que é a família, existe uma preocupação muito grande com a sua preservação, com a sua proteção. Como veremos mais seguir, o princípio da afetividade pode trazer mudanças no parentesco, tópico este a ser a seguir analisado.

2. PARENTESCO

O tema relativo ao parentesco também é muito importante quando estudamos o princípio da afetividade. Arnaldo Rizzato, ao abordá-lo, alerta que existem diversos agrupamentos sociais e, como destaque, tem-se aquele formado por parentes, ou seja, “cujo liame ou ponto comum da união ou aproximação”. Um exemplo trazido pelo autor é o parentesco formado pela consanguinidade. O rol do art. 1.593 do Código Civil regula a questão. Ainda, salienta o mestre que, na verdade, “[...] o único e real parentesco que existe é o consanguíneo ou natural, em face de aspectos genéticos comuns que portam as pessoas” (RIZZARDO, 2011, p. 327).

Mas estamos tratando do princípio da afetividade. Sua importância, como será demonstrada, é ímpar para o ordenamento jurídico e pode ter sérias consequências na vida de determinada família. Para melhor ilustrar, trazemos julgamento do Superior Tribunal de Justiça que, em discussão envolvendo

companheiro (honra subjetiva)induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida.

5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros.

6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema.

7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 922462/SP. Rel: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 04/04/2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221381&num_registro=200700301624&data=20130513&formato=HTML>. Acesso em: 13 fev. 2015.

pedido de declaração de inexistência de parentesco, assim decidiu: "Não se pode olvidar que o STJ sedimentou o entendimento de que" em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva".⁴

⁴Ementa: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE PARENTESCO PROPOSTA POR IRMÃO CUMULADA COM NULIDADE DE REGISTRO DE NASCIMENTO E INVALIDADE DE CLÁUSULA TESTAMENTÁRIA. EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EXAME DE DNA. POSSIBILIDADE DE RECUSA DA FILHA SEM O ÔNUS DA PRESUNÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. PRESERVAÇÃO DE SUA PERSONALIDADE, DE SEU STATUS JURÍDICO DE FILHA.

1. Inicialmente, para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal (Súmula 211/STJ).

2. Tratando-se especificamente do exame de DNA e a presunção advinda de sua recusa, deve-se examinar a questão sobre duas vertentes: i) se a negativa é do suposto pai ao exame de DNA ou ii) se a recusa partiu do filho. Em quaisquer delas, além das nuances de cada caso em concreto (dilemas, histórias, provas e sua ausência), deverá haver uma ponderação dos interesses em disputa, harmonizando-os por meio da proporcionalidade ou razoabilidade, sempre se dando prevalência para aquele que conferir maior projeção à dignidade humana, haja vista ser "o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais".

3. Na hipótese, a recusa da recorrida em se submeter ao exame de DNA foi plenamente justificável pelas circunstâncias constantes dos autos, não havendo qualquer presunção negativa diante de seu comportamento. Isto porque, no conflito entre o interesse patrimonial do recorrente para reconhecimento da verdade biológica e a dignidade da recorrida em preservar sua personalidade - sua intimidade, identidade, seu status jurídico de filha -, bem como em respeito a memória e existência do falecido pai, deverá se dar primazia aos últimos.

4. Não se pode olvidar que o STJ sedimentou o entendimento de que "em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na

Neste outro julgado, a Corte ressaltou que “Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também parentescos de outra origem, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural”.⁵

convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 12/03/2012).

5. Recurso especial desprovido.(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 1115428/SP, Rel. MIZ:Luís Felipe Salomão. Julgado em: 27/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1257219&num_registro=200901020899&data=20130927&formato=HTML>. Acesso em: 18 fev. 2015.

⁵ Ementa: Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar.

- A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido ?, considerada a sua imutabilidade nesta via recursal ?, registrou filha recém-nascida de outrem como sua.

- A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/16, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa ? a da existência da socioafetividade ?, é que a lide deve ser solucionada.

- Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta ? de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.

- O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele

que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descreve imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.

- Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto.

- Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também parentescos de outra origem⁷, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.

- Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guardada no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

- Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.

Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança⁸ hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo⁹ preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

- Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira¹⁰ adoção à brasileira¹¹, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança.

- Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada¹² consideradas as especificidades de cada caso¹³ a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V.,

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Em que pese ser o princípio da afetividade o tema central deste estudo, e que será abordado no tópico em sequência ao presente, é muito importante trazermos os princípios que a doutrina aponta como inerentes ao Direito de Família.

Segundo Maria Berenice Dias, é no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios trazidos pela Constituição Federal, e estão intimamente ligados ao atual conceito de família, portanto, desta não podem distanciar-se. Inclusive, para a sua devida aplicação, alguns foram transformados em direito positivo (DIAS, 2010, p. 61).

Ainda, são reconhecidos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a existência de princípios implícitos, ressaltando que, em matéria de princípios, não há hierarquia entre os explícitos e os implícitos. No entanto, há dificuldade em se quantificar ou tentar nominar todos os princípios atinentes ao direito das famílias. Alguns, segundo a autora, não estão escritos nos textos da lei, mas têm seu fundamento ético baseado no espírito dos ordenamentos jurídicos, visando a possibilitar a vida em sociedade (DIAS, 2010, p. 61).

destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida.

- A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade.

- Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar.

Recurso especial não provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1000356/SP, Rel. MIn: Nancy Andrighi. Julgado em: 25/05/2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=976442&num_registro=200702526975&data=20100607&formato=HTML>. Acesso em: 18 fev. 2015).

Continuando e, segundo os ensinamentos da doutrinadora acima trazidos, aquela refere que cada autor nos mostra uma quantidade diferente dos princípios, ressaltando a dificuldade de se encontrar um número mínimo em que exista consenso. Todavia, Maria Berenice Dias, traz um elenco de onze princípios fundamentais que dizem respeito à organização e à proteção da família, da criança, do idoso e do adolescente, que seguem: a) reconhecimento da família como instituição básica e como objeto especial da proteção do Estado (CF 226⁶); b) existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; c) a competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do casamento e sua dissolução; d) igualdade jurídica dos cônjuges (CF 226 § 5⁷); e) reconhecimento, para fins de proteção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226 §§ 3º e 4⁸); f) possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (CF 226, § 6º); g) direito de constituição e planejamento familiar, fundado nos princípios da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (art. 226 § 7º¹⁰); h) igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer

⁶Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁷ [...]

⁸ § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[...].

⁹ [...]

¹⁰ § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹¹ § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[...].

¹² [...]

¹³ § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

[...].

¹⁴ ¹⁰ [...]

designações discriminatórias (CF 227 § 6º¹¹); i) proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância (CF 227); j) atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos (CF 229¹²); e k) proteção do idoso (CF 230¹³).

Perspicaz a lição de Maria Berenice Dias quando alerta para os princípios gerais, estes aplicados a qualquer ramo do direito, trazendo exemplos como os princípios da dignidade, da igualdade, da liberdade, da proteção integral da criança e do adolescente. E independentemente das situações que se verifiquem, serão sempre prevalentes, e não somente no campo do direito das famílias. Por outro lado, verifica-se a existência de princípios especiais, próprios das relações familiares e, segundo a autora, devem nortear a apreciação de qualquer questão que envolva o direito das famílias.

Com base nos ensinamentos trazidos acima e por certeiros ao trabalho pretendido, tomamos como ponto de partida alguns princípios trazidos por Maria Berenice Dias. Todavia e

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹¹Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[...].

¹²Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

¹³Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

concordando integralmente com a autora, não temos qualquer pretensão de limitar os princípios e nem esgotar o seu elenco, mas, sim, torná-los parte integrante do tema, pela importância e pertinência que têm.

Ensinando sobre os princípios, Humberto Ávila afirma que a atividade do intérprete (seja o julgador seja o cientista) não consiste em apenas descrever o significado prévio constante em determinado (s) dispositivo (s). Mas a sua atividade “consiste em constituir esses significados”. Continuando com as lições do mestre em referência, este pondera que “*interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.” De modo que conclui o mestre que o ordenamento jurídico estabelece a realização de determinados fins, busca a preservação de valores e a manutenção ou então a busca por determinados bens jurídicos, estes que são essenciais à realização daqueles fins e à preservação de valores, portanto, não pode o intérprete desprezar esses pontos de partida; aí, portanto, reside a sua atividade de interpretação em uma atividade de reconstrução, com o objetivo de explicitar as suas versões de significado, em sintonia com os fins e os valores que não são mostrados completamente na linguagem constitucional” (ÁVILA, 2014, p. 52-54).

Outro princípio muito importante é o princípio da solidariedade familiar. Entende-se como solidariedade o que cada um deve ao outro, e tem origem esse princípio nos vínculos afetivos. Compreende a fraternidade e a reciprocidade, e sua base é constitucional, conforme o preâmbulo da Constituição Federal.¹⁴ Ainda, é imposto aos pais, quando do dever de

¹⁴ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos,

assistência aos filhos, e o amparo às pessoas idosas, dentre outros, como a comunhão de vida, para o casamento, e no caso de alimentos (DIAS, 2010, p. 67). Em relação a este último, eis a aplicação prática por parte do Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar temática referente ao dever de prestar alimentos: “decorrem da solidariedade que deve haver entre os membros da família ou parentes, visando garantir a subsistência do alimentando, observadas sua necessidade e a possibilidade do alimentante”.¹⁵

sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

¹⁵ Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ALIMENTOS. DECORREM DA NECESSIDADE DO ALIMENTANDO E POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE. DEVER QUE, EM REGRA, SUBSISTE ATÉ A MAIORIDADE DO FILHO OU CONCLUSÃO DO CURSO TÉCNICO OU SUPERIOR. MOLDURA FÁTICA, APURADA PELA CORTE LOCAL, APONTANDO QUE A ALIMENTANDA TEM CURSO SUPERIOR, 25 ANOS DE IDADE, NADA HAVENDO NOS AUTOS QUE INFIRME SUA SAÚDE MENTAL E FÍSICA. DECISÃO QUE, EM QUE PESE O APURADO, REFORMA A SENTENÇA, PARA RECONHECER A SUBSISTÊNCIA DO DEVER ALIMENTAR. DESCABIMENTO.

1. Os alimentos decorrem da solidariedade que deve haver entre os membros da família ou parentes, visando garantir a subsistência do alimentando, observadas sua necessidade e a possibilidade do alimentante. Com efeito, durante a menoridade, quando os filhos estão sujeitos ao poder familiar - na verdade, conjunto de deveres dos pais, inclusive o de sustento - há presunção de dependência dos filhos, que subsiste caso o alimentando, por ocasião da extinção do poder familiar, esteja frequentando regularmente curso superior ou técnico, todavia passa a ter fundamento na relação de parentesco, nos moldes do artigo 1.694 e seguintes do Código Civil. Precedentes do STJ.

2. "Os filhos civilmente capazes e graduados podem e devem gerir suas próprias vidas, inclusive buscando meios de manter sua própria subsistência e limitando seus sonhos - aí incluídos a pós-graduação ou qualquer outro aperfeiçoamento técnico-educacional - à própria capacidade financeira". (REsp 1218510/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 03/10/2011).

3. Portanto, em linha de princípio, havendo a conclusão do curso superior ou técnico, cabe à alimentanda - que, conforme a moldura fática, por ocasião do julgamento da apelação, contava 25 (vinte e cinco) anos de idade, "nada havendo nos autos que deponha contra a sua saúde física e mental, com formação superior" - buscar o seu imediato ingresso no mercado de trabalho, não mais subsistindo obrigação (jurídica) de seus genitores de lhe proverem alimentos.

4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp nº. 1312706/AL. Rel: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 21/02/2013. Disponível em:

O princípio da solidariedade familiar, ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, retira do Estado o encargo de prover toda a gama de direitos assegurados constitucionalmente ao cidadão. Exemplo desse raciocínio é o de que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuição da família, em um primeiro momento, os cuidados e deveres para tanto, conforme art. 227 da Constituição Federal (DIAS, 2010, p. 67).

Vejamos a aplicação prática, pela jurisprudência, do princípio da solidariedade familiar. Ao apreciar o referido princípio, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em ação de alimentos ajuizada em face dos avôs do alimentando, decidiu que a obrigação de pagar alimentos somente será repassada a outros parentes, incluindo os avós, excepcionalmente, quando comprovada a total incapacidade dos genitores, a quem incumbe primeiramente esse dever, decorrente do poder familiar, sob pena de subversão do princípio da solidariedade familiar¹⁶. Este outro julgamento também foi no mesmo sentido do anteriormente trazido.¹⁷

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1210887&sReg=201200467820&sData=20130412&formato=HTML>. Acesso em: 28 mar. 2014).

¹⁶Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS AVOENGOS. OBRIGAÇÃO RESIDUAL. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA INCAPACIDADE DOS GENITORES. DEVER ALIMENTAR DOS PAIS NÃO AFASTADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.694, CAPUT, 1.697 E 1.698 DO CCB. PRECEDENTE. SENTENÇA PROFERIDA EM AUDIÊNCIA. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO DA SENTENÇA. NÃO CONHECIMENTO. A obrigação de alimentos somente será repassada a outros parentes, incluindo os avós, excepcionalmente, quando comprovada a total incapacidade dos genitores, a quem incumbe primeiramente esse dever, decorrente do poder familiar, sob pena de subversão do princípio da solidariedade familiar. APELO PROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível N° 70056004682, Rel: Des. Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em: 03/09/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=PRINC%CDPIO+DA+SOLIDARIEDADE+FAMILIAR&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3r%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>

¹⁷ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE ALIMENTOS POR IRMÃO. OBRIGAÇÃO RESIDUAL DOS COLATERAIS EM RELAÇÃO AOS ASCENDENTES E DESCENDENTES DO ALIMENTANDO. DEVER

Flávio Tartuce, ao discorrer sobre o princípio da função social da família, ensina que esta é a *celula mater* da sociedade e que, apesar de expressão antiga, revela-se apropriada e atual. Menciona o autor o *caput* do art. 226¹⁸ da Constituição Federal. Ainda, aduz também, em referência a Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, que a família não é mais um fim em si mesmo, mas sim o meio social para a busca da felicidade nas relações com os outros (TARTUCE, 2013, p. 1064-1065).

Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de também entender a família como a base da sociedade, nos termos do referido art. 226 da Constituição Federal. O debate, neste caso, girou em torno de remoção de servidor para acompanhamento do cônjuge, restando assim decidido: “A Constituição Federal consagra o princípio da proteção à família como base da sociedade brasileira e dever do Estado (art. 226)”.¹⁹

ALIMENTÍCIO ASCENDENTE NÃO AFASTADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.694, CAPUT, 1.697 E 1.698 DO CCB. PRECEDENTES. A obrigação de alimentos somente será repassada a outros parentes quando comprovada a total incapacidade dos genitores, a quem incumbe primeiramente esse dever, sob pena de subversão do princípio da solidariedade familiar. Na hipótese, a autora é maior de idade, cabendo a ela fazer prova da necessidade de receber alimentos dos irmãos. Além disso, informando a existência de genitora, deve provar de que esta não tem condições de suportar o encargo alimentar. A obrigação de alimentos não pode ser transferida aos colaterais, havendo ascendentes ou descendentes vivos e cuja preferência para a exigência da obrigação não seja afastada mediante prova cabal de sua impossibilidade de prestar alimentos, dada a subsidiariedade da obrigação dos irmãos em relação à obrigação dos genitores e também dos filhos. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível N° 70053667887, Rel: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 24/04/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=PRINC%CDPIO+DA+SOLIDARIEDADE+FA MILIAR&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3r d%25C3%25A3o%257CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%257CTipoDecisao%3A null%29&requiredfields=&as_q=&ini=10>. Acesso em: 11 set. 2013).

¹⁸Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹⁹ Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE. DESLOCAMENTO NO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO. REQUISITO NÃO PREENCHIDO.

3.1 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Superados os princípios do Direito de Família anteriormente trazidos e destacados, neste tópico passaremos a enfrentar, especificamente, o princípio da afetividade, trazendo, em primeiro lugar, os ensinamentos da doutrina e, logo em seguida, a posição da jurisprudência a seu respeito.

Rodrigo da Cunha Pereira aponta o princípio em estudo, o afeto, como elemento formador da família. Explica o autor a importância da mulher, o seu papel na família. É que no século XIX, a família era notadamente patriarcal, sua estrutura, por assim dizer, girava em torno do patrimônio familiar. A família, segue o autor referido, era formada praticamente de um núcleo econômico, dotada também de grande representatividade religiosa e política. A figura do *pater famílias* tinha em suas mãos imensa gama de poderes (PEREIRA, 2013, p. 210).

À mulher era eram reservadas tarefas domésticas e cuidado dos filhos, ou seja, a sua atuação era limitada. Todavia, com o passar dos tempos, a estrutura familiar começou a passar por modificações e, uma das mais importantes, foi a inserção da

1. A Constituição Federal consagra o princípio da proteção à família como base da sociedade brasileira e dever do Estado (art. 226). Contudo, a tutela à família não é absoluta. O deslocamento do servidor, nos casos em que a pretensão for negada pela Administração, exige a comprovação do atendimento às hipóteses taxativamente previstas pela legislação.

2. O art. 36, inc. III, alínea "a", da Lei n. 8.112/1990 ampara o deslocamento para acompanhar cônjuge ou companheiro que também seja servidor e que tenha sido deslocado no interesse da Administração, não sendo este o caso da recorrente.

3. A servidora em questão, quando da posse no cargo de Agente de Polícia Federal, tinha ciência de que poderia não ser lotada no Estado onde seu cônjuge exercia atividade, sendo inviável agora requerer direito não amparado por lei.

4. Incide à presente espécie o disposto na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no REsp 643001/CE. Rel: Min. Og Fernandes. Julgado em: 15/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1255331&sReg=200400301231&sData=20130830&formato=HTML>. Acesso em: 29 mar. 2014).

mulher no mercado de trabalho. Ainda, quando se menciona em transformações, essas ocorreram na estrutura hierárquica e tradicional da família. Rodrigo da Cunha Pereira assim ensina: “A família deixou de ter muitos membros para ser nuclear. A mulher rompeu as barreiras do lar e assumiu uma carreira profissional. Sua contribuição financeira tornou-se essencial para a subsistência familiar“. Tal situação, ou seja, a saída da mulher dos limites domésticos acarretou na efetivação da presença masculina no sentido de dividir as tarefas domésticas. De tal sorte que essa situação provocou um repensar do exercício da paternidade (PEREIRA, 2013, p. 210-211).

