



Sara Beatriz de Freitas Barbosa Paiva

Organizadora

# Reflexões Jurídicas

Tomo I

encontrografia



# Reflexões Jurídicas

Tomo I



Sara Beatriz de Freitas Barbosa Paiva

Organizadora

# Reflexões Jurídicas

Tomo I

encontrografia

Copyright © 2020 Encontrografia Editora

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem a expressa autorização dos autores ou organizadores.

**Diretor editorial**

Décio Nascimento Guimarães

**Diretora adjunta**

Milena Ferreira Hygino Nunes

**Coordenadoria científica**

Gisele Pessin

Fernanda Castro Manhães

**Design**

Fernando Dias

Foto de capa: Racool\_Studio / Freepik

**Gestão logística**

Nataniel Carvalho Fortunato

**Bibliotecária**

Ana Paula Tavares Braga – CRB 4931

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

---

R332 Reflexões Jurídicas – Tomo I / organizadora Sara Beatriz de Freitas Barbosa Paiva. Campos dos Goytacazes, RJ: Encontrografia, 2020.  
184 p.

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-65-991719-8-7

1. JUSTIÇA E POLÍTICA 2. DIREITO À EDUCAÇÃO 3. EDUCAÇÃO ESPECIAL 4. ACESSO À JUSTIÇA 5. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA PLATAFORMA BLOCKCHAIN I. Paiva, Sara Beatriz de Freitas Barbosa (org.) II. Título.

CDD 340

---

## Comitê científico/editorial

Prof. Dr. Antonio Hernández Fernández – UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPAÑA)

Prof. Dr. Carlos Henrique Medeiros de Souza – UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Casimiro M. Marques Balsa – UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA (PORTUGAL)

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai – MPMA (BRASIL)

Prof. Dr. Daniel González – UNIVERSIDAD DE GRANADA – (ESPAÑA)

Prof. Dr. Douglas Christian Ferrari de Melo – UFES (BRASIL)

Profª. Dra. Ediclea Mascarenhas Fernandes – UERJ (BRASIL)

Prof. Dr. Eduardo Shimoda – UCAM (BRASIL)

Profª. Drª. Fabiana Alvarenga Rangel – UFES (BRASIL)

Prof. Dr. Fabrício Moraes de Almeida – UNIR (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Antonio Pereira Fialho – UFSC (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Elias Simão Merçon – FAFIA (BRASIL)

Prof. Dr. Helio Ferreira Orrico – UNESP (BRASIL)

Prof. Dr. Iêdo de Oliveira Paes – UFRPE (BRASIL)

Prof. Dr. Javier Vergara Núñez – UNIVERSIDAD DE PLAYA ANCHA (CHILE)

Prof. Dr. José Antonio Torres González – UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPAÑA)

Prof. Dr. José Pereira da Silva – UERJ (BRASIL)

Profª. Drª. Magda Bahia Schlee – UERJ (BRASIL)

Profª. Drª. Margareth Vetus Zaganelli – UFES (BRASIL)

Profª. Drª. Marília Gouvea de Miranda – UFG (BRASIL)

Profª. Drª. Martha Vergara Fregoso – UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA (MÉXICO)

Profª. Drª. Patrícia Teles Alvaro – IFRJ (BRASIL)

Prof. Dr. Rogério Drago – UFES (BRASIL)

Profª. Drª. Shirlena Campos de Souza Amaral – UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Wilson Madeira Filho – UFF (BRASIL)

# Sumário

Prefácio .....	9
Apresentação .....	10
1	
A construção identitária da pessoa com deficiência no contexto da Educação Especial: um diálogo com a política do reconhecimento proposta por Charles Taylor .....	12
Luana Siquara Fernandes	
2	
Possibilidade de armazenamento de sessões de mediações na plataforma Blockchain: um estudo acerca do princípio da confidencialidade .....	30
Luana Petry Valentim	
3	
Patrimônio cultural: a influência da mídia e a importância do Ministério Público na garantia e defesa da cultura na sociedade .....	50
Suelen Agum dos Reis	
Tatiana Fragoso Galdino da Silva	
4	
Acesso à justiça para as pessoas com necessidades especiais (surdo, mudo e surdo-mudo) .....	76
Fábio Nóbrega de Souza	
Bruno Raphael Duque Mota	
5	
Estudo do princípio da segurança jurídica sob o prisma do neoconstitucionalismo .....	97
Rodrigo Cambará Arantes Garcia de Paiva	
Sara Beatriz de Freitas Barbosa Paiva	
6	
As peculiaridades da criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a polêmica do sigilo orçamentário .....	118
Mariana Barbosa Guimarães	
Jessica Pires Pinaffo	
7	
Justiça restaurativa e violência de gênero .....	133
Frederico Vilela Vicentini	
Raiany Oliveira Reis	
8	
Igualdade material, multiplicidade de normas e a unidade do ordenamento .....	155
Larissa de Lima Vargas Souza	

# Prefácio

O livro *Reflexões Jurídicas – Tomo I*, foi redigido por vários autores e reúne artigos jurídicos de diversos ramos do Direito, tais como Direito Constitucional, Processual Civil, Direito Penal, Filosofia do Direito, dentre outros.

Os assuntos abordados pelos autores são de elevada relevância para o mundo jurídico, uma vez que trata-se de temas atuais.

O livro será de grande valia, especialmente para os alunos do curso de Direito, que poderão utilizá-lo para pesquisa e em uma eventual orientação acadêmica.

Por isso, sugiro uma leitura atenta, uma vez que os temas propostos pelos autores detêm um aprofundamento da matéria, procedendo uma visão prática aliada a uma abordagem doutrinária, que geralmente não é encontrada em Manuais de Direito.

**Desembargador Ney Batista Coutinho**

# Apresentação

Há tempos eu almejava escrever uma obra que contasse com capítulos envolvendo diversos temas da área do Direito e que estes fossem atuais e redigidos por profissionais da academia, com a participação de alunos e ex-alunos.

Em uma reunião de colegiado do curso de Direito da instituição de ensino superior onde ministro as disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito Civil, Direito de Família e Direito das Sucessões, apresentei a ideia e, não para a minha surpresa, a minha sugestão foi acolhida pelos meus ilustres colegas professores, a quem agradeço a confiança.

A partir daí, cada um de nós contactou alunos e ex-alunos interessados em participar do projeto e passamos a redigir os capítulos que compõem esta coletânea.

E, assim, surgiu esta obra, composta por capítulos variados, envolvendo diversas áreas da ciência jurídica, trazendo temas extremamente atuais e, o que considero o mais importante, escritos a quatro mãos. Os textos, em sua maioria, foram elaborados com o esforço e a participação daqueles que agora iniciam ou há pouco iniciaram seus passos nesse mundo tão vasto, que é o Direito.

Com a presente obra, espero que o leitor extraia um conhecimento específico e de modo mais aprofundado acerca dos temas propostos, mas, mais do que isso, que desperte o interesse de outros formandos, ou recém-formados, pela divulgação do conhecimento através da pesquisa e da escrita. Boa leitura!

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Sara Beatriz de Freitas Barbosa Paiva**  
Organizadora

# A construção identitária da pessoa com deficiência no contexto da Educação Especial: um diálogo com a política do reconhecimento proposta por Charles Taylor

Luana Siquara Fernandes<sup>1</sup>

## Considerações iniciais

Muitos são os caminhos que podem ser percorridos quando se opta por explorar o tema da Educação Especial na rede regular de ensino, a partir de uma perspectiva inclusiva. A complexidade que permeia a temática abre espaço para uma variada gama de abordagens.

---

1. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Integrante do Grupo de Pesquisa Invisibilidade social e energias emancipatórias em Direitos Humanos (CNPq) na mesma instituição. Professora. Advogada. E-mail: luanasiquara@gmail.com.

No presente estudo, opta-se por compreender o tema em comento voltando os olhos para questões que envolvem diretamente a vida das pessoas com deficiência<sup>2</sup> dentro do ambiente educacional especial e enxergá-las a partir do que há de mais intrínseco a qualquer ser humano: sua identidade.

A princípio, busca-se demonstrar como o sistema educacional brasileiro vem construindo historicamente o sentido de Educação Especial. Vislumbra-se que, em um primeiro momento, tal sistema encarou-a como segregadora e discriminatória e, em um segundo momento, vem resignificando-a a partir da busca pela efetiva inclusão no ambiente educacional formal.

Em seguida, é abordada a política do reconhecimento proposta por Charles Taylor. A partir do quadro teórico proposto pelo autor, é possível compreender conceitos fundamentais para a realização da pesquisa, como, por exemplo: reconhecimento, não reconhecimento, reconhecimento errôneo, identidade, diferença, dentre outros.

Por fim, depreendem-se esforços no sentido de articular as contribuições teóricas de Charles Taylor com o desenvolvimento da Educação Especial brasileira, de forma a solucionar o seguinte questionamento: quais as contribuições da política do reconhecimento proposta por Charles Taylor, no que tange à construção identitária da pessoa com deficiência no ambiente educacional formal, a partir do desenvolvimento da Educação Especial no Brasil?

## Esboço histórico da Educação Especial no Brasil

Qualquer tentativa de se compreender os atuais contornos da Educação Especial no Brasil perpassa por um resgate histórico de importantes acontecimentos que antecederam a inserção da pessoa com deficiência no processo

---

2. A expressão “pessoa com deficiência” é recente, e será utilizada na presente pesquisa. A Constituição Federal de 1988 adotou a nomenclatura “pessoa portadora de deficiência”, a qual foi amplamente criticada pela doutrina. A aprovação, em 2006, da Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, por meio da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), colocou fim à controvérsia terminológica doutrinária, adotando a expressão “pessoa com deficiência”, as quais são, segundo o artigo 1º do referido Diploma Legal, “aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”.

educacional. Por certo, a realidade que hoje se vivencia em termos de educação foi duramente e progressivamente conquistada.

Ao longo da história, a noção de escolarização foi construída como resultado do privilégio de alguns grupos sociais e pautada em uma lógica de funcionamento que reproduzia características da ordem social vigente: excludente e segregadora.

Sofrendo fortes influências de um modelo cartesiano/positivista, a escola, desde a sua gênese, esteve submersa em um paradigma educacional baseado em um modelo de cientificidade único, o qual abusou do “formalismo da racionalidade e cindiu-se em modalidades de ensino, tipos de serviço, grades curriculares, burocracia” (MANTOAN, 2003, p. 13). Nesse contexto paradigmático, nascia uma escolarização pronta para excluir das mais diversas formas e pronta para segregar aqueles que não se coadunavam com seus padrões (MANTOAN, 2003). Tal segregação e exclusão vislumbradas nas práticas educacionais, por certo, também alcançavam as pessoas com deficiências.

A afirmação acima justifica-se por algumas razões, dentre elas, merece destaque a forte ligação entre deficiência e medicina, o que fez com que, durante muitos anos, todo e qualquer tratamento direcionado a essas pessoas fosse pautado em procedimentos médicos (inclusive no que tange aos espaços aos quais tais indivíduos eram direcionados – hospícios, hospitais psiquiátricos, dentre outros). Acerca dessa ligação entre o saber médico e o saber pedagógico no que tange ao tratamento direcionado ao deficiente, Maura Corcini Lopes e Eli Henn Fabris (2016, p. 89) afirmam que:

[...] o gérmen da educação especial nasce com as pedagogias disciplinares e corretivas, em que o processo de normalização sobre o corpo é intenso e contínuo, buscando não só adestramento, treinamento, mas sua correção. Nesse sentido, é importante marcar o trabalho dos primeiros médicos educadores que se dedicaram à causa dos anormais e marcam a transição da religião para a medicina e da medicina para a educação, podem ser tomados como os pioneiros da educação especial.

Assim, durante muito tempo, ser uma pessoa com deficiência implicava, necessariamente, em carregar o peso da “anormalidade” e, conseqüentemente,

ser tratada de acordo com os padrões e as experiências médico-psiquiátricas. Tal realidade já denunciava o estereótipo vinculado às pessoas com deficiência, bem como a dificuldade de inserção das mesmas no ambiente educacional.

No Brasil, o primeiro passo para modificar essa realidade e trazer as questões envolvendo as pessoas com deficiências para o campo do saber pedagógico e para a prática institucional em estabelecimentos separados, desvinculando a figura dessas pessoas unicamente da área médica, foi a criação do Instituto dos Meninos Cegos (1854) e do Instituto dos Surdos-Mudos (1857). Importante ponderar que os mesmos ainda traziam tendências segregadoras, com uma organização baseada na separação entre “normais” e “anormais”, e com práticas escolares que reproduziam atendimentos clínico-terapêuticos (LOBO, 2008).

Cumprir destacar que, muito embora tenha havido essa disposição em criar os dois institutos, bem como outras instituições que se prestaram a receber as pessoas (a princípio, crianças) com deficiências (físicas ou psíquicas, em menor ou maior grau), os mesmos não tinham o objetivo de incluir, tão somente de excluir da rede regular de ensino tais pessoas. Justamente nesse contexto de tratamento institucional especializado começa-se a pensar em uma Educação Especial.

Em um primeiro momento, a Educação Especial esteve associada a uma “educação diferenciada, talvez em ambientes segregados” (FÁVERO, 2013, p. 17). Sustentava-se que esse tipo de educação “se apoiava na ideia de que a pessoa com deficiência, não produtiva, ficaria mais bem protegida e cuidada se fosse mantida em ambiente separado da sociedade” (OLIVEIRA; SIGOLO, 2009, p. 41).

Com o passar do tempo, a ideia de segregação da pessoa com deficiência no ambiente educacional passou a ser questionada, dando ensejo à necessidade de se pensar em novas soluções, em algo que fosse capaz de integrar, e não segregar. Surge nesse contexto um movimento pela “integração”. A respeito do mesmo, Mantoan (2003, p. 19) demonstra que

Os movimentos em favor da integração de crianças com deficiência surgiram nos Países Nórdicos, em 1969, quando se questionaram as práticas sociais e escolares de segregação. Sua noção de base é o princípio de normalização, que, não sendo específico da vida escolar, atinge o conjunto de manifestações

e atividades humanas e todas as etapas da vida das pessoas, sejam elas afetadas ou não por uma incapacidade, dificuldade ou inadaptação.

Em suma, integrar, a partir da concepção do movimento acima mencionado, significa dar ao aluno com necessidades especiais a oportunidade de transitar no sistema educacional, permitindo-o frequentar turmas de ensino regular, e turmas de ensino especial.

O início da década de 1990 marca uma nova alteração na forma de se pensar a Educação Especial. Mais uma vez, a forma por meio da qual esta educação estava sendo praticada foi questionada. Não mais bastava uma educação capaz de integrar. Era necessário mais. E esse “mais” foi pleiteado pelos movimentos sociais, com o apoio das comunidades acadêmicas, recebendo o nome de “Suporte ou Inclusão”. Acerca da inclusão (ou suporte), Aranha (2000, p. 4) assevera que a mesma pode ser compreendida como

[...] o processo de garantia do acesso imediato e contínuo da pessoa com necessidades especiais ao espaço comum da vida em sociedade, independentemente do tipo de deficiência e do grau de comprometimento apresentado.

Segundo Mittler (2003, p. 25), pode-se conceituar inclusão como algo que “[...] envolve um repensar radical da política e da prática e reflete um jeito de pensar fundamentalmente diferente sobre as origens da aprendizagem e as dificuldades de comportamento”. Ainda a respeito dessa nova proposta educacional, afirma Mantoan (2003, p. 26) que, na perspectiva inclusiva,

[...] suprime-se a subdivisão dos sistemas escolares em modalidades de ensino especial e de ensino regular. As escolas atendem às diferenças sem discriminar, sem trabalhar à parte com alguns alunos, sem estabelecer regras específicas para se planejar, para aprender, para avaliar (currículos, atividades, avaliação da aprendizagem para alunos com deficiência e com necessidades educacionais especiais).

Assim, a ideia de Educação Especial sustentada na atualidade é aquela estreitamente vinculada com o princípio da educação inclusiva. Tal ideia manifesta-se, inclusive, nas abordagens legislativas, as quais se propõem a atender o citado princípio.

Nota-se que a proposta de uma educação inclusiva é, de fato, incluir. Isso quer dizer que, além dos princípios e garantias relativos à educação de forma geral, a pessoa com deficiência deve ter acesso a um aparato que coadune com suas especificidades e que proporcione o efetivo acesso ao direito ora mencionado, em todos os níveis escolares. Em outras palavras, deve ter acesso a um aparato que respeite as diferenças em prol da efetiva inclusão.

A própria legislação nacional e internacional apresenta-se como um aparato que tem buscado orientar as políticas de inclusão escolar, por meio de posicionamentos e recomendações dirigidas às instituições governamentais e não governamentais na área da educação<sup>3</sup>.

No âmbito nacional, um marco que merece destaque é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em termos de política educacional brasileira, a Carta deu ênfase ao lema “educação para todos”, conferindo maior visibilidade à questão da universalização do acesso à educação.

Dentre os importantes documentos internacionais, pode-se destacar a Declaração de Salamanca, elaborada durante a Conferência Mundial de Educação Especial, em 1994, por meio da qual se firmou um comprometimento entre as nações para que a educação das pessoas com deficiências se desenvolvesse no ensino regular. Os propósitos da Declaração de Salamanca foram reafirmados em âmbito nacional pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996, a qual buscou investir nos princípios assumidos pelo país com a Declaração e, conseqüentemente, complementou as garantias já expressas na Constituição Federal.

Além dessas, outras decisões políticas (tanto nacionais como internacionais) que trazem avanços relativos ao tema foram tomadas. Dentre elas, destacam-se, cronologicamente: a Resolução do Conselho Nacional de Educação nº

---

3. Considerando os limites teóricos e metodológicos do presente capítulo, os marcos legais mencionados (os quais não representam a totalidade da legislação que versa sobre a matéria) não serão objeto de análise aprofundada.

2 de 2001, a qual instituiu as Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica; a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela ONU em 2006, ratificada com força de Emenda Constitucional; o Plano Nacional de Educação, instituído pela Lei nº 13.005/2014; e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei nº 13.146/2015.

Os textos normativos que versam sobre a temática da inserção da pessoa com deficiência no sistema educacional não se esgotam nos acima mencionados. Em que pese não serem objeto de análise aprofundada no presente capítulo, cumpre destacar que os mesmos também fazem parte do processo de construção histórica da Educação Especial, são peças importantes na consolidação do sentido desta educação.

Diante do exposto, após breves considerações históricas e normativas acerca da construção da ideia de Educação Especial (a partir de uma perspectiva inclusiva), serão analisadas as proposições da política do reconhecimento desenvolvida por Charles Taylor e, posteriormente, serão estabelecidos os pontos de contato entre as temáticas, na busca por compreender em que medida tal política pode ser verificada no processo histórico de desenvolvimento dessa educação, de forma a contribuir com a construção identitária da pessoa com deficiência no ensino formal.

## Identidade e reconhecimento: uma compreensão a partir de Charles Taylor

No contexto do debate sobre a construção de identidades, ganha destaque o estudo desenvolvido por Charles Taylor acerca da denominada “política do reconhecimento”. Ao construir o seu quadro teórico, Taylor busca examinar, em um primeiro momento, a conjuntura que tornou inevitável a preocupação com as questões envolvendo o reconhecimento e a construção de identidades, considerando que ambos “[...] não foram devidamente problematizados na Modernidade” (MOREIRA, 2010, p. 36) e, posteriormente, busca definir em que medida e de que forma ambos se relacionam.

Para tanto, o citado autor retoma ao contexto histórico onde se verificou um colapso das hierarquias sociais. Tais hierarquias se sustentavam com base

na honra, termo que à época estava intrinsecamente ligado às desigualdades, a uma “questão de preferências” (TAYLOR, 2000, p. 242).

No decorrer da história, a Modernidade trouxe um novo conceito, o qual sobrepujou o conceito de honra, agora compatível com uma sociedade democrática, qual seja o conceito de dignidade. E a noção de dignidade, opondo-se à noção de honra, introduziu (no contexto democrático) “uma política de reconhecimento igual que assumiu várias formas ao longo dos anos” (TAYLOR, 2000, p. 243).

Ao final do século XVIII, o autor aponta uma modificação na concepção do citado reconhecimento, o qual passou a ser relacionado com uma “identidade individualizada” (TAYLOR, 2000, p. 243), designada por ele como “o ideal de autenticidade”. Para Taylor, esse ideal traz uma compreensão dos seres humanos a partir das suas peculiaridades, de cada jeito próprio de ser<sup>4</sup>.

Assim, a modificação na ideia de honra, dignidade e reconhecimento (no sentido de ideal de autenticidade) contribuiu para o declínio da sociedade hierárquica e, conseqüentemente, proporcionou mudanças na concepção de identidade, a qual deixa de ser fixada de acordo com a posição social de cada indivíduo, e passa a ser compreendida a partir de uma significação moral das diferenças existentes entre os seres humanos (TAYLOR, 2000, p. 245). Nesse contexto, surge a estreita relação entre identidade e reconhecimento, a partir da tese de que

[...] nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, frequentemente pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção se as pessoas ou sociedades ao redor deles lhe devolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível (TAYLOR, 2005, p. 241).

Convém destacar que, na compreensão tayloriana, identidade é a “compreensão de quem somos”, ou seja, a compreensão de “características definitórias

---

4. Charles Taylor associa as características do ideal de autenticidade às ideias difundidas por Rousseau e, posteriormente, a Herder. Nas palavras do autor, “[...] Herder passa adiante a ideia de que cada um de nós tem um jeito original de ser humano” (TAYLOR, 2011, p. 38).

fundamentais como seres humanos” (TAYLOR, 2000, p. 241). Por sua vez, reconhecimento é o “quadro” que os indivíduos ao redor constroem sobre outro indivíduo, podendo assumir tais atitudes perante este: i) reconhecê-lo; ii) não reconhecê-lo; ou iii) reconhecê-lo erroneamente (TAYLOR, 2000, p. 241).

Para estabelecer a relação existente entre ambos, Taylor parte de uma característica indispensável para a vida humana: a dialogicidade. A partir dessa característica, depreende-se que o ser humano se constrói a partir das relações, dos intercâmbios que estabelece com os outros. Nesse sentido, afirma que “definimos nossa identidade sempre em diálogo com as coisas e, em considerável medida, pela reflexão solitária” (TAYLOR, 2000, p. 246).

Nesse processo dialógico de construção da identidade, a questão envolvendo o reconhecimento se desenvolve, na perspectiva de Taylor, em dois planos (ou duas esferas), quais sejam: individual (ou íntimo) e coletivo. Acerca de cada uma delas, o autor descreve que

No nível pessoal, podemos ver quanto uma identidade original precisa e é vulnerável ao reconhecimento dado ou sustentado por outros significantes. [...] No plano social, a compreensão de que identidades são formadas em diálogo aberto, não moldadas por um roteiro social predefinido, fez a política do igual reconhecimento mais central e estressante. [...] Reconhecimento igual não é apenas o modo apropriado para uma saudável sociedade democrática. Sua recusa pode infligir danos àqueles para os quais ele é negado (TAYLOR, 2011, p. 57).

Reconhecimento, portanto, no sentido atribuído pelo autor, está presente tanto na relação do indivíduo com outros significantes à sua volta (individual), bem como a partir da sua relação com os outros (coletivo). Em ambas as esferas, o reconhecimento apresenta-se crucial para a construção da identidade dos indivíduos, de forma que sua recusa ou a sua manifestação errônea podem ocasionar sérios danos àqueles que estão construindo sua imagem, podendo implicar, inclusive, na privação de uma das condições de possibilidade necessárias para o desenvolvimento do ser humano (MOREIRA, 2010, p. 60).

No mesmo sentido, ao tratar sobre a influência da percepção dos outros na construção da identidade do ser, Jessé Souza (2000, p. 97) aduz que “[...]”

o sujeito deve ser visto como alguém que, precisamente mediante a aceitação por parte de outros sujeitos de suas capacidades e qualidades, se sente reconhecido e consequentemente em comunhão com estes”.

Ao dissertar sobre o processo de construção da identidade a partir da política do reconhecimento, Taylor introduz a noção de que todo esse processo se desenvolve dentro de determinado horizonte, “dentro do qual sou capaz de tomar uma posição” (TAYLOR, 1997, p. 44). Dessa forma, a identidade e o reconhecimento estão diretamente relacionados com o contexto no qual o indivíduo está, e a forma como o mesmo se posiciona neste contexto. Nesse sentido, Nelson Camatta Moreira (2010, p. 41) afirma que

A identidade do ser humano depende, portanto, da sua adesão a um determinado complexo de bens, que não são (pré-)dados, mas hermeneuticamente construídos (desvelados) a partir de uma determinada facticidade e historicidade.

Tem-se, portanto, que a concepção tayloriana do reconhecimento está calcada na realidade. Acerca dessa característica, Patrícia Mattos afirma que, para Taylor, “[...] o sujeito só pode ser compreendido em situação, ou seja, fugindo-se do hábito intelectualista de imaginá-lo como possuidor de representações abstratas e deslocado da prática” (MATTOS, 2009, p. 39). Dessa forma, o concreto, os horizontes, possibilitam a compreensão do indivíduo e a construção do seu reconhecimento.

Toda a discussão desenvolvida por Taylor representa um grande avanço no que tange à compreensão das diferenças. A denominada política do reconhecimento igual originou a “política da diferença”, a qual avança em relação à “política da dignidade igual”. A grande diferença entre as duas últimas, segundo o autor, é o fato de que

Onde a política da dignidade universal lutava por formas de não discriminação que fossem deveras “cegas” às maneiras pelas quais os cidadãos diferem, a política da diferença redefine com frequência a não discriminação como algo que requer que façamos dessas distinções a base do tratamento diferenciado (TAYLOR, 2000, p. 251).

Observa-se que a política da diferença, fruto da política do reconhecimento igual, trata da questão das diferenças de forma mais profunda e efetiva do que a pretensa universalidade buscada pela política da dignidade. O elemento distintivo entre elas é a capacidade que a primeira tem de lutar pela igualdade, reconhecendo e promovendo as particularidades. O princípio da não discriminação é, portanto, o norteador da política da diferença.

Os estudos desenvolvidos por Taylor são voltados, sobretudo, para um verdadeiro reconhecimento das diferenças, livre “da acusação de homogeneizar a diferença” (2000, p. 266). Para tanto, o autor parte do reconhecimento do igual valor de diferentes maneiras de ser.