Esta breve mas relevante introdução histórica nos remete à atualidade do princípio da afetividade. Continuando com as lições de Rodrigo da Cunha Pereira, a família, diante de sua nova estrutura, como anteriormente referido, passou a se vincular através de laços preponderantemente afetivos em detrimentos de motivações econômicas, essas, por sua vez, que foram colocados em segundo plano. Na realidade, “A mulher deixou de ficar “presa” ao marido por questões econômicas e de sobrevivência, e seu vínculo passou a ser preponderantemente por motivações afetivas, vez que adquiriu a possibilidade de se manter por seu próprio trabalho. A importância da afetividade e da solidariedade, para a família, é muito maior do que razões econômicas (PEREIRA, 2013, p. 211).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explicam, com base na doutrina de Pontes de Miranda, que existem fatos que importam ao direito por lhe trazer consequências, criando ou extinguindo situações jurídicas existentes. A afetividade, por sua vez, é um desses fatos que interessa ao Direito, podendo, inclusive, criar uma forma de parentesco. Continuam os autores referindo que o reconhecimento da paternidade pode se dar pelo reconhecimento do filho que não tem laços de sangue com aquele que manifesta a vontade de se declarar pai ou mãe, ou que se apresentou, conduziu em sua vida privada de maneira a criar esse vínculo de outra origem (JUNIOR; NERY, 2013, p. 1593). Silvio Venosa ensina que a expressão “outra origem” também pode identificar a

posse de estado de filho, que, de certa forma, complementa a noção de paternidade socioafetiva (VENOSA, 2010, p. 1450). Nítida, como podemos perceber, a relevância da afetividade nas relações familiares.

Na mesma linha de raciocínio trazida logo acima, Álvaro Villaça Azevedo também destaca os princípios da afetividade: “Apesar dos avanços da tecnologia biomédica, nos últimos anos, a paternidade biológica exerce um papel secundário no Direito de Família, especialmente quando confronta com os princípios da afetividade, da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana, que imperam na convivência familiar”. Ressalta, ainda, o autor mencionado, que esses princípios referidos fundamentam a paternidade socioafetiva, e que também foram consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tanto é verdade que “se sobreponem e se prevalecem até mesmo ante uma prova biológica, por exemplo, um exame de DNA com resultado positivo que aponte o verdadeiro genitor, mas que jamais teve uma convivência familiar com os filhos biológicos mencionados no exame”. Por último, observa o mestre que tanto a Constituição Federal, em seus arts. 1º, inciso III²⁰, 227 § 6º²¹ e 226, § 4º²²,

²⁰ Art. 1º 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:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

²¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[...].

²² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

como o Código Civil, em seus 1.593²³ e 1.596²⁴, que tratam da relação entre pais e filho (AZEVEDO, 2013, p. 239).

Paulo Lôbo, a seu turno, aponta que a evolução da família veio no sentido de passar do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade, no sentido da afetividade (LÔBO, 2014, p. 65).

Maria Helena Diniz aduz que o “Princípio da afetividade, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana”, norteia as relações familiares e a solidariedade familiar. Assim, o aspecto dominante da evolução da família tem relação com a tendência que deixa o grupo familiar de forma a ser menos hierarquizado, organizado, eis que se funda cada vez mais na afeição mútua (DINIZ, 2012, p. 28).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho lecionam sobre o princípio da afetividade. Referem os autores que “Todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade”. Em que pese o amor, a afetividade, serem dotados de muitas faces, de muitos aspectos, os mestres aqui citados ressaltam a importância de tal princípio: “[...] temos a certeza inafastável de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida”. Assim, a socioafetividade é o que liga os membros de determinada família (GAGLIANO; FILHO, 2014, p. 89-90).

A Constituição Federal apresenta um extenso rol quanto a direitos individuais e sociais, com o objetivo de garantir dignidade a todos. Como se não bastasse, o Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Esse compromisso assumido, segundo os ensinamentos de Maria Berenice Dias, é o de assegurar o afeto, ou seja, o primeiro a ser obrigado a assegurar o

²³ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[...].

²⁴ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

²⁴ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

afeto deve ser o próprio Estado, em que pese a expressão afeto não conste no texto constitucional. A união estável é característica marcante do afeto, tanto que adquiriu reconhecimento e foi inserida no ordenamento jurídico. E mais: o afeto, segundo a autora, foi consagrado em nível de direito fundamental, e tal consequência é, por exemplo, a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos (DIAS, 2010, p. 70).

O afeto não guarda origem na biologia. Os seus laços derivam sim da convivência em família, e não do sangue. A título de exemplo, a posse de estado de filho traduz-se no reconhecimento jurídico do afeto, objetivando, deste modo, garantir a felicidade, esta como direito de ser almejado. E mais: o afeito não é somente um laço que envolve integrantes de uma mesma família, ele tem uma conotação externa entre as famílias (DIAS, 2010, p. 70).

A afetividade, completa Rosa Maria de Andrade Nery, “[...] é conceito legal e indeterminado e, como tal, necessita de interpretação integrativa do juiz, de modo a completar o sentido da norma no caso concreto e, por conseguinte, criar laço de parentesco por outra origem” (2013, p. 100).

3.2 JURISPRUDÊNCIA SOBRE O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Pois bem. Enfrentadas e analisadas as questões doutrinárias acima trazidas, chega o momento de verificarmos a aplicação do princípio da afetividade, sob a ótica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e, em seguida, de alguns tribunais estaduais.

Iniciamos a análise da jurisprudência sobre o princípio da afetividade sob a ótica do Supremo Tribunal Federal. A Corte enfrentou discussão acerca de paternidade. Em que pese a Súmula nº. 279 daquele Tribunal Superior vedar a reanálise de provas em sede de Recurso Extraordinário, foi ressaltado o princípio da afetividade, tal e qual no julgamento recorrido.²⁵ Em

²⁵Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. EFEITOS PATRIMONIAIS. COMPROVAÇÃO DE AFETO ENTRE A

outro julgamento desta vez proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar demanda envolvendo pedido de negatória de paternidade, o posicionamento foi no mesmo sentido do que aqui já tratado até o momento, em relação à afetividade, quando, em sua fundamentação, assevera que “O estado de filiação decorre da estabilidade dos laços construídos no cotidiano do pai e do filho (afetividade) ou da consanguinidade.”²⁶

INVESTIGANTE E O PAI BIOLÓGICO. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DE ÍDOLE INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal. 2. A violação indireta ou reflexa das regras constitucionais não enseja recurso extraordinário. Precedentes: AI n. 738.145 - AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2^a Turma, DJ 25.02.11; AI n. 482.317-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2^a Turma DJ 15.03.11; AI n. 646.103-AgR, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, 1^a Turma, DJ 18.03.11. 3. A alegação de ofensa aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se ocorrente, seria indireta ou reflexa. Precedentes: AI n. 803.857-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2^a Turma, DJ 17.03.11; AI n. 812.678-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2^a Turma, DJ 08.02.11; AI n. 513.804-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 1^a Turma, DJ 01.02.11. 4. A Súmula 279/STF dispõe verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 5. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 6. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. EFEITOS PATRIMONIAIS. AUSÊNCIA DE AFETO ENTRE A INVESTIGANTE E O PAI BIOLÓGICO. Declarada a paternidade biológica do réu em relação à autora, a sentença produz os mesmos efeitos do reconhecimento espontâneo e dela emanam os efeitos patrimoniais, independente da existência de afetividade entre o pai biológico, ora apelante, e a filha, sob pena de violação aos arts. 1.616 e 1.596 do CC/02, e ao art. 227, § 6º, da CF. APELAÇÃO DESPROVIDA.” 7. Agravo Regimental desprovido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. AI 846315 AgR/RS. Rel. Min: Luiz Fux. Julgado em: 03/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1932363>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

²⁶ Ementa: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ORDINÁRIA ATIVA. AÇÃO DE ESTADO. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDISPONÍVEL DO GENITOR (ART. 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). SUB-ROGAÇÃO DOS AVÓS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME

DE DNA. RESULTADO DIVERSO DA PATERNIDADE REGISTRAL. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE AS PARTES. FILIAÇÃO AFETIVA NÃO CONFIGURADA. ESTADO DE FILIAÇÃO RECONHECIDO VOLUNTARIAMENTE PELO PAI BIOLÓGICO. SUPREMÁCIA DO INTERESSE DO MENOR. VERDADE REAL QUE SE SOBREPÕE À FICTÍCIA. ART. 511, § 2º, DO CPC. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULAS N°S 83, 211, 7/STJ E 284/STF. INCIDÊNCIA.

1. A legitimidade ordinária ativa da ação negatória de paternidade compete exclusivamente ao pai registral por ser ação de estado, que protege direito personalíssimo e indisponível do genitor (art. 27 do ECA), não comportando subrogação dos avós, porquanto direito intransmissível, impondo-se manter a decisão de carência de ação (art. 267, VI, do CPC), mormente quando o interesse dos recorrentes não é jurídico, mas meramente afetivo e patrimonial.
2. O estado de filiação decorre da estabilidade dos laços construídos no cotidiano do pai e do filho (afetividade) ou da consanguinidade.
3. A realização do exame pelo método DNA apto a comprovar científicamente a inexistência do vínculo genético confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento.
4. O erro a que foi induzido o pai registral de criança nascida na constância do seu casamento com a genitora, com quem o suposto pai não estreitou afetividade suficiente para que desfrutasse da paternidade socioafetiva (posse de estado de filho), desafia a eficácia constitutiva negativa de estado pleiteada na inicial, com a consequente alteração do registro público de nascimento da criança, para fazer constar o nome do pai biológico, excluindo-se, consectariamente, o nome dos avós registrais paternos.
5. O registro público tem por princípio conferir segurança jurídica às relações civis e deve espelhar a verdade real e não fictícia.
6. É consectário da dignidade humana que os documentos oficiais de identificação reflitam a veracidade dos fatos da vida, desde que a retificação não atente contra a ordem pública.
7. O princípio da supremacia do interesse do menor impõe que se assegure seu direito ao reconhecimento do verdadeiro estado de filiação, que já é voluntariamente exercida pelo pai biológico.
8. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.
9. A ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos declaratórios, impede o conhecimento do recurso especial (Súmula nº 211/STJ).
10. A mera circunstância de não haver o "visto" do revisor que recebe os autos em seu gabinete, pede dia para julgamento e participa plenamente da sessão não contraria o art. 511, § 2º, do Código de Processo Civil, à falta de nulidade processual e da demonstração de qualquer prejuízo às partes (pas de nullité sans grief).

Em caso notório, que envolveu a condenação de genitor, a título de danos imateriais em decorrência do abandono afetivo, o Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez ressaltou a relevância da afetividade: “Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social”. E, como se não bastasse, prosseguiu a Relatora: “Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social”.²⁷

-
11. A reforma do julgado demandaria interpretação de matéria fático-probatória, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ.
 12. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do enunciado nº 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.
 13. A divergência jurisprudencial com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, nos termos do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e do art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, requisita comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações.
 14. Tendo sido interposto à moda de apelação, ou seja, deixando de indicar especificamente de que forma teria o acórdão incorrido na violação de dispositivos legais sequer apontados para configurar suposta nulidade processual, o recurso especial encontra-se inviabilizado nesta instância especial, a teor da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal.

15. Recurso especial parcialmente conhecido, e nesta parte, desprovido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1328306/DF. Rel. *MIn*: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 14/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1233935&sReg=201201206577&sData=20130520&formato=HTML>. Acesso em: 28 mar. 2014).

²⁷ Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

Nesta decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, houve indeferimento do cancelamento de registro de nascimento, em ação negatória de paternidade julgada procedente em primeiro grau. Segundo as razões de decidir, em que pese o pai registral ter efetuado o registro da criança, mesmo descobrindo, posteriormente, ser estéril, não implica na anulação do registro. Podemos identificar, claramente, o princípio da afetividade na decisão ora em análise, senão vejamos: “Embora tenha alegado não ter contado com o demandado há quatro anos, a genitora do requerido afirma que o demandado visitava o filho ao menos uma vez por ano (fls. 111), o que denota a existência de vínculo afetivo. Mesmo não existindo convívio diário, o autor mantinha contato pessoal com o infante. A última visita, segundo a genitora do demandado, se deu quando este já contava com oito anos, idade em que a criança já tem plena consciência dos

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1159242/SP. Rel. *Min*: Nancy Andrighi. Julgado em: 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&ssequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=HTML>. Acesso em: 18 fev. 2015.

seus sentimentos e das relações de afeto que cultiva. Portanto, os autos revelam que não houve qualquer erro do autor quanto ao consentimento, já que o recorrente concordou em assumir o demandado como filho de forma voluntária, mesmo tendo dúvidas acerca da paternidade”.²⁸

Já neste outro caso analisado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a discussão girou em torno de pedido postulado por criança, no sentido de incluir o sobrenome de seu tio, mantendo o dos genitores. Este, de acordo com o relator, era chamado de pai pela criança. Em sede de recurso houve a procedência da ação. A afetividade foi destacada pela Corte: “A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade, haja vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art.226, §3º, CF), e a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art.227, §6º, CF)”.²⁹

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70024527004%26num_processo%3D70024527004%26codEmenta%3D2610584+fam%C3%ADlia+e+princ%C3%ADpio+da+afetividade++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70024527004&comarca=Comarca%20de%20Bag%C3%A9&dtJulg=05/11/2008&relator=Andr%C3%A9%20Luiz%20Planella%20Villarinho&aba=juris>. Acesso em 05 fev. 2015.

²⁹ Ementa: ALTERAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO - Menor que pretende, sem supressão do patronímico dos genitores, o acréscimo do sobrenome de seu guardião. Reflexos psicológicos que recomendam o deferimento - Formação da família moderna não-consanguínea que tem sua base na *afetividade* - As relações

No estado do Paraná, o Tribunal enfrentou debate acerca de pedido de alteração de guarda que fora concedido à genitora. Entre os diversos pontos destacados pelo relator, importante a transcrição: “Preambularmente, impende-se tecer breves considerações a respeito da guarda e, consequentemente, do poder familiar, pontos nodais sobre o qual se encerra a controvérsia. Com efeito, após o advento da Constituição Federal de 1988, verificou-se verdadeira revolução no âmbito do direito civil, operando- se a constitucionalização e a personalização dos institutos jurídicos, com o abandono do enfoque patrimonialista do Código Civil de 1916, para situar o indivíduo como centro do ordenamento jurídico. Tanto é que, o princípio da dignidade da pessoa humana foi acolhido pela Carta Magna como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, CF). À guisa desse novo estandarte constitucional, e, para atender ao novo perfil da família contemporânea, o direito de família abrigou princípios fundamentais, tais como, princípio do pluralismo das formas de família, princípio da igualdade e do respeito às diferenças, princípio da autonomia e da menor intervenção estatal, princípio da afetividade, princípio da solidariedade, princípio da paternidade responsável, princípio do melhor interesse da criança, etc., todos com importante carga axiológica. No âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, em substituição à doutrina dos menores em situação irregular, positivou-se a doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes, para garantir- lhes um regime especial de proteção, por se acharem na peculiar condição de pessoas em desenvolvimento. Nessa espreita, deu-se também nova configuração ao poder familiar, para atribuir ao filho a condição de sujeito de direitos. Assim, o poder familiar, decorrente da autoridade parental, afastou-se do conceito de exercício de poder

familiares deitam raízes na Constituição da República, que tem como um dos *princípios* fundamentais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) - Recurso provido (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Primeira Câmara de Direito Privado. Apelação nº. 0008447-16.2009.8.26.0081 . Rel: Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Julgado em: 09/09/2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7835353&cdForo=0&vlCaptcha=eympc>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

dos pais sobre os filhos e assumiu os contornos de múnus compartilhado pelos pais, no interesse dos filhos, empregando-se esforços para o seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social".³⁰