Assim, considerando todas as ponderações aqui elencadas a partir da política do reconhecimento desenvolvida por Charles Taylor, buscar-se-á identificar em que medida as mesmas podem contribuir para a compreensão das formas de construção identitária das pessoas com deficiência no contexto da Educação Especial.

## A política do reconhecimento e a construção identitária da pessoa com deficiência na Educação Especial

A política do reconhecimento desenvolvida por Charles Taylor contribui para a percepção do desenvolvimento da Educação Especial inclusiva no Brasil em vários aspectos, inclusive no que tange à formação da identidade das pessoas inseridas nesse contexto educacional. Dessa maneira, uma vez descrita a forma como essa educação se desenvolveu no país, bem como compreendidas algumas abordagens da política do reconhecimento desenvolvida pelo citado autor, buscar-se-á identificar em que medida essa contribuição ocorre.

Conforme se verificou na primeira seção, a ideia de uma Educação Especial surge diante de um contexto em que antigas práticas educacionais já não mais davam conta de atender um mundo tão complexo e plural que a elas se apresentou. Muitos foram os avanços em termos de prática educacional e de legislação para se chegar aos contornos atuais: uma Educação Especial que se pretende estar vinculada ao princípio da educação inclusiva.

Cabe, a partir de uma análise do desenvolvimento desse tipo de educação, refletir acerca das contribuições fornecidas pelo reconhecimento proposto

por Charles Taylor. Por certo, muitos são os pontos de encontro entre o tratamento educacional conferido à pessoa com deficiência e a questão da formação da identidade e o reconhecimento dessas pessoas dentro do ambiente educacional regular.

Para se compreender o primeiro ponto de encontro, faz-se necessária uma retomada aos primeiros indícios da institucionalização da deficiência. Conforme descrito anteriormente, o tratamento social conferido às pessoas com deficiência esteve, por muitos anos, relacionado a práticas segregadoras e depreciativas. Considerando este contexto, a partir das lentes da política proposta por Taylor, chega-se à conclusão de que a forma como esses indivíduos eram enxergados pela sociedade de forma geral, e posteriormente pelo ambiente educacional, denuncia uma completa ausência de reconhecimento, a qual contribuiu para uma precária formação identitária dos mesmos.

Tal realidade resultou na inevitável internalização, por parte dos indivíduos deficientes, bem como por parte de toda a sociedade (dada a relação dialógica existente entre eles), de uma imagem distorcida sobre as deficiências, em si, e sobre os indivíduos que as possuíam<sup>5</sup>. Sobre tal distorção, Taylor (2000, p. 249) afirma que “a projeção de uma imagem inferior ou desprezível sobre outra pessoa pode na verdade distorcer e oprimir na medida em que a imagem é internalizada”.

O que se verifica, portanto, é que historicamente as pessoas com deficiência carregam, principalmente em se tratando do ambiente educacional, o peso do não reconhecimento, o qual gerou graves consequências para as mesmas.

Com o passar dos anos, verificou-se uma mudança de postura social que refletiu diretamente no ambiente educacional. Descreveu-se, na primeira seção, que, em dado momento da história, as pessoas com deficiência foram, pouco a pouco, inseridas no citado contexto escolar, desvinculando-se unicamente dos cuidados médicos. Ocorre que a simples inserção em instituições segregadoras, separadas, pretensamente apropriadas às especificidades dos alunos com necessidades especiais, representa, a partir da política do reconhecimento, um reconhecimento errôneo, o qual também é causador de danos.

---

5. Essa distorção da imagem da pessoa com deficiência manifesta-se na história por diversas maneiras. A título de exemplo, têm-se as terminologias utilizadas para se fazer menção às deficiências, dentre as quais podem ser citadas: “besteira”, “patetice”, “imbecilidade”, “disparate”, “condição infantil”, dentre tantas outras (LOBO, 2008, p. 349).

A fase da criação de instituições para receber as pessoas com deficiências, separando-as em ambientes segregados, apoiava-se na concepção de que estas não seriam capazes de produzir e, por essa razão, deveriam ser destinadas a um ambiente apropriado (ARANHA, 2000). Há que se considerar que muitos dos estabelecimentos que se formaram nesta fase exerceram seus papéis na busca por direitos da pessoa com deficiência, entretanto, é necessário perceber que eles ainda carregavam fortes características de isolamento, mantendo a ideia de uma educação subdividida do ensino comum.

Dessa forma, fomentavam o reconhecimento errôneo das pessoas com deficiências, influenciando negativamente na construção das suas identidades, visto que lhes passavam um “quadro de si mesmas redutor, desmerecedor” (TAYLOR, 2000, p. 241), principalmente se comparadas às pessoas inseridas no ensino regular.

Neste momento da história, é possível verificar de forma clara como a impossibilidade de se dispor de determinado horizonte (no caso, o educacional formal), dificultou o processo de reconhecimento e, conseqüentemente, a construção identitária das pessoas com deficiência. Isso é fruto, também, da ausência de dialogicidade entre tais pessoas e a sociedade (a escola, de forma específica), a qual não ocorreu porque, segundo Taylor (2000, p. 188), “grande parte da ação humana só ocorre na medida em que o agente se compreende como parte integrante de um ‘nós’ e como tal se constitui a si mesmo”. Por certo, havia motivos suficientes para que os deficientes não se compreendessem como parte do citado “nós” do ambiente escolar.

Avançando historicamente, chega-se à fase em que a Educação Especial é pensada para se adequar à educação formal, com base no denominado princípio da educação inclusiva. Neste ponto da história, a qual ainda deve se desenvolver no dia a dia das escolas atuais e nos textos legais que versam sobre o tema, verifica-se a necessidade de se realizar uma verdadeira inclusão da pessoa com deficiência no ambiente escolar, despindo-se de tendências segregadoras e preconceituosas.

Em se tratando do tratamento conferido pela atual conjuntura da Educação Especial à questão das diferenças, observa-se que o mesmo tem potencial para coadunar-se com a abordagem trazida por Charles Taylor. Um reconhecimento que parte do igual valor.

Nesse ponto, o sociólogo Boaventura de Sousa Santos dialoga com Charles Taylor e, conseqüentemente, confere meios para que a educação inclusiva considere as diferenças da forma correta, e não incorra na “cegueira” (TAYLOR, 2000, p. 252), ou no “universalismo antidiferencialista” (SANTOS, 2010, p. 283). Quanto à temática, Santos (2010, p. 283) assevera que

A negação das diferenças opera segundo a norma da homogeneização que só permite comparações simples, unidimensionais (por exemplo, entre cidadãos), impedindo comparações mais densas ou contextuais (por exemplo, diferenças culturais), pela negação dos termos de comparação. Pelo contrário, a absolutização das diferenças opera segundo a norma do relativismo que torna incomparáveis as diferenças pela ausência de critérios transculturais.

No mesmo sentido, também em diálogo com o que propõe Taylor, José Luiz Quadros de Magalhães, voltando-se à análise da diferença enquanto um direito – um possível instrumento de luta contra a uniformização e a subalternização pregadas pelo discurso da modernidade –, conceitua-o como aquele que

[...] confronta e desafia a tarefa do estado e do direito moderno de uniformização de comportamentos e valores, e de encobrimento, expulsão, encarceramento ou eliminação daqueles grupos ou pessoas que resistem ou não se adéquam à padronização (MAGALHÃES, 2013, s.p.).

A partir dessas perspectivas, trazendo a atual noção de diferenças para a realidade da educação inclusiva, entende-se que, na medida em que a Educação Especial consiga não somente garantir uma igualdade em termos de acesso à escola, mas sim considerar as particularidades de cada educando e oferecer um tratamento suplementar diferenciado quando tais necessidades assim requererem, a mesma conseguirá alcançar um verdadeiro reconhecimento e contribuir para moldar a identidade das pessoas com deficiências dentro do ambiente escolar de maneira eficaz.

Não se pode negar que a Educação Especial caminha a passos largos para ser um meio pelo qual a política do reconhecimento igual, na perspectiva

tayloriana, será efetivada. Grande parte dos avanços alcançados deve-se à legislação que versa sobre o tema, a qual se mostra potencialmente capaz de traçar novos rumos à educação brasileira no que tange à inclusão do aluno com necessidades especiais na educação formal.

Muito embora não seja o objeto de pesquisa do presente estudo, não se pode falar em reconhecimento na Educação Especial sem mencionar o reconhecimento que já vem sendo desempenhado em termos legais (diante dos marcos citados no primeiro tópico do presente capítulo). Entretanto, ressalta-se que uma mera declaração formal de reconhecimento tende muito mais para a manutenção das diferenças do que para a consolidação efetiva de uma igualdade de oportunidades.

Vale lembrar que se está diante de uma prática educacional inclusiva ainda cheia de entraves e dificuldades, muito embora exista um aparato teórico e legal que proporciona uma percepção da pessoa com deficiência a partir de uma ótica que as reconhece de forma correta e reconhece, sobretudo, as diferenças que permeiam sua existência.

Diante do exposto, é inegável que a correta manifestação da política do reconhecimento na Educação Especial é indispensável para o desenvolvimento da mesma. Muito já se faz para que haja esse correto reconhecimento (diferente do não reconhecimento e do reconhecimento errôneo já praticados), mas ainda há muito a se fazer, para que as identidades dessas pessoas sejam construídas desvinculadas de rótulos depreciativos, de generalizações ou de forma a diminuir suas reais potencialidades.

## Considerações finais

Para examinar a questão proposta introdutoriamente, foi realizado um sucinto levantamento histórico da trajetória da Educação Especial no país. No decorrer desse levantamento, vislumbrou-se que, durante muitos anos, o tratamento conferido às pessoas com deficiência restringia-se à área médica, realidade esta que sofreu alterações somente no século XIX, a partir da criação de instituições destinadas para determinados tipos de deficiências, o que permitiu que o referido tratamento fosse inserido no campo do saber pedagógico e da prática institucional.

Demonstrou-se, ainda, que, em que pese a criação de tais estabelecimentos, os mesmos ainda reproduziam os atendimentos clínico-terapêuticos, bem como mantinham forte tendência segregadora, o que foi reproduzido durante muitos anos, sob a justificativa de que os mesmos protegiam os deficientes e os atendiam de acordo com suas necessidades.

O levantamento histórico demonstrou, por fim, que, atualmente, a Educação Especial se desenvolve a partir da busca pela efetivação do princípio da educação inclusiva, o que se manifesta, sobretudo, nas abordagens legislativas sobre o tema. Tais abordagens refletem o processo de construção do sentido conferido à educação especial no decorrer da história.

Em seguida, demonstrou-se a política do reconhecimento a partir da perspectiva de Charles Taylor. Buscou-se, nesse contexto, pontuar alguns conceitos trabalhados pelo autor, de forma a contribuir na busca por soluções ao problema proposto.

Por fim, procurou-se estabelecer pontos de contato entre a teoria desenvolvida por Taylor e o desenvolvimento histórico da Educação Especial, de modo a compreender de que forma a identidade da pessoa com deficiência vem sendo construída nesse desenvolvimento.

Com as análises realizadas, foi possível compreender que o processo de desenvolvimento da Educação Especial (o que inclui o processo, ainda em andamento, de inclusão da pessoa com deficiência na educação formal) enfrentou (e vem enfrentando), sob a ótica tayloriana, todas as manifestações do reconhecimento, quais sejam: o não reconhecimento, o reconhecimento errôneo e o reconhecimento propriamente dito.

Dessa forma, em um primeiro momento – de manifestação do não reconhecimento –, às pessoas com deficiência eram resguardados os rótulos, os estereótipos mais variados (sempre relacionados a algo não aceitável socialmente), os reducionismos, o que se reproduziu, também, no ambiente educacional, fazendo com que as mesmas construíssem imagens depreciativas de si mesmas. Em um segundo momento – de manifestação do reconhecimento errôneo –, às mesmas foi conferida a possibilidade de adentrar no contexto educacional, sendo mantidas, contudo, a segregação e a discriminação com base nas diferenças, o que também gerou danos no que se refere à construção da identidade.

Atualmente, vivencia-se uma fase em que os contornos da Educação Especial estão sendo desenhados sob o princípio da educação inclusiva, e os primeiros rabiscos no que tange ao efetivo reconhecimento estão sendo traçados. Ainda imperfeitos e com formas imprecisas, mas com potencial para permitir uma correta construção da identidade das pessoas com deficiência no ambiente da educação formal (e em toda a sociedade).

## Referências

- ARANHA, Maria Salete Fábio. Inclusão social e municipalização. *In*: MANZINI, Eduardo José (Org.). **Educação Especial**: temas atuais. Marília: Unesp-Marília Publicações, 2000, p. 1-9.
- FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Alunos com deficiência e seu direito à educação: trata-se de uma educação especial?. *In*: MANTOAN, Maria Teresa Eglér (Org.). **O desafio das diferenças nas escolas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 52-61.
- LOPES, Maura Corcini; FABRIS, Eli Henn. **Inclusão e Educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Infiltrações**: direitos à diferença e direito à diversidade. 2013. Disponível em: <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/2013/11/1378-ensaios-jose-luiz-quadros.html>. Acesso em: 21 jun. 2016.
- MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão Escolar**: o que é? Por quê? Como fazer? São Paulo: Moderna, 2003.
- MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. São Paulo: Annablume, 2009.
- MITTLER, Peter. **Educação Inclusiva**: contextos sociais. Porto Alegre: Artmed, 2003.
- MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- OLIVEIRA, Adriana Maria Leone Alves; SIGOLO, Silvia Regina Ricco Lucato. Sala de recursos e educação inclusiva: interconexões entre contextos. *In*: DALLACQUA, Maria Júlia Canazza; ZANIOLO, Leandro Osni (Orgs.). **Educação Inclusiva em Perspectiva**: reflexões para a formação de professores. Curitiba: CRV, 2009, p. 41-59.
- TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Edições Loyola, 1997.
- TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
- TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: examinando a política do reconhecimento. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Piaget, 2005.
- TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. São Paulo: Realizações Editora, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva:** uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora da UnB, 2000.

# Possibilidade de armazenamento de sessões de mediações na plataforma Blockchain: um estudo acerca do princípio da confidencialidade

Luana Petry Valentim<sup>1</sup>

## Considerações iniciais

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe algumas inovações na esfera jurídica como, por exemplo, a determinação da realização de sessões de mediação

---

1. Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões na Universidade Damásio Educacional. Pós-graduada em Mediação de Conflitos e Arbitragem. Advogada no escritório PMBM Advocacia, com e-mail profissional luana@pmbm.com.br. Professora Universitária da Associação Vitoriana de Ensino Superior.

antes mesmo da defesa do réu. Este instituto, que será melhor explicado adiante, possui regras e princípios específicos para sua utilização. Um dos princípios basilares da mediação é o princípio da confidencialidade, ou seja, o que é mencionado em uma sessão de mediação não pode ser utilizado nem mesmo como prova em processo judicial.

Nesse sentido, um dos questionamentos deste trabalho é sobre o sentido absolutista do presente princípio, ou seja, se o mesmo não pode ser renunciado. Isto porque, quando se decide estudar a possibilidade de armazenamento de sessões de mediação no Blockchain, este princípio se apresenta como uma grande barreira a esta perspectiva.

Ocorre que a mediação tem sido uma forma muito importante de evitar o litígio, ou seja, várias pessoas que perderam o diálogo podem retomá-lo em uma sessão de mediação e evitar processos judiciais desgastantes e intermináveis. Mas o que se observa é a impossibilidade de realização de mediação quando uma das partes não pode estar presente. Assim, a mediação por videoconferência se apresenta como uma possível forma de evitar esse questionamento.

A justificativa para o problema de pesquisa aqui levantado é que a mediação por videoconferência já é utilizada em alguns estados brasileiros, todavia, encontram-se barreiras quanto ao armazenamento da mesma em plataformas digitais. Primeiro pelo quantitativo de mediações que serão armazenadas, devido às diversas mediações que existem no judiciário e fora do mesmo, e, segundo, pelo local de guarda e o mecanismo digital a ser utilizado ou criado.

Nesse contexto, seria uma alternativa o armazenamento destas mídias no Blockchain, que possui um espaço infinito para armazenamento. Porém, o acesso a esta plataforma é liberado, por não haver confiabilidade na plataforma Blockchain. Assim, encontramos o problema de pesquisa: é possível o armazenamento das sessões de mediações no Blockchain?

O objetivo geral deste trabalho será descobrir se a mediação pode ser armazenada na plataforma Blockchain. Para tanto, serão traçados os seguintes objetivos específicos: dissertar sobre o procedimento da mediação; analisar os benefícios ou malefícios e a viabilidade da mediação por videoconferência; explicar alguns dos princípios da mediação, especialmente o princípio da confidencialidade.

O conhecimento que será utilizado nesta pesquisa será o científico, uma vez que se busca estudar o fenômeno do Blockchain. Assim, a observação controlada e os estudos documentais serão importantes neste trabalho. Explica Maurício Silva (2008, p. 20):

O conhecimento científico, a exemplo da situação descrita no artigo que comentamos, é obtido por meio de procedimentos que permitem investigar a realidade, de forma organizada, tais como: classificação, comparação, aplicação dos métodos, análise e síntese. O pesquisador extrai do contexto social, ou do universo, princípios e leis que reestruturam um conhecimento válido e considerado universal.

Uma das características que mais abordaremos na pesquisa será a racional, ou seja, constituída de conceitos, juízos e raciocínios, e não de sensações e imagens. Outras características serão utilizadas, porém esta terá maior evidência.

Quanto à classificação das pesquisas, pode-se verificar que, quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória, pois busca a relação exploratória entre a teoria e a prática. Gil (1999) destaca que a pesquisa exploratória é desenvolvida no sentido de proporcionar uma visão geral acerca de algum fato. Andrade (2002) ressalta algumas funcionalidades desta pesquisa: proporcionar mais informações sobre o assunto que se vai investigar; facilitar a delimitação do tema de pesquisa; orientar a fixação dos objetivos e a formulação das hipóteses; ou descobrir um novo tipo de enfoque sobre o assunto.

Quanto ao procedimento de coleta e fontes de informação, será uma pesquisa bibliográfica. Cervo e Bervian (1983, p. 55) definem que a pesquisa bibliográfica “explica um problema a partir de referências teóricas publicados em documentos”.

Também será uma pesquisa qualitativa, pois esta:

Apresenta maior liberdade teórico-metodológica para realizar seu estudo. Os limites de sua iniciativa são fixados pelas condições exigidas a um trabalho científico, mas ela deve apresentar estrutura coerente, consistente, originalidade e nível de objetivação capaz de merecer a aprovação dos cientistas num

processo intersubjetivo de apreciação (DIEHL, 2004, p. 12).

Para tanto, teremos que entender o conceito de mediação, bem como os princípios aplicados a este instituto. Vamos dissertar sobre a mediação e seus benefícios e quando a mesma pode ser utilizada. O objetivo é afastar a cultura do litígio, aquele em que se espera um vencedor e um perdedor, pois estaremos diante de uma disputa.

As práticas colaborativas de resolução de conflito têm demonstrado cada vez mais seus bons resultados práticos. O novo Código de Processo Civil demonstrou sua preocupação com a busca da resolução de conflitos de forma consensual, tanto é verdade que possibilita a existência de mediação antes mesmo da oitiva do réu.

Assim, o Estado Democrático de Direito é destinado a assegurar princípios importantes, tidos como valores supremos de uma sociedade baseada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica de controvérsia. E, nesse sentido, o Código de Processo civil adotou a mesma linha de solução pacífica e consensual das controvérsias (VASCONCELOS, 2015, p. 85).

Porém, junto com a mediação, a tecnologia também vem evoluindo. Atualmente, já é possível a mediação por meio de videoconferência, ou seja, com a ajuda de um celular, as pessoas conseguem conversar entre si. O presente trabalho é a possibilidade de que essas mediações sejam guardadas no Blockchain. Por tal motivo, será necessário explicar o que é o Blockchain, tecnologia já muito utilizada no exterior. Porém, no Brasil, o Blockchain ainda é pouco utilizado, sendo mais restrita a utilização para a Criptomoedas, em especial o Bitcoin.

Assim, após discutirmos a segurança desta plataforma Blockchain discutiremos o problema de pesquisa e a viabilidade de armazenamento de dados nesta plataforma, em especial, as sessões de mediações. Defenderemos que no Blockchain é possível o armazenamento seguro de infinitas informações. Porém, o mesmo é pública, o que pode ser um obstáculo para a mediação, que possui como princípio a confidencialidade, ponto que será estudado neste trabalho.

O assunto ainda é pouco debatido, portanto, não será esgotado, mas, apenas introduzido nas linhas a seguir.

## Conceito de mediação

A mediação ainda é nova na prática brasileira, mas a cada dia consegue aumentar seu índice de aceitação na população. Por tempos, os estudantes de Direito saíam da faculdade com a cultura do litígio, ou seja, “vencer” um processo é ser um excelente profissional, a alteração desta cultura é demorada, mas é possível e deve ser buscada.

A possibilidade de as pessoas conseguirem chegar a uma solução para os seus problemas, sem a interferência de um terceiro, é inquestionavelmente melhor do que uma sentença de procedência ou improcedência. Isto porque, quando levamos nossos problemas para serem decididos por um terceiro, a chance de frustração de ambos os lados é muito grande, pois, é impossível uma terceira pessoa, que não conhece as emoções e vivências das partes, decidir de uma forma que deixe a todos satisfeitos. Desse modo, continuaremos com o judiciário abarrotado, cheio de recursos e frustrante, já que as expectativas nem sempre são atingidas.

Jamais buscaremos aqui afastar a importância do judiciário e de nossos juízes de Direito. Porém, a redução de demandas para aquele órgão poderia acarretar em uma análise dos casos concretos descritos nos processos judiciais de forma mais minuciosa, já que pensamos que é possível ocorrer uma diminuição de demandas litigiosas para o poder judiciário.

Porém, o grande benefício da mediação não é apenas para o judiciário, mas para as partes, que conhecem as suas vivências, restrições e sentimentos. Com a cessão mútua de interesses, a chance de que ambos os litigantes fiquem satisfeitos é grande, porque um sabe que cedeu, mas verifica que também houve uma cessão do outro lado. Com isto, a possibilidade de retomar um diálogo, principalmente naquelas relações mais contínuas, é muito grande.

Portanto, um dos objetivos da mediação é afastar a cultura do litígio, assim explicada por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto (2016, p. 20): “A sociedade alimenta a ‘cultura do litígio’, pois alcançou o ponto em que qualquer pequeno desentendimento entre vizinhos é levado ao judiciário para que o juiz decida a situação e declare o vencedor e o perdedor”.

As práticas colaborativas de resolução de conflito têm demonstrado cada vez mais seus bons resultados práticos. O novo Código de Processo Civil

demonstrou sua preocupação com a busca da resolução de conflitos de forma consensual, tanto é verdade que explica Fabiana Marion Spengler (2016, p. 266) que o “termo conciliação vem referido nada menos do que 37 vezes; a referência à mediação, 39 vezes”.

O Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas (2019, s.p.) explica que estas práticas “consistem numa abordagem multidisciplinar, não adversarial e extrajudicial de resolução de controvérsias”. Assim, este Instituto garante possível, com a manutenção da autonomia, estimular o diálogo produtivo e respeitoso “pautado no espírito colaborativo e na boa-fé, buscando acordos sustentáveis com os quais toda a família possa conviver” (2019, s.p.).

Essa ideia está em conformidade com o Estado Democrático de Direito, pois o mesmo deve assegurar princípios importantes, tidos como valores supremos de uma sociedade baseada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica de controvérsia. E, nesse sentido, o Código de Processo civil adotou a mesma linha de solução pacífica e consensual das controvérsias (VASCONCELOS, 2015).

Frisa-se que solução pacífica não significa apenas realizar qualquer acordo, mas sim acordos em que as partes cumpram, porque foram construídos por meio do diálogo entre os envolvidos.

No presente trabalho, em que pese a ciência da existência de algumas práticas colaborativas, utilizaremos como base a mediação. Segundo Fernanda Tartuce (2016, p. 176):

A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsia em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem.

O que se percebe atualmente é o aumento da importância da mediação. Na advocacia, várias demandas têm se utilizado desta técnica para uma solução mais eficaz. Processos com anos de duração podem ser resolvidos em horas de sessões de mediações. Isto porque o litígio, geralmente, ocorre pela falta do diálogo, e a falta de diálogo, ocorre, algumas vezes, porque as partes não dedicam tempo para conversarem.

O Instituto de Mediação e Arbitragem – IMA – define mediação como (2019, s.p.) “um método extrajudicial de resolução de conflitos, em que uma terceira pessoa, o mediador, escolhido pelas partes envolvidas no conflito, atua como facilitador da interação e do diálogo entre as partes”. Assim, esta terceira pessoa se utiliza de técnicas a fim de buscar o diálogo entre as partes, sem qualquer interferência pessoal.

Explica o site do IMA (2019, s.p.):

As pessoas envolvidas são conduzidas a uma maior compreensão das respectivas posições e interesses, o que contribui para que elas mesmas, de forma cooperativa, encontrem as melhores soluções para satisfazer os seus respectivos interesses, preservando o relacionamento.

O mediador deve ser imparcial e neutro, como informado. O objetivo é cooperar com as partes para a confecção de um acordo. Não pode o mediador sugerir ou criar acordos, pois isto deve vir das partes. Elas, sozinhas, devem avaliar as melhores alternativas para solucionar suas questões. Explica o site do IMA (2019, s.p.):

O mediador não decide nem sugere, mas promove um processo de reflexão das partes para que elas tenham a melhor compreensão do conflito e, uma vez este compreendido, possam buscar alternativas de solução em ações cooperativas.

A Lei de mediação é a Lei nº 13.140 de 2015 e, conforme a mesma, a mediação pode ser realizada até mesmo de forma extrajudicial, conforme artigo 9º que prevê que

Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

No mais, na mediação não necessariamente precisa se chegar a um acordo, a oportunidade que as partes possuem de retomar um diálogo já significa que a mesma foi importante.

Evidentemente, deve ser verificado, no caso concreto, a possibilidade em se mediar. Por exemplo, não está provado que é saudável a mediação criminal quando existe uma vítima e um agressor. Isto porque, em algumas situações, a proximidade entre as pessoas não é recomendável. Mas, de forma geral, a mediação já tem gerado bons resultados.