³⁰Ementa: DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao Agravo de Instrumento, nos termos do voto acima relatado. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE GUARDA - PEDIDO DE REVERSÃO DA GUARDA CONCEDIDA À GENITORA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE - AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A JUSTIFICAR A ALTERAÇÃO PRETENDIDA - GENITORA QUE EXERCE A GUARDA DA CRIANÇA A CONTENTO - NECESSIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DA ROTINA DA CRIANÇA - MANUTENÇÃO DA GUARDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos da Agravo de Instrumento nº 1113984-9, de Coronel Vivida, em que é Agravante P.M. e Apelada E.C.M.. P.M. agravava a decisão proferida na Ação de Guarda (autos nº 0001242-85.2013.8.16.0076), ajuizada por E.C.M. em face do Agravante, decisão1 mediante a qual a MM. Juíza concedeu a guarda provisória de A.C.M. para a Agravada, nos seguintes termos: PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Autos nº 1113984-9 3 "Diante do acima exposto, com fundamento no art. 273, e seguintes do Código de Processo Civil - CPC, bem como atenta às disposições pertinentes do Estatuto da Criança e do Adolescente, e tendo em vista que a autora já detém a guarda de fato do menor, CONCEDO a tutela antecipada na forma pretendida, e DEFIRO a guarda provisória de A.C.M. à requerente E.C.M., com fundamento no art. 21 e 22, ambos da Lei 8.069/90 e art. 1.584 do Código Civil. LAVRE-SE o respectivo termo." Irresignado, o Agravante, pretende a reforma da decisão agravada, sustentando, em síntese que: a) a Agravada não tem condições de cuidar da menor, eis que sequer tem condições de cuidar de si, tendo em vista que ainda depende do cuidado de seus pais, em razão do AVC sofrido; b) a doença da Requerida não pode servir de justificativa para que a guarda da criança seja modificada; c) a guarda compete aos pais da criança e não aos avós e tios; d) a Agravada ainda faz uso de medicamentos cujos efeitos colaterais podem colocar em risco a integridade da criança; e) tem melhores condições de cuidar da menor. Desse modo, requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do presente agravo, para que seja restabelecida a guarda de A.C.M. para si. Mediante decisão, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo pleiteado. A Agravada apresentou Contrarrazões. Juntou documentos. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Autos nº 1113984-9 4 Com o parecer da Procuradoria de Justiça, vieram os autos conclusos. É o relatório. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do presente Recurso de Agravo de Instrumento. Preambularmente, impõe-se tecer breves considerações a respeito da guarda e, consequentemente, do poder familiar, pontos nodais sobre o qual se encerra a controvérsia. Com efeito, após o advento da Constituição Federal de 1988, verificou-se verdadeira revolução no âmbito do direito civil, operando-se a constitucionalização e a personalização dos institutos jurídicos, com o abandono do enfoque patrimonialista do Código Civil de 1916, para situar o indivíduo como centro do ordenamento jurídico. Tanto é que, o princípio da dignidade da pessoa humana foi acolhido pela Carta Magna como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, CF). À guisa desse novo estandarte

constitucional, e, para atender ao novo perfil da família contemporânea, o direito de família PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Autos n.º 1113984-9 5 abrigou princípios fundamentais, tais como, princípio do pluralismo das formas de família, princípio da igualdade e do respeito às diferenças, princípio da autonomia e da menor intervenção estatal, princípio da afetividade, princípio da solidariedade, princípio da paternidade responsável, princípio do melhor interesse da criança, etc., todos com importante carga axiológica. No âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, em substituição à doutrina dos menores em situação irregular, positivou-se a doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes, para garantir-lhes um regime especial de proteção, por se acharem na peculiar condição de pessoas em desenvolvimento. Nessa espreita, deu-se também nova configuração ao poder familiar, para atribuir ao filho a condição de sujeito de direitos. Assim, o poder familiar, decorrente da autoridade parental, afastou-se do conceito de exercício de poder dos pais sobre os filhos e assumiu os contornos de múnus compartilhado pelos pais, no interesse dos filhos, empregando-se esforços para o seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Autos n.º 1113984-9 6 Nessa vertente, PAULO LUIZ NETTO LÔBO concebe o poder familiar como: "(...) encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem. É, como diz Pietro Perlingieri, 'um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever; como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los'."⁷ Para direcionar a responsabilidade parental nas relações familiais, os deveres a serem observados pelos pais vêm expressamente preconizados no artigo 229 da Constituição Federal⁸, no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹ e no artigo 1.634 do Código Civil¹⁰. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Autos n.º 1113984-9 7 Nada obstante, em se tratando de tutela de interesse de criança, jovem ou adolescente, cogente é a aplicabilidade da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, devendo-se observar, especialmente, o princípio da proteção do melhor interesse da criança, respaldado pelo princípio da proteção integral do artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pacificado está na jurisprudência a aplicabilidade da referida norma de direito internacional, a fim de assegurar a aplicação do princípio da proteção do melhor interesse da criança, do jovem e do adolescente: "**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORA QUE NÃO OSTENTA CONDIÇÃO DE EXERCER A MATERNIDADE DE FORMA RESPONSÁVEL. PRESENÇA DE ELEMENTOS QUE DÃO ENSEJO À APLICAÇÃO DA EXTREMADA MEDIDA. CONTEXTO PROBATÓRIO CONCLUSIVO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE E DA PROTEÇÃO INTEGRAL. (ART. 3º DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E ART. 1º DO PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Autos n.º 1113984-9 8 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). RECURSO CONHECIDO E NÃO-PROVIDO.**" "AGRADO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE LIMINAR CONCEDIDA PARA, PROVISORIAMENTE, CONCEDER A GUARDA DE MENOR A TIA MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE SE IMPÕE PRESENÇA DOS REQUISITOS À CONCESSÃO DA TUTELA (ART. 273 DO CPC) OBSERVÂNCIA DE SITUAÇÃO DE RISCO MEDIDA QUE VISA O

MELHOR INTERESSE E NECESSIDADE DOS INFANTES - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE E DA PROTEÇÃO INTEGRAL. (ART. 3º DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E ART. 1º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE) RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO." Ressalte-se, ainda, no campo doutrinário, a lição de PAULO LUIZ NETO LÔBO: "O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A aplicação da lei deve sempre realizar o princípio, consagrado, segundo Luiz Edson Fachin como "critério significativo na decisão e na aplicação da lei", tutelando-se os filhos como seres prioritários". O desafio é converter a população infanto-juvenil em sujeitos de direito, 'deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos'. Portanto, tratando-se de relação jurídica que envolva interesse de adolescente, de acordo com a Declaração Internacional de PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Autos n.º 1113984-9 9 Direitos da Criança, é dever do Estado, compreendido por todos os Poderes da República, inclusive o Judiciário, promover a assistência e acompanhamento adequado aos pais e, especialmente, àqueles que necessitem de intervenção jurisdicional, a fim de assegurar a existência de condições adequadas ao desenvolvimento físico e mental saudável, ante o dever constitucional de máxima proteção. Dessa forma, considerando o caso descrito nos autos, e, em que pese as declarações conflitantes entre as partes, valendo-me do disposto no item 2.21.3.7.1, do Provimento nº 223/2012, da Corregedoria- Geral da Justiça¹⁶, verifico que no evento nº 65.1, dos autos originários, que o estudo social realizado na residência da genitora constatou que a menor A.C.M., encontra-se bem cuidada e adaptada à rotina imposta pela família materna. Dessarte, por se tratar de criança que convive em seio familiar, com rotina doméstica e escolar no município, estável e satisfatória, entende-se que uma mudança de hábitos é medida pouco recomendável, neste juízo de cognição sumária, razão pela qual não se vislumbra a prova inequívoca a amparar a pretensão do Recorrente. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Autos n.º 1113984-9 10 Isto porque, a não uniformidade na vida cotidiana dos menores pode provocar instabilidade emocional, deixando sequelas na formação da personalidade, pois as crianças tem necessidade de continuidade afetiva e social, assim como continuidade espaço temporal. No mesmo sentido, é o entendimento desta Corte e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "FAMILIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - GUARDA - DEFERIMENTO À MÃE - MELHOR INTERESSE DO MENOR REQUERIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA - TUTELA ANTECIPADA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA (ESTUDO SOCIAL) DECISÃO CORRETA RECURSO DESPROVIDO. A guarda de filho menor deve ser definida sempre no interesse e no sentido do bem estar do menor. E, se essa manifestação não vem de maneira expressa, mas pode ser retirada do contexto, ainda assim, deve ser ela preservada como forma de prestigiar o princípio de prevalência do interesse dele, menor. Desta forma, comprovou-se que a agravada tem maiores condições de cuidar do menor, no momento, determinando a manutenção da guarda à mãe."¹⁷ APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. PRETENSÃO DO GENITOR DE REVERSÃO DA GUARDA. DESCABIMENTO. NECESSIDADES DA FILHA MENOR ATENDIDAS A CONTEUDO PELA GENITORA. 1. Caso em que o conjunto probatório revela que os interesses da menor (atualmente com onze anos de idade) vêm sendo atendidos a contento pela genitora, que desde a ruptura do relacionamento estável, ocorrida em

Em Minas Gerais há decisão que julgou caso envolvendo união homoafetiva. Na ocasião, os julgadores destacaram a afetividade: “O Direito tem evoluído para admitir vários tipos de entidade familiares, admitindo inclusive a homoafetiva, desde que comprovados os requisitos de estabilidade, ostensibilidade, convivência e afetividade”.³¹

2004, detém a sua guarda. 2. Não ocorrendo situação excepcional a justificar a alteração da guarda, recomendável a manutenção do arranjo familiar tal PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Autos n.º 1113984-9 11 como se encontra, especialmente considerando o expresso desejo manifestado pela infante de permanecer na companhia materna. APELAÇÃO DESPROVIDA.”¹⁸ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. REVERSÃO DE GUARDA. PEDIDO DO GENITOR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. OITIVA DE TESTEMUNHA. INDEFERIMENTO. As alterações de guarda devem ser evitadas, pois, em regra, são prejudiciais à criança, que tem modificada a sua rotina de vida e os seus referenciais, gerando-lhe transtornos de ordem emocional. Por essa razão, existindo questões fáticas a decidir, convém se aguardar a instrução processual. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.” A alternância de guarda imotivada é desaconselhada pela doutrina: “Com efeito, não nos parece saudável criar uma situação de ‘pinge-pongue’ que impede que as crianças criem laços afetivos e emocionais com seus pais, pois, quando se adapta à convivência com um dos genitores, a guarda é transferida ao outro e vice-versa. É necessário que o menor sinta-se protegido, convivendo numa relação segura e estável, habitando um lar certo e determinado, o que não é possível no exercício da guarda alternada.” “(...) quando a criança ‘pula’ da casa do pai para a casa da mãe, ela deixa de preservar ou fixar a imagem dos pais, faltando-lhe a segurança de um lar, o que, para muitos estudiosos, pode desenvolver descompensações e PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Autos n.º 1113984-9 12 influenciar no surgimento de homens e mulheres com dupla personalidade.”²¹ O parecer da Procuradoria Geral da Justiça abona a tese aqui exarada a justificar a manutenção da guarda com a genitora da criança: “Fato é que, neste momento, não estão claras as peculiaridades do caso, ao passo em que as versões apresentadas pelos litigantes são absolutamente antagônicas. O que se pode depreender, entretanto é que a menor não se encontra em situação de risco caso seja mantida a guarda provisória em benefício da agravada. Considerando, outrossim, que a criança sequer completou 03 (três) anos de idade, desaconselhável que agora sofra nova mudança em sua rotina, especialmente por residirem as partes em localidades distintas.”²² Diante do exposto, reconhecendo que, num juízo de cognição sumária, não há supedâneo para a alteração da guarda da menor, o voto é pelo conhecimento e não provimento do Recurso de Agravo de Instrumento, nos termos da fundamentação supra (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Décima Segunda Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 1113984-9. Rel. Des: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo. Julgado em: 02/07/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11707490/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1113984-9#integra_11707490>. Acesso em: 05 fev. 2015.

³¹Ementa: DECLARATÓRIA - EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO - RELAÇÃO HOMO-AFETIVA - SENTENÇA ULTRA PETITA - ÔNUS DA

O Tribunal do Distrito Federal, em demanda envolvendo adoção, também ressaltou a afetividade no sentido de determinar a guarda do adotado aos adotantes.³²

PROVA. Não há julgamento ultra petita, se o Juiz deferir prestação que lhe foi postulada através da inicial, não ampliando o objeto do pedido. O conceito de família, expresso na Constituição da República, está atrelado aos direitos e garantias fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, pois, inconcebível a distinção entre modelos familiares, não havendo como restringi-las a formas predefinidas. Para o reconhecimento da existência de entidade familiar, é indispesável que a união entre dois seres humanos se dê como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo e companheirismo. Incumbe a quem alega, o ônus da prova quanto à existência da sociedade de fato. Preliminar rejeitada. Recurso provido. V.v. O Direito tem evoluído para admitir vários tipos de entidade familiares, admitindo inclusive a homoafetiva, desde que comprovados os requisitos de estabilidade, ostensibilidade, convivência e afetividade. A estabilidade resta demonstrada diante da convivência de mais 15 anos, iniciada quando o autor tinha 14 anos, de modo ostensivo, tanto que várias pessoas tinham conhecimento desse fato e com troca de afetos recíprocos (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Décima Quarta CÂMARA CÍVEL. Apelação Cível 1.0145.07.411192-6/001. Rel. Des: Evangelina Castilho Duarte. Julgado em: 28/01/2010. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=9&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=fam%EDlia%20e%20princ%EDpio%20afetividade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesoar=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=9&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=fam%EDlia%20e%20princ%EDpio%20afetividade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesoar=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>.). Acesso em: 05 fev. 2015.

³² Ementa: CIVIL. ADOÇÃO. ADOLESCENTE QUE JÁ SE ENCONTRA NA GUARDA DOS ADOTANTES POR MAIS DE CINCO ANOS. OPOSIÇÃO DA GENITORA. SITUAÇÃO DE RISCO À INTEGRIDADE DO MENOR CONFIGURADA. AFETIVIDADE E CONDIÇÕES PARA REASSUMIR OS CUIDADOS COM O FILHO NÃO DEMONSTRADOS. PARECER TÉCNICO FAVORÁVEL À ADOÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1. Impõe-se a manutenção da sentença que deferiu o pedido de adoção de criança encaminhada à instituição de abrigamento, sendo, posteriormente, entregue à família substituta, que mantém sua guarda há mais de cinco (5) anos, quando demonstrado nos autos que os pais biológicos - com grave envolvimento com substâncias entorpecentes - não possuem mínimas condições para cuidarem do filho, enquanto que os adotantes, segundo relatórios sociais elaborados pela equipe técnica da VIJ, são pessoas afetivas e têm atendido plenamente o menor em suas necessidades de cuidados, proteção e afeto, estando o infante bem inserido na família, e demonstrando estar vinculado ao casal adotante.

2. Recurso improvido. Sentença mantida (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Quarta Turma Cível. Apelação nº. 0002281-40.2008.8.07.0013. Rel. Des: Arnaldo Camanho de Assis. Julgado em: 13/11/2013. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos->

CONCLUSÃO

Como pudemos perceber, o princípio da afetividade tem relevância ímpar em nosso ordenamento jurídico. Não é à toa que Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, comentando o art. 1.593 do Código Civil, trazem-nos a expressão “Laços de família por afetividade” (2013, p. 1386).

Pudemos também perceber a importância do princípio da afetividade quando abordamos o tema relativo à paternidade socioafetiva bem como a questão por abandono afetivo. É que, dependendo da sua existência, pode acarretar no reconhecimento da paternidade sócio afetiva; por outro lado, dependendo da sua não observância, como no caso da ausência de pai em relação à filha, pode acarretar na condenação por danos extrapatrimoniais.

Devido a relevância que a discussão envolvendo a afetividade e, especialmente no tocante à paternidade socioafetiva alcançou, o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal. Discute-se se aquela tem ou não prevalência em relação à paternidade biológica. Inclusive, devido à relevância que a questão revelou, foi reconhecida à matéria a repercussão geral:³³

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármem Lúcia. O

web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBusca
AcordaoGet&idDocumento=736805>. Acesso em: 05 fev. 2015.

³³Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (BRASÍLIA). Supremo Tribunal Federal. ARE 692186 RG/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 29/11/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>>. Acesso: em 02 jun. 2014.

Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármem Lúcia. Ministro LUIZ FUX Relator.

Mostram-se, como vimos, pertinentes as colocações da doutrina em relação à afetividade, ou seja, que esta, além de integrar o ordenamento jurídico, contribuiu sensivelmente em uma mudança de paradigmas do Direito de Família. O afeto superou a então patrimonialização das relações familiares e, na esteira da jurisprudência, supera a questão biológica.

Entendemos salutar o princípio aqui estudado, afinal, busca preservar a família, os seres humanos que a compõem, independentemente da origem que vieram, bem como do tipo de filiação: genético, adotiva, por exemplo. Tal princípio, em nossa opinião e fazendo uma conclusão a partir da doutrina e jurisprudência trazidas, privilegia e valoriza o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade, tão importantes para o crescimento de uma sociedade mais justa e humanitária.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família: curso de direito civil.** São Paulo: Atlas, 2013.
- BRASIL. **Código Civil.** DF, 10 jan. 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** DF, 05 out. 1988. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1000356/SP, Rel. Min: Nancy Andrighi. Julgado em: 25/05/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=976442&num_registro=200702526975&data=20100607&formato=HTML>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 1115428/SP, Rel. Min: Luis Felipe Salomão. Julgado em: 27/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1257219&num_registro=200901020899&data=20130927&formato=HTML>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 922462/SP. Rel: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 04/04/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221381&num_registro=200700301624&data=20130513&formato=HTML>. Acesso em: 13 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp nº. 1312706/AL. Rel: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 21/02/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?Seq=1210887&Reg=201200467820&Data=20130412&formato=HTML>. Acesso em: 28 mar. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no REsp 643001/CE. Rel: Min. Og Fernandes. Julgado em: 15/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?Seq=1255331&Reg=200400301231&Data=20130830&formato=HTML>. Acesso em: 29 mar. 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1328306/DF. Rel. *Min*: Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 14/05/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?psSeq=1233935&sReg=201201206577&sData=20130520&formato=HTML>. Acesso em: 28 mar. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1159242/SP. Rel. *Min*: Nancy Andrighi. Julgado em: 24/04/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=HTML>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1383408/RS. Rel. *Min*: Nancy Andrighi. Julgado em: 15/05/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1321432&num_registro=201202533140&data=20140530&formato=HTML>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 692186 RG/DF, Rel. *Min*: Min. Luiz Fux, julgado em 29/11/2012). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>>. Acesso: em 02 jun. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Quarta Turma Cível. Apelação nº. 0002281-40.2008.8.07.0013. Rel. Des: Arnoldo Camanho de Assis. Julgado em: 13/11/2013. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaoIndexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=736805>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Décima Quarta CÂMARA CÍVEL. Apelação Cível 1.0145.07.411192-6/001. Rel. Des: Evangelina Castilho Duarte. Julgado em: 28/01/2010. Disponível em:

<[_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível N° 70056004682, Rel: Des. Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em: 03/09/2013. Disponível em: <\[_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível N° 70053667887, Rel: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 24/04/2013. Disponível em: <\\[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=PRINC%CDPIO+DA+SO LIDARIEDADE+FAMILIAR&tb=jurisnova&pesq=ementario &partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3 %25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25 B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25 A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=& ini=10\\]\\(http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=PRINC%CDPIO+DA+SO LIDARIEDADE+FAMILIAR&tb=jurisnova&pesq=ementario &partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3 %25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25 B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25 A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=& ini=10\\)\]\(http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=PRINC%CDPIO+DA+SO LIDARIEDADE+FAMILIAR&tb=jurisnova&pesq=ementario &partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3 %25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25 B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25 A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=> . Acesso em: 11 set. 2013.</p></div><div data-bbox=\)](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspe lhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=9&paginaNu mero=6&linhasPorPagina=1&palavras=fam%EDlia%20e%20pr inc%EDpio%20afetividade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTes auro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na %20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20ca dastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 05 fev. 2015</p></div><div data-bbox=)

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível N° 70024527004. Rel. Des: André Luiz Planella Villarinho. Julgado em: 05/11/2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br /site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca %3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versa o_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26nu m_processo_mask%3D70024527004%26num_processo%3D70 024527004%26codEmenta%3D2610584+fam%C3%ADlia+e+

princ%C3%ADpio+da+afetividade++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70024527004&comarca=Comarca%20de%20Bag%C3%A9&dtJulg=05/11/2008&relator=Andr%C3%A9%20Luiz%20Planella%20Villarinho&aba=juris>. Acesso em 05 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Primeira Câmara de Direito Privado. Apelação nº. 0008447-16.2009.8.26.0081 . Rel: Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Julgado em: 09/09/2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7835353&cdForo=0&vlnCaptcha=eympc>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Décima Segunda Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 1113984-9. Rel. Des: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo. Julgado em: 02/07/2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11707490/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1113984-9#integra_11707490>. Acesso em: 05 fev. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 5: direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 6: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de direito civil: família**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NORONHA, Carlos Silveira. A função social do direito de família na tutela dos entes familiares. *In: As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002*. NORONHA, Carlos Silveira (Coord). Porto Alegre: Sulina, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família: volume 1**. 1. ed. ALVES, Vilson Rodrigues (Atual). Campinas: BookSeller, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 3. ed. São Paulo: GEN/Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a constituição da república: volume IV**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil: direito de família: volume 5**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPÍTULO 7

A FRATERNIDADE E A SOLIDARIEDADE COMO PROPULSORAS DE ATIVISMO PARTICIPATIVO NO PROCESSO CONSTITUCIONAL: AFIRMAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL CONTRA A PROIBIÇÃO DA DISCUSSÃO DA DIVERSIDADE HUMANA DE GÊNERO NO SISTEMA PÚBLICO ESCOLAR DE PALMAS/TO – ESTUDO DE CASO SOBRE A ADI N° 0011990-05.2016.827.0000/16-TJTO

*Gisela Maria Bester**

*Nayara Gallieta Borges***

* Mestra (UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina), Doutora (UFSC e Universidad Complutense de Madrid) e Pós-Doutora em Direito Público – Constitucional e Administrativo do Ambiente (FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Ex-docente dos Programas de Mestrados Acadêmicos em Direito, Democracia e Sustentabilidade (da Faculdade Meridional-IMED), em Direitos Fundamentais (da Universidade do Oeste de Santa Catarina-UNOESC) e em Direito Empresarial e Cidadania (do Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA). Professora Colaboradora Convidada Voluntária do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, do UNICURITIBA, do qual foi sua coordenadora. Diretora Geral da Escola Superior de Advocacia do Tocantins (ESATO). Membro Consultora da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais, da OAB/TO. Integrante da Comissão da Mulher Advogada, da OAB/TO. Foi Professora concursada do Curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins. Ex-Conselheira Titular do Ministério da Justiça (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária). Vencedora do Prêmio Ethos-Valor Econômico de Sustentabilidade, edição de 2008, na categoria Professores. Autora de obras jurídicas e da Coluna Levando a Constituição a Sério, no Portal jurídico Empório do Direito.

** Mestranda em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), na linha de pesquisa de Políticas Públicas. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogada. Professora de Direito no Instituto de Ensino e Pesquisa Objetivo. Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB/TO. Coordenadora de Programas, Projetos e Prestação de Serviços junto à Pró-Reitoria de Extensão Universitária da Universidade Estadual do Tocantins (Unitins).

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho discorre-se, ainda que brevemente, sobre a fraternidade enquanto qualidade política, somada ao princípio da solidariedade, como caminhos adequados para impulsionar a construção de uma sociedade mais livre, mais justa, e mais solidária, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme os ditames do texto constitucional de 1988. Destaca-se, ademais, a almejada concretização do princípio da igualdade material, com ênfase em suas dimensões ética, humanística e inclusiva quanto ao respeito às diversidades humanas de gênero e sexual.

Tais dimensões serão tratadas sob o prisma da fraternidade e da solidariedade humanas como valores a serem resgatados e experimentados na vivência prática, genuinamente impulsionadoras de ativismos participativos, de modo a possibilitar, assim, o enfrentamento da ampla temática da diversidade, que vem sendo cerceada quanto à sua abordagem mais afunilada nos aspectos de gênero e sexual, no sistema público escolar do Município de Palmas, capital do Estado brasileiro Tocantins.

Um primeiro enfrentamento a tal cerceamento deu-se no âmbito do sistema estadual de controle de constitucionalidade, que foi acionado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Tocantins (OAB/TO), pelo ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em 21 de julho de 2016, referente a uma medida provisória e à sua lei de conversão, ambas municipais, promulgadas nos primeiros meses daquele ano.

Diante desse contexto, idealizou-se este estudo com o objetivo de resgatar e analisar o caminho da construção das ações de ativismo em prol da defesa da efetividade dos vários direitos humanos e fundamentais implicados, com o envolvimento direto de seis Comissões Temáticas da OAB/TO. Isto deu-se desde a tomada de conhecimento das referidas normas, que inovaram o Plano Municipal de Educação para pior e de forma restritiva, passando pela realização de uma Audiência Pública, até o estágio atual da ADI em andamento, visando a enaltecer a luta pelo

asseguramento amplo da preservação da dignidade humana em todas as suas esferas e dimensões. Optou-se por uma maneira diferente de tratar um recorte dentro do amplo processo constitucional brasileiro. Portanto, metodologicamente este capítulo de livro enquadraria-se na modalidade estudo de caso, cuja argumentação, em termos de fundamentos teóricos, dá-se em bases crítico-humanistas.

2 A FRATERNIDADE NA QUALIDADE DE CATEGORIA POLÍTICA E A SOLIDARIEDADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Da fraternidade diz-se, entre outras acepções quanto à sua gênese teórica, que, em lições aristotélicas, condensava a ideia mais aprimorada da amizade na qualidade de categoria política, direcionada ao agir humano em comunidade. Sobre a solidariedade, diz-se que foi inspirada pela fraternidade, cursando longo caminho até alcançar autonomia principiológica ao entrar para textos jurídicos, como é o caso da Constituição da República brasileira, de 1988. O entrelaçamento entre essas categorias, cuja simbiose fortalece o humanismo jurídico e as ações humanas dirigidas aos interesses coletivos, é o tema desta seção.

2.1 Fraternidade como amizade e qualidade política dirigida à ação

O conceito de fraternidade encontra os seus primeiros contornos na *philia* aristotélica (ARISTÓTELES, 1999, p. 153 e passim; TOSI, 2009, p. 49). Ao ir um pouco mais além da amizade – rara, dirigida a um número menor de pessoas –, a fraternidade deve ser entendida como algo mais amplo, direcionado a um número maior de pessoas, pois o conceito aristotélico de amizade engloba a utilidade, o prazer, o bem e até a própria amizade entre os desiguais, sendo que em todos os tipos de amizade por ele descritos fica clara a exigência da reciprocidade, como componente indissociável. Para fins deste artigo, dentre tantas ideações, importa a amizade como qualidade política, justamente o seu aspecto que mais se aproxima da

fraternidade, partindo-se do entendimento de que o ser humano seja um ser político e que o viver em comunidade exatamente assim o torna e a cada vez mais o aprimora. Daí que a amizade enquanto qualidade política deve ser vista como uma forma que possibilita a assunção de novos sujeitos sociais, assim como novos modos de existir, de conviver e de lutar pela conquista de novos e pela efetivação de direitos já positivados, entre tantas outras possibilidades que enseja.

Compreendida como qualidade política, a amizade traz a ideia de que as pessoas precisam criar laços com seus ambientes de vida, praticar convívio mútuo com os seus pares, discutir suas necessidades comunitárias, assim compondo um espaço solidário, visando à consecução do bem comum. O filósofo antigo alertou que nas formas de governo onde as partes nada têm em comum, não há espaço para essa amizade. (ARISTÓTELES, 1999, par. 1161b). Já conforme Hannah Arendt (1993, p. 99), o elemento político da amizade é o diálogo entre os amigos e a troca de opiniões, o que possibilita a verdadeira compreensão do mundo comum, que é sempre desigual e diferente, favorecendo também o exercício da alteridade (capacidade de ver o mundo a partir do olhar do outro). Segundo ainda ensinamentos clássicos de Aristóteles a respeito, na convivência humana é necessário o cultivo de sentimentos amistosos, como a concórdia, que se verifica, por exemplo, quando uma comunidade, que não tem a mesma opinião sobre um determinado assunto, consegue criar vínculos políticos de amizade e, a partir disso, agir visando ao bem coletivo. Neste sentido, a concórdia é a amizade política, e, sendo um tipo de amizade, ocorre entre pessoas que desejam o que é bom e justo para todos (1999, par. 1167b).

A fraternidade como valor foi introduzida na cultura europeia pelo cristianismo (BAGGIO, 2008, p. 40), talvez justamente por ter a antiga ideia de *philia* sido nele incorporada com grande força, o que se deu “em nome da fraternidade universal, sem distinção entre bárbaros ou gregos, judeus ou romanos, escravos ou livres” (TOSI, 2009, p. 50). Um salto histórico permite lembrar que, na Revolução Francesa, a tríade “liberdade- igualdade-fraternidade” colocou o valor fraternidade

no mesmo plano da igualdade e da liberdade, porém, diferentemente dos outros dois termos, isso não foi suficiente para que ocupasse papel importante na cultura política do Ocidente (SAVAGNANO, 2009, p. 195), pois o aspecto ideológico da Revolução Francesa, de secularização, eliminou sua “alma” religiosa, dificultando justamente a concretização da fraternidade, entre os três princípios por ela proclamados. Assim, enquanto a igualdade e a liberdade foram amplamente discutidas e aceitas como categorias políticas, a fraternidade foi silenciada e deslocada para fora do agir político, restando exercida em seus aspectos de caridade e de benemerência. Porém, não se pode atribuir à secularização/perda dos traços religiosos a responsabilidade exclusiva pelo “esquecimento” da fraternidade, pois, ao longo dos séculos, mesmo onde houvesse raízes teológicas fortes isso não impediu a criação de sociedades altamente individualistas em suas hierarquias (compostas por pessoas com mais deveres do que direitos), permeadas por guerras, escravizações, perseguições e opressões aos diferentes.

Deste modo, apesar de ter origens antigas, a fraternidade deve ser reestruturada no mundo contemporâneo, para ser entendida como um princípio/valor norteador da liberdade e da igualdade, implicando assim um primeiro passo à cidadania, conforme ensina Domingo Ighina (2009, p. 35-36), para quem “a fraternidade leva em seu seio a consciência da liberdade e o direito da igualdade”, e o contrário traduz a exclusão e a opressão. Para o autor, o princípio da fraternidade tem o condão de articular o princípio da liberdade (como liberdade política) e o da igualdade (como justiça social).

Os esforços normativos contemporâneos conseguiram fixá-la, em 1948, no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), referindo a obrigação que todas as pessoas têm de “agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (BUONOMO, 2009, p. 169). Muitas Constituições da atualidade também o fazem, como é o caso da brasileira em vigor, que a invoca já no seu Preâmbulo, entrelaçada com tantos outros valores, princípios e postulados de primeira grandeza. Veja-se:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição [...]. (BRASIL, 2016a, *online*, grifos nossos).

No entanto, a hodierna sede humana de progresso econômico a qualquer custo, o consumismo desenfreado de bens materiais e as visões de mundo fechadas em guetos hermenêuticos, sobretudo de fundo religioso-fundamentalista, acabam acentuando aspectos individualistas e egoístas da humanidade, solapando a solidariedade, a fraternidade, a harmonia convivial, o pluralismo, a diversidade, com o que o tipo de sociedade desenhado já preambularmente pelo constituinte originário brasileiro vai sendo relegado ao esquecimento, quando não chega a ser vivamente combatido. Por mais paradoxal que possa parecer, a fraternidade praticada no interior de muitas religiões acaba reforçando desigualizações entre as pessoas, vindo a negá-la em relação àquelas que não pertençam à mesma crença. Esse perigo é tratado por Savagnone (2009), para quem, a partir de sua compreensão como princípio ético, a fraternidade dita “ético-religiosa” traz uma carga de perversidade, uma vez que se fecha dentro de si mesma, contribuindo, assim, a um aumento de conflituosidades em relação às demais irmandades ou grupos. Em tal contexto, uma das piores crises da humanidade é justamente não se conseguir alcançar o que há de unificador em cada ser humano: precisamente a sua humanidade (MORIN, 2011, p. 22 e *passim*). E a fraternidade, segundo Patto, “sabe promover a humanidade do outro, gerar círculos virtuosos e novos encontros [...], promover a mais autêntica reciprocidade, numa relação que é, ao mesmo tempo, dar e receber” (2008, p. 52). Um dos

caminhos apontados para tal logro, segundo o próprio Morin, é o da conscientização, a conquista de uma consciência comum de humanidade, consagrada, aliás, na referida Declaração Universal, em seu artigo XXIX, onde predominaram os interesses gerais sobre os particulares. Veja-se:

1. **Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.**
2. No exercício de seus direitos e liberdades, **toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.**
3. **Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.** (ONU, 2016a, *online*, grifos nossos).

A construção de uma sociedade democrática, referida nesse art. XXIX da DUDH requer, por óbvio, os elementos da representação e da participação. Baggio, em seu entendimento sobre a fraternidade, explora justamente aquilo que se quer evidenciar neste artigo, qual seja, a sua ligação com a participação democrática, a “**conexão da ideia de fraternidade com a de cidadania**” (2009, p. 85, grifos nossos). Para ele, foi a fraternidade a responsável pela efetiva construção histórica de identidades de novos povos, ressaltando assim a sua dimensão política. Por outro lado, frisa que a fraternidade é condição humana, sendo que somente ela é capaz de fomentar a ideia de uma comunidade universal, onde as pessoas, indiferentemente de onde vivam e a que povos pertençam, consigam viver em paz, em harmonia. A igualdade e a liberdade tornam-se vazias sem a fraternidade, pois, se vivenciada fraternalmente, a liberdade não se torna vontade do mais forte, assim como a igualdade não corre o risco de degenerar em igualitarismo impiedoso (BAGGIO,

2008, p. 53-54). Também Aquini enfatiza o aspecto de ação humana em prol da efetivação dos direitos fundamentais que é suscitado pela fraternidade, na qualidade de um dos valores jurídicos fundamentais, a participação democrática:

A fraternidade **compromete o homem a agir de forma que não haja cisão entre os seus direitos e os seus deveres, capacitando-o a promover soluções de efetivação de Direitos Fundamentais** de forma que, não necessariamente, dependam, todas, da ação da autoridade pública, seja ela local, nacional ou internacional. (2008, p. 138-139, grifos nossos).

Há quem diga, inclusive, que se a fraternidade e o Direito não fossem complementares, a adequada implementação da primeira poderia até fazê-la subsistir sem o segundo, e vice-versa. É o que demonstra Goria, pois “muitos acham que a fraternidade só pode ser espontânea”, enquanto que seria típica do Direito a coerção, caso em que se acaba afirmando “que o Direito é tanto mais necessário quanto menos a fraternidade age”, assim como “que uma sociedade impregnada de fraternidade poderia dispensar o Direito” (2008, p. 25). Certo é que a fraternidade, como princípio jurídico e condição humana dada, possui um valioso fim instrumental, ao propiciar um olhar horizontalizado aos intérpretes, que impeça a visão egoística e promova a alteridade e a não-discriminação, em permanente ação proativa compromissada de todos e de todas.

Neste sentido, retoma-se Morin (2011, p. 43) para reforçar sua concepção de que cabe à arte da política a missão de alcançar esse ideal humano de humanidade e de civilização, construído pela triangulação liberdade-igualdade-fraternidade. O vínculo antropológico comum, que une todos os seres humanos, é sempre ressaltado pela essência da categoria fraternidade, no âmbito religioso e em sua dimensão laico-política, afinal, todos são iguais e livres por serem irmãos, e são irmãos por serem livres e iguais. Portanto, essa retroalimentação e essa fundamentação recíproca são inescapáveis.

Por isso mesmo, a resposta às desarmonias humanas, às diferenças que desfavorecem uns seres humanos em relação a outros, centra-se no agir político integrado e inclusivo, pelo qual as pessoas participam, com consciência e responsabilidade, das decisões locais e globais. Na busca construtiva de sociedades sustentáveis, em todos os seus aspectos (político, ético, social, econômico, cultural, ecológico-ambiental etc.), a cidadania ativa é componente indispensável, pois o princípio da democracia participativa somente pode ser exercido assim, com a participação cidadã nos mais variados espaços do mundo da vida, por aquelas pessoas que compartilham do mesmo momento histórico. Foi exatamente isso que a OAB/TO procurou realizar, ao chamar uma Audiência Pública, instrumento de democracia participativa, direta, aberta a toda a coletividade, para debater um tema afeto a todos e a todas, conforme mais e melhor se informará adiante.

2.2 O Princípio da Solidariedade na Constituição da República Federativa do Brasil

Maria Celina Bodin de Moraes ajudou a pensar-se que, embora não seja possível obrigar alguém a ser solidário para com outrém, na verdade o Direito espera que as pessoas ajam como se sentissem algo de bom pelas outras e, por isso, o ordenamento constitucional brasileiro vigente acolhe o objetivo de construção de uma grande **sociedade** que seja justa, livre e **solidária**. Esta é uma das manifestações do aspecto de norma jurídica (enquanto princípio) que a solidariedade encerra. Ensina a autora, no entanto, que a solidariedade apresenta diversas outras facetas, que não podem ser ignoradas quando se a estuda:

[...] como um **fato social** do qual não podemos nos desprender, pois é parte intrínseca do nosso ser no mundo; como **virtude ética** de um reconhecer-se no outro (que ‘faz do outro um outro eu próprio’) ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria (dar ao outro o que é seu); como **resultado de uma consciência moral e de boa-fé** ou, ao contrário, de uma **associação para delinquir**; como **comportamento pragmático** para

evitar perdas pessoais e/ou institucionais. Fato social, virtude, vício, pragmatismo e **norma jurídica** são os diferentes significados do termo. (MORAES, 2016, *online*, grifos nossos).