## Princípios importantes

São diversos os princípios que norteiam a mediação. Aqui apenas vamos apresentar alguns, mas com foco no princípio da confidencialidade. Existem princípios para o processo de mediação em geral, bem como princípios que norteiam o mediador.

Alguns princípios, como a boa-fé, devem estar em todo o Direito. Mas, em relação a mediação em si, deve existir a honestidade e lealdade entre as partes, no sentido de que nada do que foi dito na sessão pode ser utilizado em outro ambiente ou no processo judicial em si.

Temos também o princípio da autonomia, sobre o qual afirma Carlos Eduardo Vasconcelos (2015, p. 215): “a mediação de conflitos supõe a autonomia da vontade de pessoas capazes, no exercício da igual liberdade de pensamentos, palavras e ações, devendo o mediador abster-se de forçar um acordo e de tomar decisões pelos envolvidos”. Assim, as partes que devem ter autonomia no momento de elaborar o acordo, sem qualquer pressão externa, a fim de que o acordo seja cumprido.

Também é princípio da mediação a oralidade, já que a mediação é ditada pela linguagem mais comum possível, para que possa ser acessível para qualquer pessoa. Nesse ponto, devemos verificar a importância da conscientização do advogado acerca da mediação, uma vez que o mesmo também precisa se utilizar de uma linguagem fácil para as partes a fim de cooperar com o processo.

Conexo ao princípio acima, também é aplicável à mediação o princípio da informalidade, ou seja, “apenas o termo inicial ou o termo final de mediação, em que se registra o resultado obtido, será formalizado por escrito”

(VASCONCELOS, 2015, p. 216), ou seja, as demais anotações realizadas durante a sessão devem ser destruídas.

Aplica-se, ainda, o princípio do consensualismo, ou seja, as partes optam em prosseguir na mediação e são iguais, ou seja, qualquer acordo deve ser construído de forma consensual (VASCONCELOS, 2015, p. 216).

Como um dos princípios mais importantes, há a confidencialidade, ou seja, tudo que for dito na sessão não pode ser utilizado em outro lugar. Tal princípio é tão importante que, no Manual de Mediação Judicial, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 168), com a finalidade de formar mediadores judiciais, afirma-se que este princípio deve ser informado já no discurso de abertura de uma sessão judicial:

O mediador deve buscar adesão das partes para a adoção da confidencialidade que se estabelecerá acerca de todos os fatos e situações narradas por elas durante o processo de mediação. É fundamental explicar que o(s) mediador(es) manterá(ão) em segredo tudo o que for apresentado na mediação, salvo vontade conjunta das partes em contrário. Caso alguma das partes tenha alguma preocupação ou receio que essa confidencialidade possa não ser mantida, o mediador deve adiantar às partes que ela poderá ser inserida como parte do acordo.

Portanto, as partes devem estar cientes dessa confidencialidade desde o início e, caso desejem, pode ser incluída no acordo para ratificar a vontade das mesmas. Este princípio será importante no presente trabalho, pois iremos estudar a possibilidade de armazenamento das sessões de mediação no Blockchain, porém, a única forma de ocorrer será com a renúncia a este princípio, já que o Blockchain pode ser acessado por qualquer pessoa, conforme será estudado a seguir.

Vale mencionar ainda que existem princípios do mediador, quais sejam, independência, imparcialidade, aptidão, diligência, empoderamento, validação e facilitação da decisão informada (VASCONCELOS, 2015, p. 216).

Tais princípios são extraídos do Código de Ética para Mediadores Extrajudiciais – CONIMA e Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais

– CNJ. Assim, um código complementa o outro, apresentando-nos alguns dos princípios que norteiam a mediação.

## Possibilidade de realização de mediação virtual

Ocorre que existem determinadas pessoas que moram longe e gostariam de se beneficiar da mediação, ou até mesmo não podem estar próximas, pois uma está presa, por exemplo. Assim, a defesa é da possibilidade da utilização da tecnologia nestes casos.

Não há motivos para a distância ser uma barreira para o diálogo. Tantas pessoas que namoram ou são casadas à distância e utilizam-se da tecnologia para reduzir a distância entre elas. Nesse sentido, no momento de resolução de conflitos, não pode ser diferente. Inclusive, a distância entre as pessoas faz com que os processos judiciais sejam ainda mais demorados, por dependermos de cartas precatórias ou rogatórias e, com isto, processos se tornam ainda mais longos, afastando a própria característica de justiça.

Nesse sentido, em maio de 2017 o Tribunal de Justiça do Distrito Federal divulgou em seu site uma reportagem de um processo que durava 19 anos e no qual foi colocado um fim após uma videoconferência entre EUA e Brasil. Explicam as partes à reportagem (2019, s.p.):

A parte requerida elogiou o desenvolvimento da conciliação. “Ao longo das sessões as barreiras foram quebradas, o que possibilitou o diálogo. Eu, que cheguei relutante, saí abraçado com todos”, disse o pai. Sua advogada, Lisângela Moreira, também elogiou o andamento e o resultado da mediação: “os conciliadores não desistiram desse caso, foram pacientes e o resultado principal foi atingido: a resolução da questão emocional”.

Portanto, é notório que um diálogo pode simplificar processos que retardam devido à necessidade processual de cartas rogatórias ou precatórias, bem como existência de recursos etc. O resultado da mediação por videoconferência tem sido bem debatido para o lado positivo e essa pode vir a se tornar uma tendência.

Atualmente, com a tecnologia, não é necessário muito equipamento para que seja realizada uma videoconferência, já que a mesma pode ser realizada por meio de um celular, com a ajuda de aplicativos, como WhatsApp, dentre outros.

Foi divulgado, por exemplo, no site do Tribunal do Rio de Janeiro (2019, s.p.), que o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus) realizou, já no ano de 2017, uma sessão de mediação por meio do aplicativo WhatsApp, para fins de realização de um divórcio litigioso que se estendia desde 2012. As partes gostariam de mediar, porém, moravam em cidades distintas e, por isto, concordaram na mediação por videoconferência, permitida pelo CPC. E o resultado foi excelente, conforme explica a defensora pública (2019, s.p.):

A ideia foi abreviar o tempo, os custos, facilitar a aproximação para o diálogo e restaurar o vínculo da comunicação para sanar o impasse. Se fôssemos aguardar o retorno da carta precatória e a compra de uma passagem, talvez nunca ocorresse a audiência devido às condições financeiras de ambas as partes. A experiência mostra que o processo continuaria por mais longos anos. Com a sessão virtual via WhatsApp, as partes chegaram a um consenso e fecharam acordo quanto ao divórcio respeitando as cláusulas previstas na dissolução do casamento.

A defesa da utilização da tecnologia é pelo restabelecimento do diálogo com as ferramentas que possuímos, o avanço da tecnologia deve ser utilizado a nosso favor. Aquele direito fechado, afastado da sociedade, deve ser modificado, para que seja eficaz.

A Lei nº 13.140/15, mais conhecida como Lei de Mediação, prevê, em seu artigo 46, que “a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”. Portanto, podemos entender que a norma prevê a possibilidade da utilização da tecnologia para a solução de conflitos mediante métodos consensuais, bastando que as partes concordem com isto.

Frisa-se que a possibilidade de as partes participarem de uma sessão de mediação por videoconferência só pode ocorrer com a concordância das

mesmas. Ninguém pode ser obrigado a mediar, ainda mais por meio de aplicativo tecnológico – podendo ser computador ou telefone –, porém, uma vez existindo a concordância das partes, não há qualquer óbice legal para a sua realização.

## Conceito de Blockchain

O presente trabalho discorre sobre a possibilidade de que as mediações sejam armazenadas na Blockchain. “Esse é um problema complexo, mas o Blockchain pode ajudar a superalimentar o empreendedorismo e, por consequência, a prosperidade de várias maneiras importantes” (DON, 2016, p. 54). Ainda continua o autor: “acreditamos que a economia funciona melhor quando se trabalha para todos, e essa plataforma é um motor para a inclusão” (2016, p. 57).

Explica Willian Mougayar (2017, p. XXVII) que “o blockchain é uma tecnologia que grava transações permanentemente de uma maneira que não podem ser apagadas depois, somente podem ser atualizadas sequencialmente, mantendo o rastro histórico sem fim”.

Em outras palavras, no site da Academia MOL – Mediação OnLine (2019, s.p.) explica-se:

O blockchain é uma base de dados digital pública e descentralizada, em que se podem registrar, por meio da criptografia (códigos que protegem informações e impedem o roubo de dados), arquivos digitais de todos os tipos. Trata-se de uma enorme base de dados remota e inviolável. Cada elemento registrado é datado e dá origem a uma espécie de assinatura formada por uma sequência de letras e números – o *hash* na linguagem dos especialistas.

A plataforma Blockchain funciona como um sistema de banco de dados distribuído, atualmente muito utilizado para as criptomoedas, em especial os Bitcoins. Os dados são registrados em blocos que não podem ser apagados ou adulterados. Além disso, informações só podem ser acrescentadas para registro de novas transações por meio de um processo de validação (ALECRIN, 2019).

Na página PanoramaCrypto se defende a segurança da plataforma Blockchain: é por ser “um sistema que é executado simultaneamente em uma rede de computadores. Os computadores conectados nesta rede são chamados *nós mineradores*, possuindo uma cópia integral da blockchain armazenada” (2019, s.p.). Portanto, para que “um hacker consiga fraudar uma blockchain ele precisaria agir simultaneamente em centenas de computadores” (2019, s.p.).

Ramon Dúnadan (2019, s.p.), entusiasta do mundo digital, escritor, informa as quatro principais vantagens da utilização do Blockchain:

1 – Segurança e diminuição da pirataria digital:

As transações Bitcoin utilizam o sistema de **pares de chaves criptográficas**. As chaves são códigos necessários para “abrir” as informações [...]. Dessa forma, as informações são enviadas de forma segura: São fáceis de ser interpretadas por quem possui a chave, e de difícil leitura para quem tenta hackear a informação [...].

2 – A redução de custos financeiros:

No sistema financeiro tradicional, a instituição que detém o dinheiro e as informações cobram fortunas para mediar as operações, o que não acontece no blockchain. Como foi dito as operações não são centralizadas, são distribuídas em vários nós (os mineradores) e com isso o custo para a mediação é muito menor.

3 – Escrituração de propriedades:

Como o sistema blockchain se organiza em uma cadeia P2P, a escrituração contábil é conjunta. Com isso, muda-se o jeito de trabalhar os registros financeiros centralizados. O sistema P2P somada a uma organização em blocos conectados torna as informações muito mais organizadas, fáceis de trabalhar e transparentes (o que quer dizer: críveis).

4 – Aumento da transparência e veracidade das informações:

[...] por meio da chave pública qualquer um pode atestar a veracidade das informações, isso torna o processo transparente.

Essa tecnologia tem evoluído ao passar dos anos e a tendência é que a mesma continue a evoluir, principalmente, em questão de segurança. Explica o site Panorama Crypto (2019, s.p.):

É importante destacar que a blockchain é uma dentre muitas formas de *Distributed Ledger Technologies* (DLT). É necessário haver muitas pesquisas para avaliar quais os melhores casos de uso para aplicação da blockchain. De qualquer modo, o bitcoin já se provou como um grande caso de sucesso para a aplicação desta tecnologia.

Assim, no Blockchain é possível o armazenamento mais seguro de infinitas informações. Porém, a mesma é pública, o que pode ser um obstáculo para mediação, que possui como princípio a confidencialidade. A transparência, inclusive, é uma característica própria do Blockchain, pois qualquer pessoa pode verificar e auditar as movimentações registradas.

## Possibilidade de armazenamento no Blockchain

Estamos diante de um mundo novo e ainda pouco explorado. Portanto, não se busca uma resposta que não possa ser contestada. No momento, questiona-se: é possível armazenar as audiências de mediação no Blockchain, que, conforme vimos, possui segurança e um espaço infinito?

Uma barreira que podíamos verificar para a possibilidade de armazenamento nesta localidade seria a interferência no princípio da confidencialidade. Isto porque, uma vez armazenada na plataforma Blockchain, a mediação se tornaria pública.

Dessa forma, busca-se a possibilidade de renúncia a este princípio. Estamos em um Estado Democrático de Direito, portanto, deve ser privilegiada a dignidade da pessoa humana, sua liberdade e autonomia, fazendo com que as pessoas possam realizar suas escolhas de forma livre e com a menor intervenção estatal, salvo em caso de prejuízo a elas.

De acordo com Jorge Reis Novais (2006, p. 235), professor da faculdade de Lisboa:

Da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integral e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder do titular dispor dessa posição de vantagem [...].

No entendimento do referido professor, a renúncia é uma forma do exercício de um direito fundamental, pois com a renúncia a um direito o indivíduo busca interesses e vontades próprias (NOVAIS, 2006).

Portanto, tal regra também será aplicada no Direito brasileiro, principalmente no Direito Civil, no sentido de que as pessoas poderiam renunciar ao princípio da confidencialidade por um bônus mais, qual seja, buscar o fim da cultura do litígio e a volta do diálogo, utilizando-se da tecnologia para tanto.

Da mesma forma, a Lei de Mediação prevê que as partes podem renunciar à confidencialidade de forma expressa:

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Dessa forma, entendemos que não há qualquer problema em renunciar à confidencialidade, desde que as partes assim concordem.

Cabe ressaltar que outra barreira que poderia ser criada é a possibilidade de armazenamento das mídias que estão no Blockchain. Para tanto, utilizaremos o exemplo didático do site da Academia MOL – Mediação OnLine (2019, s.p.):

Uma das comparações mais didáticas sobre a tecnologia blockchain é justamente com uma figura conhecida no universo jurídico: os cartórios. Nos cartórios, a autenticidade das informações é comprovada por verificação humana e instrumentos físicos, como carimbos, selos holográficos, assinaturas manuscritas.

Uma das aplicações de blockchain no direito — e nos demais setores — é bastante semelhante à dos velhos cartórios, com a vantagem de ser muito mais barata, transparente, rápida, escalável e segura.

“O que o blockchain faz é oferecer cinco dígitos – 99,999% – de segurança às transações. Em vez de haver profissionais preocupados com isso e dedicados a conferir a papelada, cobrando alto por isso e gastando horas nessas etapas de verificação, tudo pode ser feito, no blockchain, com apenas um clique”, disse Alec Ross, uma das autoridades no assunto e autor do livro “The Industries of the Future”, em entrevista ao site SearchCIO.

Portanto, qualquer alteração realizada em qualquer documento deixa um registro de forma que garanta a segurança do mesmo. Os defensores desta tecnologia afirmam que o dinheiro gasto com as burocracias se reduziria muito com a utilização do Blockchain.

No mais, a dificuldade de alteração de documentos reduziria, em muito, o dinheiro gasto com perícias de documentos digitais para verificar a veracidade dos mesmos. O Brasil ainda se encontra atrasado sobre o assunto, e nos vem a pergunta: uma vez armazenada naquele local, é possível a sessão ser um meio de prova para comprovação de realização de um acordo?

O Código de Processo Civil não deixa dúvidas de que são admitidos todos os meios legais, moralmente admitidos, para provar verdade de fatos, ainda que não especificados no Código em questão. Ou seja, é possível a utilização de meios de provas atípicos, desde que não envolvam qualquer ilicitude. Nesse sentido, não há qualquer ilicitude na plataforma Blockchain, portanto, consideramos uma alternativa admitida no Direito brasileiro.

Especialistas defendem a importância do Blockchain para o Direito, tanto na atividade dos cartórios, quanto em outras atividades. E como no Direito Civil prevalece o consensualismo, ante a solenidade, não há qualquer óbice para a utilização do Blockchain. Percebe-se, ainda no site de Mediação On-Line (2019, s.p.):

O Blockchain no direito é permitido nos casos em que a prova e validade não dependem de instrumento

público ou de outra formalidade. Sendo assim, para um contrato de prestação de serviços, por exemplo, não há qualquer problema em utilizar o blockchain. Esse é o entendimento do Código Civil disponível no artigo 225.

Frisa-se que estamos no século XXI e a tendência é a que a evolução tecnológica tenha uma ampliação ainda maior nos próximos anos. Temos que buscar a utilização dessas tecnologias. O Direito não pode estar afastado da evolução tecnológica.

Sabe-se da existência de empresas que já utilizam o serviço Blockchain para assinatura de contratos. Porém, cabe mencionar que o mesmo ainda não foi regulamentada no Direito brasileiro, mas, também não há qualquer proibição acerca da utilização do mesmo.

Cabe mencionar que a utilização da mediação não é apenas de forma judicial, mas, também, de forma extrajudicial, para que o problema nem chegue ao judiciário. Isto já é muito utilizado no Direito empresarial. Da mesma forma, pode ser importante uma empresa possuir armazenadas as negociações dela para fins de prova. Tal tese aqui defendida poderia evitar problemas futuros, pois tudo estaria arquivado e guardado, caso necessário. Além disto, pode ser uma opção para que a mediação on-line não deixe de ser utilizada pela falta de armazenamento.

## Considerações finais

Conforme percebido, o presente trabalho buscou responder alguns questionamentos ainda muito novos, porém como pergunta-problema apresentou a seguinte questão: é possível o armazenamento das sessões de mediações no Blockchain? Para tanto, foram verificados alguns dos benefícios da mediação e a necessidade de que a mesma seja cada vez mais utilizada, inclusive de forma digital, ou seja, por videoconferência, quando as pessoas não podem estar perto fisicamente. Porém, a era digital também traz algumas problemáticas que precisam ser estudadas, como, por exemplo, o armazenamento das mídias digitais de forma segura.

Nesse sentido, foi imprescindível iniciar a primeira seção do capítulo trazendo o conceito do procedimento da mediação e, conseqüentemente, seus benefícios. Verificou-se que o novo Código de Processo Civil de 2015 prevê a necessidade de uma tentativa de mediação, salvo se as partes assim não concordarem. Muitos processos antigos estão terminando com a mediação, pois, muitas vezes, a lide é ampliada pela falta do diálogo.

Na segunda seção, foram trazidos os princípios fundamentais da mediação, mesmo ciente de que existem alguns não citados. Importante foi a discussão do princípio da confidencialidade, ou seja, a mediação deve ser confidencial, não podendo as pessoas se utilizarem do que foi dito lá em posterior processo judicial. O objetivo é que a mediação seja “informal”, a fim de que as partes se sintam a vontade para conversar, com o objetivo maior, como já mencionado, de restabelecer o diálogo.

Na terceira seção, o foco foi o estudo da possibilidade de uma mediação de forma virtual, e descobriu-se, por meio de pesquisas na internet, que isto já é utilizado nos dias de hoje. Conforme diversas reportagens verificadas, alguns processos que duravam anos foram interrompidos e finalizados após uma videoconferência. Portanto, a tecnologia pode ajudar e desburocratizar o processo judicial. A justiça está a cada dia mais abarrotada, o que leva à falibilidade, uma vez que justiça lenta já pode ser considerada uma justiça falha.

Porém, a desburocratização pode levar a algumas conseqüências, uma delas é que as sessões devem ser guardadas e armazenadas. Esse armazenamento pode ser problemático se considerarmos a possibilidade de que as mídias digitais possam se corromper com o tempo. Por isto, foi trazido como uma solução o armazenamento no Blockchain, por ser uma plataforma segura e sem restrição de tamanho.

Dentre os problemas que encontrarmos neste armazenamento, cita-se o princípio da confidencialidade, pois o Blockchain é pública, portanto, apenas seria possível o armazenamento na nuvem em caso de renúncia expressa a este princípio. Isto porque o princípio em questão não é absoluto, conforme foi concluído.

A justificativa para este estudo está no sentido de diminuir cada vez mais a política do litígio nos dias atuais, além de retirar do judiciário a necessidade de decidir pelas pessoas, já que a cessão mútua de direitos gera menor insatisfação entre os acordantes.

Dessa forma, entendemos que o objetivo geral deste trabalho foi alcançado, pois é possível armazenar na plataforma de Blockchain sessões de mediações. No mesmo sentido, os objetivos específicos também foram alcançados, com a explicação do procedimento da mediação, a análise dos benefícios ou malefícios da mediação por videoconferência; a explicação dos princípios da mediação, em especial, o princípio da confidencialidade, e, por fim, a possibilidade de armazenamento das sessões de mediação na plataforma de Blockchain.

Porém, sabe-se que deve existir uma ampliação na presente pesquisa, pois, como mencionado, o assunto ainda é muito novo. Conclui-se que as práticas colaborativas de resolução de conflito, em especial a mediação, têm demonstrado cada vez mais resultados positivos práticos. Nesse sentido, defende-se que a tecnologia deve ajudar e incentivar a sua utilização.

## Referências

- ALECRIN, Emerson. **Filecoin é um serviço de armazenamento de dados inspirado no Bitcoin**. 2017. Disponível em: <https://tecnoblog.net/220866/filecoin-blockchain-armazenamento/>. Acesso em: 06 mai. 2019.
- ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação: noções práticas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica: para uso dos estudantes universitários**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983.
- COMO a tecnologia blockchain pode transformar o direito. Academia MOL – Mediação Online. 23 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.mediacaonline.com/blog/blockchain-no-direito-e-o-que-esperar-do-futuro/>. Acesso em: 16 set. 2020.
- DIEHL Astor Antônio; TATIM, Denise Carvalho. **Pesquisa em ciências sociais aplicadas**. São Paulo: Prentice Hall, 2004.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Mediação por Videoconferência entre Brasil e Estados Unidos dá fim a 19 anos de litígio familiar**. 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/maio/mediacao-por-videoconferencia-entre-brasil-e-estados-unidos-da-fim-a-19-anos-de-litigio-familiar>. Acesso em: 01 maio 2019.
- DON, Tascott. **Blockchain reolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: Senai, 2016.

- DÚNADAN, Ramon. **Blockchain**: o livro de registros que tem revolucionado o sistema financeiro. Disponível em: <https://www.agenciaopen.com/tecnologia/blockchain-bitcoin>. Acesso em: 06 maio 2019.
- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE PRÁTICAS COLABORATIVAS. **Quem somos**. Disponível em: <https://ibpc.praticascolaborativas.com.br/quem-somos>. Acesso em: 29 abr. 2019.
- IMA – INSTITUTO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. **Conceito de Mediação**. Disponível em: <http://www.imapr.com.br/conceito-de-mediacao/>. Acesso em: 29 abr. 2019.
- MOUGAYAR, William. **Blockchain para negócios**: Promessas, Práticas e Aplicações da Nova Tecnologia da Internet. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Mediação virtual foi realizada com aplicativo de videoconferência do WhatsApp**. 2017. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5199857>. Acesso em: 21 nov. 2019.
- SAIBA como os dados são armazenados na blockchain. **PanoramaCrypto**. 27 de novembro de 2018. Disponível em: <https://panoramacrypto.com.br/saiba-como-os-dados-sao-armazenadas-na-blockchain/>. Acesso em: 06 maio 2019.
- SPENGLER, Fabiana Marion; NETO SPENGLER, Theobaldo. **Mediação, Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.
- SILVA, Maurício. **Metodologia da Pesquisa e Produção Científica**. Brasília: CETEB, 2008.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo: Forense Ltda, 2016.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2015.

# Patrimônio cultural: a influência da mídia e a importância do Ministério Público na garantia e defesa da cultura na sociedade

Suelen Agum dos Reis<sup>1</sup>  
Tatiana Fragoso Galdino da Silva<sup>2</sup>

## Considerações iniciais

A facilidade de acesso à internet contribuiu com o acirramento ainda maior do fenômeno da globalização, pois as informações passam a ser transmitidas em

- 
1. Professora Titular de Direito Social da Faculdade Municipal de Linhares/ES – FACELI, Coordenadora e Professora do curso de Direito das faculdades - IESFAVI/FACES.
  2. Graduada em Comunicação Social pela UFES. Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior e Formação avançada de Vitória – IESFAVI.

tempo real e acessadas em praticamente qualquer parte do mundo. Essa modernização vem se expandindo gradativamente e gera um novo comportamento nas sociedades contemporâneas.

Com isso, as identidades nacionais estão progressivamente se fundindo de forma que cultura, gastronomia, costumes e comportamentos das diversas nacionalidades se confundem, podendo ser encontradas em qualquer lugar e não mais única e exclusivamente em sua origem, rompendo as fronteiras físicas dos países.

Nesse sentido, a cultura de cada sociedade torna-se um bem precioso a ser cuidado e preservado, considerando que marca a identidade de um povo, e acaba por se tornar o grande encanto para estrangeiros, que, atraídos pela curiosidade, viajam o mundo em busca de novidades.

No entanto, ao mesmo tempo em que a cultura marca a diferença entre os povos, pois os qualifica e delimita suas características, é também vetor de unificação da humanidade diante do avanço tecnológico, pois a livre circulação de mercadorias e pessoas proporciona um sincretismo cultural e permite seu compartilhamento, fazendo com que todos os elementos que a compõem possam ser encontrados em diversos lugares, transformando-a num verdadeiro patrimônio.

Tal fenômeno é denominado de transnacionalização da cultura, que, aliada à nova ordem econômica e social das sociedades pós-industriais globalizadas, proporcionadas pela dinâmica cultural midiática, é imprescindível para se compreender os “deslocamentos e contradições, os desenhos móveis da heterogeneidade pluritemporal e espacial que caracteriza as culturas pós-modernas” (SANTAELLA 2003, p. 52-53).

Diante de tal contexto, o Ministério Público, no exercício de sua função constitucional de defensor do patrimônio da sociedade, visando, efetivamente, exercer suas funções ministeriais em sintonia com o que a sociedade almeja, deve estar atento às suas manifestações culturais, pois o patrimônio cultural é a referência para a formação da identidade e da memória de uma sociedade, devendo ser entendido como um elemento privilegiado de agregação do valor econômico na promoção do desenvolvimento da nação, portanto merecedor de todo cuidado e proteção.

Diante do exposto, este capítulo possui a finalidade de discorrer sobre os desafios do Ministério Público na defesa à garantia do patrimônio cultural,

em especial o patrimônio cultural imaterial. Para tanto, serão analisados conceitos e estudos sobre cultura e patrimônio cultural, bem como a influência da mídia e dos comunicadores sociais em todo o processo, tanto de formação da cultura quanto da sua proteção. E, ao final, serão expostas experiências positivas que o Ministério Público de Minas Gerais tem executado nesse sentido, e apresentadas reflexões sobre a importância da intervenção ministerial como garantidora do patrimônio cultural também no Espírito Santo.