Entre todos esses diversos significados do termo, a solidariedade na qualidade de princípio jurídico-constitucional veio para resgatar uma humanidade perdida em seus egoísmos, no sentido de enaltecer o próprio humanismo jurídico, eis que ressurgiu na qualidade de norma jurídica para direcionar a atuação do Estado, via políticas públicas inclusivas, sobremaneira, mas também pela ação de toda a coletividade, dos particulares, em suas relações interpessoais (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Historicamente, associa-se o valor fraternidade, acima tratado, como o principal elemento inspirador da própria solidariedade, havendo essa intrínseca ligação inicial, quando aquele também ainda era muito ligado às ideias de caridade, de assistencialismo e de filantropia, cujo distanciamento deu-se em fins do século XIX (FARIAS, 1998, p. 190). É ainda Moraes que demonstra como, em movimento paulatino, a modernidade foi revelando às pessoas que o conceito liberal-individualista onde o indivíduo era considerado uma pequena “totalidade” em si mesmo, autônomo e autossuficiente, estava fadado ao fracasso, pois todo ser humano, apesar de possuir um destino singular, faz parte de um cosmos maior, a comunidade humana, na qual a sua relação com os semelhantes é parte constitutiva de sua própria existência. E é por isso que a solidariedade em si passou a ser considerada exatamente como um constructo social, pois só se concebe o indivíduo inserido em sua comunidade (MORAES, 2016, *online*). Os seres humanos são gregários, não vivem isolados, não estão sozinhos em suas vidas, pois a todo instante compartilham suas vivências e suas experiências com os demais, pares da espécie, que integram a mesma família, a mesma escola, o mesmo clube, a mesma igreja, enfim, os mesmos ambientes primários, sem esquecer que tudo isso integra o mesmo ambiente maior, a casa comum de toda a humanidade, que é o planeta Terra, onde todos e todas vivenciam, inescapavelmente, um

futuro também comum, que é a subsistência, a permanência e a sobrevivência da humanidade. Esse destino comum, em uma grande casa comum, impele a que todos sejam solidários e fraternos entre si.

Apesar de todas as pessoas serem diferentes (plurais), possuem características comuns, sobressaindo-se entre elas a sua humanidade (o fato de, pelo fato unificador de serem humanas, possuírem dignidade, serem dignas). Estas compreensões estiveram na raiz dos estudos kantianos sobre a dignidade humana.

O estudo histórico da fraternidade e da solidariedade é importante para compreender-se a situação do binômio no presente, como categorias jurídicas que, por meio dos processos de constitucionalizações, foram sendo internalizadas nos mais diversos ordenamentos jurídicos, mas, acima de tudo, para ressaltar que ainda permanecem como desafios, no presente e para o futuro, no ainda não concluso processo de resgate do vínculo antropológico comum dos seres humanos, o que contribuirá essencialmente para a superação das crises existentes nas sociedades do presente século. Tais crises, geralmente, instalam-se quando não se respeita o aspecto social-coletivo que negou o individualismo jurídico lá no final do século XIX e no início do século XX. Foi nesse período histórico que se reconheceu a superioridade do trabalho sobre o capital, que as questões individuais cederam passagem às sociais, que a concepção individualista dos direitos evoluiu de modo a ampliar a proteção aos direitos humanos de cunho social. As esferas individualistas passaram a ser limitadas, na vida e no Direito, pelas da coletividade. Em tal contexto, segundo lições clássicas de Ruy Barbosa, retrabalhadas por Farias (1998, p. 192), o indivíduo foi cedendo à associação, e o egoísmo à solidariedade humana. Tanto em suas raízes históricas revolucionárias, do século XVIII, na Europa e na América, quanto nos dias atuais – “da era dos direitos” –, a fraternidade e a solidariedade são molas propulsoras das lutas pela conquista, pela proteção e pelo respeito aos direitos, finalmente considerados universais, atinentes a toda a humanidade (BOBBIO, 1992), e do combate aos abusos contra

eles cometidos, especialmente pelo poder público (Estado em sentido amplo).

Contra as desigualizações práticas que ainda existem entre os seres humanos, a solidariedade – pressupondo a fraternidade – é apontada como único meio capaz de realizar a dignidade da pessoa humana como gênero e em toda sua plenitude (CARDOSO, 2010, p. 26-27), merecendo mesmo ser entendida como um princípio norteador da liberdade e da igualdade, que implica um passo primordial para a conquista e o adequado exercício da cidadania (IGHINA, 2009, p. 35). Além de impulsionar a participação das pessoas nas lutas emancipatórias em prol do verdadeiro reconhecimento das diversidades e pela superação das desigualdades materiais, o chamado Direito Fraterno prima pela análise transdisciplinar dos fenômenos sociais e preocupa-se com um novo cosmopolitismo, pautado pelo respeito a todos os direitos humanos (RESTA, 2011), eis que fraternidade e solidariedade apresentam um caráter de complementariedade com o Direito como um todo. Esta concepção, segundo Aquini (2008), veio atravessando os séculos e, possivelmente, se perpetuará no tempo, como forma de realização da vida em comunidade e da harmonização social. Apesar de restarem sempre como desafios a serem concretizados, eis que a vida comunitária e seus conflitos não param de existir, tanto o princípio da solidariedade¹ quanto o da fraternidade² já há muito tempo foram reconhecidos pela jurisprudência brasileira, notadamente a do Supremo Tribunal Federal (STF). Para Moraes, a solidariedade constitucional, após a promulgação da Constituição de 1988, foi cedo entendida como o “dever jurídico de respeito, de âmbito coletivo, cujo objetivo visa beneficiar a sociedade como um todo” (2016, *online*).

¹ Eis alguns exemplos da já consagrada aplicação do princípio da solidariedade pelo STF: MS nº 22.164-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/10/95; ADI nº 240/RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 26/9/96; ADIMC nº 1003/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1/8/94; ADI nº 1856/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/05/11.

² O princípio da fraternidade também há muito tempo vem sendo aplicado plenamente pelo STF, como, por exemplo, nos seguintes casos: ADPF 101; ADI's 3105 e 3128; Pet 3388; ADI 3510.

Por fim, é muito importante ressaltar que o princípio da fraternidade age como uma força motriz capaz de muito somar para a cooperação, sobretudo quando se relaciona com o princípio da diversidade, eis que tem o condão de não cancelar “[...] as identidades específicas [...]”, mas as valorizar (BUONUOMO, 2008, p. 35), evidenciando assim a consciência de que não se deva confundir a universalidade “[...] com uma igualdade que cancela as diferenças” (SAVAGNONE, 2009, p. 204).

Nessa perspectiva, caminhos fraternos e solidários de construção do Direito, mas, sobretudo, de sua execução correta e adequada, são os únicos desejáveis e necessários de serem trilhados, no processo de atendimento dos objetivos republicanos postos na Constituição federal brasileira vigente. A partir de tais pressupostos, passa-se a, na próxima seção, apresentar um caso concreto de violação de diversos direitos humanos e fundamentais, bem como de princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro atual, podendo o seu enfrentamento ser caracterizado, no âmbito da OAB do Estado do Tocantins, como uma ação jurídica impulsionada pelas qualidades políticas da fraternidade e da solidariedade, no sentido de ação em prol da defesa da cidadania ampliada, pautada pelo pluralismo e pela diversidade humana, o que necessariamente implica a renúncia e o combate aos modos exclusivistas e individualistas de interpretações dos direitos fundamentais.

3 OS CAMINHOS FRATERNOS E SOLIDÁRIOS DO RECONHECIMENTO E DO RESPEITO AOS DIVERSOS ENTRE OS SERES HUMANOS – DA AÇÃO POLÍTICA À AÇÃO JURÍDICA PELA CONSTITUCIONALIDADE DAS DIVERSIDADES DE GÊNERO E SEXUAL COMO CONTEÚDOS ESCOLARES

Ações fraternas e solidárias tomaram corpo em Palmas quando, no caso ora estudado, tornou-se de conhecimento público o teor de normas jurídicas atentatórias contra os princípios e os direitos humanos e fundamentais protetores da diversidade humana, impulsionando uma luta pela defesa do quanto as Constituições federal e estadual estabelecem a respeito.

Nesta seção apresenta-se o quadro normativo protetivo, na sequência as afrontas a ele perpetradas pelas normas municipais, e algumas peculiaridades de seu questionamento quanto às inconstitucionalidades formais e materiais, no âmbito estadual de pleno exercício do controle direto de constitucionalidade.

3.1 Normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais sobre o princípio da igualdade e os direitos humanos e fundamentais à igualdade material, à diversidade, e à educação inclusiva, plural e cidadã

A busca pelo direito à igualdade é uma perseguição histórica e encontra suas raízes na filosofia clássica, principalmente na greco-romana e no pensamento cristão. Aristóteles desenvolveu um conceito de igualdade associada à ideia de justiça, condensada em sua famosa epígrafe “deve-se tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual” (2006, p. 109).

As primeiras Declarações de Direitos, a exemplo da Declaração de Virgínia, e da Declaração de Independência dos Estados Unidos, ambas de 1776, e a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, também buscaram a igualdade, mas, à época, como mera instituição formal da orientação para que todos tivessem tratamento igualitário perante o ordenamento jurídico, o que foi um primeiro e importante passo rumo ao rompimento com as tradições absolutistas estamentais, logo, desiguais por essência.

Já na Idade Contemporânea, os Tratados Internacionais surgidos próximo da segunda metade do século XX trouxeram o ideal de que os direitos humanos não se restrinjam à competência estrita de cada Estado, mas instituem a proteção das pessoas de formas mais ampliadas, por vias de monitoramento e de responsabilização internacional compartilhada e conjunta, visando ao universalismo. Neste momento histórico avançou-se para além da igualdade formal, em busca também da igualdade material, pela erradicação de qualquer fator de impedimento à

plena realização das potencialidades de qualquer pessoa, levando-a à felicidade e pressupondo, sempre, a dignidade humana.

Em tal contexto é que se destacaram e seguem imperando, no que tange ao princípio da igualdade material, à diversidade, ao pluralismo, e a tantos outros princípios e direitos humanos complementares e interdependentes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data), no âmbito internacional, e, no continente americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica (PSJCR, de 1969, com ratificação promulgada no Brasil em 1992).

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, dispõe que todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos, “[...] sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (art. II). Também em seu artigo VII dispõe que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, à igual proteção da lei. Todos têm direito à igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”. (ONU, 2016a, *online*).

Assim, a Declaração repele qualquer ação que possa caracterizar a redução da dignidade de uma pessoa diante de outra, principalmente o argumento de que discutir em escolas públicas formas de eliminar tipos de discriminação (racial ou de gênero, por exemplo) invade a intimidade e o poder de escolha das pessoas e das famílias sobre quais assuntos afetem ou não suas vidas privadas e os queiram ou não debater. Ao contrário, é pela concretização de seus preceitos que a DUDH autoriza tão importante missão à educação, em todos os níveis, devendo ser voltada ao aprendizado amplo em direitos humanos, para que o referido progresso histórico tido em tal temática não se faça apenas teoricamente, mas redunde efetivamente em formação de cidadãos e cidadãs conscientes de seus direitos e deveres, bem como protagonistas na construção democrática de uma sociedade

alicerçada na fraternidade, na solidariedade e no compromisso com todos os povos, em prol do respeito a todas as diferenças e da luta pela erradicação de todas as desigualdades que prejudiquem pessoas.

Pela Constituição Federal brasileira, a educação é dever do Estado e da família, em colaboração com a sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, com base em diversos princípios, entre os quais o de igualdade de condições, de liberdade de aprender e do pluralismo de ideias (artigos 205 e 206). Esta educação, seja ministrada em iniciativa pública ou privada, deve ser efetivada sempre levando em consideração os teores dos Tratados e das Convenções Internacionais que tratam de Direitos Humanos, acima citados.

O artigo 11, itens 1 a 3, do Pacto de San José da Costa Rica³ e, no mesmo sentido, o artigo XII da DUDH, dispõem sobre a inviolabilidade da honra, da dignidade e da vida privada⁴, enquanto o artigo XXVI desta diz que “os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada aos seus filhos” (ONU, 2016a, *online*). Em tal quadro normativo, a proibição da discussão de qualquer assunto em sala de aula contraria a Declaração, pois é incompatível com o pluralismo de ideias, um dos princípios reitores da educação no Brasil. A escolha pelos pais é um direito quanto ao gênero de instrução, obviamente quando houver mais de uma opção, e o oferecimento de mais de uma opção é pressuposto de um Estado Democrático como o Brasil, onde de fato há tal oferta (educação privada e ministrada em escola mantida por dada ordem religiosa, e.g.). Já a proibição pelo ente público da veiculação de qualquer tipo de instrução a ser ministrada nas escolas, sobretudo as da rede

³ “Proteção da honra e dignidade. 1) Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade; 2) Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, sua família seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação; 3) Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”. (OAS, 2016, *online*).

⁴ “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. (ONU, 2016a, *online*).

pública de ensino, é autoritarismo reducionista, incompatível com valores, princípios, objetivos, diretrizes e direitos postos na Constituição Federal e pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Por outro lado, os defensores do entendimento de que temas relativos a gênero e à diversidade sexual devam ser reservados ao ambiente doméstico das famílias, podem ser lembrados que o âmbito privado, na maioria das vezes, reforça e reproduz desigualdades, sobretudo na estrutura de gênero da família, pois “o público e o privado são vistos como partes interligadas de um ciclo de desigualdades entre os sexos” (BIROLI, 2012, p. 218). Percebe-se isto nas relações de poder que lá são negligenciadas e na subordinação das mulheres no próprio lar, na divisão dos papéis domésticos que as vulnerabilizam e lhes retiram inúmeras oportunidades de se desenvolverem como sujeitos autônomos, livres e autodeterminados. “O lugar social a partir do qual se constituem visões legitimamente tomadas como ‘ímparciais’ pode determinar quem será objeto de empatia, quem será estigmatizado e quem será silenciado” (BIROLI, 2012, p. 239). Aliás, se há um consenso em toda a polissemia própria do conceito de gênero, é a de que seja um constructo social das diferenças não biológicas entre homens e mulheres, naturalizadas como se fossem um padrão fixo, imutável, quando na verdade são apenas e exatamente isso: diferenças socialmente construídas, e que, portanto, também socialmente podem ser destruídas ou ressignificadas (BESTER, 2016, *online*).

Assim, não há fundamento para a argumentação de que conversar sobre gênero e diversidade em locais públicos educativos seja contrário à preservação da intimidade da vida privada⁵, muito ao contrário, pois tais diálogos visam justamente a conscientizar e eliminar quaisquer formas de discriminação,

⁵ O artigo XI da DUDH dispõe: “Proteção da honra e dignidade: [...] 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”. (ONU, 2016a, *online*).

violência e desigualdade no âmbito privado ou público da vida das pessoas, notadamente aquelas que nascem e se naturalizam por construções sociais de gênero oriundas de bases patriarcais machistas (misóginas, homofóbicas etc.). A vida privada é inviolável, contudo, quando ocorrem situações de violência doméstica no âmbito privado-familiar, que exponham e evidenciem desigualdades de gêneros, é inevitável e mesmo necessário que o ordenamento adote medidas para assegurar às vítimas proteção e reparação, como o faz a Lei nº 11.343/06 (Maria da Penha). No entanto, não somente o punitivismo estatal (sistema de justiça criminal) é necessário, mas também outros tipos de ações direcionadas a alcançar que as mulheres, principalmente, por serem as vítimas preferenciais, consigam escapar dos ciclos de violências nos quais estejam enredadas. Para tanto, redes de ações e programas de proteção e de prevenção, com perfis multidisciplinares e multisectoriais (sistema de saúde etc.), são fundamentais. É o que aponta o Atlas da Violência 2017, publicado em junho pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o qual ressalta que somente com essa abordagem se poderá **“construir políticas públicas capazes de enfrentar a violência contra a mulher e promover uma ampla educação de gênero** para que possamos, de fato, comemorar de forma permanente a redução do feminicídio.” (SIQUEIRA *et al.*, 2017, p. 38, grifos nossos).

Neste contexto, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (de 1979, ratificada pelo Brasil em 1984) estimula os Estados a adotarem medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos das mulheres com os homens, na esfera da educação (art. 10), e medidas especiais temporárias para acelerar o caminho à igualdade geral entre ambos os gêneros⁶. Vejam-se objetivos

⁶ “Art. 3º - Os Estados-partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem. [...]. Art. 4º-1: A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a

específicos fixados por essa Convenção no campo da educação igualitária, inclusiva e não discriminatória das mulheres:

Artigo 10 – Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres:

Artigo 10.3: A eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino, mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino (BRASIL, 2008, p. 78, grifos nossos).

Essa Convenção foi o primeiro tratado internacional a dispor amplamente sobre os direitos humanos das mulheres. No relatório bienal dos anos em que Sílvia Pimentel participou do seu Comitê (CEDAW/ONU) de monitoramento, pode-se ler o seguinte:

Os Estados signatários da Convenção **são responsáveis, por garantir a igualdade de homens e mulheres, através da totalidade de suas instituições e poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – bem como de todas outras autoridades e servidores públicos, nos níveis federal, estadual e municipal. A igualdade de gênero deve ser realizada independentemente do contexto cultural ou religioso.** Alguns Estados apresentam interpretações muito particulares de igualdade, buscando assim, muitas vezes, justificar posicionamentos

igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; estas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados”. (ONU, 2016b, *online*).

discriminatórios prejudiciais às mulheres, que ferem seus direitos humanos. (PIMENTEL, 2016, p. 26, *online*).

Em interpretação sistemática, constitucional e de convencionalidade, é fundamental coadunar a leitura deste Tratado-Convenção com outros que, da mesma forma, buscam a igualdade, o respeito à diversidade e a educação inclusiva, como é o caso do documento intitulado Princípios de Yogyakarta, de 2007 (ratificado pelo Brasil no mesmo ano). Seu princípio 1 estipula que os Estados signatários devam “implementar programas de educação e conscientização para promover e aprimorar o gozo pleno de todos os direitos humanos por todas as pessoas, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero” (PRINCÍPIOS..., 2016, *online*).

É nesta orientação que também se posiciona a Constituição Federal brasileira quando, por exemplo, o Estado republicano federativo por ela constituído como Democrático de Direito (art. 1º, *caput*) assume o dever de concretizar a justiça social, o que só é possível pela igualdade material (art. 3º) entre as pessoas e o comprometimento com a vida digna para todos e todas. Esta orientação principiológica, na perspectiva adotada pela Constituição, requer a análise do princípio e direito à igualdade à luz dos demais valores por ela pregados e que se irradiam para todos os demais dispositivos, como compromissos de união fraterna e solidária entre os diferentes membros da sociedade brasileira.

A busca da igualdade (formal e material) também está no dever de o Estado promover o bem de todos, sem preconceitos de quaisquer naturezas, que possam ensejar discriminações (art. 3º, IV, CF). Como direito fundamental básico, a igualdade (art. 5º, *caput*) é fixada no texto constitucional pelo reconhecimento dos mesmos direitos e obrigações para homens e mulheres (I), assim como pela posição repreensiva a todo tipo de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (XLI), vedando

assim todo o tipo de discriminação negativa (BESTER, 1996)⁷. Piovesan assim externa essa compreensão:

O direito à igualdade material, o direito à diferença, o reconhecimento de identidades integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas. (2012, p. 176).

A educação, sendo dever do Estado, deve ser proporcionada a todas as pessoas, para seu livre desenvolvimento, para sua formação cidadã, levando à autodeterminação. Para a consecução de tais objetivos, é indissociável que seja voltada à construção da igualdade, para o respeito à diferença e ao pluralismo de ideias, de forma que os participes do processo educativo sejam os primeiros afastados da condição de vulnerabilidade que potencialmente os cerca, seja ela em função de raça, de gênero, de condição social, de idade, de orientação sexual, entre outras.

3.2 Afronta do Município de Palmas/TO ao quadro normativo posto enquanto políticas públicas hierarquicamente superiores

O Programa Nacional de Direitos Humanos, em alusão a políticas compensatórias, previu como meta o desenvolvimento de ações afirmativas em prol de grupos socialmente vulneráveis, o

⁷ As discriminações negativas, ao contrário das positivas (ações afirmativas, por exemplo), não têm objetivos de solidariedade, pois são realizadas com o intuito de prejudicar pessoas, individualmente consideradas ou em grupos (ditos vulneráveis), por meio da criação e/ou da manutenção de situações injustas. Configuram, assim, os típicos preconceitos com consequências sociais graves para uma sociedade que busca a fraternidade e a igualdade, por dever constitucional. (BESTER, 1996).

que foi reafirmado pelo Programa Nacional de Ações Afirmativas (BRASIL, 2016b, *online*).

Em tal contexto normativo e de políticas públicas, pela Lei nº 9.394/96, à União coube o papel de elaborar o Plano Nacional de Educação, o que foi feito, primeiramente, em 2001, pela Lei nº 10.172, que vigorou de 2001 a 2010. Depois, fez-se o segundo Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/14), que passou a vigorar a partir de 2014, com metas para os dez anos seguintes. Trata-se, por força normativa, de um plano plurianual, de longa execução. Os Estados, o Distrito Federal e os municípios, observado o art. 211 da CF/88 deveriam também elaborar seus Planos respectivos, com metas para os sistemas de ensino que são de sua responsabilidade⁸, sempre com base em alguns princípios, tais como o da gestão democrática da educação (CF/88, art. 206, VI), o da autonomia e o da colaboração de toda a sociedade na formulação de propostas e diretrizes de políticas públicas para a educação, por meio de conferências temáticas (BRASIL, 2005, p. 19), e, sobretudo, nas próprias diretrizes nacionais, cogentes e hierarquicamente superiores.

Especialmente em relação ao princípio da gestão democrática do ensino, deve ele ser interpretado em sentido amplo, como direito à participação na definição de todas as diretrizes do ensino público, sejam administrativas ou pedagógicas, que interfiram no processo educacional. Na verdade, essa **participação popular** não é um mero capricho ou uma liberalidade, mas condição fundamental e inarredável de **legitimidade** para o Plano, como fora fixado na Lei nº 13.005/14 (PNE):

Art. 8º. [...]. § 2º: **Os processos de elaboração e adequação dos planos de educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, de que trata o *caput* deste artigo, **serão realizados com ampla participação**

⁸ “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. [...] § 2º: os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. § 3º: os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio” (BRASIL, 2016a, *online*).

de representantes da comunidade educacional e da sociedade civil (BRASIL, 2016e, *online*, grifos nossos).

Oportunizar e efetivar essa participação é também potencializar o princípio da eficiência na Administração Pública. Trata-se não só de descentralizar as decisões, mas também de suscitar a inovação, e possibilitar que inúmeras pessoas afastadas historicamente do processo político decisório possam, enfim, nele participar, consolidando a democracia, já que esta forma de governo é um princípio constitucional a ser perseguido a todo o momento na gestão pública. Este processo é reconhecido pelo Ministério da Educação brasileiro, que assim se manifestou no documento preparatório ao atual PNE:

Na atual conjuntura brasileira, os processos de construção de políticas públicas educacionais ganham sentido e importância quando têm por objetivo principal a busca de um padrão de qualidade que seja compreendido como direito de cada cidadão. Por esta razão, são processos que se vinculam aos mecanismos de autoconstrução da sociedade, que sintetizam embates, negociações e acordos entre as forças sociais presentes. (BRASIL, 2016f, *online*, grifos nossos).

Foi o que o município de Palmas fez, com a realização de oito prévias reuniões públicas para a elaboração do seu Plano Municipal de Educação (PALMAS, 2016c, *online*), em processo participativo democrático e dialógico no qual se ouviu a coletividade e com ela se debateu, culminando com a aprovação, pela Câmara Municipal de Vereadores, e a subsequente promulgação, da Lei nº 2.238, em 19 de janeiro de 2016. É de ressaltar-se a importância dessas reuniões públicas, pois elas concretizam o princípio da publicidade, viabilizam a participação dos indivíduos ou grupos determinados na exposição das suas ideias, preferências e sugestões, em consequência conduzindo a Administração Pública a decidir com maior probabilidade de acerto, em projetos que serão executados por muitos anos. Contudo, algumas semanas depois foi editada, pelo Chefe do

Poder Executivo municipal, a Medida Provisória (MP) nº 06/2016, que alterou o referido Plano de Educação nas metas 5.24 e 5.26, determinando que fossem proibidas as discussões de diversidade de gênero e ligadas à sexualidade nas escolas da rede pública municipal de ensino. Tal MP foi convertida na Lei nº 2.243, de 23 de março de 2016, instituindo então o novo Plano Municipal de Educação, que repetiu o texto original de sua primeira versão, agora tendo alterado apenas as já referidas metas. É importante mencionar que a discussão da diversidade, quanto conteúdo, ficou preservada em seu aspecto cultural, restando proibida em seus aspectos de gênero e de sexualidade, o que fere o princípio constitucional da igualdade material. Veja-se como ficou a redação final da norma municipal:

Art. 1º São alteradas no Anexo Único à Lei nº 2.238, [...] de 2016, na Meta 5, as estratégias 5.24 e 5.26, que passam a vigorar com as redações a seguir: Meta 5 [...] 5.24) garantir, na construção dos referenciais curriculares da educação básica, conteúdos sobre a história e as culturas afro-brasileira e indígenas, a educação ambiental e direitos humanos, conforme as diretrizes nacionais e a legislação vigente, assegurando-se a implementação por meio de ações colaborativas com fóruns de educação, conselhos escolares, equipes pedagógicas e outros setores da sociedade civil, **vedada a discussão e a utilização de material didático e paradidático sobre a ideologia ou teoria de gênero, inclusive promoção e condutas, permissão de atos e comportamentos que induzam à referida temática, bem como os assuntos ligados à sexualidade e erotização;** (NR. 5.26) assegurar a oferta de formação continuada específica e a inclusão transversal, para que as formações considerem temáticas relativas à educação ambiental, à diversidade cultural, às relações étnico-raciais, além de direitos humanos e cidadania, **vedada a discussão e a utilização de material didático e paradidático sobre a ideologia ou teoria de gênero, inclusive promoção e condutas, permissão de atos e comportamentos que induzam à referida temática, bem como os assuntos ligados à sexualidade e**

erotização; (NR). (PALMAS, 2016b, *online*, grifos nossos).

Na verdade, a Prefeitura de Palmas e algumas outras (poucas) no País, resolveram, irônica e curiosamente, utilizar-se de uma expressão inadequada (ideologia de gênero) para travestir os preconceitos e discriminações que elas próprias destinam aos seus alunados que escapem dos padrões heteroafetivos. Esse disfarce foi um mal escolhido recurso usado pelos legisladores, uma vez que “ideologia de gênero” é expressão que tem pouco ou nenhum reconhecimento ou respeitabilidade científica no orbe dos sérios estudos de gênero ou das teorias feministas.

Para além disso, em respeito ao princípio do pacto federativo, cláusula pétrea do texto constitucional de 1988 (art. 60, § 4º), os Planos municipais e estaduais de educação devem observar as diretrizes postas no Plano Nacional de Educação (PNE), já que a União detém competência privativa para organizar a educação nacional (art. 22, XXIV, CF). Deste modo, há diretrizes gerais que devem ser seguidas por cada um dos Planos Municipais de Educação (PME's). Note-se que os Planos Municipais não podem inovar em conteúdos, podendo apenas especificar pontos gerais já previstos pelo PNE. É o que a lei que estabelece o Plano Nacional de Educação, dispõe em seu art. 8º, *caput*, quando fixou que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam “elaborar seus correspondentes planos de educação, ou adequar os planos já aprovados em lei, em consonância com as diretrizes, metas e estratégias previstas neste PNE, no prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei”. (BRASIL, 2016e, *online*, grifos nossos).

E, com efeito, o PNE estabeleceu diretrizes⁹ nacionais a serem seguidas pelos demais Planos com respeito às diversidades,

⁹ “Art. 2º: São diretrizes do PNE: [...] III – superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação; [...]. V – formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade; [...].VII – promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País; [...]. X – promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental” (BRASIL, 2016e, *online*, grifos nossos). Recomenda-se

entre outras, incluídas aí as de gênero, objetivando superá-las. Não citou o termo “gênero”, mas estabeleceu objetivos de respeito à diversidade e estabeleceu como metas a busca pela igualdade e a eliminação de todas as formas de desigualdades, o que se relaciona diretamente às hierárquicas relações de poder de gênero, contempladas, portanto, quanto à necessidade de seu enfrentamento, na busca da igualização material das pessoas. A ampla literatura especializada deixa bem claro que questões de gênero, problemas advindos das relações de poder de gênero, estudos de Gênero e Direito, centram-se sempre no combate a desigualdades, a estigmas e a discriminações, e na promoção da igualdade material, via, inclusive e preferencialmente, pela aceitação das diferenças, em homenagem constitucional ao princípio diversidade.

Veja-se, a propósito, o que ficou estabelecido sobre a diversidade no documento de referência da Conferência Nacional de Educação, que serviu de base para a construção do Plano Nacional de Educação de 2014:

A diversidade, como dimensão humana, deve ser entendida como a construção histórica, social, cultural e política das diferenças que se expressa nas complexas relações sociais e de poder.

Uma política educacional pautada na diversidade traz para o exercício da prática democrática a problematização sobre a construção da igualdade social e as desigualdades existentes. Esta construção pressupõe o reconhecimento da diversidade no desenvolvimento socio-histórico, cultural, econômico e político da sociedade. [...] Assim, **as políticas educacionais voltadas ao direito e ao reconhecimento à diversidade estão interligadas à garantia dos direitos sociais e humanos e à construção de uma educação inclusiva.** Faz-se necessária a realização de políticas, programas e ações concretas e colaborativas entre os entes federados, garantindo

que os currículos, os projetos político-pedagógicos, os planos de desenvolvimento institucional, dentre outros, considerem e contemplem a relação entre diversidade, identidade étnico racial, igualdade social, inclusão e direitos humanos (BRASIL, 2014, p. 29-30, grifos nossos).

A partir de tais pressupostos, teóricos e normativos, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Tocantins, partiu para a ação, como se verá nos itens a seguir.

3.3 A reação jurídica, fraterna e solidária a partir da OAB/TO: processo participativo da sociedade palmense na redação do PME e na Audiência Pública

A análise realizada pelas seis Comissões Temáticas da OAB/TO¹⁰ mais diretamente ligadas aos vários conteúdos tratados pelas normas sob apreciação, concluiu que a Lei nº 2.238/2016 (instituidora do Plano Municipal de Educação original, construído em processo democrático participativo direto) guardava conformidade com os ditames constitucionais, de Tratados e Convenções Internacionais e com as políticas públicas positivadas em normas infraconstitucionais (diretrizes do Plano Nacional de Educação).

Por isso, em 12 de abril de 2016 a OAB/TO realizou uma Audiência Pública para consultar a sociedade civil organizada e a população em geral sobre o conteúdo da MP nº 06/2016, que alterou o PME, inicialmente construído com a ativa colaboração da própria sociedade. Para tanto, convidou os poderes públicos diretamente implicados, de modo a fundamentar suas subsequentes ações na temática a partir de um espaço democrático de discussões, com ampla participação e representação da coletividade.

¹⁰ A saber: Comissão de Estudos Constitucionais, Comissão de Direitos Humanos, Comissão OAB Vai à Escola, Comissão da Mulher Advogada, Comissão da Criança e Adolescente, Comissão de Diversidade Sexual.

Em 24 de abril de 2016 as mesmas seis Comissões Temáticas entregaram ao Conselho Seccional parecer fundamentado, em que analisaram o conteúdo da Medida Provisória e entenderam ser o ato normativo inconstitucional, solicitando-lhe que aprovasse o ingresso, pela OAB/TO, de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça Estadual e ainda o acionamento do Conselho Federal da OAB (CFOAB) para que ingressasse com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em face da referida Medida, àquela data, já convertida na Lei nº 2.243/2016, o que foi aprovado por unanimidade pelo Conselho Seccional. Em 1º de junho de 2016 ofício da OAB/TO, assinado novamente pelas representações das seis Comissões e pelo Presidente da Seccional, foi enviado ao Conselho Federal da OAB, onde o expediente recebeu o número de processo interno 49.0000.2016.005499-0, e ficou aguardando parecer da sua Procuradoria Constitucional, que assessorava a Comissão Nacional de Estudos Constitucionais. Esta, por sua vez, preferiu não ingressar com uma ADPF junto ao STF, justificando tal decisão no fato de já estar tramitando uma ADI estadual no TJTO. Curiosamente, quando, tempos depois o Ministério Público Federal ingressou com ADPF nesse sentido (ADPF nº 465/17), pediu primazia para questionar as inconstitucionalidades já apontadas na ADI em comento, com solicitação expressa de que fosse suspenso o andamento desta em âmbito estadual. As autoras deste artigo, presidentes de duas das seis Comissões da OAB/TO que primeiramente fomentaram os debates públicos e suscitaron o pedido de reconhecimento das inconstitucionalidades, sempre entenderam que uma ação não excluía a outra dentro do sistema da OAB como um todo, podendo, assim, haver o ingresso tanto da ADI no TJTO quanto da ADPF¹¹ no STF.

¹¹ A OAB federal optou por não o fazer, mas o Ministério Público Federal o fez. Até agora a Procuradoria-Geral da República já ajuizou no Supremo Tribunal Federal, em meados de 2017, sete ações contra leis municipais que proíbem políticas de ensino sobre diversidade de gênero e de orientação sexual, sendo elas as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) números 457, 460, 461, 462, 465, 466 e 467. Em 19/6/17, decisão liminar do Ministro Luís Roberto Barroso, proferida na ADPF 461 (cuja petição inicial deu entrada no STF em 6/6/17) suspendeu os

De todos os modos, a OAB Seccional do Tocantins, sendo agente legitimada ativa no controle de constitucionalidade abstrato e devendo agir tecnicamente, isto é, sob argumentos jurídicos, pioneiramente levou ao Poder Judiciário tocantinense os anseios da sociedade palmense contrária à edição da referida MP e da sua lei de conversão, considerando, além dos importantíssimos preceitos constitucionais federais e estaduais¹² e

efeitos da lei municipal de Guarapuava/PR, similar à norma municipal de Palmas/TO, que deu origem à ADI estadual aqui estudada, e à ADPF nº 465. Em sua decisão o Ministro frisou que a norma da cidade paranaense “é inconstitucional porque somente a União teria competência para legislar sobre diretrizes educacionais e normas gerais de ensino. Mas também pelo fato de, ao impedir o acesso a conteúdos sobre uma dimensão fundamental da experiência humana e para a vida em sociedade, viola o princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente. Não tratar de gênero e de orientação sexual no âmbito do ensino não suprime o gênero e a orientação sexual da experiência humana, apenas contribui para a desinformação das crianças e dos jovens a respeito de tais temas, para a perpetuação de estigmas e do sofrimento que deles decorre” (*apud* MARIZ; BRÍGIDO, 2017, *online*), afirmou Barroso.

¹² É importante frisar-se que os municípios, pela CF/88, gozam de ampla autonomia e que, justamente pelo fato de não mais sofrerem ingerências arbitrárias dos Estado-membros da federação brasileira, uma vez que possuem a disciplina jurídico-principiológica quase que totalmente inserta na Constituição da República, há poucas questões suas que, por força desta, foram atribuídas à regulação pelas Constituições Estaduais, e.g., fusão, desmembramento de municípios etc. Por isso mesmo, somente em raras hipóteses estar-se-á diante de inconstitucionalidade de Lei Municipal em face de uma Constituição Estadual, eis que, conforme foi ressaltado, a Constituição do Estado-Membro pouco ou quase nada tem a ditar, em termos de diretrizes, ao Município. Pode ocorrer, contudo, de as Constituições Estaduais também repetirem norma já constante na Constituição Federal – seja por opção do poder constituinte decorrente, seja por seu dever de repetição –, caso em que uma eventual inconstitucionalidade de Lei Municipal ofenderia tanto a Constituição Federal quanto a Constituição Estadual. Em tais casos, como o sistema de controle de constitucionalidade abstrato adotado no Brasil não admite ação direta de inconstitucionalidade de Lei Municipal em face da Constituição da República Federativa do Brasil, abre-se a possibilidade de controle de constitucionalidade da Lei Municipal por meio de jurisdição constitucional estadual, a ser exercida pelo Tribunal de Justiça do Estado-Membro. Vê-se, pois, que a defesa da Constituição Estadual visa, em última análise, à defesa da própria Constituição Federal, por garantir a melhor interpretação das normas constitucionais em todos os níveis da federação. Ganham, com isso, a unidade e a força normativa da lei maior. Portanto, é previsto o conhecimento de ADI pela Corte Estadual, mesmo que a norma constitucional estadual violada seja repetição de disposição da Constituição Federal, com fulcro no artigo 102, inciso III, da CF/88. A esse propósito, assim dispõe o art. 48, § 1º, I, da Constituição do Estado do Tocantins: “§ 1º. Compete ao Tribunal de Justiça, além de outras atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar, originariamente: I - a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face da

de Tratados e Convenções Internacionais, o disposto pela sociedade de Palmas, em sua primeira redação do Plano Municipal de Educação (Lei nº 2.238/16).