## A cultura e a liberdade de comunicação

A globalização é um fenômeno decorrente da aproximação no âmbito econômico, social, cultural e político entre diversas nações no mundo. Em decorrência de uma maior integração entre os países, proporcionada especialmente pelo avanço tecnológico dos meios de transporte e comunicação, a globalização permitiu uma interação entre diversos povos, aproximando tanto mercadorias como pessoas. Tradições, costumes, comidas e produtos típicos de um determinado local são fáceis e constantemente encontrados em lugares completamente diferentes e distantes da sua origem.

Diante de tal contexto, pode-se afirmar que a globalização é um reflexo de uma sociedade democrática, que possui, em seu âmago, assegurados o direito à comunicação e à livre expressão e opinião, não sendo cerceados por nenhuma autoridade. E é justamente em decorrência da livre comunicação que se tem conhecimento da herança cultural de um povo.

No que tange à proteção da liberdade de comunicação, no âmbito internacional a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 19, assegura que todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por quaisquer meios de expressão.

Nesse mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabelece que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 afirma, em seu artigo 5º, que é “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. É um requisito indispensável para a própria existência das sociedades democráticas.

Desse modo, a liberdade de expressão, enquanto direito humano e fundamental, deve ser exercida livremente, sem censuras estatais. O Estado não deve impedir que ideias ou fatos a serem divulgados tenham que passar primeiramente por sua aprovação. Da mesma forma, a liberdade de comunicação exige do Estado a sua abstenção no que se refere à censura, mas, por outro lado, também cobra ações positivas e efetivas do Estado que busquem garantir a produção e programação dos meios de comunicação, como rádio e televisão, voltados para fins educativos, culturais e informativos, visando à promoção da cultura e dos valores éticos e sociais (REIS, 2017, p. 82).

Observa-se que, em decorrência do direito de liberdade acima mencionado, emerge o direito à cultura. O ex-ministro da cultura na década de 1980, Celso Furtado, costumava afirmar que “quem faz cultura é a sociedade” (TINÔCO; ANDRADE; PAIVA, 2004, p. 46). Dessa forma, caberia ao governo “propiciar ou facilitar o acesso” da sociedade aos bens culturais.

De acordo com o sociólogo Luiz Antonio Guerra, o termo “cultura” surge do termo em latim *culturae*, significando “ato de plantar e cultivar”. O autor destaca ainda que, no decorrer do tempo, a noção de cultura moderna adquiriu um sentido mais amplo, com base nos estudos do antropólogo inglês Edward Burnett Tylor, que definiu “cultura é aquele todo complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, a lei, os costumes e todos os hábitos e capacidades adquiridos pelo homem como membro da sociedade” (GUERRA, 2019, s.p.).

Portanto, em sentido amplo, a cultura pode ser entendida como um conjunto de ideias, comportamentos, símbolos e práticas sociais aprendidos de geração em geração em decorrência da vida em sociedade.

Na visão de Santaella (2003, p. 52), até meados do século XIX havia dois tipos de culturas delineando as sociedades ocidentais: “de um lado, a cultura erudita das elites, de outro lado, a cultura popular, produzida no seio das classes dominadas”.

A partir da difusão dos meios de reprodução técnico-industriais como o jornal, a fotografia e o cinema, aliados aos meios eletrônicos como o rádio e a

televisão, surge a cultura de massas, produzindo um enorme impacto na tradicional divisão da cultura em erudita e popular, pois esta passa a absorver as duas formas de cultura e tende a dissolver a polaridade entre o erudito e o popular.

A partir do século XX, com o surgimento de novas formas de consumo cultural propiciadas pelas novas tecnologias, como as fotocopiadoras, os videocassetes, os videoclipes, os videogames, a TV a cabo e outros, as distinções entre o erudito e o popular tonaram-se ainda mais tênues.

Surge, então, a tendência ao hibridismo dos meios de comunicação entre si, criando redes complementares as quais Santaella (2003, p. 52-53) denomina como “cultura das mídias”:

[...] procurava dar conta de fenômenos emergentes e novos na dinâmica cultural, quer dizer, o surgimento de processos culturais distintos da lógica que era própria da cultura de massas. Contrariamente a esta que é essencialmente produzida por poucos e consumida por uma massa que não tem poder para interferir nos produtos simbólicos de consumo, a *cultura das mídias* inaugurava uma dinâmica que, tecendo-se e se alastrando nas relações das mídias entre si, começava a possibilitar aos seus consumidores a escolha entre produtos simbólicos alternativos.

Ainda conforme Santaella (2003 p. 53), “é a cultura como um todo que a cultura das mídias tende a colocar em movimento, acelerando o tráfego entre suas múltiplas formas, níveis, setores, tempos e espaços”.

Diante do atual quadro de homogeneização das sociedades mundiais, a diversidade cultural é cada vez mais valorizada, justamente por despertar o sentimento de curiosidade, do novo, do desconhecido, e a herança cultural utilizada como base para transmissão do conhecimento entre as mais diversas sociedades, entre as gerações, entre as famílias, reproduzindo os comportamentos dos indivíduos, torna-se indispensável no processo de transmissão cultural, em que o conhecimento é produzido, reproduzido e armazenado. Nesse sentido, afirma-se que

O fenômeno resultante é um processo histórico de acumulação e transmissão de conhecimentos não isento de experimentação, que toma a forma de uma

espiral em várias escalas espaço-temporais: desde a do próprio produtor, já que durante cada ciclo produtivo sua experiência se vê paulatinamente incrementada sobre a base do aprendido no ciclo imediatamente anterior, até a da comunidade cultural, já que o conhecimento vai se aperfeiçoando (e adaptando), geração após geração, à realidade local de cada presente (TOLEDO; BARRERA-BASSOLS, 2009, p. 36 apud CÓRDULA; NASCIMENTO, 2018, s.p.).

Assim, a cultura se processa nas sociedades de forma a representar cada etnia, hábito, costumes, crenças e outras características que as diferenciam umas das outras, e está intrinsecamente interligada aos aspectos sociais e ambientais que as circundam. Deve ser tratada como um patrimônio a ser protegido pela sociedade e pelo Estado, pois o patrimônio cultural é a referência para a formação da identidade e da memória de uma sociedade, devendo ser entendido como um elemento privilegiado de agregação do valor econômico na promoção do desenvolvimento da nação. Nesse sentido, Tinôco (2004, p. 17) afirma que

Nesse planeta em processo de acelerada uniformização de cenários, de gostos, de modos e de modas, a questão da preservação do Patrimônio Cultural não é uma alternativa, muito menos uma opção. A preservação da memória e da identidade é uma imposição. Uma imposição de natureza política, de garantia de soberania, de segurança nacional, de manutenção da face da nação: o espelho no qual ao nos olharmos nos reconhecemos na imagem nele refletida.

Para o coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais,

A proteção do patrimônio cultural é medida que tem por objetivo possibilitar a evolução da humanidade em sua busca de conhecimento, liberdade e qualidade de vida, de forma harmônica e respeitosa com a natureza, a história e a memória de nossos antepassados, que produziram a cultura que nos cerca e que deve ser transmitida às gerações que ainda estão por vir (MIRANDA, 2019, s.p.).

Importante destacar a previsão constitucional contida no artigo 216 da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu clara e objetivamente o Patrimônio Cultural da seguinte forma:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 foi cuidadosa em inserir bens de diferentes naturezas: os materiais e os imateriais. Observada tal ressalva, a amplitude conceitual de tais preceitos estabelece novos paradigmas referentes ao patrimônio e desafios para a efetiva preservação e valorização dos mesmos.

A fim de completar o quadro legal, no ano de 2000, foi publicado o Decreto nº 3.551 dispondo sobre a preservação do patrimônio imaterial, aperfeiçoando o conceito supralegal anterior. Tal legislação discorre sobre um novo instrumento de proteção, o Registro. E, logo em seguida, no plano internacional, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela Unesco em 17 de outubro de 2003, que afirma:

[...] entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua

interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana (UNESCO, 2003, s.p.).

Conforme Tinôco (2004, p. 47), o registro do patrimônio imaterial abrange quatro áreas. A primeira ele denomina de “saberes”, e a define como “onde são inscritos os conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades”. A segunda é a das “celebrações”, que diz respeito aos “rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social”. Enumera ainda a “das formas” como as relativas à “expressão, para manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas”, e, ao final, a dos “lugares” como sendo “os mercados, as feiras, os santuários, as praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas”.

Tal autor ainda faz uma importante ressalva quanto ao potencial turístico do Patrimônio Cultural. Deve-se levar em consideração a possibilidade de associar a preservação e a promoção dos bens culturais ao desenvolvimento do turismo, o que remonta à questão da sustentabilidade se analisadas as seguintes dimensões:

Econômica, que visa a integração do patrimônio nos processos produtivos;

Social, que visa à melhoria da qualidade de vida das populações envolvidas;

Cultural ou preservacionista, que busca valores e lugares, pela conservação e promoção dos recursos do patrimônio;

Ética, que visa ampliar o acesso da população aos seus bens patrimoniais, como via de reafirmação de sua identidade por meio do conhecimento e valorização de sua cultura e história, e

Política, que visa assegurar a participação de todos os agentes, sejam eles locais, regionais ou nacionais, nas decisões quanto aos rumos do desenvolvimento (TINÓCO; ANDRADE; PAIVA, 2004, p. 54).

Fato é que, independentemente da área a ser afetada ou da dimensão a ser alcançada, a cultura é indiscutivelmente um patrimônio em constante construção social, resultado da liberdade de expressão alcançada pela humanidade e que sofre importante influência da mídia, conforme veremos a seguir.

## A dinâmica da cultura no meio midiático

Ao considerar que a cultura é um processo permanente de construção, desconstrução e reconstrução e que as fases variam de acordo com a importância dada, segundo as situações vivenciadas, é possível afirmar que

A cultura é um complexo coletivo de representações mentais que ligam o material ao imaterial – as estruturas econômicas, as técnicas, as estruturas sociais, as leis e as normas à vida simbólica – representações, ideologias e ideias que formam um conjunto de crenças, valores e símbolos que influenciam a existência e o comportamento social do indivíduo (CUCHE, 1999, p. 137 apud CENERINO *et al.*, 2005, p. 03).

Com o intuito de se compreender a dinâmica cultural, Santaella (2003, p. 54-55) sugere a divisão do aspecto sobre como a cultura é vista como um tipo especial de produção humana em quatro níveis indissociavelmente conectados:

- a) O nível da produção em si;
- b) O da conservação dos produtos culturais, ligados à memória;
- c) O da circulação e difusão, ligado à distribuição e comunicação dos produtos culturais;
- d) O da recepção desses produtos, isto é, como são percebidos, absorvidos, consumidos pelo receptor.

Tais classificações visam responder as seguintes perguntas: onde e quando a cultura é produzida? Por quem ela é produzida? Como é produzida? Para quem ela se destina? A mesma autora esquece os questionamentos e afirma que:

A primeira questão, “onde e quando”, refere-se aos pontos de vista geográficos, regionais, étnicos e ao ponto de vista histórico. A segunda questão, “por quem”, aplica-se ao ponto de vista dos agentes produtores e de seus coadjuvantes, ou seja, as forças econômicas que apoiam os agentes e tornam a produção possível. Há pressões de poder, imposições políticas ou ideológicas daqueles que apoiam sobre os que produzem? Em que medida essas pressões são auto-impostas pelos próprios agentes? A terceira questão, “como”, tem por referência os meios que são empregados para a produção dos bens simbólicos, meios artesanais, industriais, eletrônicos ou telemáticos. A quarta questão “para quem”, refere-se ao receptor, coincidindo esta quarta questão como quarto nível da produção cultural, o de seu consumo. Hoje, todas essas referências tendem a se misturar numa trama muito complexa e, à primeira vista, indiscernível (SANTAELLA, 2003, p. 55).

A partir dessa compreensão, é indispensável a análise de como a cultura é produzida e disseminada no século XXI considerando a globalização, as novas mídias, a internet e toda a revolução tecnológica.

É indiscutível que os meios de comunicação desempenham importante papel ao contribuírem com a difusão da produção cultural da sociedade. Mais que isso, são, também, produtores da cultura.

Assim, o jornal como meio de registro, comentário e avaliação dos fatos cotidianos é um produtor de cultura, mas, ao mesmo tempo, é também um divulgador das formas e gêneros de cultura que são produzidos fora dele, tais como teatro, dança, cinema, televisão, arte, livros, etc. Do mesmo modo a televisão queira-se ou não, é também produtora cultural, uma cultura que mistura entretenimento, farsa, informação e educação informal, funcionando ao mesmo tempo como o mais almejado meio de difusão da cultura, dado o alcance de público que ela pode atingir (SANTAELLA, 2003, p. 58).

Contudo, em meados dos anos 90, com a revolução da informação e da comunicação resultando na chamada “revolução digital”, nasce a possibilidade, proporcionada pelo computador, de conversão da informação (texto, som, imagem e vídeo) em uma mesma linguagem universal. A partir daí, todas as mídias podem ser traduzidas, manipuladas, armazenadas, reproduzidas e distribuídas de maneira digital, resultando no fenômeno de “convergência midiática”.

Além disso, com a Internet tornou-se possível navegar por uma variedade enorme de costumes e culturas, aproximando pessoas de diversas partes do mundo. O que antes era uma prática local se expande e toma proporções globais. Guerra (2013, p. 28) cita a “revolução tecnológica, a redução do espaço-tempo, a fusão de identidades e confronto de culturas” como algumas das consequências do processo.

Diferentemente dos outros meios comunicativos, como a rádio, a televisão e publicações baseadas na transmissão de informação de via única, a internet representa significativo avanço na direção da interatividade. O receptor da mensagem é também um ator ativo, possibilitando a troca de pontos de vistas na busca de informações objetivas.

Jenkins (2009) afirma que a postura dos consumidores vem se alterando, antes eram passivos, previsíveis, indivíduos isolados. Já os novos consumidores são ativos, conectados e migratórios (demonstram cada vez menos lealdade aos meios de comunicação).

[...] aprendendo a utilizar as diferentes tecnologias para ter um controle mais completo sobre o fluxo da mídia e para interagir com outros consumidores. [...] os consumidores estão lutando pelo direito de participar mais plenamente de sua cultura (JENKINS, 2009, p. 46 apud MARIANO, 2015, p. 31).

Diante do avanço tecnológico, a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados Brasileira promoveu um estudo intitulado “Legislação sobre Internet no Brasil” (GOULART, 2012, p. 12), visando aferir o grau de democratização de acesso à internet no país. Nele, ficaram listados: o Plano de Inclusão Digital do Governo Federal (previsto no Plano Plurianual de 2004-2007); o Programa de Massificação da Banda Larga, que prevê ampliação do acesso a ela nas escolas e telecentros, ao lado do recondicionamento

de computadores usados; o Programa Nacional de Banda Larga, instituído pelo Decreto nº 7.175/2010 e mantido pelo Comitê Gestor do Programa de Inclusão Digital (CGPID), voltado para o fomento e difusão do uso e fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação. Logo, vê-se que o Estado Brasileiro, efetivamente, prioriza a questão relativa à ampliação da inclusão digital (REIS, 2017 p. 90).

Assim, o processo de distribuição e difusão da informação, impulsionado pela ligação da informática com a telecomunicação, resultou nas redes de transmissão, acesso e troca de informações conectando todo o mundo na construção de novas formas de socialização e de cultura, fenômeno este batizado por Lévy de “cultura digital ou cibercultura”.

O termo [ciberespaço] especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informação que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo “cibercultura”, especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço (LÉVY, 1999, p. 17).

A integração das novas tecnologias com a comunicação eletrônica contribui com o surgimento das redes interativas. Tal aspecto transforma as experiências humanas de percepção e criação simbólica. Castells afirma que:

Nossos meios de comunicação são nossas metáforas. Nossas metáforas criam o conteúdo da nossa cultura. Como a cultura é mediada e determinada pela comunicação, as próprias culturas, isto é, nossos sistemas de crenças e códigos historicamente produzidos são transformados de maneira fundamental pelo novo sistema tecnológico e o serão ainda mais com o passar do tempo (CASTELLS, 1999, p. 414).

Nesse sentido, o fator interação, que marca a era digital, trouxe para a produção da cultura uma verdadeira mola propulsora – a rede social. Ela é capaz de potencializar sobremaneira as informações que a internet possui, tamanho

o seu grau de participação social. É tanto um veículo por meio do qual o significado cultural é comunicado quanto um tema importante de comunicação cultural. Rosini e Limongi França afirmam que:

As redes sociais têm se destacado nos ambientes sociais e organizacionais. Uma vez que o desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação acompanhou a passos curtos a evolução da espécie humana, as redes sociais podem ser consideradas um fator intrinsecamente ligado à vida das pessoas, influenciando-as sensivelmente. Artefatos tecnológicos, hoje fortemente difundidos, como telefones celulares, televisão, rádio as chamadas mídias sociais, como Twitter, Facebook, LinkedIn, blogs, netweavings e demais ferramentas tecnológicas acabam influenciando não apenas a formação dos indivíduos, mas os hábitos, os costumes e o fator psicológico, e dessa forma, estão marcando e transformando a vida das pessoas (ROSINI; LIMONGI FRANÇA, 2014, p. 3).

É evidente o elevado grau de importância das redes sociais na sociedade pós-moderna. Tem sido tão intenso que as mídias tradicionais estão cada vez mais perdendo o monopólio das informações. Atualmente, é comum que notícias sejam dadas primeiramente em alguma rede social como o Twitter, por exemplo, e replicadas nos jornais de grande circulação e audiência, inclusive usando os próprios *tweets* como fontes de reportagem.

Se, por um lado, as redes sociais viabilizaram mecanismos de comunicação, antes não vislumbrados, acessíveis a todos, por consequência, trouxeram a desvalorização do profissional de comunicação social, ao permitir que a atividade de enviar comunicações e analisar as informações recebidas passasse a ser atribuição de todos os envolvidos. No entanto, a abordagem a seguir destaca a importância deste profissional e a necessidade de sua integração com as diversas áreas do conhecimento, em especial nos ambientes governamentais.

## A importância do profissional de Comunicação Social

Afirmamos que a cultura é produzida cotidianamente pela sociedade e que a liberdade de expressão, potencializada pela revolução digital, proporcionou

sua produção em larga escala. A produção e a disseminação da cultura no meio midiático é diretamente afetada, em parte positivamente em virtude da ampla participação social, e em parte negativamente pela ausência de controle do que é divulgado.

Os meios de comunicação, de uma forma geral, disseminam informações indiscriminadamente, trazendo, inclusive, grandes preocupações quanto à veracidade das informações que encontramos. O impacto das Fake News nas diversas esferas da sociedade nos leva a refletir sobre a importância da utilização dos meios de comunicação, em especial dos órgãos governamentais, por profissionais da área, contribuindo com a transmissão das informações de forma técnica, fidedigna e transparente, para que a opinião pública possa formar-se democraticamente.

Nas últimas décadas, a transformação do papel da comunicação tem sido notável. As teorias da comunicação apontam para a necessidade de se reconhecer o papel ativo do receptor na construção do significado da mensagem que recebe. Ao contrário do que supunham os adeptos da Teoria Hipodérmica, os receptores não respondem passivamente aos estímulos do emissor, mas processam cada informação de acordo com as suas próprias referências e em função do contexto no qual estão inseridos.

Nesse sentido, o mestre em cibercultura e coordenador do curso de Comunicação Social, Jornalismo e Publicidade e Propaganda da Universidade da Amazônia (Unama), professor Mário Camarão, afirma que

[...] cada vez mais a Comunicação está atrelada a uma produção mais democrática e colaborativa, onde todos produzem e compartilham informação e conhecimento ao mesmo tempo. O papel do comunicador é digerir essa infinidade de conteúdo, ser uma espécie de **editor** e **gerenciador**, ou seja, **mediador da informação** (CAMARÃO apud RO-OIJEN, 2016, s.p.).

Assim, o comunicador é um conhecedor das diversas formas de linguagem e dos meios de comunicação mais adequados para cada linguagem específica. Dessa forma, a mensagem é recebida com maior eficiência para cada público a qual é dirigida, evitando desperdícios de investimentos.

Diante da necessidade de proteção do direito de liberdade e por consequência do resultado que ele produz, qual seja, a cultura construída pela sociedade, o Ministério Público constitucionalmente instituído como garantidor do patrimônio cultural precisa estar atento às constantes mudanças dos comportamentos sociais.

Dessa forma, faz-se necessária uma mudança cultural atrelada aos valores éticos e humanos dos membros e servidores da Instituição, bem como o fomento à formação humanística, multidisciplinar e interdisciplinar. Tais posturas são primordiais para que haja uma visão mais holística da realidade social e sejam conduzidas as estratégias de atuação do Ministério Público de forma mais eficiente e eficaz.

De acordo com Farias (2008, p. 55):

[...] a tendência é no sentido de aplicação desse diálogo com outras áreas de conhecimento, caminho hoje imprescindível para a oxigenação e revigoramento do próprio Direito como instrumento de justiça e de transformação da realidade social.

No âmbito acadêmico, as áreas das Humanidades e Ciências Sociais, em que o curso de Comunicação Social está inserido, passaram a abordar em seus currículos a disciplina denominada *Cultural Studies*. Tais estudos abrangem um vasto espectro das teorias culturais, da sociologia da cultura em relação aos meios de comunicação de massa, indústrias culturais e a cultura como uma dimensão do social até as teorias culturais derivadas da linguagem como uso da semiótica.

A sociologia cultural é um campo da ciência que se preocupa com os processos sociais de toda a produção cultural. Suas diretrizes, de acordo com Williams (1992, p. 30),

[...] abrangem a preocupação com as instituições e formações da produção cultural, com as relações sociais de seus meios específicos de produção, com os modos pelos quais, dentro da vida social, a “cultura” e a “produção cultural” são socialmente identificadas e discriminadas [...].

A valorização humanística nas grades de estudo dos cursos de Comunicação Social (abrangendo as áreas de jornalismo, publicidade e propaganda,

rádio e TV, relações públicas) tem por finalidade capacitar um profissional que esteja mais preparado para lidar com a sociedade moderna e

[...] exercer a sua função intelectual de produtor e difusor de informações e conhecimentos de interesse para a cidadania, privilegiando a realidade brasileira, como formação histórica, estrutura jurídica e instituições políticas contemporâneas; sua geografia humana e economia política, suas raízes étnicas, regiões ecológicas, cultura popular, crenças e tradições, arte, literatura, ciência, tecnologia, bem como aqueles fatores essenciais para o fortalecimento da democracia, entre eles as relações internacionais, a diversidade cultural, os direitos individuais e coletivos, as políticas públicas, o desenvolvimento sustentável, as oportunidades de esportes, lazer e entretenimento; o acesso aos bens culturais da humanidade, sem descuidar dos processos de globalização, regionalização e das singularidades peculiares ao local, ao comunitário e à vida cotidiana (BRASIL, 2013, s.p.).

O profissional da área de comunicação social possui a capacidade de compreender todos os aspectos globais da Web frente aos sistemas mais tradicionais de comunicação, identificando tendências comportamentais da sociedade por meio das mídias. Tais entendimentos são de suma importância para a efetiva atuação do Ministério Público no exercício das funções ministeriais em sintonia com o que a sociedade demonstra por meio de suas manifestações culturais.

## O Ministério Público e a proteção do patrimônio cultural

O Ministério Público está inserido no artigo 127 da Carta Magna como “Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. De acordo com Farias, a Constituição da República de 1988 assegurou um novo perfil ao Ministério Público.

Conferiu-lhe uma precisa e avançada definição institucional; estabeleceu critérios formais para a

escolha e destituição dos Procuradores-Gerais; assegurou autonomia funcional e administrativa à Instituição. Outorgou garantias e impôs vedações aos seus membros. Elencou novas atribuições e estabeleceu regras, tudo para o bom desempenho da **vocação social** que lhe foi cometida pelo texto constitucional democrático (FARIAS; ALVES; ROSENVALD, 2008, p. 07, grifo nosso).

O Ministério Público passa, então, a ser percebido como “agente de transformação social” (FARIAS; ALVES; ROSENVALD, 2008, p. 08), como legítimo e autêntico defensor da sociedade civil, em decorrência do manejo de poderosos instrumentos previstos na Constituição como o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública. Ademais, o Ministério Público também é visto como defensor direto dos interesses de relevância social, como guardião da Constituição, de seus princípios, dos valores, dos deveres e direitos fundamentais, garantindo a legalidade democrática. E, por isso,

Não se pode mais, conceber um estado Democrático de Direito sem uma Instituição fortalecida, que possa realizar tal função e opor-se contra forças negativas da sociedade, neutralizando o poder econômico, quando contrário ou nocivo aos interesses sociais, e combatendo os mecanismos de repressão, quando espúrios ou violentadores dos direitos humanos. As sociedades pluralistas e abertas, bem como os governos representativos legitimados pela vontade do povo, não podem prescindir do fortalecimento do ministério público, a fim de que seja o mais poderoso instrumento da efetiva promoção da justiça social, visando ao bem comum (FARIAS; ALVES; ROSENVALD, 2008, p. 10).

O Ministério Público, como órgão essencial do Estado Democrático de Direito, se relaciona e interage com os demais poderes, entretanto, possui independência para exercer suas funções em prol dos anseios da sociedade, contribuindo para o equilíbrio institucional, proporcionando os freios e contrapesos – *checks and balances* – necessários para o funcionamento harmônico do sistema.

Diante desse contexto, é imprescindível ampliar o relacionamento dessa Instituição com a sociedade, razão pela qual os conhecimentos de técnicas de comunicação se fazem necessários. Conforme afirma Marcelo Pedroso Goulart:

Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do “processo democrático”, alinhando-se com os demais órgãos do **movimento social** comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do “projeto democrático” (GOULART apud FARIAS; ALVES; ROSENVALD, 2008, p. 27, grifo nosso).

Ainda de acordo com entendimento de Marcelo Pedroso Goulart, sustenta-se a existência de dois modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo. O primeiro é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a ele a resolução dos problemas sociais. O segundo é o Ministério Público que atua como intermediador e pacificador de conflitos. O autor propõe que o Ministério Público deve:

[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis – local, regional, estatal, comunitário e global -, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; transnacionalizar sua atuação, buscando parceiros no mundo globalizado, pois a luta pela hegemonia (a guerra de posição) está sendo travada no âmbito da “sociedade civil planetária”; buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação) (GOULART apud FARIAS; ALVES; ROSENVALD, 2008, p. 28).