3.3.1 Inconstitucionalidades evidenciadas na ADI Nº 0011990-05.2016.827.0000

A ADI (TOCANTINS, 2016a, *online*), em sua Petição Inicial¹³, demonstrou importantes aspectos que viciam a Lei nº 2.243/16 tanto pela forma quanto pelo conteúdo, razões pelas quais, ao final, pede a declaração de sua inconstitucionalidade.

No plano da inconstitucionalidade formal, verificou-se que Lei municipal nº 2.243/16 ofende, entre outros, os artigos 1º, § 1º (regra da participação popular direta, típica e exigida para a elaboração de planos que tratem de políticas públicas, como é o caso de um PME) e 127 (obrigatoriedade de contemplar o conteúdo mínimo para o ensino fundamental, que já foi fixado pela União: na LDB, no PNE, na Constituição federal), da

Constituição do Estado, legitimados para sua propositura as partes indicadas no artigo 103 da Constituição Federal e seus equivalentes nos municípios, e ações cautelares de qualquer natureza contra atos das autoridades que originariamente são jurisdicionadas ao Tribunal de Justiça; [...]. (TOCANTINS, 2016b, *online*).

¹³ Protocolada no dia 21 de julho de 2016, a Petição Inicial dessa ADI possui 46 páginas e foi acompanhada de 26 anexos, em ordem: 1) Ata de Posse do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Tocantins; 2) Procuração ad judicia; 3) Ata da Audiência Pública promovida pela OAB Tocantins; 4) Lista de presença da Audiência Pública; 5) Ata da Sessão do Conselho da OAB Tocantins que discutiu e aprovou o ingresso da ADI; 6) Lei Orgânica do Município de Palmas; 7) Constituição do Estado do Tocantins; 8) Lei nº 2.238/2016 – Plano Municipal Inicial de Educação; 9) Lei nº 2.243/2016 – Plano Municipal de Educação após as reformas trazidas pela MP nº 06/2016; 10) Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014); 11) Resposta da Procuradoria do Município aos questionamentos da OAB Tocantins sobre a MP nº 06/2016; 12) Imagens do material didático vetado nas escolas municipais de Palmas; 13) Documento-referência da Conferência Nacional de Educação para elaboração dos Planos de Educação; 14) Documento-referência para elaboração do Plano Municipal de Educação de Palmas; 15) Relatório final da I Conferência Municipal da Educação de Palmas; 16) Documento “Plano Nacional de Educação – Planejando a próxima Década – alinhando os planos de educação”, redigido pelo MEC; 17-26) Sequência de nove notícias sobre o processo de atuação da OAB no assunto da lei ora enfrentada quanto às suas inconstitucionalidades.

Constituição do Estado do Tocantins¹⁴. Ademais, entende-se que a referida Lei violou princípios da CF/88 também repetidos na Constituição estadual, como os da participação social, da gestão democrática da educação (art. 206, VI, CF), da autonomia e da colaboração de toda a sociedade, da soberania popular e da cidadania ativa, uma vez que desconsiderou o que a sociedade assim já havia construído como planejamento de políticas públicas para os próximos dez anos da educação municipal de Palmas, tudo positivado na Lei nº 2.238/16. Portanto, uma Medida Provisória não é ato normativo legítimo para se sobrepor e anular o ciclo¹⁵ de elaboração de políticas públicas, basicamente consistente na montagem da agenda, na formulação em si da política, na tomada de decisão, na sua implementação e consequente avaliação, atos sucessivos, que demandam tempo e ampla participação democrática, como estudos específicos a respeito indicam (HOWLETT; RAMESH, 1995), tudo isso pressupondo uma trajetória de crítica e de maturação dos problemas desde a sua formação, o que não se verifica na edição

¹⁴ “Art. 1º: O Estado do Tocantins, formado pela união indissolúvel de seus Municípios, integra, com autonomia político-administrativa, a República Federativa do Brasil. § 1º: **Todo poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos **ou diretamente, nos termos desta e da Constituição Federal**. [...] Artigo 127: **Respeitado o conteúdo mínimo do ensino fundamental, estabelecido pela União, o Estado fixar-lhe-á conteúdo complementar, com o objetivo de assegurar a formação cultural e regional**”. (TOCANTINS, 2016b, *online*, grifos nossos).

¹⁵ Nos primeiros ciclos de elaboração de políticas públicas deve-se ter claro o reconhecimento do problema – no presente caso, a superação de diversos problemas na educação –, o que se deu, como já se informou, na realização de oito audiências públicas com a participação da sociedade, processo no qual se formularam os temas que deveriam ganhar a atenção do Poder Público municipal de Palmas, entre eles, a consideração de uma educação baseada no respeito aos direitos humanos e à diversidade. Em um segundo momento deu-se a formulação da minuta do Plano Municipal e o seu encaminhamento à Câmara de Vereadores, destacando-se que aí houve, como sempre deve haver na elaboração de planos deste tipo, um cuidado com as alternativas políticas e com a participação ampla da sociedade no processo de formulação e decisão das políticas públicas, por ser ela a destinatária dessas políticas e que, melhor do que qualquer legislador, conhece bem os problemas dos serviços que lhe são oferecidos a partir dos impostos que paga. É a população de um dado local, portanto, a maior legitimada para levar ao conhecimento do Poder Público quais são os problemas sociais que deseja ver superados, bem como propostas para sua superação, ou pelo menos esboços disso, para os próximos anos. (BRASIL, 2014, p. 75 e *passim*).

de uma Medida Provisória, instrumento centralizado, de caráter unipessoal e de rapidez extraordinária.

A Medida Provisória nº 06/16 não era dotada de seus pressupostos mínimos, pois, na qualidade de justificativa, o Poder Executivo argumentou que a “relevância” se encontrava em “não trazer ao cenário da educação básica a inclusão da temática relações de gêneros, a fim de resguardar os anseios sociais de manter o tratamento isonômico entre todos os participantes do sistema municipal de ensino” e de “aplicar o conceito constitucional de família como cédula da sociedade” (PALMAS, 2016d, *online*). Ora, mesmo que fosse plausível a justificativa da relevância pelo valor que defendeu, o da família como “cédula da sociedade”, igualmente a referida norma estaria cometendo inconstitucionalidade, haja vista que a família que a Constituição Federal de 1988 consagra é plural, amparada por – e amparadora de – todas as formas de diversidades humanas.

Portanto, a “relevância” alegada não é aquela extraordinária necessária para a edição de uma Medida Provisória, até porque o que o interesse público considerou relevante ficou manifestado antes, na Lei nº 2.238/16, como expressão legítima das propostas da sociedade, condensadas no PME, e lá não havia essa vedação. Já quanto à “urgência”, o Prefeito Municipal justificou-a alegando o início do ano letivo nas escolas do Município, contudo, a minuta da MP nº 06/16 foi encaminhada à apreciação da Câmara de Vereadores em 9 de março de 2016, quando o ano letivo do sistema municipal de ensino já havia iniciado (PALMAS, 2016d, *online*), com a lei que veiculava o PME em plena vigência, surtindo todos os seus efeitos.

Estudos específicos e profundos demonstram que a medida provisória é instrumento atípico de legislar, pelo qual um Poder (Executivo) que não possui essa função como típica exerce uma possibilidade autorizada pela Constituição, porém, por isso mesmo, sendo excepcionalidade, de modo algum é ampla ou discricionária, recebendo fortes controles e limitações (BESTER, 2002). Ainda assim, os exemplos de usos abusivos dessa espécie normativa abundam no ordenamento jurídico brasileiro. Em tese de doutoramento que mapeou minúcias desse uso abusivo, em

doze anos de utilização das medidas provisórias no Brasil, conseguiu-se demonstrar inconstitucionalidades de toda a ordem, com violações de todos os princípios constitucionais reitores do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição federal de 1988, bem como de um número imenso de direitos fundamentais. Quanto à forma, geralmente não se observam os requisitos intrínsecos de sua possibilidade de edição, a relevância e a urgência, que devem ser cabalmente demonstradas, com motivos e justificativas densas e realmente convincentes de sua necessidade e da sua constitucionalidade (BESTER, 2002). Quando não existentes, ou não bem demonstradas a urgência e a relevância, a Medida Provisória que assim tenha sido editada, e, por consequência, a lei que a suceda pelo processo de conversão, possuem vícios que não podem ser convalidados, conforme já decidiu reiteradas vezes o STF¹⁶. É o caso da MP nº 06/16 e da Lei nº 2.243/16, ambas formalmente inconstitucionais, por não terem atendido aos pressupostos constitucionais exigidos.

Pior, há uma vedação específica na Constituição Federal brasileira, em relação à medida provisória, que é a impossibilidade de tal espécie normativa ser editada para versar sobre planos plurianuais (CF/88, art. 62, parágrafo 1º, I, d). Ora, o que são os Planos Nacional e Municipais de Educação se não exatamente planos feitos para vigorarem por longos anos? Portanto, estão plenamente classificados na categoria plurianuais. Assim, jamais um PME poderia ter sido objeto de uma medida provisória.

¹⁶ Os pressupostos da urgência e da relevância, embora tidos como conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo que passem, inicialmente, pela avaliação discricionária do Presidente da República, ou, por derivação, do Governador de Estado ou do Prefeito Municipal, estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição. No mesmo sentido: ADI 4.048-MC, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-5-2008; ADI 4.049-MC, rel. min. Ayres Britto, j. em 5-11-2008; ADI 2.527-MC, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 16-8-2007; ADI 2.213-MC, rel. min. Celso de Mello, j. em 4-4-2002; ADI 3.090-MC, rel. min. Gilmar Mendes, j. em 11-10-2006; ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, j. em 3-5-2012 (BRASIL, 2015, *online*).

Por outro lado, as duas normas referidas são também materialmente inconstitucionais, pois, sendo a educação um direito humano e fundamental, deve ser exercido e ministrado com a estrita observância dos preceitos previstos nos textos constitucionais (do Brasil e do Estado do Tocantins) e dos Tratados e Convenções Internacionais que diretamente ao tema se refiram¹⁷, os quais foram desrespeitados pelas proibições inseridas tanto na MP, quanto em sua lei de conversão.

Basicamente, no âmbito da Constituição Federal, prevê-se que o ensino deve ser ministrado com igualdade de condições para acesso e permanência, liberdade de aprender e ensinar; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e gestão democrática (art. 206, CF); o ensino também deve ser voltado para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, CF). Ainda, uma interpretação conjugada destes dispositivos com o art. 5º, XIII, da Constituição, indica que a liberdade profissional é atinente a todas as profissões, principalmente àquelas da educação, que formam quadros de todas as demais profissões, e, justamente por isso aos professores e professoras é permitido lecionar o conteúdo sob sua responsabilidade mediante múltiplos pontos de vista, quando houver vários reconhecidos pela Ciência. Qualquer limitação ao exercício da profissão de professor(a), à sua liberdade de cátedra, é manifestamente inconstitucional, como o faz a Lei em análise, que afronta o labor do corpo docente pelo cerceamento de tratar determinados conteúdos¹⁸.

A partir da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e do princípio da igualdade, impõe-se o respeito amplo

¹⁷ Como já foi dito antes, são referenciais normativos desta análise, principalmente: a Declaração Universal sobre os Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e os Princípios de Yogyakarta.

¹⁸ Deve-se observar também o que diz a Lei de Diretrizes Básicas da Educação (LDB), nº 9.394/96, que estabelece no art. 2º ser dever da família e do Estado a educação para o exercício da cidadania, e no art. 3º que o ensino será ministrado com base, entre outros princípios: “I- igualdade de condições para acesso e permanência na escola; II- liberdade de aprender ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III- pluralismo de ideias e concepções pedagógicas; IV- respeito à liberdade e apreço à tolerância”. (BRASIL, 2016c, *online*).

à diversidade na escola, devendo, por isso, considerarem-se as mais diversas formas de famílias que se utilizam daquele serviço público educacional, bem como as individualidades dos(as) alunos(as) que convivem em tal locus. Aliás, a escola é, por todas as normas que já foram demonstradas aqui, espaço privilegiado para tratar da superação das inúmeras formas de desigualdades existentes no seio da população brasileira (art. 5º, *caput*, CF), dentre elas a de gênero.

As diretrizes que a Constituição Federal fixou, e que as Constituições Estaduais repetiram, também foram reafirmadas no Plano Nacional de Educação, que estabelece orientações para todos os demais Planos. Nesta perspectiva, debater gênero e diversidade nas escolas é uma política de direitos humanos voltada à superação das desigualdades não só no âmbito escolar, mas também em todos os demais aspectos e locais da vida, compatível com o princípio da vedação ao retrocesso, a cidadania e a democracia. Destaca-se que o Ministério da Educação e Cultura integrou a orientação sexual nos Parâmetros Curriculares Nacionais, por meio da transversalidade, adotando tal conteúdo em diversos temas da educação e do ensino, não só no âmbito da Biologia (BRASIL, 1997, p. 41).

Ademais, no Estado Democrático de Direito brasileiro é objetivo fundamental da República promover o bem de todos, independente de quaisquer características que impeçam o livre exercício das personalidades, por isso mesmo é que o direito à igualdade e o respeito ao ser humano em sua integralidade preponderam em uma ordem constitucional que busque a justiça substancial. Este é mais um feixe de argumentos que demonstram o quanto a Lei 2.243/16 é manifestamente inconstitucional também sob a ótica material.

No quadro normativo universal de direitos humanos, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, no Brasil, diante dos recentes fatos ligados à violência sexual no País reafirmou, em 7/6/16, seu compromisso com a garantia dos direitos das mulheres e da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), posicionando-se de forma contrária a toda forma de discriminação e violação dos

diretos humanos “em qualquer circunstância e, em especial, em espaços educativos”. Para a Organização, aprofundar o debate “sobre sexualidade e gênero contribui para uma educação mais inclusiva, equitativa e de qualidade, não restando dúvida sobre a necessidade de a legislação brasileira e os planos de educação incorporarem perspectivas de educação em sexualidade e gênero.” Em comunicado oficial, afirmou que “a eliminação das desigualdades de gênero é determinante para a construção de uma sociedade inclusiva e equitativa”, assim como que “todos os estudantes têm o direito de viver e aprender em um ambiente livre de discriminação e violência. Com educação e diálogo é possível prevenir a violência de gênero”. (UNESCO DEFENDE..., 2016, *online*).

Neste sentido também seguiu a manifestação do Ministro Luís Roberto Barroso em decisão sobre norma de conteúdo similar:

Por óbvio, tratar de tais temas não implica pretender influenciar os alunos, praticar doutrinação sobre o assunto ou introduzir práticas sexuais. Significa ajudá-los a compreender a sexualidade e protegê-los contra a discriminação e a violência [...]. Impedir a alusão aos termos gênero e orientação sexual na escola significa conferir invisibilidade a tais questões. [...] Significa valer-se do aparato estatal para impedir a superação da exclusão social e, portanto, para perpetuar a discriminação. (*apud* MARIZ; BRÍGIDO, 2017, *online*).

Após o relatado processo democrático participativo na Audiência Pública ocorrida em abril de 2016, a elaboração do Parecer Técnico Conjunto pelas seis Comissões Temáticas e a aprovação pelo Conselho Seccional, a OAB/TO ingressou com a ADI nº 0011990-05.2016.827.0000/16 (TOCANTINS, 2016a, *online*), em tramitação no Tribunal de Justiça do Estado¹⁹.

¹⁹ A legitimidade para o ingresso de Ações Diretas de Inconstitucionalidade pela Ordem dos Advogados do Brasil está prevista em dispositivos constitucionais federais: o art. 133 consagra que o advogado é indispensável à administração da Justiça; o art. 103, VII, atribui legitimidade ao Conselho Federal para ingresso de ADI (cuja interpretação, pelo princípio da simetria, contempla, no texto da Constituição do

O ajuizamento da ADI amparou-se, ainda, no entendimento de que o controle jurisdicional de políticas públicas possa e deva ser exercido pelo Poder Judiciário, não afetando com isso o princípio da separação dos poderes, eis que se o faz objetivando compatibilizar tais políticas com os deveres de concretização dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF), e de diversos princípios e direitos fundamentais, como os já elencados acima. O princípio da separação dos poderes implica vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado, o que não se verifica no presente caso, pois, conforme Grinover, os limites a esse tipo de controle devem ser eventuais restrições à garantia do mínimo existencial, no sentido orçamentário-financeiro (com relação ao tempo para planejamento da política pública), a razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida, e, o que se vê neste caso, quanto ao aspecto formal da norma, a irrazoabilidade da escolha “da lei” ou do agente público. (2013, p. 149).

Por fim, não como fundamento direto, mas como substrato do fato em si de agir, na proposição da ADI em comento, para além do solidarismo instrumental, paira uma concepção de fraternidade que permite ligar todos os pontos tratados neste artigo:

Por fraternidade entende-se o princípio no qual **o ser humano, de forma individual, consciente e livre, é capaz de superar o medo do outro, da convivência e da diferença, e passar a cooperar com o outro, visando de forma espontânea estabelecer relações socioculturais e individuais mais justas, equilibradas e harmônicas**. A fraternidade é um princípio que tem, por diversos motivos [...], sido esquecida e negligenciada pelas reflexões e análises produzidas em vários setores das ciências humanas. No entanto, **num contexto de**

Estado do Tocantins a mesma competência ao Conselho Seccional da OAB/TO, em seu art. 48, parágrafo 1º, I). No plano infraconstitucional, o art. 44, I, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.096/94) estabelece que este órgão de classe deve defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da Justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

crescente violência e de desconfiança entre os cidadãos, num ambiente social onde é implantada uma cultura de medo, a fraternidade é um princípio básico e gratuito, que pode ser convocado para de alguma forma, restabelecer os laços de convivência social e, assim, evitar a violência e a barbárie. (SANTOS, 2015, p. 22, grifos nossos).