Quanto ao aspecto resolutivo, torna-se extremamente importante seu papel como um canal fundamental para acesso da sociedade a uma ordem

jurídica realmente mais legítima e justa, e os membros da Instituição devem ser entendidos como trabalhadores sociais com a primordial função de resgate da cidadania e efetivação dos valores democráticos fundamentais.

Importante destacar que, ainda sob a guarda do Ministério Público, de acordo com a Carta Magna, cabe a defesa do Patrimônio da Sociedade: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a **proteção do patrimônio público e social**, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Dentre a categorização dos direitos difusos, destaca-se a proteção aos bens culturais, tendo em vista a importância do patrimônio cultural ao assegurar ao indivíduo um referencial histórico-cultural revelador de sua identidade, garantindo, dessa forma, o embasamento indispensável à edificação do futuro da humanidade. Nesse sentido, a Lei nº 9.605/98 traz em seu bojo as sanções derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, abrangendo a tutela do patrimônio cultural, sendo indiscutível sua relevância para a sadia qualidade de vida do homem.

Tendo em vista a imposição cogente da norma sobre a proteção, preservação e promoção do patrimônio cultural brasileiro, pode-se depreender que o princípio da Intervenção Obrigatória e Adequada do Poder Público é indispensável para a atuação do Poder Público a fim de assegurar a integridade de tais bens, de forma eficaz e célere, sob pena de responsabilização.

Com o intuito de cumprir a missão de defender o patrimônio cultural brasileiro, o Ministério Público pode adotar tanto medidas judiciais como extrajudiciais. Os principais instrumentos são: **Inquérito Civil** (permite ao Promotor de Justiça que o preside a formação de sua convicção sobre os fatos ao ouvir testemunhas, requisitar laudos técnicos e documentos); **Recomendação** (permite que o Promotor de Justiça exponha suas razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão em concreto com o intuito de advertir o destinatário a que pratique ou deixe de praticar determinado ato); **Termo de Ajustamento de Conduta** (“acordo” firmado diretamente entre o Ministério Público e o Poder Público ou o particular mediante estabelecimento de prazos para cumprimento de obrigações); **Ação Civil Pública** (objetiva evitar dano ao patrimônio, repará-lo ou buscar indenização pelo dano já causado); **Ação Penal Pública** (o Ministério Público pode denunciar ao Poder Judiciário os responsáveis por crimes cometidos contra o patrimônio cultural).

Em Minas Gerais, Estado que abriga o maior número de bens culturais protegidos do país, foi instituída a Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico do estado de Minas Gerais, por meio da Resolução nº 78/2005. Este foi o primeiro órgão criado no país no âmbito do Ministério Público brasileiro objetivando atuar exclusivamente em prol da preservação dos valores culturais e turísticos. Compete à Coordenadoria:

a) identificar as prioridades da ação institucional e promover a integração e intercâmbio com os órgãos públicos e entidades não governamentais que visem aos mesmos objetivos; b) promover a integração do Ministério Público de Minas Gerais com outros Ministérios Públicos Estaduais e o Federal, instituições afins e a comunidade, além de estimular a participação desta na proteção e conservação do patrimônio local; c) prestar cooperação aos órgãos de execução do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na elaboração de estudos técnicos e adoção de medidas administrativas ou judiciais necessárias à proteção do patrimônio cultural e turístico; d) manter banco de dados com todas as informações dos inquéritos civis e procedimentos administrativos, das ações civis e penais, termos de ajustamento de conduta e decisões judiciais relativas à atuação das Promotorias de Justiça na proteção do patrimônio cultural e turístico do Estado de Minas Gerais; e) compilar, sistematizar e analisar a legislação e a jurisprudência sobre a sua área de atuação, bem como organizar material bibliográfico para disponibilizá-los às Promotorias de Justiça com atuação na defesa do patrimônio cultural e turístico; f) elaborar roteiros de investigação e modelos de ações civis, penais e termos de ajustamento de conduta e outras peças pertinentes que possam ser utilizados pelos órgãos de execução, sem caráter vinculativo; g) promover encontros de especialização e atualização nas várias áreas do conhecimento associadas à proteção do patrimônio cultural e turístico (MIRANDA, 2019, s.p.).

A fim de corrigir algumas distorções nos problemas voltados à atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio cultural, o Procurador de Justiça, Dr. Antônio Herman Benjamim, aponta como uma possível solução a estruturação de Grupos Especiais compostos por Promotores com vocação para

certos temas mais específicos, permitindo, assim, uma atuação especializada e o trabalho por “projetos piloto”, inclusive como elaboração de modelos de Ações Civis Públicas em áreas novas.

Tal proposta se deve ao fato da disciplina jurídica dos bens culturais encontrar-se dispersa em dezenas de atos normativos, havendo necessidade de conhecimento especializado para interpretá-los e aplicá-los.

Ao considerar a capilaridade que o Ministério Público Estadual possui, é possível vislumbrar uma concreta possibilidade de identificação das manifestações culturais desenvolvidas no âmbito das comarcas. De acordo com Rocha (2007, s.p.):

[...] o promotor de justiça, por meio do inquérito civil, pode constituir dossiê que reúna dados que o habilitem a provocar o procedimento de registro do bem cultural no órgão do patrimônio cultural. Conforme a abrangência da manifestação cultural, o Promotor pode provocar o órgão federal, estadual ou municipal para que proceda a análise do dossiê constituído e, eventualmente, o registro documental.

Observa-se que o Promotor pode, ainda, encaminhar cópia do referido dossiê ao Arquivo Público, à Biblioteca Nacional e/ou ao banco de dados do próprio Ministério Público a fim de servir para divulgação e posterior pesquisa sobre o bem cultural, viabilizando a todos o acesso às fontes de cultura, conforme artigo 215 da Constituição Federal.

Não se pode olvidar que, além do ambiente de proteção do patrimônio cultural material e imaterial pertencente à sociedade, no âmbito privado há a necessidade de proteção no campo dos “saberes”. O artigo 5º da Carta Magna estabelece que:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; [...].

Assim entende-se que a propriedade intelectual é o ramo em que são resguardados os direitos de propriedade das coisas intangíveis oriundas de inovações e criações do ser humano. A partir dela, tem-se resguardado o direito à Propriedade Industrial (invenções, marcas e a repressão à competição desleal) e o Direito Autoral (o criador da obra tem assegurado gozar dos produtos resultantes da reprodução, da execução ou da representação de sua criação).

Apesar de se tratar de direito individual, o Ministério Público Federal<sup>3</sup> tem se preocupado com alguns desafios, em especial no campo autoral, como: **ausência de supervisão e regulação da Gestão Coletiva de Direitos** (percepção de abuso na arrecadação, nebulosidade na distribuição dos valores referentes aos direitos autorais, risco permanente de painéis contra o Brasil na Organização Mundial do Comércio – OMC em razão de royalties potencialmente não repassados aos titulares estrangeiros); **fragilidade do domínio público** (ausência de proteção do patrimônio cultural nacional do ponto de vista autoral, apropriação privada das obras caídas em domínio público, prazo de proteção excessivo, inexistência de uma base de dados sobre as obras de domínio público); **limitações aos direitos autorais** (desequilíbrio entre interesses público e privado); **novos desafios do ambiente digital; abuso de direitos**.

Nesse sentido, a Procuradoria Federal reconhece que cabe ao Estado promover e estimular o desenvolvimento cultural da sociedade, bem como atrair para si essa responsabilidade intransferível. Afirma ainda que

---

3. Maiores informações estão disponíveis em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/eventos/cursos/curso-patrimonio-cultural/direito\\_autoral\\_e\\_patrimonio\\_cultural.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/eventos/cursos/curso-patrimonio-cultural/direito_autoral_e_patrimonio_cultural.pdf).

É uma questão de missão e compromisso público com o desenvolvimento do país e com a qualidade de vida da população. Trata-se de uma compreensão da cultura como dimensão simbólica da vida social, como direito de cidadania, direito de todos os brasileiros e como uma economia poderosa, geradora de ocupação e renda. Criar, fazer e definir obras, temas e estilos é papel dos artistas e dos que produzem cultura. Escolher o que ver, ouvir e sentir é papel do público. Criar condições de acesso, produção, difusão, preservação e livre circulação, regular as economias da cultura para evitar monopólios, exclusões e ações predatórias, democratizar o acesso aos bens e serviços culturais, isso é papel do Estado (BRASIL, 2019, s.p.).

Diante do exposto, a experiência, aqui brevemente demonstrada, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, e as preocupações latentes do Ministério Público Federal no que tange à proteção do patrimônio cultural trazem à tona a necessidade de maior reflexão e dedicação sobre a temática.

Considerando as diversas faces que compõem este patrimônio a ser protegido, incluindo desde a compreensão cultural da sociedade, as influências das mídias sociais e dos comunicadores sociais, sejam eles profissionais ou cidadãos comuns, até o efetivo e necessário papel do Ministério Público de protegê-lo, é pública e notória a necessidade do desenvolvimento de ações por parte dos demais Ministérios Públicos Estaduais do país, em especial pela característica marcante do Brasil, que, sendo um país de proporções continentais, o patrimônio cultural é imensamente diversificado dentro do próprio território nacional.

## Considerações finais

O mundo está cada dia mais interligado graças ao avanço tecnológico da internet, em que o fluxo de informação é enorme, apresentando, assim, grandes desafios no campo cultural. A sequência de transformações nos meios de análise da comunicação e da cultura no século XX funciona como um indicador das significativas mudanças pelas quais os fenômenos culturais vêm passando.

O surgimento das tecnologias de informação e comunicação promoveu diversos efeitos e alterações nas relações sociais mais básicas, as quais devem ser constantemente analisadas e avaliadas proporcionando a identificação das possíveis mudanças culturais na sociedade e a introdução de novos bens culturais a serem identificados e protegidos pelo Estado.

Uma maneira de possibilitar a ampliação da difusão do patrimônio cultural é ampliar de forma gradativa o uso das novas tecnologias, tendo em vista que possuem o condão de potencializar a divulgação do patrimônio cultural, levando a cultura de uma comunidade para as diversas partes do próprio país e do mundo, perpetuando, assim, a memória e o conhecimento.

O Brasil, que contempla ampla diversidade de pessoas, de raças, cores, línguas, hábitos, costumes e principalmente culturas diversificadas, em razão do processo de colonização e da concentração de vários povos de todos os lugares do mundo, torna-se um grande atrativo, pois, diante do quadro de homogeneização cultural provocada pela globalização, essa característica se mostra como diferencial para as demais nações.

Com isso, é extremamente importante, para a sociedade, que instituições públicas, em especial o Ministério Público, possuam em seu quadro efetivo profissionais formados em Comunicação, com vistas a aperfeiçoar o diálogo entre o órgão público e a comunidade local (utilizando as estratégias adequadas de comunicação), e promover a melhoria do clima organizacional da instituição (informando os servidores e membros sobre as ações desenvolvidas externamente e sobre a elaboração de ações internas que contribuam com a integração dos setores na função-fim da Instituição).

Em especial, o Comunicador Social elaborará campanhas educativas direcionadas; garantirá um melhor aproveitamento nos usos das mídias digitais; e, em especial, contribuirá com estudos acerca de como vem ocorrendo a mudança cultural da sociedade, a fim de auxiliar na identificação de possíveis manifestações culturais a serem resguardadas pelo Ministério Público, além de auxiliar na atualização das ferramentas midiáticas da Instituição.

Por fim, as experiências e preocupações do *parquet* aqui demonstradas fazem emergir a necessidade de um olhar do Ministério Público do Estado do Espírito Santo sobre seu patrimônio Cultural e sua consequente necessidade de protegê-lo. Bens que formam a história e a cultura do Espírito Santo, uma

vez identificados, podem fomentar a educação cultural, o turismo e a conscientização do capixaba, fortalecendo a identidade cultural regional.

Diante do exposto, conclui-se, sem esgotar a temática, que é mister um processo de análise, diálogo com a sociedade, estudo e definição de como defender temas intrinsicamente ligados a essa nova sociedade que surge graças à facilidade de acesso à informação. Espera-se que o trabalho realizado pelo Ministério Público Federal e de Minas Gerais sirva de exemplo para os demais Estados brasileiros, e que a busca pela preservação do patrimônio imaterial, que ainda se mostra incipiente, sofra as intervenções necessárias visando à sua proteção.

## Referências

- BRASIL. Ministério da Cultura. Secretaria de Políticas Culturais. Diretoria de Direitos Intelectuais. **Direitos Autorais e Patrimônio Cultural**. [s.d]. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/eventos/cursos/curso-patrimonio-cultural/direito\\_autoral\\_e\\_patrimonio\\_cultural.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/eventos/cursos/curso-patrimonio-cultural/direito_autoral_e_patrimonio_cultural.pdf). Acesso em: 08 jan. 2019.
- BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. Resolução nº 1, de 27 de setembro de 2013. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Jornalismo, bacharelado, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 out. 2013 (nº 190, Seção 1, p. 26).
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CENERINO, Alessandra; PEREIRA, Jaiane Aparecida; OLIVEIRA, Josiane Silva de; SOUZA, Márcia Cristina David de. **Redes Sociais como Fenômeno Cultural: Contribuições Teóricas as Pesquisas sobre Inovação**. XXXVI Encontro da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Administração – ANPAD. Rio de Janeiro/RJ, set. 2012. Disponível em: [http://www.anpad.org.br/diversos/down\\_zips/63/2012\\_GCT1721.pdf](http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/63/2012_GCT1721.pdf). Acesso em: 08 jan. 2019.
- CÓRDULA, Eduardo Beltrão de Lucena; NASCIMENTO, Glória Cristina Cornélio. Ser humano, cultura e formação social: etnoconhecimento e correlações para a formação do sujeito transformador da sociedade. **Revista Educação Pública**, v. 18, n. 5, 2018. Disponível em: <http://educacaopublica.cederj.edu.br/revista/artigos/ser-humano-cultura-e-formacao-social-etnoconhecimento-e-correlacoes-para-formacao-do-sujeito-transformador-da-sociedade>. Acesso em: 08 jan. 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GUERRA, Luiz Antonio. **Cultura**. Disponível em <https://www.infoescola.com/sociedade/cultura>. Acesso em: 21 jan. 2019.

- GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOULART, Guilherme Damásio. **O Impacto das Novas Tecnologias nos Direitos Humanos e Fundamentais: o acesso à internet e a liberdade de expressão**. Disponível em: <http://www.mundorama.net/2013/03/07/o-acesso-a-internet-como-um-direito-humano-fundamental-perante-as-legislacoes-internacional-e-brasileira-por-joao-paulo-falavinha-marcon/>. Acesso em: 29 out. 2016.
- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.
- MARIANO, Bruna Maiara Xavier. **Produção, Distribuição e Interação: um estudo sobre o Netflix e a nova dinâmica de Consumo Audiovisual**. Monografia (Graduação em Comunicação Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS). Porto Alegre, 2015.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **A atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio cultural**. 2019. Disponível em: <http://www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/AAtuacaoMPdaDefesaDoPatrimonioCultural.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.
- REIS, S. A.; SILVA, T. F. G. A Importância das novas mídias na consagração do direito humano à comunicação e sua influência no exercício da democracia e da cidadania no Brasil. In: ROVER, A. J.; JUNIOR, I. F. B.; KNOERR, V. C. S. (Orgs.). **Desigualdade e Desenvolvimento: o papel do Direito nas Políticas Públicas**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 77-96.
- ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. Atuação do Ministério Público na proteção do patrimônio cultural imaterial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1472, 13 jul. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10104/atuacao-do-ministerio-publico-na-protecao-do-patrimonio-cultural-imaterial/2>. Acesso em: 08 jan. 2019.
- ROOIJEN, Vanessa Van. Dia mundial lembra o profissional da comunicação. **LEIAJA**, 2016. Disponível em: <http://m.leiaja.com/noticias/2016/06/01/dia-mundial-lembra-o-profissional-da-comunicacao/>. Acesso em: 08 jan. 2019.
- ROSINI, Alessandro Marco; LIMONGI FRANÇA, Ana Cristina. As questões culturais das redes sociais tecnológicas e seus princípios e valores no contexto da inclusão social. **Revista Científica Hermes**, n. 11, jun./dez, 2014, pp. 1-25. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/4776/477647158001.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- SANTAELLA, Lucia. **Culturas e artes do pós-humano: da cultura das mídias à cibercultura**. São Paulo: Paulus, 2003.
- SILVA, Wânia Rezende; VIEIRA, Francisco Giovanni David; BERNARDO-ROCHA, Eliza Emília Rezende. **Organizações Cooperativas e Contexto Cultural Brasileiro: um ensaio teórico sobre processos sociais, universo simbólico e prática social**. Disponível em: <http://www.sober.org.br/palestra/2/844.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- TINÔCO, Livia Nascimento; ANDRADE Ricardo Rangel de; PAIVA, Salma Saddi Wares de. **O Ministério Público e a proteção do patrimônio cultural**. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, 2004.
- UNESCO. **Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial**. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540_por). Acesso em: 08 jan. 2019.
- WILLIAMS, Raymond. **Cultura**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

## Acesso à justiça para as pessoas com necessidades especiais (surdo, mudo e surdo-mudo)

Fábio Nóbrega de Souza<sup>1</sup>  
Bruno Raphael Duque Mota<sup>2</sup>

### Considerações iniciais

Cabe inicialmente destacar que a escolha das nomenclaturas utilizadas de surdo, mudo e surdo-mudo se deu em razão da previsão contida na legislação que utiliza tais terminologias. A separação se dá, pois nem sempre a pessoa surda será necessariamente muda. Ou seja, a pessoa pode ter uma incapacidade de fala e/ou de audição. Utilizou-se também o termo pessoa com necessidades especiais, mas a legislação refere-se à pessoa com deficiência.

---

1. Advogado Civilista e Empresarial. E-mail: fabionobrega.conjur@gmail.com.

2. Professor universitário e Advogado Civilista e Empresarial. E-mail: brdmota@hotmail.com.

Foi realizada uma pesquisa bibliográfica para fundamentação teórico-metodológica do trabalho, com observação da legislação vigente: Constituição Federal de 1988 (CF/88); Código Civil de 1916; Novo Código Civil de 2002; Código de Processo Civil; Código de Processo Penal; Lei Federal nº 10.436, de 24 de abril de 2002; Decreto Presidencial nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989; Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que promulgou a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

A pesquisa teve por objetivo analisar se os Princípios que amparam o acesso à justiça: Inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88) e do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV e LV) são garantidos à pessoa com necessidades especiais, especificamente ao surdo, ao mudo e ao surdo-mudo.

A Constituição Federal de 1988 prevê, no § 3º do artigo 5º, que as Convenções Internacionais que forem aprovadas no procedimento previsto serão recepcionadas como Emendas Constitucionais. Dessa forma, o Decreto nº 6.949/09 que aprovou a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência conferiu à Convenção equivalência de Emenda Constitucional.

Não obstante a previsão constitucional do princípio da igualdade, bem como os demais direitos fundamentais, é comum que se verifiquem situações em que se faz necessário questionar se realmente o Estado se faz presente e fornece meios para que os todos os cidadãos exerçam plenamente direitos e garantias que lhe são assegurados, o que será analisado na pesquisa.

Nesse sentido, após identificar normas e dispositivos legais relacionados ao tema, buscou-se verificar a capacidade do surdo, do mudo e do surdo-mudo na ordem civil e os meios e recursos que a organização judiciária dispõe para promover o acesso à justiça para essas pessoas, inclusive quanto às formas de comunicação estabelecidas entre o Estado-Juiz e o cidadão.

Um dos esteios do Estado Democrático de Direito é o direito à igualdade. O próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988 destacou a importância do princípio da igualdade. Para efetivo exercício do direito à igualdade, necessário se faz que existam formas de garantir o exercício de direitos fundamentais.

A Constituição Federal impõe ao Estado o dever de cumprir e fazer cumprir o disposto em lei, garantindo que sua aplicação seja feita com equidade, razoabilidade, boa-fé e lealdade processual, de forma a transcender do abstrato da norma para os casos em concreto, e assim prover aqueles que buscam a justiça para ter algum direito reconhecido.

Nesse contexto, entende-se necessário verificar se o cidadão surdo, mudo ou surdo-mudo que necessite postular em defesa de direitos, bem como em situação de litígio, dispõe, de fato e de direito, de instrumentos efetivos para o pleno exercício de direitos e obrigações, evitando-se problemas que comprometam o acesso à justiça.

A relevância acadêmica evidencia-se pelos inúmeros trabalhos que abordam o tema sobre o acesso à justiça, mas que não esgotam o seu estudo por ser um problema que persiste em diversas situações práticas. Por isso, o tema é atual diante dos diversos problemas que comprometem a prestação jurisdicional para o cidadão surdo, mudo e surdo-mudo.

Assim, diante da legislação que ampara o mudo, o surdo e o surdo-mudo, questiona-se: o surdo, o mudo e o surdo-mudo recebem do Estado meios para efetivação do acesso à justiça? Os fundamentos expostos demonstrarão a ausência de instrumentos efetivos para garantia do acesso à justiça pelo mudo, pelo surdo e pelo surdo-mudo.

## Princípio da igualdade

Para iniciar o estudo do tema, é necessário fazer alguns apontamentos que se relacionam com o assunto, e que são base para o estudo realizado. O princípio da igualdade é um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito e fundamento garantidor do acesso à justiça.

A igualdade é consagrada como princípio constitucional e direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso I. O direito caminha para alcançar a igualdade entre os cidadãos. Não se pode, entretanto, mesmo diante da luta de combate as desigualdades, principalmente social, abandonar o preceito de que apenas existe igualdade quando os iguais são tratados como iguais e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades.

Cappelletti e Garth (1988, p. 15) abordam o tema quanto às diferenças entre as partes e tratam dos obstáculos que geram tais diferenças.

Embora o acesso à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.

No contexto atual, o Direito visa superar as desigualdades entre as partes por meio da criação de garantias que oportunizem aos litigantes o acesso à justiça. É o que foi abordado no texto acima, ou seja, a identificação dos obstáculos que impedem o acesso efetivo à justiça.

Quanto ao papel do Poder Público na defesa do direito à igualdade entre partes, cabe mencionar um trecho do artigo de Sampaio Júnior (2009, p. 329):

E sem querer comparar com outros direitos fundamentais e muito menos firmar no plano abstrato qualquer hierarquia, parece-nos que concretizar o direito à igualdade é uma das tarefas mais árduas que o Poder Público tem, justamente porque muitas vezes não conta com a ajuda da sociedade, em especial da classe dominante, que possui prazer em ter à sua disposição seres humanos, como se estes não possuíssem as mesmas características dos que detêm o poder e o dinheiro.

Sampaio Júnior (2009, p. 334) também defende o direito fundamental de igualdade nas relações processuais:

É cediço que, infelizmente, tanto o poder público como os particulares frequentemente desprezam essa compreensão material do princípio da igualdade, bem como os hipossuficientes nas relações processuais muitas vezes não têm condições de ingressar na justiça e, quando conseguem adentrar com o processo, não litigam de igual para igual, pelo contrário, já entram no processo com a causa praticamente perdida por não terem condições estruturais de lutar pela prevalência de seus direitos e tal fato não pode passar despercebido pelo jurista.

Assim, os Juízes têm a responsabilidade de zelar pela aplicação do princípio da igualdade entre as partes. Os magistrados não podem se omitir diante de situações evidentes de desigualdades que comprometem o andamento do processo e que poderão gerar prejuízo a uma das partes. É justamente esse o entendimento de Sampaio Júnior.

Nesse sentido, os juízes que presidem os pleitos processuais têm a obrigação de fiscalizar se em todos os processos as partes estão realmente em pé de igualdade, ou seja, não basta – no que convencionamos chamar em nosso livro de processo constitucional – uma atitude de mera análise das condições da ação e dos pressupostos processuais e todas aquelas formalidades do “processualismo científico”. Para que os jurisdicionados e administrados em geral tenham assegurado as garantias constitucionais processuais, é imprescindível uma atuação mais ativa com a efetiva igualdade das partes nas relações processuais (SAMPAIO JÚNIOR, 2009, p. 336).

Marioni defende em sua obra *Teoria Geral do Processo* a atuação ativa do Juiz, inclusive com a possibilidade de produção de prova *ex officio* para esclarecer os fatos. Defende tal postura para preservação do princípio da igualdade entre os litigantes.

Por isso, não há como supor que o contraditório possa ser violado em razão participação do juiz. Na verdade, ele é fortalecido pela sua postura ativa. Ora, quando não existe paridade de armas, de nada adianta um contraditório formal. Alguém poderia afirmar que não é conveniente dar tal poder ao juiz, uma vez que isso pode comprometê-lo, ainda que psicologicamente, com a causa. Acontece que muitas situações concretas poderão ficar sem a devida solução caso se impeça o juiz de determinar provas de ofício. Na verdade, não deve existir diferença, para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte – seja autora ou ré – que tenha razão (MARIONI, 2006, p. 414).

No mesmo sentido, Sampaio Júnior (2009, p. 335) sustenta a aplicação do princípio da paridade das armas.

[...] Entende-se por princípio da paridade das armas a utilização pelo magistrado do cognominado poder assistencial em que ele age no sentido de promover no caso concreto a desejada igualdade, ou seja, não é razoável, por exemplo, que o juiz veja claramente que uma das partes tem muito mais condição financeira e estrutural do que a outra quanto à confecção de provas e não faça nada para igualar essa situação. Será que em um duelo em que uma das partes tem uma “bazuca” e a outra tem um revólver calibre 22 a gente não sabe de antemão quem vai ser o vencedor? É justamente essa situação que ocorre frequentemente dentro dos processos, tanto civil quanto penal e não se faz nada. Somente a visão de um processo constitucional na linha aqui defendida pode minorar as desigualdades sociais infelizmente existentes.

Entende-se, portanto, que os Magistrados devem coibir qualquer ato discriminatório decorrente do poder econômico e/ou político a fim de garantir o cumprimento do princípio da igualdade. Tal conduta deve ser pautada na imparcialidade, na busca da verdade real e no dever de abstenção política.

## Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado como princípio fundamental e está previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 1º, III, inclusive esse princípio é elencado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O conceito de dignidade da pessoa humana está intimamente relacionado com o contexto histórico e social nela inserido. No mundo todo, o Direito caminha para proteger e alcançar a dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, mesmo diante de diferentes contextos, seja histórico ou social, o respeito à igualdade, à vida, à saúde, à liberdade, às condições mínimas de subsistência devem nortear esse princípio.

Bezerra Leite (2010, p. 46) expõe o que defende por dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

Diante do exposto, é factível dizer que dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca de todos os seres humanos que pressupõe a existência de direitos fundamentais que os protegem contra atos desumanos atentatórios à sua integridade física, psíquica e moral. Portanto, a dignidade da pessoa humana pressupõe respeito à vida, limitação do poder, condições mínimas para uma existência com liberdade, autonomia, igualdade e solidariedade.

Questiona-se, entretanto, a quem cabe zelar pelo cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Ao Estado compete a implementação de políticas públicas para cumprimento dos direitos fundamentais necessários à garantia da dignidade do ser humano.

Leite (2010, p. 45) confirma esse dever do Estado no cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana ao afirmar obrigação prestacional.

A doutrina moderna aponta que a dignidade da pessoa humana é, simultaneamente, limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, além de possuir uma dimensão defensiva prestacional.

É limite da atividade do poder público pois, como já salientado, é algo que preexiste ao direito, não dependendo do Estado para sua construção; e é tarefa imposta ao Estado para preservação e promoção da dignidade de todas as pessoas.

Tal princípio sustenta a estrutura do Estado Democrático de Direito, que tem por objetivo garantir condições de sobrevivência digna, que não se restringe somente à alimentação e moradia, mas também à garantia de respeito e condições de igualdade das pessoas diante de impossibilidades biológicas que as afetam.

No presente caso, trata-se de dignidade da pessoa com necessidade especial (mudo, surdo e surdo-mudo) quanto ao acesso à justiça.

## Princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Comparado

Silva (2009 apud MARTA, p. 456) ensina que:

[...] a comparação de normas de outros Estados tem por finalidade especialmente a captação de princípios gerais ou a noção dos vários direitos comparados e de certos princípios que informam o direito de todos os países de modo geral.

Com vistas a verificar como a questão da dignidade da pessoa humana e da isonomia de tratamento para a pessoa com deficiência está posta em outros países, realizou-se pesquisa na constituição de Portugal, por ser o português a nossa língua oficial, bem como nas constituições da Espanha e da Itália, considerando a tradição jurídica destes países e por serem fontes de referência para o Direito brasileiro.

## Na Constituição Portuguesa

A Constituição Portuguesa, de 02 de abril de 1976, estabelece em seu art. 1º a dignidade da pessoa humana como ponto essencial à construção de uma

sociedade livre, justa e solidaria. Também garante expressamente, no seu art. 71, que o direito da pessoa com deficiência deve ser respeitado, se não vejamos:

Art. 71. Ciudadãos portadores de deficiência.

1. Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.

## Na Constituição Espanhola

A Espanha demonstra especial preocupação em tutelar o tratamento isonômico para os deficientes, visto que consigna no art. 49 da sua Constituição o princípio da *igualdade* perante a lei, *in verbis*:

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

## Na Constituição Italiana

A mesma proteção à dignidade da pessoa humana verifica-se presente na Constituição Italiana, a qual estabelece em seu art. 3º que:

Art. 3º. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidade social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones, políticas ni circunstancias personales y sociales.

Verifica-se, portanto, que os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, balizadores da nossa Carta Magna, estão presentes nas constituições de outros países, a exemplo de Portugal, Espanha e Itália.

Destaca-se que, apesar de haver variações de expressões, notadamente determinadas por questões culturais e pelo contexto histórico e social de

Portugal, Espanha, Itália e, inclusive, do Brasil, o certo é que, em todas as constituições supracitadas, existe uma base comum de direitos e garantias para pessoas com deficiência.

Mesmo assim, ainda falta muito para equacionar os problemas que afligem esse grupo de pessoas, e com isso superar barreiras e fornecer condições para suprir a hipossuficiência desses cidadãos, deixando-os em igualdade de condições para com os demais.

## O surdo, o mudo e o surdo-mudo

O art. 3º, inciso I, do Decreto nº 3.298/99, preceitua que deficiência é toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

O §1º, I, “b”, art. 5º, do Decreto nº 5.296/04, dispõe que “a deficiência auditiva é a perda bilateral, parcial ou total, de 41 decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz”.

A deficiência auditiva pode ser comprovada por meio de laudo médico e por Certificado de Reabilitação Profissional – CRP, emitido pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS. Comprovada a deficiência, o cidadão terá a tutela do Estado, inclusive no que se refere à legislação previdenciária.

Insta ressaltar que a pessoa surda não será necessariamente muda, por isso reitera-se a motivação para adoção das nomenclaturas: surdo, mudo, surdo-mudo, que é a mesma utilizada no direito positivado.

## Capacidade jurídica do surdo, do mudo e do surdo-mudo

O inciso II, do art. 446, do Código de 1916, estabelecia que o surdo-mudo que não tivesse educação que o habilitasse a manifestar vontade própria estaria sujeito à curatela. Em complemento, o art. 451, do mesmo diploma legal, dispunha que, quando pronunciada a interdição do incapaz, a curatela estaria limitada ao seu desenvolvimento mental. Nota-se que, em ambos os artigos, a lei equiparava o surdo-mudo ao deficiente mental.

O art. 1º do Novo Código Civil de 2002 esclarece que toda pessoa é capaz de direito e deveres na ordem civil. Trata-se de uma disposição genérica em que, num primeiro momento, o legislador incluiu todas as pessoas no rol dos capazes e, logo em seguida, nos artigos 3º e 4º do mesmo Código, tratou de distinguir o absolutamente e o relativamente incapaz, respectivamente.

Leite (2012, p. 303-304), ao tratar da sistemática tradicional da capacidade civil no Código Civil Brasileiro, muito bem ensina:

Conforme é possível depreender nos arts. 3º e 4º da norma citada, que estabelecem hipóteses de incapacidade, é a existência de discernimento por parte da pessoa o elemento central da incapacidade, na medida em que são considerados civilmente capazes todos aqueles que possuem clareza de raciocínio, aptos, portanto a cuidar de si próprios e dos seus bens. Em contrapartida, são legalmente incapazes as pessoas sem discernimento algum ou com discernimento reduzido para os atos da vida civil.

Considerando que o Novo Código Civil não incluiu a pessoa surda, muda ou surda-muda no rol dos incapazes, o literal silêncio da lei concedeu-lhes, em tese, a plena capacidade em relação aos direitos e deveres na ordem civil, inclusive no que concerne ao pleno exercício dos direitos inerentes ao efetivo acesso à justiça.

Verificou-se que o surdo, o mudo e o surdo-mudo são tratados como plenamente capazes na forma da lei, isso porque a deficiência auditiva não interfere no discernimento do indivíduo e este pode exercer todos os atos da vida civil, salvo comprovação em contrário.

Nesse sentido, cabe ressaltar que o surdo, o mudo e o surdo-mudo que não sabem ler nem escrever se comunicam por outros meios, até usando a expressão facial, e podem muito bem manifestar sua vontade e exercer plenamente direitos e deveres na ordem civil.

## Acesso à justiça

Quando se fala em acesso à justiça, cabe mencionar de forma simplificada que ao **cidadão é concedida a oportunidade de acesso aos Poderes**

**Legislativo, Executivo e Judiciário.** E não basta ter apenas o acesso, é necessário que se tenha uma resposta efetiva desses órgãos e em tempo hábil.

A abordagem feita no presente estudo se restringe ao estudo do acesso à justiça na esfera do Poder Judiciário.

Cappelletti e Garth (1988, p. 8) escrevem de forma técnica e clara a definição de acesso à justiça.

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.

Trata-se de um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Cappelletti e Garth (1988, p. 12) colocam o acesso à justiça no patamar dos direitos humanos.

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Os autores supracitados sustentam que o acesso à justiça deve ser considerado “o mais básico dos direitos humanos”. Além de ser elencado no rol dos direitos humanos, constitui também direito fundamental.

O acesso à justiça está insculpido na CF/88 em seu artigo 5º, XXXV, e constitui direito fundamental. Acesso à justiça significa assegurar à parte o direito de ir ao Poder Judiciário, de pleitear a tutela do direito pretendido, de ter suas razões apreciadas, de participação efetiva no processo, de receber tratamento

adequado dos juízes e auxiliares da justiça, de receber uma tutela efetiva e em tempo hábil.

## O surdo, o mudo e o surdo-mudo e o acesso à justiça

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual o Brasil é signatário, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, cita, no seu artigo 1º, que o propósito da convenção é o de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência. No mesmo artigo, está consignado que:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

No artigo 13 do citado Decreto, consta tratamento específico para as pessoas com deficiência, vindo a se destacar pela tentativa de promover a igualdade e de facilitar o acesso à justiça, conforme segue:

Artigo 13 - Acesso à justiça - 1. Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.

O Brasil, em conformidade com a Constituição Federal, disciplinou a Língua Brasileira de Sinais – Libras como meio legal de comunicação e expressão. Trata-se da Lei Federal nº 10.436, de 24 de abril de 2002, na qual encontramos a evidente preocupação do Estado com as pessoas surdas.

Motivadas pelos ditames dessa norma, as instituições públicas, organizações judiciárias e instituições de ensino estão gradativamente adequando suas estruturas para garantir atendimento e tratamento adequado às pessoas com deficiência auditiva. A Libras já faz parte da matriz curricular de alguns cursos de ciências jurídicas, justamente para que os futuros operadores do Direito possam ter contato com a realidade do surdo-mudo.

A Lei que estabelece a linguagem por sinais (Libras) representa um avanço social que somente será atingido se for efetivada por meio de instrumentos que possibilitem, com enfoque na presente pesquisa, o acesso à justiça por Defensorias Públicas, Ministério Público e Poder Judiciário com amparo de um intérprete.

## O intérprete

Segundo Theodoro Júnior (1997, p. 207), o intérprete, como auxiliar da justiça, “é aquele a quem se atribui o encargo de traduzir para o português os atos ou documentos expressados em língua estrangeira ou em linguagem mímica dos surdos-mudos”.

O inciso III do art. 162 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz nomeará um intérprete ou tradutor toda vez que o reputar necessário para realizar a interpretação simultânea dos depoimentos das partes e testemunhas com deficiência auditiva que se comuniquem por meio da Língua Brasileira de Sinais, ou equivalente, quando assim for solicitado.

O Código de Processo Penal prevê a figura do intérprete apenas na fase processual, na hipótese do parágrafo único artigo 192, quando determina que, caso o interrogando surdo ou surdo-mudo não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

Considerando que no Código de Processo Penal o interrogatório é meio de prova, e que a doutrina e jurisprudência entendem ser meio de defesa, vislumbra-se a relevância do intérprete como auxiliar da justiça, visto que esse profissional, em tese, pode promover oportunidade para o exercício da ampla defesa.

Em relação ao intérprete, a Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos – FENEIS (2011, s.p.) recomenda que:

[...] Além de conhecer profundamente a Língua Brasileira de Sinais e as técnicas de interpretação, o intérprete deve sempre manter sua ética profissional e estar atento quanto à vestimenta, aparência pessoal, iluminação, local, fundo visual, barulhos laterais, acomodações, posição natural para sinalizar, tempo de interpretação, expressões faciais, uso do alfabeto manual, tautologia, expressões idiomáticas, possíveis distrações e outros.

Destarte, quando o intérprete aplica suas técnicas e executa a tarefa de traduzir a língua ou interpretar a linguagem dos surdos, mudos e surdos-mudos, carregam aos autos informações que serão usadas como elemento de convicção para lastrear uma ulterior sentença. Verifica-se que o trabalho do intérprete, ao mesmo tempo em que proporciona voz e audição ao Juiz, em relação ao deficiente, e ao deficiente em relação ao juiz, promove o exercício do devido processo legal, proporcionando, em tese, equilíbrio nas relações processuais.

No entanto, cabe destacar que as leis processuais, civil e penal, asseguram a participação do intérprete apenas como auxiliar da justiça, ficando adstritas à necessidade do juiz e, mesmo assim, na fase processual. Ou seja, as leis processuais ainda não asseguram a participação do intérprete como auxílio ao surdo, ao mudo e ao surdo-mudo, o que restringe o exercício pleno do direito postulatório e da ampla defesa e, por conseguinte, o acesso à justiça.

Não obstante o fato de a Constituição Federal determinar a promoção da justiça, bem como que se deve proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de direitos fundamentais, a lei processual, ao contrário, proporcionou o auxílio do intérprete apenas ao Magistrado, deixando de tutelar direitos e garantias constitucionais àquele que está em situação de hipossuficiência na relação processual.

O art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal – CPP dispõe que quem tiver conhecimento da existência de infração penal suscetível de propositura de ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial. Nesse mesmo sentido, o art. 27 do CPP estabelece que qualquer do povo pode provocar a iniciativa do Ministério Público fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria.

Ressalta-se que o surdo, o mudo e o surdo-mudo que não saibam ler e/ou escrever, mas que sabem se expressar, em Libras ou em linguagem própria, não poderão provocar a iniciativa nem da autoridade policial, tampouco do Ministério Público, uma vez que a provocação a que o CPP se refere precisa ser verbal ou escrita. Ou seja, a lei não dispõe de procedimentos para o caso de o cidadão ser surdo, mudo ou surdo-mudo e analfabeto.

Assim, diante da inexistência de dispositivo legal que assegure a participação do intérprete como auxiliar da autoridade policial e/ou do Ministério Público, haverá afronta ao direito fundamental da isonomia, da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça.

## O surdo, o mudo e o surdo-mudo no contexto brasileiro

O Estado Brasileiro possui, em seu arcabouço legal, garantias a direitos individuais e coletivos para o acesso à justiça. A Constituição Federal de 1988 tem como princípio a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo a todos a oportunidade e os meios para defesa de direitos individuais e coletivos contra ilegalidade ou abuso de poder, em que a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Não obstante o fato de a Carta Magna ser suprema fonte de direitos e princípios fundamentais, norteadores da relação entre Estado e cidadão e que asseguram o acesso à justiça, bem como que destacam a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, pode-se observar que ainda existem pessoas que não conseguem esse acesso na sua plenitude.

Pela complexidade do arcabouço jurídico pátrio, constata-se que as pessoas que não podem se comunicar na forma convencional e que, por força de uma necessidade especial, são obrigadas a utilizar-se de uma linguagem própria para se expressar, têm dificuldades para exercer direitos, tais como de ajuizar uma ação judicial e exercer a ampla defesa e contraditório, principalmente por essa linguagem ser de compreensão restrita e de pouco domínio no âmbito da organização judiciária.

É o caso dos surdos, dos mudos e dos surdos-mudos, em que só o fato de possuírem uma seqüela grave já os põe em desigualdade de condições em relação ao cidadão comum. Para eles, as dificuldades são diversas, pois, além

de lidar com o preconceito, eles precisam superar barreiras de comunicação, tanto com o seu defensor quanto com a jurisdição, para se fazer entender.

Diferentemente da maioria, para o surdo, o mudo e o surdo-mudo a petição, a lide, o processo, a defesa, a acusação, enfim: a justiça, em todos os seus conceitos – filosófico, sociológico, legal e, até, do senso comum – é um tema pouco conhecido. Esse desconhecimento traz incertezas, insegurança, momentos de desconforto e, até, de opressão.

Nesse sentido, verificou-se que o Estado dispõe do intérprete, como auxiliar da justiça, para traduzir a Libras e interpretar a linguagem dos surdos, mudos e surdos-mudos, prestando serviço ao Magistrado. O intérprete atua numa etapa importantíssima do processo, fazendo com que os autos sejam devidamente instruídos com informações fidedignas e de elementos de convicção sobre atos e fatos relatados, para ulterior construção de juízo de valor.

Realizada análise do que dispõe a norma, vindo a contextualizá-la no tema dessa pesquisa, verifica-se que o intérprete é, também, um instrumento de comunicação processual necessário à promoção da justiça, principalmente quando ele se presta a traduzir a língua e a linguagem dos surdos, dos mudos e surdos-mudos.

No entanto, a lei assegura a sua participação apenas como auxiliar do Juiz e não como auxiliar do surdo, do mudo e do surdo-mudo, na posição de parte do processo. Esse fenômeno foi evidenciado quando se analisou a existência de amparo legal para o surdo, o mudo e o surdo-mudo se valerem da figura do intérprete no momento de noticiar um crime à autoridade policial e requererem a devida apuração dos fatos noticiados, ou representar junto ao Ministério Público.

Com já visto, o art. 5º, § 3º, do Código de Processo Penal dispõe que quem tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial. Nesse diapasão, o art. 27 informa que qualquer do povo pode provocar iniciativa do Ministério Público fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria.

Por ser a forma da comunicação legal, necessariamente, verbal ou escrita, verifica-se que o legislador restringiu o procedimento à língua portuguesa. A interpretação literal dos dois dispositivos do CPP nos traz a informação de

que não existe previsão legal para que o intérprete auxilie o surdo, o mudo e o surdo-mudo para relatar uma ocorrência ou peticionar em defesa de direitos, seja à autoridade policial ou ao Ministério Público.

Por outro lado, como também não existe dispositivo legal que assegure a participação do intérprete como auxiliar da autoridade policial e/ou do Ministério Público, verifica-se, pois, que existem lacunas a serem preenchidas na legislação infraconstitucional vigente, de forma que a assistência do intérprete ao surdo, ao mudo e ao surdo-mudo, à autoridade policial e ao Ministério Público seja possível, desde a fase do inquérito policial até o trânsito em julgado da ação, como garantia de fato ao exercício dos direitos que amparam o acesso à justiça.

O Decreto nº 6.949/09 estabelece que o Brasil deve assegurar o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça em igualdade de condições com as demais. Assim, pode-se inferir que o trabalho do intérprete pode ser ampliado, de forma a prestar assistência ao surdo, ao mudo e ao surdo mudo, constituindo-se em um dos meios que o Estado dispõe para tratar os desiguais na medida das suas desigualdades.

Nesse sentido, importa ressaltar que já existem exemplos de ações inovadoras que foram levadas a efeito com fito de socializar o acesso à justiça para o surdo-mudo. Como exemplo, cita-se o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que instalou o primeiro Juizado de Conciliação, adaptado para atender pessoas com necessidades especiais, em especial aos surdos-mudos, garantindo-lhes o direito de postular em juízo.

As Defensorias Públicas foram concebidas para prestar assessoria jurídica integral e gratuita àqueles que não podem dispor dos serviços advocatícios às suas expensas. Além de ser um órgão essencial ao acesso à justiça, as Defensorias constituem-se num instrumento que o Estado dispõe para garantir o exercício da ampla defesa e do contraditório e, assim, promover a justiça social no âmbito da organização judiciária.

Ocorre que a Defensoria não possui amparo legal para existência do intérprete para o atendimento das pessoas com incapacidade de fala e/ou de audição, impedindo, assim, o acesso à justiça.

## Considerações finais

O principal objetivo da pesquisa foi o de analisar se os princípios que amparam o acesso à justiça: Inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88) e do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV e LV) são garantidos à pessoa com necessidades especiais, especificamente ao surdo, ao mudo e ao surdo-mudo.

Por todo o exposto, verifica-se que a legislação pátria garante ao surdo, ao mudo e ao surdo-mudo o status de plenamente capazes de direitos e deveres, salvo prova em contrário. Entretanto, constata-se que não existem, ainda, instrumentos para garantia de efetivação dos Princípios da Inafastabilidade da Jurisdição e do Devido Processo Legal que amparam o acesso à justiça.

Assim, não cabe falar em garantia do princípio da igualdade e do princípio da dignidade da pessoa humana em um contexto prático que não oferece instrumentos, por exemplo, de atendimento de um surdo, de um mudo ou surdo-mudo em uma Defensoria Pública que não dispõe de um intérprete; de um cartório que não pode efetivar um atendimento diante da ausência de um intérprete. São problemas práticos que comprometem o efetivo acesso à justiça.

Cabe ao Estado, diante da adesão e equiparação à Emenda Constitucional da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, criar instrumentos para efetivação do direito fundamental de acesso à justiça aos surdos, mudos e surdos mudos.

Um bom exemplo de ação proativa para o fortalecimento de direitos e garantias do hipossuficiente é o Protocolo de Intenções para Redução de Barreiras de Acesso à Justiça para a Juventude Negra em situação de Violência.

Esse documento foi formalizado em 29 de outubro de 2013 e teve como signatários o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Ministério da Justiça, a Secretaria Geral da Presidência da República, a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, a Procuradoria Geral da República, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e o Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE).

O principal objetivo desse protocolo é o de elaborar e ajustar as políticas públicas voltadas para o jovem negro, bem como implementar medidas administrativas para assegurar o enfrentamento ao racismo e a promoção de igualdade racial.

Dessa forma, instituições como o Conselho Federal da OAB, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e o Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE) já estão atuando para a resolução dos problemas daqueles que sofrem limitações no exercício dos seus direitos em juízo.

Esse protocolo de intenções serve de exemplo de como é possível a criação de políticas públicas para o efetivo acesso à justiça para o surdo, o mudo e o surdo-mudo. Para tanto, basta que haja interesse em discutir os problemas relacionados às garantias de acesso à justiça ao hipossuficiente; a mobilização integrada de instituições que defendem as causas das classes menos favorecidas da população brasileira; e vontade política para fornecer os instrumentos necessários à criação e operacionalização de políticas públicas para efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

## Referências

- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 ago. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, 1941.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto Presidencial nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, 1999.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei Federal nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10436.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20L%C3%ADngua%20Brasileira,Art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20L%C3%ADngua%20Brasileira,Art.) Acesso em: 03 ago. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, 2009.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Assinado protocolo de melhoria ao acesso à Justiça para juventude negra**. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/assinado-protocolo-de-melhoria-ao-acesso-a-justica-para-juventude-negra>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 03 ago. 2020.

- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ITALIANA. Disponível em: <http://wwwext.comune.fi.it/costituzione/spagnolo.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- CONSULTOR JURÍDICO. **TJ-MG instala Juizado de Conciliação para atender surdos-mudos**. 2008. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-out-25/tj-mg\\_instala\\_juizado\\_conciliacao\\_surdos-mudos](https://www.conjur.com.br/2008-out-25/tj-mg_instala_juizado_conciliacao_surdos-mudos). Acesso em: 03 ago. 2020.
- FEDERAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS SURDOS – FENEIS. Disponível em: <http://www.feneis.org.br>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Direito fundamental à Igualdade. Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudo em homenagem a J. J Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

# Estudo do princípio da segurança jurídica sob o prisma do neoconstitucionalismo

Rodrigo Cambará Arantes Garcia de Paiva<sup>1</sup>

Sara Beatriz de Freitas Barbosa Paiva<sup>2</sup>

## Considerações iniciais

O presente estudo se dedica a demonstrar a relevância da teoria do neoconstitucionalismo para a transformação do Direito contemporâneo, inclusive do Direito brasileiro, suas características fundamentais e, principalmente, seus reflexos sobre o princípio da segurança jurídica.

- 
1. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, mestre em Direito Empresarial, especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, professor e advogado.
  2. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais, especialista em Direito Civil e Processo Civil, professora, assessora jurídica e advogada.

A segurança é um valor perseguido pelo homem, pois este não consegue sobreviver sem se garantir contra riscos provocados pela natureza ou por outros homens. Uma forma de se adquirir esta tão almeja segurança é através da estabilidade e previsibilidade da ordem jurídica, o que se pode chamar de segurança jurídica.

De acordo com as palavras de Paulo Dourado de Gusmão: “a relativa estabilidade da ordem jurídica, garantidora, por um período razoável, do conteúdo das normas que a compõem, expressa o espírito conservador inerente ao direito”<sup>3</sup>.

No entanto, com a nova leitura que vem sendo feita do Direito, através da instituição do Estado de Direito Constitucional e da teoria neoconstitucionalista, em que se atribui força normativa à Constituição e privilegia a aplicação de princípios e valores constitucionais pelos intérpretes do Direito, essa segurança jurídica encontra-se ameaçada.

Para atingir o objetivo do presente trabalho, qual seja, apresentar um estudo do princípio da segurança jurídica sob o prisma do neoconstitucionalismo, inicialmente será necessário fazer um breve comentário acerca desse princípio, apresentar seus conceitos e demonstrar sua importância para a garantia do Estado Democrático de Direito.

Serão abordados, ainda, de forma sucinta e em breves linhas, os principais aspectos do neoconstitucionalismo, seu conceito e características, em que foi dado destaque à mudança de paradigma que essa teoria representou para o Direito.

Demonstrar-se-á como surgiu o neoconstitucionalismo na Europa, quando se observará que até a Segunda Guerra Mundial a Europa vivia sob o sistema jurídico do Estado de Direito Legal, no qual prevalecia o tradicional positivismo jurídico.

Com o pós-guerra, foi necessário lançar um novo olhar sobre o fenômeno jurídico, pois este sistema jurídico tradicional já não era capaz de atender os anseios da sociedade. Foi quando floresceu o constitucionalismo contemporâneo, que transformou valores e os direitos fundamentais em normas jurídicas, com um grau de hierarquia superior às demais normas do sistema.

---

3. GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76.

Será apresentado, também, um estudo sobre o surgimento e desenvolvimento dessa teoria no Brasil, momento em que se verificará que o neoconstitucionalismo se trata de fenômeno jurídico recente no sistema jurídico brasileiro, na medida em que começou a florescer na doutrina e jurisprudência brasileira somente a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, far-se-á uma explanação acerca dos reflexos desta teoria neoconstitucionalista sobre o princípio da segurança jurídica, em que se perceberá que sua aplicação de forma ilimitada, injustificada e irresponsável poderá acarretar a completa perda da segurança jurídica, razão pela qual é necessário que os aplicadores e intérpretes do Direito utilizem esta teoria de forma ponderada e responsável, sempre justificando suas decisões tomadas com base em princípios.

## Breve comentário sobre o princípio da segurança jurídica

Inicialmente, é importante asseverar que o princípio da segurança jurídica está direta e intensamente ligado ao Estado de Direito<sup>4</sup>, sendo inerente e essencial ao mesmo e um de seus princípios que lhe dão sustentação.

É correto afirmar que todo homem precisa de certo grau de segurança para conduzir, planejar e desenvolver sua vida civil, familiar e também profissional, e é responsabilidade do Estado garantir esse estado de ânimo, por meio da confirmação de seus atos administrativos, legislativos e judiciais.

Nesse sentido, Canotilho, ao tratar dos princípios que regem o Estado de Direito, assevera:

---

4. Estado de Direito: No século XVIII, a expressão “Estado de Direito” designava a administração interna do Estado ou ciência da polícia, compreendendo as finanças, a economia pública e privada, o comércio, a estatística e matérias políticas e jurídicas. Tinha por objetivo principal o bem comum ou felicidade da vida, a segurança e a prosperidade do Estado, de acordo com os ditames da política ou arte do governo. Na segunda metade do século XIX, veio à luz a concepção de Estado de Direito, vinculada ao contexto de ideias políticas então existentes. Assim, Estado de Direito é, portanto, o Estado que submete seus atos em relação aos cidadãos, às decisões judiciais; é aquele que reconhece os direitos individuais, cuidando de acatar e fazer cumprir o direito por ele mesmo instituído.

Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes:

- o princípio da segurança jurídica;
- o princípio da confiança do cidadão.

[...]

A idéia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizados do princípio geral de segurança:

- 1) O princípio da determinabilidade das leis (exigência de leis claras e densas);
- 2) O princípio da protecção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas de previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.

O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, às seguintes idéias:

Exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco, capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto.

Exigência de densidade suficiente na regulamentação, pois um acto legislativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de:

- alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos;
- constituir uma norma de actuação para a administração;
- possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e da defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.

O princípio da protecção da confiança concentra a capacidade de que o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas<sup>5</sup>.

Pode-se concluir, pelas lições do autor, que os citados princípios remontam para a proibição de leis obscuras ou contraditórias e retroativas, para a inalterabilidade da coisa julgada e para a irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos.

Cumprir trazer, ainda, as ideias sobre a segurança jurídica desenvolvidas por Pedro J. Frias:

La seguridad es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales; para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable e predecible. Para que así sea, es indispensable que las decisiones de los actores políticos se tomen según la “lógica de las reglas” y no según la “lógica de la discrecionalidad”.

La seguridad jurídica influye en el crecimiento económico, porque la decisión de sus actores depende de sus expectativas respecto del futuro, en primer lugar, y de sus expectativas respecto de las expectativas de los otros, en segundo lugar. Los problemas que surgen de la incertidumbre, acciones no cooperativas o inconsistencia temporal se resuelven dentro de la lógica de las reglas<sup>6</sup>.

Para o ilustre doutrinador, a segurança jurídica é a expectativa de que a lei será confiável, estável e previsível e, para que assim seja, é indispensável que as

---

5. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, pp. 375-376.

6. FRIAS, Pedro J. **Estado de Derecho Y Seguridad Jurídica**. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, jan./jun. 2009, p. 246.

decisões dos atores políticos sejam tomadas segundo a lógica das regras e não segundo a lógica da discricionariedade.

Assim, pode-se notar que a segurança jurídica depende da obrigatoriedade do Direito. Miguel Reale, discorrendo sobre esse assunto, afirma que:

[...] a idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é de grau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético<sup>7</sup>.

A segurança jurídica, embora tão relevante para a confiabilidade e estabilidade das relações existentes entre o particular e o Estado e o particular e outro particular, não contempla uma regra explícita em nenhum ordenamento, razão pela qual é tida como um sobreprincípio e efetiva-se através de outros princípios, como nos ensina o ilustre doutrinador Paulo Barros de Carvalho:

A segurança jurídica é, por excelência um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais. Isso, contudo, em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos suas projeções sobre o meio social. Se nos detivermos num Direito Positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas como também as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tessitura do todo – então será possível emitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste

---

7. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 594-595.

ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo. Se a esse tipo de verificação circunscrevermos nosso interesse pelo sistema, mesmo que não identifiquemos a primazia daquela diretriz, não será fácil implantá-la. Bastaria instituir os valores que lhe servem de suportes, os princípios que, conjugados, formariam os fundamentos a partir dos quais se levanta. Vista por esse ângulo, difícil será encontrarmos uma ordem jurídico-normativa que não ostente o princípio da segurança<sup>8</sup>.

Dessa forma, tem-se que os princípios que fornecem efetividade à segurança jurídica são, além dos acima mencionados pelo autor, o da coisa julgada, o do respeito aos direitos adquiridos e ao ato jurídico perfeito, o da ampla defesa e do contraditório, o do devido processo legal, dentre outros.

O que se observa através dos diversos conceitos acima é que o homem, por viver vinculado aos fenômenos das relações jurídicas desde o seu nascimento, necessita, para se desenvolver em todos os setores de sua vida, de regras jurídicas que lhe tragam estabilidade.

A estabilidade do Direito é um pressuposto básico para gerar um clima de confiança, pois o homem sempre aspira viver situações duradouras, ou seja, conduzir sua vida por vias seguras e ordenadas.

Nessa linha de raciocínio encontra-se o pronunciamento de Izaías Dantas Freitas, quando lembra que:

[...] o princípio da segurança jurídica está situado entre as garantias fundamentais do Estado de Direito, e pode ser definido como a certeza que é dada aos cidadãos de que determinadas relações ou situações jurídicas não serão modificadas por motivos circunstanciais ou por causa da conveniência política do momento<sup>9</sup>.

---

8. CARVALHO, Paulo Barros de. *Tributo e Segurança Jurídica*. In: LEITE, George Salomão (Org.) **Dos Princípios Constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 360.

9. FREITAS, Izaías Dantas. **Segurança Jurídica**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.acordabrasil.com.br/artigo34htm>. Acesso em: 24 abr. 2011.

No entanto, o princípio da segurança jurídica não deve ser tratado como tendo natureza absoluta, pois acima da segurança jurídica – “leis firmes que o estado promulga para o bem dos cidadãos e da sociedade”<sup>10</sup> – e da certeza do Direito – “a certeza do sujeito advém do conhecimento dessas leis, da valoração de seu conteúdo”<sup>11</sup> – está o valor supremo, a Justiça.

Uma decisão injusta, que viole os postulados, os princípios, as regras Constitucionais ou transmudem a realidade fática, será sempre uma decisão injusta, ainda que tenha sido proferida com base em uma regra jurídica infraconstitucional e que já tenha transitado em julgado. Nesse caso, deve a Justiça prevalecer sobre a segurança jurídica.

## O neoconstitucionalismo

O constitucionalismo vem sofrendo diversas alterações nos últimos tempos, principalmente pela construção de um novo paradigma jurídico, em razão da crise do positivismo que se alimentava do jusnaturalismo.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o advento das Constituições e com o compromisso das cortes constitucionais de aplicar, de forma objetiva, os direitos fundamentais consagrados em seus textos, houve o surgimento de um novo constitucionalismo.

A partir de então, além de as Constituições estruturarem o poder do Estado, distribuírem a competência própria de cada órgão deste e serem vistas apenas como programas políticos que serviam de inspiração para o legislador, passaram a se apresentar como sustentáculo efetivo dos direitos fundamentais positivados. As Constituições não se tratavam mais de um mero mecanismo de defesa do cidadão contra o poderio e arbítrio estatal, mas, sim, de uma base de compromissos e de direitos que deveriam ser garantidos e concretizados.

Com a positivação de valores, a discussão entre Direito e Moral ganhou novas bases e, conseqüentemente, novas concepções do Direito apareceram

---

10. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Certeza do Direito**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996, p. 26.

11. *Ibidem*.

no cenário teórico, impondo a este a discussão sobre valores. A essa nova forma de pensar o Direito se deu o nome de neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, ou novo Direito Constitucional, causou ao Estado e ao Direito Constitucional diversas transformações, dentre as quais se pode citar: a) a formação do Estado Constitucional de Direito, que se consolidou ao longo das décadas finais do século XX; b) o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e Ética; e c) a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Como aspectos principais do neoconstitucionalismo se destacam, dentre outros: a) o Direito deixou de ser um mero conjunto sistemático de normas, para compreender também os valores e princípios disponíveis aos operadores do Direito para a resposta ao caso concreto; b) já não se faz tão importante o conhecimento meramente descritivo e sistematizador da norma, mas sim a sua valorização; c) a aplicação do Direito deixa de se dar de forma irracional ou volitiva, para se dar de forma ponderada, utilizando-se de argumentos que a validem ou justifiquem; d) o Direito se judicializou e superou a distinção, antes existente, entre sua criação e aplicação; e) a distinção entre Direito e Moral se fragilizou, fazendo com que o jurista enfrente as exigências de uma moral crítica, dentre outros.

Dessa forma, o constitucionalismo contemporâneo transforma os valores e opções políticas fundamentais em normas jurídicas, num grau de hierarquia diferenciado em relação às demais normas do sistema jurídico, condicionando-as.

## A origem do neoconstitucionalismo e seu surgimento na Europa

Prevalencia no Velho Continente, até a Segunda Guerra Mundial, uma cultura jurídica que tratava a lei editada pelo parlamento como a principal fonte ou quase como a fonte exclusiva do Direito.

O trânsito do Estado de Direito Legal para o Estado de Direito Constitucional ocorreu na Europa, na segunda metade do século XX. A realidade jurídica na Europa se transforma em suas linhas fundamentais, superando a ideia de considerar como sinônimos a Lei e o Direito, que fez impulsionar o século XIX, a partir da Revolução Francesa.

Essa nova realidade jurídica europeia foi recepcionada pela primeira vez na Lei Fundamental de Bonn, em 1949, que considerou as realidades Lei e Direito, distintas. O Direito antecede e controla a lei. Esse Direito é o que as novas Constituições denominam como valores, princípios, fins ou direitos humanos, recomendando, aos Tribunais Constitucionais, que cuidem para que prevaleça sobre as tentativas de sua violação pelas demais normas infraconstitucionais.

Dessa forma, a Europa deixou de lado o entendimento político-jurídico que se respaldava na confiança absoluta da soberania popular e se aproximou do entendimento que impunha, a essa mencionada soberania popular, limites consagrados pela Constituição, deixando os juízes de serem meros repetidores inanimados da lei, para dizerem o Direito Constitucional, criando-se juízes constitucionais, que tinham a missão específica de fazer da Constituição um limite a toda decisão ou criação normativa.

As Constituições europeias do 2º pós-guerra deixaram de ser cartas procedimentais, que deixavam as decisões para o legislativo, e passaram a ser documentos impregnados de normas de elevado teor axiológico, contendo importantes decisões substanciais e uma ampla variedade de temas, que, em outros tempos, não eram tratados pelas Constituições. E o mais importante, passaram a ter força normativa, o que fez com que crescesse a importância política do Poder Judiciário. Com maior frequência, questões polêmicas e relevantes passaram a ser decididas por magistrados e, principalmente, pelas Cortes Constitucionais.

O antigo cenário jurídico europeu nas décadas posteriores a Nuremberg se transformou, já que a teoria iuspositivista normativista iniciada por Ihering, e que teve seu clímax com Kelsen, começou a se desorientar e a sofrer crescentes conversões e críticas por parte das cátedras europeias de maior prestígio.

Diversos foram os autores que na época defenderam as ideias neoconstitucionalistas, dentre os quais podem ser destacados: 1) Robert Alexy, que, entre o constitucionalismo e o legalismo, optou por um constitucionalismo moderado, defendendo a presença de princípios juntamente com as normas, considerando aqueles como valores, na medida em que seu conteúdo é moral e sua forma, jurídica; 2) Luigi Ferrajoli, que renunciou a epistemologia kelseniana, propondo uma ciência jurídica funcional ao paradigma constitucional com um “papel crítico e construtivo e descritiva do ser do direito, e prescritiva de seu

dever ser jurídico”<sup>12</sup>, dentre outras ideias; 3) Gustavo Zagrebelsky, que afirma que o iuspositivismo não é compatível com compreensões de princípios, já que “não seria possível pensar em uma recuperação positivista da temática dos princípios mediante o passo de um positivismo das regras a um positivismo dos princípios”<sup>13</sup>; e 4) Ronald Dworkin, que reconhece que no Direito estão os princípios e que esses princípios são uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão da moral.

Com essa quebra de convicções iuspositivistas, a constitucionalização do Direito teve a oportunidade de gerar novas propostas jurídicas, que respaldaram e potencializaram as mudanças ocorridas com o Direito, fazendo a Constituição transcender aos constitucionalistas e impregnar todos os juristas.

Bom exemplo dessa transcendência da Constituição se dá com o Direito Civil. A Constituição, no início do constitucionalismo moderno, na Europa, tinha papel limitado, pois era vista como uma Carta Política, utilizada como referência para as relações entre o Estado e o cidadão, enquanto que o Código Civil era o documento jurídico que regulamentava as relações entre particulares. Destituída de força normativa própria, a Constituição não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata, ao passo que o Direito Civil realizava de forma adequada o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, garantindo aos protagonistas do novo regime liberal – contratante e proprietário – a segurança jurídica que tanto almejavam.

Ao longo do século XX, o Direito Civil começou a superar seu exacerbado individualismo e deixou de ser o reino soberano da autonomia da vontade, para, em nome da solidariedade social e da função social, deixar que o Estado interfira nas relações entre particulares, introduzindo as normas de ordem pública, que visam proteger o lado mais fraco da relação jurídica.

Com a constitucionalização do Direito e, como não poderia deixar de ser, do Direito Civil, a Constituição passou a ser o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler e aplicar todo o Direito.

---

12. FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la fiología del derecho**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2000, p. 60.

13. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madri: Trotta, 1995, p. 118.

Hoje, para que um ordenamento jurídico seja reconhecido como efetivamente constitucionalizado, deve o Direito vigente naquele País reconhecer à Constituição uma função jurídica peculiar, ou seja, a Constituição deve ser tida como a norma jurídica superior, ser carregada de princípios e valores, ser uma norma jurídica eficaz e trazer a garantia de controle jurisdicional.

## O neconstitucionalismo no Brasil

No Brasil, embora já houvesse controle de constitucionalidade desde a Proclamação da República, o processo histórico que se desenvolveu na Europa a partir do final da Segunda Guerra Mundial só se iniciou após a promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 1988, pois até então, na cultura jurídica brasileira, as Constituições não eram tidas como verdadeiras e autênticas normas jurídicas, ou seja, não era reconhecida a força normativa da Constituição.

Como exemplo desse não reconhecimento da força normativa da Constituição se pode citar a Constituição de 1824, que trazia em seu bojo a previsão da igualdade, quando a principal instituição existente no País era a escravidão; a Constituição de 1891, que instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram contaminadas por fraude; a Constituição de 1937, que regulamentava o processo legislativo, enquanto que no período em que esteve vigente o Congresso Nacional permaneceu fechado e o Presidente legislava através de decretos; e a Constituição de 1969, que falava em direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas o governo determinou diversas prisões ilegais e a tortura rondava com frequência os porões do regime militar.

Embora muitas das Constituições brasileiras consagrassem diversos direitos, a aplicação destes dependiam, exclusivamente, da vontade dos governantes da época e, em momentos de crise, os conflitos políticos eram, em regra, resolvidos pelos quartéis.

Durante anos, a bem da verdade, até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a lei infraconstitucional tinha muito mais valor que a Constituição e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda eram mais valiosos que a própria lei.

Afora isso, o papel político que o Poder Judiciário desempenhava não tinha grande importância, além deste não possuir a independência de que passou a gozar após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O processo de redemocratização do País, que se iniciou com a Assembleia Constituinte de 1986/1988, quis acabar com este cenário e, para isto, promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, contendo um conjunto de direitos fundamentais, tais como direitos individuais, coletivos e difusos, sociais e políticos, com aplicabilidade imediata, e os protegeu contra o poder de reforma. Afora isso, ampliou e reforçou o papel do Judiciário brasileiro, com a consagração do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e a criação de novos remédios constitucionais, o que fortaleceu a autonomia e independência da Instituição e, também, a do Ministério Público. Ampliou e democratizou os mecanismos de controle de constitucionalidade, aumentando o elenco de legitimados a propor ações para o controle abstrato da constitucionalidade, dentre outros.

A sistemática de jurisdição constitucional que o constituinte adotou ao criar, principalmente, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajudou o processo de judicialização da política brasileira, pois concedeu aos partidos políticos com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil e às mais importantes instituições dos Estados-membros, o poder de provocar o Supremo Tribunal Federal, para que interprete as questões mais importantes resolvidas pelo legislativo, conforme a Constituição.

Além disso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 cuidou de uma grande quantidade de assuntos – muitos, até, destituídos de caráter constitucional – e trouxe em seu texto um vasto número de princípios vagos, dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação.

Com isso, o processo de constitucionalização do Direito brasileiro vem sendo favorecido e uma nova leitura da ordem jurídica nacional vem sendo feita ao longo dos anos, pautada nos valores trazidos pela Constituição, ao que se dá o nome de filtragem constitucional do Direito.

Não se pode deixar de destacar, ainda, o importante papel da doutrina brasileira para o estabelecimento desse novo paradigma no Direito Constitucional brasileiro. Doutrinariamente, essa evolução passou por dois momentos distintos, quais sejam, o constitucionalismo da efetividade e o pós-positivismo constitucional.

Logo após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, alguns autores, dentre eles Luís Roberto Barroso e Clémerson

Merlin Clève, já passaram a desenvolver a tese de que a Constituição deveria ser aplicada pelos juízes, rotineiramente, por se tratar de uma norma jurídica. Tal tese, embora hoje pareça evidente, na época representou uma grande revolução para a cultura jurídica, que não tratava a Constituição como norma, mas, sim, como mero repositório de promessas, cuja efetivação dependia da boa vontade do legislador.

Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, sem a necessidade de qualquer interferência legislativa, iria servir para colocar em prática as promessas trazidas pela Constituição de 1988. Essa doutrina, no entanto, não levava em conta a argumentação moral, ao contrário, concentrava-se nas normas constitucionais, devendo o intérprete extrair destas seus respectivos efeitos, tornando o juiz o protagonista desta teoria. Seu maior êxito foi imprimir no senso-comum dos operadores do Direito a ideia de que a Constituição é uma norma que deve ser aplicada sem a necessidade de ser regulamentada pelo poder legislativo. Embora essa teoria não corresponda ao neoconstitucionalismo, foi de extrema importância para o surgimento deste movimento no cenário jurídico brasileiro.

Na fase do pós-positivismo constitucional, a doutrina brasileira passou a ressaltar a importância dos princípios constitucionais e seu caráter normativo e a estudar a sua aplicação. Se, antes, os direitos fundamentais eram vistos como normas programáticas, passou-se a discutir sua eficácia jurídica, incorporando ao debate a argumentação moral.

Nesse momento, a análise dos enunciados normativos é substituída por um debate voltado para a preocupação com valores e democracia, como, por exemplo, a questão do mínimo existencial, a proibição do retrocesso e a reserva do possível, que se irradiou por todo o Direito.

Ocorre, também, uma alteração no enfoque dos estudos sobre jurisdição constitucional e a partir dos anos 90 começa a haver a preocupação com a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, principalmente, na forma como a jurisdição constitucional deveria ser exercida pelo judiciário brasileiro, em que, dependendo do posicionamento, preconiza-se por um maior ou menor grau de ativismo judicial ou por um ativismo judicial em algumas áreas e sua recusa em outras.

Nessa nova esteira de debates sobre a jurisdição constitucional, a argumentação jurídica se entrelaça com a discussão de Filosofia Política, o que abre

espaço para diversas posições, como as várias tonalidades de procedimentalismo e de substancialismo que vêm nascendo na doutrina brasileira, sendo certo que, dentre estas posições, a que mais se assemelha ao neoconstitucionalismo é a teoria substancialista, que defende a ampla legitimidade judicial em favor dos valores constitucionais.

Não obstante essas mudanças no constitucionalismo brasileiro estarem associadas ao neoconstitucionalismo, o uso dessa expressão ainda é recente, mas o que se nota é que há um consenso entre os doutrinadores brasileiros de que há um novo paradigma no Direito e que as características centrais deste são: a valorização dos princípios; a adoção de uma hermenêutica jurídica mais aberta e flexível, destacando-se, sobretudo, a ponderação; a abertura da argumentação jurídica à moral; o reconhecimento da constitucionalização do Direito e o reconhecimento de que o Judiciário exerce um papel de destaque na implantação dos valores constitucionais.

A jurisprudência nacional, por sua vez, já vem adotando estas novas ideias, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, que, nos últimos tempos e cada vez mais, invoca princípios abertos em suas decisões e recorre à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade, trazendo nítida influência de referências filosóficas em suas decisões.

Esse fenômeno na jurisprudência, no entanto, é recente, já que, assim que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada, houve uma lacuna entre a doutrina, que exigia a efetivação da Constituição pelo Judiciário e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se mostrava tímida e relutante diante das inovações trazidas pela Carga Magna de 1988.

Com o reconhecimento desse novo paradigma pelo Supremo Tribunal Federal, diversas posições, antes sustentadas pela Corte, sofreram alterações, tais como: os direitos sociais deixaram de ser tratados como normas programáticas e passaram a sofrer uma proteção judicial; foi reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; a visão kelseniana da jurisdição constitucional vem sendo progressivamente superada, em razão da admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas e a ampliação da possibilidade de participação da sociedade civil organizada no Supremo Tribunal Federal, com inovações implantadas no processo constitucional, como, por exemplo, a permissão de participação do *amicu curiae* e a realização de audiências públicas.

Esse ativismo judicial assumido pelo Supremo Tribunal Federal está fazendo com que as forças sociais o procurem com mais frequência. Assim, além das questões de Direito Público, o Supremo Tribunal Federal vem tendo que enfrentar questões que trazem forte conteúdo moral, como a união entre pessoas do mesmo sexo e o aborto de anencéfalo, além de intervir mais ativamente no processo político nacional, ao tomar decisões que interferem diretamente na atuação dos demais poderes do País.

No Brasil, no entanto, ocorre um fato curioso, pois o que se percebe é que as ideias neoconstitucionalistas são fortes nos órgãos de cúpula e na base da hierarquia judicial, diferentemente do que ocorre nos escalões intermediários do judiciário brasileiro.

Isso ocorre porque a maior parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal são professores de Direito Constitucional, de grande reputação acadêmica, que têm mais contato com a produção intelectual de ponta e são mais aptos a mudanças trazidas por novas correntes de pensamento, e grande parte dos juízes de primeira instância teve sua formação em um ambiente acadêmico que já reconhece a força normativa da Constituição, de seus princípios e dos direitos fundamentais trazidos em seu texto. Já a segunda instância do judiciário brasileiro é basicamente formada por magistrados que receberam uma formação voltada para o paradigma jurídico anterior, ou seja, para os códigos e para a letra fria da lei.

Esse cenário, contudo, tende a se modificar com o tempo, em razão da promoção de magistrados adeptos do novo constitucionalismo e também pela própria consolidação desse novo paradigma constitucional, que vem a cada dia tomando força no Judiciário e na sociedade brasileira, ao qual se dá o nome de neoconstitucionalismo.

## O neoconstitucionalismo e seus reflexos no princípio da segurança jurídica

O neoconstitucionalismo, como se pôde observar no decorrer deste trabalho, traz como foco central o Poder Judiciário, sobre o qual deposita suas esperanças de ver concretizados os ideais das Constituições contemporâneas.

No entanto, este soslaio judicialista do neoconstitucionalismo sofre diversas contestações, dentre as quais, pode-se citar: a) a debilidade da democracia;

b) o enfraquecimento do Poder Legislativo e, conseqüentemente, da lei; c) a sobreinterpretação da Constituição; d) a supermoralização do Direito; e) a perda da segurança jurídica; f) a utilização da jurisprudência como única fonte do Direito, dentre outras.

Não obstante a importância de cada uma dessas contestações, ater-se-á o presente trabalho no estudo dos reflexos do neoconstitucionalismo sobre o princípio da segurança jurídica.

Como visto alhures, o princípio da segurança jurídica visa garantir a estabilidade das relações jurídicas entre o Estado e os particulares e entre estes últimos, fazendo com que o particular tenha conhecimento prévio das regras que regulamentam as relações que pretende assumir em sua vida familiar, pessoal e profissional. Visa, ainda, atribuir confiança aos atos do Poder Público, a previsibilidade dos comportamentos e a própria igualdade entre as partes.

Com o neoconstitucionalismo, este valor desaparece ou sofre forte diluição, uma vez que esta teoria elege privilegiar a equidade ou Justiça, depositando uma grande confiança na razão prática do operador do Direito, que deve decidir com base nos princípios e valores, bem como buscar a correta e mais justa solução para cada caso concreto.

Para os neoconstitucionalistas, ao se regular previamente a solução de cada caso, esquece-se da existência de princípios indeterminados e o que os casos fornecem ao conteúdo das normas.

O filósofo e jurista alemão Robert Alexy assevera que a pretensão da segurança jurídica de conhecer de forma antecipada as conseqüências que podem advir dos comportamentos realizados no âmbito das normas vigentes condiciona-se a que elas não superem o estigma da injustiça extrema.

O artigo 36 do Código Iberoamericano de Ética é um bom exemplo de que a cultura judicial busca a solução mais justa para cada caso, quando afirma que:

Art. 36 - A exigência da equidade provém da necessidade de moderar, com critérios de justiça, as conseqüências pessoais, familiares ou sociais desfavoráveis surgidas pela inevitável abstração e generalidade das leis<sup>14</sup>.

---

14. Código Iberoamericano de Ética. Disponível em: [http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2009/08/codigo\\_iberamericano.pdf](http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2009/08/codigo_iberamericano.pdf). Acesso em: 05 mai. 2019.

Dessa forma, como bem salienta o professor Luís Roberto Barroso, “a idéia de segurança jurídica, neste período em que se vive, rotulado de *pós-modernidade*, enfrenta uma *crise de identidade*”<sup>15</sup>. E continua o autor:

Outra característica desses tempos tem sido o pragmatismo interpretativo, antes ideológico que científico, que se nutre da paranóia do horror econômico e da hegemonia do pensamento único. Nessa variante, princípios constitucionais voltados para a segurança jurídica – como o respeito aos direitos adquiridos, os direitos de igualdade e o devido processo legal – são tratados como estorvos reacionários<sup>16</sup>.

Contudo, trata-se de uma injustiça dizer que o neoconstitucionalismo promove o decisionismo ou a tomada de decisões de cunho puramente emocional, sem uma argumentação sólida. Ao contrário, o neoconstitucionalismo prega a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, conjugada com a articulação de teorias da argumentação, que exigem muito dos intérpretes e, principalmente, dos juízes ao fundamentarem suas decisões.