O medo do outro e da outra, que sejam diferentes, e de com eles e elas conviver, com respeito mútuo, não pode ser maior do que os objetivos e fundamentos que, em contrato social, fundaram o Estado de Direito Social e Democrático que rege toda a coletividade brasileira. Por isso mesmo, precisa ser vencido. Na tentativa de auxiliar nesse processo de superação de medos e de ojerizas aos e às diferentes, fez-se este artigo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cada impedimento da palavra, a cada cerceamento do exercício das próprias identidades, diversas e ricas em suas pluralidades, a cada exclusão social e do sistema de ensino formal, as sociedades contemporâneas vão enfraquecendo os laços de fraternidade e de solidariedade que deveriam, ao contrário, reforçar o humanismo, inclusive o jurídico, pautado primeiramente pelo princípio da dignidade humana, de riqueza polissêmica.

Sempre que visões de mundo, enquanto ideologias, imperarem com a força de um pensamento único, fundamentalista e arrebatador das demais visões, cresce o individualismo em detrimento do coletivismo e do pluralismo, sendo então também sempre necessário o resgate justamente dos ideais de fraternidade e de solidariedade, na busca de formas mais humanas, inclusivas, coletivas e justas de enfrentamento das desigualdades sociais, regionais, ambientais, pessoais. A exclusão e a opressão, catapultadas pelos preconceitos, pelas discriminações, pelos estigmas, pelos ódios aos seres humanos diferentes (de que são exemplos misóginias e homofobias), encontram uma possibilidade de serem superadas quando

verdadeiramente se experimentarem vínculos fraternos e solidários – lembrando que a amizade enquanto qualidade política é identificada com a fraternidade, aliás, vindo a traduzi-la de forma singular, segundo as lições aristotélicas –, pois as trocas de conhecimentos e as aprendizagens que ali são geradas possuem poder de reumanização das relações interpessoais, ressignificando habilidades, olhares, posturas, visões de vida e de mundo. As escolas são um espaço privilegiado para que esses círculos transformadores evolutivos aconteçam. Por isso devem seguir sendo lugares plurais, inclusivos, de formação ampliada para a cidadania ativa, para a vivência ética, sustentável, respeitosa, onde a concórdia em prol de uma sociedade mais justa, mais livre e mais solidária possa prevalecer, apesar de, e, sobretudo pelo fato de, existirem diversidades. Sociedades inclusivas, primeiramente, precisam de pessoas conscientes, éticas e imbuídas de valores solidários e fraternos, reconhecedores de si mesmas e das demais como sujeitos dignos, conheedores de seus direitos e de seus deveres fundamentais, que lutem contra as injustiças e não compactuem com qualquer violação aos direitos humanos, que sejam respeitadoras e valorizadoras das diferenças, tanto de gênero, de raça, de cor, de classe social, de identidade, de culturas, e outras mais, interpretando tudo isso como fonte de enriquecimento humano, e não de seu empobrecimento.

Com estas compreensões entrelaçadas, aplicando interpretação sistemática (constitucional e de convencionalidade), neste artigo fez-se um breve estudo de caso tendo como substrato de análise a espécie normativa editada pelo Prefeito do Município de Palmas, em março deste ano (MP nº 6/16), proibindo a discussão de qualquer temática de gênero, e o uso de material didático correspondente, no sistema público de ensino, alterando, para tanto, por norma de tipo unipessoal e excepcional, o Plano Municipal de Educação, de construção demorada, participativa e dialogada. Com uma Câmara de Vereadores de perfil totalmente masculino (não havia, naquela legislatura, uma só mulher edil), conservador e religioso, tal Medida Provisória foi rapidamente convertida em Lei (nº 2.243, de 23/3/16), tornando-se, aos olhos vigilantes dos hermeneutas jurídicos mais atentos,

objeto de questionamentos quanto a várias inconstitucionalidades.

A Prefeitura Municipal de Palmas (TO), assim como as de Novo Gama (GO), de Paranaguá (PR), de Cascavel (PR), de Blumenau (SC), de Tubarão (SC) e de Ipatinga (MG), incursionou em um perigoso caminho de ataques à Constituição, via legislações criadas para vetar determinados conteúdos escolares, cujo resultado, facilmente previsível, vem a ser a reprodução de discriminações e, em seu rescaldo, de mais violências contra crianças e jovens homossexuais e transgêneros, além da mais típica violência de gênero, aquela secularmente direcionada contra o universo feminino. Neste artigo pretendeu-se mostrar que, para além da gravidade disso ser feito no âmbito do sistema educacional, grave também é usar-se o aparato público para isso.

Por fim, tanto a ADI em curso, estudada neste texto, como o ato em si da escrita deste artigo, fazem parte de uma postura ativa fraterna e solidária, na perspectiva de qualidades políticas dirigidas à ação, de dentro do Direito em direção à Educação, e desta para um universo de pessoas, formado por professores e professoras, por alunos e alunas, no intuito de, sobretudo, guarnecer e defender a efetividade de direitos humanos e fundamentais, arduamente conquistados historicamente, mas cujas existências seguem sendo ameaçadas aqui e acolá, de tempos em tempos. De forma muito orgânica, resta assinalar ainda que se considerou a modalidade estudo de caso como a melhor forma de se fazer esta pesquisa concreta e de trazerem-se seus resultados a público, honrando, assim, o elogável propósito dos organizadores deste livro.

REFERÊNCIAS

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: CASO, Giovanni *et al.* (Orgs.). **Direito e fraternidade**. São Paulo: LTr, 2008. p. 39-45.

ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**: ensaios e conferências. Organizado por Antônio Abrantes. Trad. de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

_____. **A condição Humana** (1958). 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. de Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: UnB, 1999.

_____. **Ética a Nicômacos**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BAGGIO, Antônio Maria. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. In: _____. (Org.). **O princípio esquecido/1**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. p. 7-55.

_____. A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos. In: _____. (Org.). **O princípio esquecido/2**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 85-130.

BESTER, Gisela Maria. **Gênero, Criminologia Crítica e Vítimologia**: uma tríade privilegiada para olhar a misógina e patriarcal violência contra as mulheres no Brasil a partir do Direito e da Educação. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/genero-criminologia-critica-e-vitimologia-uma-triade-privilegiada-para-olhar-a-misogina-e-patriarcal-violencia-contra-as-mulheres-no-brasil-a-partir-do-direito-e-da-educacao-por-gisela-maria/>>. Acesso em: 8 set. 2016.

BESTER, Gisela Maria. **Direitos políticos das mulheres brasileiras**: aspectos históricos da luta sufrágica e algumas conquistas políticas posteriores. Dissertação. 183f. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, 1996.

BESTER, Gisela Maria. **O uso das medidas provisórias no Estado Democrático de Direito brasileiro**: análise crítica à luz do Direito Constitucional contemporâneo. Tese. 513f. (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.

BIROLI, Flávia. Gênero e família em uma sociedade justa. In: _____. MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). **Teoria política e feminismo**:

abordagens brasileiras. Vinhedo, SP: Horizonte, 2012. p. 211-242.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 91. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/ocompilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016a.

_____. **Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002**. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4228.htm>. Acesso em: 2 ago. 2016b.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016c.

_____. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 20 ago. 2016d.

_____. **Lei 13.005/2014, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016e.

_____. Ministério da Educação. **Planejando a próxima década: alinhando os Planos de Educação**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=13308-alin-plan-educ-lima&Itemid=30192>. Acesso em: 8 ago. 2016f.

- _____. _____. Documento norteador para elaboração de Plano Municipal de Educação – PME. Brasília: Secretaria de Educação Básica, 2005.
- _____. O PNE na articulação do Sistema Nacional de Educação: participação popular, cooperação federativa e regime de colaboração. Brasília: CONAE, 2014.
- _____. Secretaria de Educação Fundamental. Parâmetros curriculares nacionais: introdução aos parâmetros curriculares nacionais. Brasília: MEC/SEF, 1997.
- _____. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo – Legislação anotada. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituciao/artigoBd.asp?item=809>>. Acesso em: 4 abr. 2015.
- BUONOMO, Vincenzo. Vínculos relacionais e modelo de fraternidade no Direito da Comunidade Internacional. In: BAGGIO, A. M. (Org.). **O princípio esquecido/2.** Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 151-173.
- CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade:** o paradigma ético do Direito contemporâneo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.
- CERQUEIRA, Daniel *et al.* **Atlas da violência 2017.** Rio de Janeiro: IPEA/Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.
- FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERRER, Gabriel Real. *Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿construimos juntos el futuro? Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 3, dez. 2012. Disponível em: <<http://saiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em: 2 ago. 2016.

GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito. Algumas reflexões. In: CASO, Giovanni *et al.* (Orgs.). **Direito e fraternidade**. São Paulo: LTR, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: _____; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-151.

HOWLETT, M; RAMESH, M. **Studying public policy**. Canadá: Oxford University Press, 1995.

IGHINA, Domingo. “Unidos ou dominados”. Sobre uma leitura da fraternidade em função latino-americana. In: BAGGIO, A. M. (Org.). **O princípio esquecido/2**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 33-42.

MARIZ, Renata; BRÍGIDO, Carolina. **STF suspende lei que proibia ensino sobre gênero nas escolas do Paraná**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/stf-suspende-lei-que-proibia-ensino-sobre-genero-nas-escolas-do-parana-21491015#ixzz4mCdSX3hV>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Princípio da Solidariedade**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2016.

MORIN, Edgard. **La vía para el futuro de la humanidad**. Trad. de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011.

OAS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2016a.

- _____. **Discriminação contra as mulheres:** a Convenção e o Comitê. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_Informativa_22.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2016b.
- PALMAS. Câmara Municipal de Palmas. **Lei nº 2.238, de 19 de janeiro de 2016.** Institui o Plano Municipal de Educação de Palmas e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial nº 1.424, de 19 de janeiro de 2016. Palmas: DOM, 2016a. p. 5-13.
- _____. Câmara Municipal de Palmas. **Lei nº 2.243, de 23 de março de 2016.** Altera o Anexo Único à Lei nº 2.238, de 19 de janeiro de 2016, na Meta 5, as redações das estratégias 5.24 e 5.26. Publicada no Diário Oficial nº 1.469, de 24 de março de 2016. Palmas: DOM, 2016b. p. 8.
- _____. Prefeitura Municipal. **Plano Municipal de Educação – PME:** documentos relativos à construção do Plano Municipal de Educação. Disponível em: <<http://www.palmas.to.gov.br/servicos/plano-municipal-de-educacao-pme/125/>>. Acesso em: 20 ago. 2016c.
- _____. Secretaria de Governo e Relações Institucionais. **Justificativa para a Medida Provisória nº 06/2016.** Processo nº 201.017486. Palmas: mimeo, 2016d.
- PATTO, Pero Vaz. A execução da pena no horizonte da fraternidade. In: CASO, Giovanni *et al.* (Coords.). **Direito e fraternidade.** São Paulo: LTr, 2008. p. 47-52.
- PEZZIMENTI, Rocco. Fraternidade: o porquê de um eclipse. In: BAGGIO, A. M. (Org.). **O princípio esquecido/1.** Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. p. 57-76.
- PIMENTEL, Sílvia. **Experiências e Desafios:** Comitê sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW/ONU) – Relatório de minha participação. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/cedaw.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA – Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Trad. Jones de Freitas. 2007. Disponível em: <http://www.ypinaction.org/files/01/37/principios_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016.

RESTA, Elídio. ***Il Diritto Fraterno.*** Roma-Bari: Laterza, 2011.

SANTOS, Ivanaldo. Ensino religioso e educação ambiental: fraternidade em ação. In: MONASSA, Clarissa C. Sanches; POZZOLI, Lafayette; LACERDA, Luana (Orgs.). **Fraternidade e sustentabilidade no Direito.** Curitiba: Instituto Memória, 2015. p. 13-27.

SAVAGNONE, Giuseppe. Fraternidade e comunicação, com especial referência à comunicação jornalística. In: BAGGIO, A. M. (Org.). **O princípio esquecido/2.** Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 195-248.

TOCANTINS. TJTO. **ADI nº 0011990-05.2016.827.0000**, OAB/TO, 21 jul. 2016. Disponível em: <https://eproc2.tjto.jus.br/eprocV2_prod_2grau/controlador.php?acao=processo_selecionar&num_processo=00119900520168270000&hash=a08983c04e0f539ba9de5ef1db2e4ec1>. Acesso em: 1 ago. 2016a.

_____. **Constituição do Estado do Tocantins, de 5 de outubro de 1989**, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de 01/98 a 29/16. Disponível em: <http://www.al.to.leg.br/arquivos/documento_39786.PDF#dados>. Acesso em: 6 ago. 2016b.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, A. M. (Org.). **O princípio esquecido/2.** Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 43-64.

UNESCO DEFENDE EDUCAÇÃO SEXUAL E DE GÊNERO
NAS ESCOLAS PARA PREVENIR VIOLENCIA CONTRA
MULHERES. Disponível em:
<<https://nacoesunidas.org/unesco-defende-educacao-sexual-e-de-genero-nas-escolas-para-prevenir-violencia-contra-mulheres/>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

CONCLUSÃO

Nesta obra buscamos apresentar trabalhos tanto de cunho eminentemente teórico como trabalhos com pesquisas baseadas na coleta e análise de dados empíricos sobre temas relacionados ao campo jurídico. Se a pesquisa científica se propõe a responder problemas de ordem prática e de ordem teórica, os textos aqui apresentados alcançam esse objetivo.

Temas diversos foram contemplados e estudados através de uma diversidade de fontes para permitir ao leitor uma visualização sobre exemplos exitosos de como se trabalhar assuntos não apenas relacionados ao campo do “dever-ser”, mas considerando igualmente a aplicação da norma no caso concreto. Os trabalhos desta obra contemplam desde conteúdos mais presentes nas discussões jurídicas como os direitos sociais, tais como direito à saúde, à educação, além do direito de família, sistema prisional e processo civil até temas não presentes de forma tão usual nos cursos jurídicos, mas igualmente importantes, como é o caso da relação entre direito e música. Todos os temas perpassam pelos direitos fundamentais, tão relevantes para a construção de uma sociedade plural e democrática.

As pesquisas primaram pela utilização de uma diversidade de fontes, justamente com o objetivo de abordar diversos enfoques e construir respostas mais consistentes aos problemas de pesquisa propostos. Assim, tanto a metodologia qualitativa quanto metodologia quantitativa foram utilizadas para se compreender adequadamente os assuntos estudados e buscar respostas completas para os questionamentos que foram apresentados. Além da pesquisa bibliográfica, há a utilização da pesquisa documental, com a análise jurisprudencial e o estudo de caso, assim como a utilização da observação direta a partir de entrevistas e aplicação de formulários para embasar o pesquisador sobre os dados importantes para a compreensão dos fenômenos investigados.

Os trabalhos apresentados podem servir como exemplo e base para futuros pesquisadores em programas de iniciação científica, trabalhos de conclusão de curso, artigos científicos de

pós-graduandos, mestrandos e doutorandos de cursos jurídicos ou de cursos que estudem o fenômeno jurídico, assim como podem influenciar mestres e doutores que busquem apresentar trabalhos científicos utilizando a análise de dados empíricos.

Além da qualidade dos capítulos desenvolvidos pelos autores, a presente obra possui um atributo que a diferencia da significativa gama de trabalhos publicados na literatura jurídica, pois além de produzir conhecimento, o fato de possuir suas conclusões fincadas em observações e experimentações, torna seu conhecimento cientificamente mais confiável do que aquele que se limita a replicar informações com a interferência do pesquisador original. Ou seja, a repetição de informação sem que se discorra sobre os caminhos que levaram à tal conclusão, representa tão somente as ideias daquele que primeiro chegou a determinada conclusão, sem a possibilidade de revisão de sua pesquisa.

Conforme observado por Fábio Morosini, no prefácio da obra *Pesquisa Empírica em Direito: as regras de interferência*, de Lee Epstein e Gary King (Título original: *The rules of inference*), a pesquisa empírica possibilita que outros pesquisadores possam reproduzir e confirmar certo conhecimento, pois parte da pesquisa original identifica claramente os procedimentos adotados. Neste sentido, “a metodologia utilizada para se chegar a uma determinada conclusão, é tão importante quanto a conclusão em si, pois aquela permitirá a confirmação desta e validará o conhecimento produzido.” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 7)

Ainda que a palavra “empírica” remeta a associação com dados quantitativos, técnicas e análises estatísticas, em verdade, a pesquisa empírica é muito mais ampla. Ela compreende evidências advindas da observação ou experiência sobre o mundo (fatos sobre o mundo) e pode ser numérica (quantitativa), bem como não-numérica (qualitativa).

Conforme bem lembram Lee Epstein e Gary King, “podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência, ou ser o resultado de entrevistas ou pesquisas, ou os resultados de pesquisas auxiliares arquivísticas ou

de coletas de dados primários.” Podendo ser dados precisos ou vagos, certos ou incertos, diretamente ou indiretamente observados, “podem ser antropológicos, interpretativos, sociológicos, econômicos, jurídicos, políticos, biológicos, físicos ou naturais. Desde que os fatos estejam de alguma maneira relacionados ao mundo, eles são dados, e, contanto que a pesquisa envolva dados que são observados ou desejados, ela é empírica.” (EPSTEIN; KING, 2013. p. 12)

Com o intuito de contribuir para a literatura jurídica, observando-se as regras de interferência e afastando-se as de persuasão, os autores procuraram trazer estudos com o objetivo de apresentar algo sobre o mundo empírico, submetendo hipóteses a testes e fontes de dados diversos e/ou produziram hipóteses a partir de coleta de dados por meio de pesquisa de campo.

Além do conhecimento jurídico, a presente obra apresenta as diversas formas de se buscar respostas para problemas de pesquisa relevantes e que podem contribuir para o desenvolvimento social. A escolha do formato de um livro único, concatenando os temas e capítulos, explicando e antecipando as discussões sobre a pesquisa jurídica com dados empíricos, insere-se nesse intuito de se facilitar o entendimento dos futuros pesquisadores que buscam compreender os fenômenos jurídicos e a realidade social para assim buscarmos, através do conhecimento, implementar uma sociedade cada vez mais justa.

Os organizadores da obra