O problema, no Brasil, é que, muitas vezes, a valorização e a ponderação de princípios não são acompanhadas da necessária argumentação, ou seja, os juízes não têm tido o cuidado necessário com a justificação de suas decisões pautadas em princípios. Afora isso, os operadores do Direito vêm sendo estimulados a, independentemente do caso concreto, invocar princípios vagos em suas decisões, mesmo quando haja regra clara e válida para o caso específico.

Isso se torna um problema, pois um sistema jurídico que tenha funcionalidade e seja estável e harmônico com os valores trazidos pelo Estado Democrático de Direito deve aplicar regras e princípios. Não se pode dispensar a aplicação de regras, sobretudo porque estas geram segurança jurídica e previsibilidade àqueles a que se destinam, além de apresentarem um menor grau de risco de erro na sua incidência, pois não necessitam da valoração realizada pelo intérprete no caso concreto e envolvem um dispêndio menor no processo

---

15. BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51.

16. *Ibidem*.

de sua aplicação, já que incidem de forma mais automática, sem demandar grande esforço daquele que as interpretam. Afora isso, a aplicação das regras, diferentemente dos princípios, não implica na transferência de poder decisório do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.

Também os princípios são de extrema importância para a ordem jurídica, já que atribuem uma maior elasticidade ao Direito, além de admitirem a abertura da argumentação jurídica para a Moral. Assim, nos casos em que a aplicação de princípios seja mais adequada, ela deve ocorrer de forma racional e justificada, tendo o aplicador sempre em mente que, quanto mais vaga for a norma a ser adotada e mais forte seu caráter volitivo, maior será a sua obrigação de apresentar argumentos para sustentá-la.

O essencial é encontrar um meio termo em que a aplicação do Direito não fique presa demais, como ocorria no antigo sistema jurídico que era baseado de forma exclusiva em regras, mas que tampouco seja livre ao extremo, a ponto de se basear tão somente em princípios.

O que não se deve permitir é que os princípios sejam aplicados sem a fundamentação necessária por parte do intérprete, pois, nesse caso, estariam os mesmos colidindo com o próprio Estado Democrático de Direito, ampliando as chances de cometimento de arbítrio judicial, atropelando a divisão de poderes e, principalmente, criando uma insegurança jurídica.

Não se trata, no entanto, de cultivar o “governo das leis”, mas apenas de impedir a “invenção jurídica”. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior cita as sábias palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Oscar Corrêa, proferidas no relatório do RE nº 93.701-3/MG:

Não pode o Juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular de próprio a regra de direito aplicável.

Mitigue o Juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério<sup>17</sup>.

---

17. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 257.

Dessa forma, ao se abraçar a teoria neoconstitucionalista é necessário adotar uma diretriz hermenêutica que confirme a verdadeira missão do Direito, qual seja, a de assegurar a justiça e a segurança às pessoas.

## Considerações finais

Pôde-se notar, com o presente estudo, que o neoconstitucionalismo se desenvolveu na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, somente depois da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando então esta nova teoria passou a ser incutida na doutrina e jurisprudência nacionais.

O neoconstitucionalismo floresceu no ambiente filosófico do pós-positivismo e trouxe, para o plano teórico, algumas mudanças de paradigmas, como, por exemplo, a expansão da jurisdição constitucional, novas categorias de interpretação constitucional e, a principal delas, o reconhecimento da força normativa da Constituição.

A constitucionalização do Direito acarretou a irradiação dos valores e princípios constitucionais por todo o ordenamento jurídico, resultando na aplicação da Constituição a diversas situações, bem como na ascensão institucional do Poder Judiciário.

Por outro lado, a judicialização do Direito trouxe à tona diversas discussões acerca da possível debilidade da democracia; do enfraquecimento do Poder Legislativo da supermoralização do Direito e da perda da segurança jurídica, quando se ressaltou que no verdadeiro Estado Democrático de Direito deve haver espaço para a aplicação tanto de regras como de princípios, desde que estes últimos venham acompanhados da devida e necessária argumentação por parte do intérprete.

No entanto, cumpre alertar que o neoconstitucionalismo deve ser adotado com cautela, principalmente em países como o Brasil, que tem como característica principal o patrimonialismo e não a valorização do cumprimento impessoal de regras. Essa característica faz com que sejam adotadas posturas estatais benevolentes, em relação aos “donos do poder” e seus apadrinhados, que pairam sobre as leis, enquanto os demais, que permanecem sob ela, são atingidos pelo pulso firme do Estado.

## Referências

- BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CARVALHO, Paulo Barros de. Tributo e Segurança Jurídica. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CÓDIGO IBEROAMERICANO DE ÉTICA. Disponível em: [http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2009/08/codigo\\_ibero\\_americano.pdf](http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2009/08/codigo_ibero_americano.pdf). Acesso em: 05 mai. 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la fiología del derecho**. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2000.
- FREITAS, Izaías Dantas. **Segurança Jurídica**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.acordabrasil.com.br/artigo34htm>. Acesso em: 24 abr. 2011.
- FRIAS, Pedro J. **Estado de Derecho Y Seguridad Jurídica**. *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, jan./jun. 2009.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Certeza do Direito: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madri: Trotta, 1995.

# As peculiaridades da criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a polêmica do sigilo orçamentário

Mariana Barbosa Guimarães<sup>1</sup>  
Jessica Pires Pinaffo<sup>2</sup>

## Considerações iniciais

No ano de 2009, durante a 121ª Sessão do Comitê Olímpico Internacional, em Copenhague, na Dinamarca, o Brasil foi escolhido para sediar os Jogos que ocorreriam, efetivamente, em 2016.

- 
1. Mestra em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito Processual pela PUC Minas.
  2. Bacharel em Direito pela Faculdade Vitoriana de Ensino Superior. Pós-graduanda Lato Sensu em Direito Público pela Faculdade Venda Nova do Imigrante.

Para atender as exigências dos Comitês de realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos no Brasil, com a realização dos eventos em um elevado nível estrutural, o governo federal percebeu que seria necessária a criação de um regime de contratações públicas diferente daqueles que, até então, estavam em vigor no país.

Diante da situação imposta, o país, que teria apenas sete anos para a realização de obras extremamente vultuosas para atender aos eventos, percebeu que a Lei de Licitações (nº 8.666/93), até então usada para as contratações públicas em território nacional, não atenderia aos requisitos impostos pelo Comitê em tempo hábil, pois era dotada de grande formalismo e, conseqüentemente, morosidade.

Assim, foi necessária a criação de um regime de contratações mais célere, e que trouxesse maior discricionariedade ao Poder Público, visando à agilidade das obras e ao cumprimento dos requisitos. Nesse contexto, nasceu a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

Entretanto, por conta da supressão de etapas inicialmente descritas na Lei nº 8.666/93, e, tendo em vista as demais peculiaridades do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011), a nova modalidade foi duramente criticada por alguns doutrinadores, uma vez que oportunizou a deturpação do objetivo e favoreceu a eclosão da corrupção.

Serão abordadas as peculiaridades do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011) em relação à Lei de Licitações (8.666/93), observando-se os principais pontos das modalidades licitatórias e os motivos para a criação dessa nova modalidade.

Em seguida, o debate versará acerca de um dos mais polêmicos tópicos envolvendo o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), que é o sigilo orçamentário. Ademais, serão enfatizados os benefícios que o sigilo trouxe aos certames licitatórios que se valeram dessa modalidade e as duras críticas recebidas.

Conclui-se a pesquisa com o esclarecimento acerca da validade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas frente à Constituição Federal e aos benefícios trazidos pelo sigilo orçamentário no âmbito do Direito Administrativo brasileiro.

## A instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e as diferenças pertinentes à Lei de Licitações

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas é uma modalidade licitatória na qual existem peculiaridades em relação à Lei de Licitações. Esse tipo licitatório foi instituído no ano de 2011, época anterior à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos no Brasil que viriam a acontecer no ano de 2016.

Nesse período, a administração pública viu-se obrigada a realizar obras vultuosas em um curto período de tempo, necessitando, assim, de uma forma de licitar distinta da vigente, que era extremamente burocrática e morosa. Por isso, essa modalidade licitatória teve a supressão de algumas etapas do procedimento, bem como a alteração da ordem de outras.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas surgiu como uma alternativa para o aceleramento das obras públicas, em razão da necessidade de um processo mais desburocratizado do que era habitualmente adotado no Brasil pela Lei de Licitações (Lei nº 8666/93), pois, como se tratava da implementação de uma nova modalidade licitatória, buscou-se atender aos princípios comuns à administração, e, principalmente, aos da celeridade e eficiência, visto que o tempo para a concretização dos serviços era curto e o padrão das construções não poderia decair.

Para uma melhor compreensão, verifica-se que o princípio da eficiência foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais especificamente através da Emenda Constitucional nº 19, do ano de 1998.

Como bem explicita o autor José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 108), diante do reiterado descontentamento da sociedade, fez-se necessária a concessão de novos direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração Pública ou por seus delegados, visando romper com a antiga impotência governamental, bem como estabelecer obrigações efetivas aos prestadores para lutar contra a deficiente prestação de serviços públicos.

O princípio constitucional da eficiência, portanto, surgiu como uma forma ampla de atingir o melhor rendimento da administração, buscando a concretização do serviço público de maneira menos burocrática e visando atingir o bem-estar da sociedade.

Já o princípio constitucional da celeridade, que nasceu da Emenda Constitucional nº 45, do ano de 2004, traz consigo a responsabilidade de dar cumprimento aos atos administrativos, devendo ser visto como uma maneira de atingir os objetivos da gestão de maneira efetiva e acessível.

Um ponto primordial nesse princípio é a necessidade da execução das etapas indispensáveis à lisura dos processos e procedimentos, não podendo, portanto, para sua efetivação, confrontar-se com o devido processo legal, nem mesmo deixar à baila o princípio da moralidade administrativa.

Vislumbrando atingir de forma ampla o princípio da eficiência, o legislador estabeleceu a possibilidade da remuneração variável de acordo com o desempenho da contratada e o prazo de entrega, demonstrando, com isso, a cautela com a qualidade do serviço público prestado, pois, ainda que fosse necessária agilidade na realização da obra, a qualidade também era fator indispensável.

Desse modo, caso a empreiteira conseguisse entregar o objeto em questão de maneira antecipada e em conformidade com as qualificações exigidas, poderia receber um valor maior do que se entregasse de maneira tardia ou em desconformidade com os parâmetros previamente estabelecidos.

Entretanto, por ser uma modalidade com uma maior discricionariedade, a Lei nº 12.462/2011 previu taxativamente, em seu art. 1º, as situações de incidência do tipo licitatório, buscando, desse modo, atender ao objetivo principal<sup>3</sup>.

---

3. Art. 1º. É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

A taxatividade dessa modalidade é fator indispensável à manutenção da organização da administração, pois caso a Lei não previsse as suas possibilidades de aplicabilidade, a ampla margem de discricionariedade empregada poderia incidir em possíveis fraudes, além da deturpação do seu objetivo inicial, que era o atendimento às regras internacionais impostas para a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014.

Ressalta-se que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas passou por três alterações: a primeira por meio da Lei nº 12.688/12, em que fora incluído o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), a segunda pela Lei nº 12.722/12, com a inserção da realização de obras e serviços de engenharia, referentes aos sistemas públicos de ensino, e, derradeiramente, pela Lei nº 12.745/12, que teve por desígnio os serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a melhoria da logística no país, bem como a segurança pública.

Colacionando o Regime Diferenciado de Contratações Públicas com suas respectivas alterações, percebe-se que as demais obras, não vinculadas aos Jogos e realizadas pelo Estado, possuíam caráter basilar, pois, como se tratavam de megaeventos, era necessário que o país tivesse suporte para atender as modalidades esportivas, os atletas e os turistas que viriam acompanhar a ocorrência, não sendo sensato afirmar que as inclusões feitas na Lei visavam desviar o intento principal.

---

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012).

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012).

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

A exemplo, o inciso VIII, do artigo 1º supracitado, prevê obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, pois, como os jogos e as comemorações ocorreriam em diversas cidades, era necessária uma boa coordenação, em razão do número de pessoas que trafegariam durante o período. Outrossim, dever-se-ia considerar a população local, visto que as obras de infraestrutura se encarregariam de atender aos turistas e à demanda habitual e, posteriormente, seriam de grande serventia para toda a sociedade.

Dessa maneira, afirma-se que as produções decorrentes da modalidade licitatória foram extremamente vantajosas à população como um todo, pois ainda que a princípio a finalidade tenha sido a viabilidade de realização dos eventos no país, a posteriori houve benefícios em escala nacional, com a realização de obras e benfeitorias que seriam aproveitadas para o turismo, a economia e a mobilidade urbana.

Diante das questões suscitadas, conclui-se que o principal objetivo da instituição desta nova espécie de contratação foi a tentativa de agilizar as obras públicas referentes ao evento, trazendo, assim, mais celeridade ao processo.

Para a efetivação desse pressuposto, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011) possui algumas peculiaridades quando comparado à Lei de Licitações (nº 8.666/93).

Na Lei de Licitações, a habilitação do candidato é pressuposto indispensável à inserção no certame, entretanto, no Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC as propostas são analisadas antes mesmo da habilitação, fazendo com que alguns projetos já sejam desclassificados de maneira prévia.

Evidencia-se que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas prevê a possibilidade de certames com fases idênticas à Lei nº 8.666/93. Porém, as críticas ao modelo estabelecido no RDC são no sentido da Administração Pública hesitar no momento de conferir a habilitação ao licitante, pois, como já conheceu a proposta por ele ofertada, poderia ser mais branda e aceitar alguma inconformidade nesse procedimento.

No entanto, observa-se que o juízo supracitado é uma forma de especulação, não sendo possível afirmar que a Administração Pública estaria suggestionada a cometer irregularidades em virtude do conhecimento prévio da proposta, considerando que a fiscalização é realizada durante todas as etapas do processo.

Outro ponto que merece atenção são as contratações integradas, que têm a seguinte definição de acordo com Carvalho (2019, p. 608):

Trata-se de contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Enfim, todas as etapas ficam englobadas em uma única contratação, exigindo-se do ente estatal somente a elaboração de um anteprojeto antes da realização do certame licitatório.

No Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a contratação integrada é permitida, e o vencedor é responsável por todas as etapas de execução, desde o projeto básico até a realização de testes; já na Lei de Licitações, a administração pública habitualmente é incumbida apenas do projeto básico.

O aspecto positivo aos que defendem esse tipo de contratação é, novamente, a celeridade, pois, havendo alguma superveniência no curso do projeto, é necessária a aprovação da administração para liberação de valores, o que não ocorre no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, pois a empresa é responsável por todas as fases, não sendo, portanto, permitida a concessão de receitas, com ressalva a fatos supervenientes ou alteração do projeto por pedido da gestão pública.

É possível observar que, com essa possibilidade do licitante realizar as etapas desde o projeto básico até a execução da obra, as margens para alteração de orçamento são ínfimas. Já com a presença do gerenciamento estatal, é provável que alguma etapa do processo licitatório conte com gastos supervenientes ao longo de sua execução.

Na Lei nº 8.666/93, a licitação com efeito “carona” é uma espécie indireta da modalidade, em que o procedimento de registro de preços é regularmente realizado; porém, a contratação de fato é feita por um órgão administrativo distinto daquele que efetivamente licitou. Desse modo, o agente não participante ingressa na ata daquele sistema.

Este efeito também é abrangido pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, contudo existe a previsão de limitação da quantidade de bens

e serviços a ser ofertada para o membro aderente da ata. Ademais, também é possível que os demais licitantes aceitem regular preço com o licitante com melhor classificação, visando economia e rapidez no processo.

Existem avaliações contrárias a esse modelo, pois, segundo as críticas, seria uma forma de burlar o sistema licitatório, uma vez que o contratante não é o órgão administrativo que de fato licitou, abrindo, desse modo, uma forma de discricionariedade não prevista em lei. Ademais, as punições ofertadas ao descumprimento do contrato, ou mesmo com a incidência de corrupção, são distintas para as modalidades. Enquanto no Regime Diferenciado de Contratações Públicas o Tribunal de Contas da União poderá, discricionariamente, aplicar a declaração de inidoneidade por um período de até cinco anos<sup>4</sup>, na Lei de Licitações a Administração poderá aplicar a declaração por, no máximo, dois anos<sup>5</sup>.

---

4. Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;

II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;

V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou

VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

5. Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

Acredita-se que a Lei de Licitações possui etapas mais rígidas e solenes, inexistindo discricionariedade da Administração Pública durante o processo licitatório.

Já o Regime Diferenciado de Contratações Públicas oferece à gestão pública e ao vencedor do certame uma maior discricionariedade no decorrer do procedimento, e, por isso, o estabelecimento de uma sanção mais rigorosa visa coibir a litigância de má-fé, sendo o licitante e a administração vinculados a uma política pré-estabelecida.

Assim, uma punição mais severa no RDC levaria contratante e contratado a um rígido cumprimento contratual, ainda que se tenha maior possibilidade de escolha.

Quando a Lei nº 12.462/11 fora instituída, houve diversas discussões acerca de sua constitucionalidade, uma vez que a legislação vigente assegurava expressamente a impossibilidade de um regime licitatório diverso daqueles já instituídos, conforme assevera José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 450):

Alguns estudiosos têm considerado inconstitucionais certos aspectos do RDC previsto na referida lei. Um deles consiste na imprecisão do que sejam obras, serviços e compras efetivamente voltados aos eventos esportivos internacionais, já que a lei não indica os respectivos parâmetros. Haveria ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição. Outra impugnação recai sobre o regime da contratação integrada (art. 9º, § 1º), que contempla a possibilidade de um só interessado ter a seu cargo não só a elaboração dos projetos básico e executivo, como também a sua própria execução, concentrando atividades que, por sua natureza, reclamariam executores diversos. Aqui também haveria vulneração ao art. 37, XXI, da CF, por afetar o princípio da ampla competitividade consagrado em sede constitucional.

---

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Nesse ponto, entende-se que em relação a constitucionalidade formal da lei não há nenhum tipo de vício na matéria positivada, mesmo porque não houve a declaração formal de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição no estado brasileiro, como defende Carvalho (2019, p. 596):

No que tange à constitucionalidade formal da lei, também tem sido alvo de divergência haja vista a lei decorrer de medida provisória que, originariamente, não tinha a intenção de tratar de licitações e contratos administrativos. Ocorre que não há qualquer declaração formal de inconstitucionalidade da lei, sendo ela aplicável em todos os seus termos, portanto.

Destaca-se que, desde a instituição desse novo modelo licitatório, amplos debates jurídicos se estabeleceram suscitando as mais diversas problemáticas. Contudo, hoje a constitucionalidade formal da norma encontra-se pacificada quanto à sua validade e eficácia.

Desse modo, pode-se afirmar que, apesar das peculiaridades existentes no Regime Diferenciado de Contratações Públicas em relação à Lei de Licitações, sua elaboração foi de suma importância para a sociedade, visto que se tornou uma forma de fomento à cultura e ao turismo no território nacional, e suas alterações são de extrema relevância em diversas áreas comuns, como moradia, através do Programa de Aceleração do Crescimento, educação, saúde, por meio da previsão de inserção da modalidade em obras do Sistema Único de Saúde, e segurança pública.

## O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e as polêmicas envolvendo o sigilo orçamentário

Superadas as questões referentes à legalidade da instituição do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, avança-se para outro ponto que fora assunto de divergência entre doutrinadores, a chamada publicidade diferenciada.

Preliminarmente, deve-se apresentar o propósito da publicidade, um dos princípios basilares da administração pública, que Neto (2007, p. 78) preconiza da seguinte forma:

Extrai-se do princípio da publicidade que o povo tem o direito de conhecer os atos praticados na administração pública, passo a passo, para o exercício do controle social, derivado do exercício do poder democrático.

Portanto, em consonância com o entendimento supracitado, percebe-se a necessidade da publicidade dos atos para uma possível fiscalização do exercício do poder público pela sociedade. Ademais, é possível auferir que o controle exercido pela população de forma secundária é imprescindível à manutenção da lisura do serviço público.

Diante dos esclarecimentos já postos, muitas foram as polêmicas frente ao princípio da publicidade diferenciada aplicado ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Particularmente na seara constitucional, o artigo 6º da Lei nº 12.462/11 prevê que o orçamento previamente estimado tornar-se-á público imediatamente após o encerramento da licitação<sup>6</sup>.

Todavia, vale ressaltar, que apesar da diferença em relação à Lei de Licitações, em que a publicidade é evidenciada em todas as fases do certame, não existe sigilo absoluto em nenhuma das etapas do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

O que ocorre, em verdade, é uma postergação da publicação do orçamento previamente elaborado pela Administração, contribuindo com a transparência e a obediência aos demais princípios constitucionais. Não se pode, contudo, afirmar que a norma é inobservada.

O princípio da transparência compreende a publicidade dos atos administrativos, principalmente no tocante à aplicação e fiscalização dos recursos públicos alocados nos locais efetivamente previstos, evitando a constante e condenável má aplicação dos recursos.

---

6. Art. 6º. Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas (BRASIL, 2011).

É importante observar que, uma vez que a publicação tardia não frustrou o objetivo de tornar claro o possível orçamento a ser dispendido pelo Estado, há transparência da Administração. Um exemplo seria a exposição de uma prestação de contas com operações complexas e de destino não identificado: nessa situação é indubitável que haveria publicidade, entretanto, não haveria transparência, demonstrando, assim, a necessidade da presença de ambos os princípios.

Carvalho (2012) sustenta que a divulgação prévia do orçamento poderia suggestionar os licitantes a apresentar propostas próximas ao valor divulgado pela Administração Pública, frustrando, assim, a possibilidade de uma maior economia no certame.

Neste ponto, evidencia-se que o intuito da norma em dar ciência do orçamento aos licitantes posteriormente à apresentação da proposta é justamente impulsionar os candidatos a oferecerem propostas mais vantajosas, porque, caso a Administração divulgasse de antemão determinado valor, ainda que os concorrentes pudessem anuir a obrigação de maneira menos dispendiosa, provavelmente não o fariam visando o aumento do lucro.

Em contraponto, Santos (2012, p. 8), entende que o disposto no artigo 6º do Regime Diferenciado de Contratações Públicas é inconstitucional, e seu aproveitamento somente seria possível a partir da recepção dos artigos 37, caput, e 5º, inciso XXXIII, ambos da Constituição Federal de 1988, que versam sobre o princípio da publicidade, pois se acredita que a publicação tardia seria uma maneira de frustrar a publicidade do ato, restando impossibilitada a vigência de norma que inobserve a Carta magna.

Assim, percebe-se que a publicação tardia, além de não ferir as normas constitucionais elencadas, ainda favorece o princípio do melhor interesse público, visto que nessa publicidade diferida é possível que haja uma economia excepcionalmente melhor em relação à modalidade usual (Lei nº 8.666/93).

Destaca-se, também, que o sigilo desfavorece o conluio, pois, com a divulgação a posteriori do orçamento, as tentativas de frustrar a concorrência são dificultadas, demonstrando, desse modo, outra vantagem em relação à Lei de Licitações, que tem orçamento divulgado inicialmente, impedindo, assim, a reunião de licitantes para formação de “cartel”.

Dessa forma, percebe-se que, para os que defendem a publicidade prévia do orçamento, o princípio da publicidade se contrapõe aos da economia e da

eficiência. No entanto, deve-se prezar pelo melhor resultado social, e, no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a postergação da publicidade é extremamente benéfica ao certame.

Outrossim, destaca-se que os principais objetivos da publicidade nos certames públicos são as ofertas de propostas economicamente vantajosas, a possibilidade de ampla concorrência e a garantia de igualdade entre os licitantes. Portanto, afirma-se que o sigilo não obsta os intentos supracitados e ainda oferece benefícios não encontrados na Lei Geral de Licitações.

Em vista das situações acima elencadas, aufere-se que o sigilo orçamentário no Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi imprescindível à lisura do certame, pois, ainda que sua difusão se dê de maneira tardia, comparando-se à Lei de Licitações, os benefícios trazidos por essa exposição morosa se mostraram favoráveis para a Administração Pública nos mais diversos campos.

## Considerações finais

A presente pesquisa teve o objetivo de realizar um breve apanhado do contexto social no qual o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi instituído, apresentando-se o curto período de tempo que o Brasil teria para a entrega das obras necessárias à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da FIFA 2013, da Copa do Mundo da FIFA 2014, bem como seus benefícios para a população, decorrentes dos acontecimentos nacionais.

É indubitável que a institucionalização da modalidade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas se mostrou necessária e adequada para o momento histórico vivido, uma vez que a Lei de Licitações não atenderia as demandas propostas pelo Comitê Internacional em prazo hábil. Assim sendo, a Administração Pública viu-se sujeita à criação de um novo regime que fosse mais célere e com uma maior margem discricionária, com possibilidade de delegação de etapas não admitidas pela modalidade anterior.

Ademais, comparadas as peculiaridades apresentadas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas em confronto com a Lei de Licitações, viu-se que os apontamentos mais relevantes daqueles que pactuavam com as

alterações, e os que não anuíram ao instituto, possuem fundamentos jurídicos significativos. Ressaltada, ainda, a finalidade da modalidade licitatória, com destaque aos princípios constitucionais da economia, eficiência e celeridade.

Abordou-se também uma das questões mais polêmicas do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que é o sigilo do orçamento feito pela Administração até o momento do encerramento da licitação, e esclareceu-se a sua necessidade para que pudessem ser ofertadas vantagens à sociedade, bem como os fatores que levaram o Estado a essa medida.

Por fim, afirma-se que a criação e as alterações feitas na Lei nº 12.462/2011 não apenas validam do instituto criado, mas a sua necessidade se mostrou incontestável em atendimento à celeridade do procedimento administrativo, à economia e à eficiência da Administração Pública, que conduziu o processo visando trazer benefícios socioculturais, de mobilidade urbana e turística à sociedade.

## Referências

- ANDRADE, Ricardo Barreto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 58, dez. 2011. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 02 set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm). Acesso em: 02 set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 02 set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm). Acesso em: 02 set. 2019.

- CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade e do orçamento estimado. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 58, dez. 2011. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 02 set. 2019. .
- CARVALHO, A. P. Edital de licitação: limites à divulgação do orçamento estimado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3.435, 26 nov. 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- CELESTINO, Fernanda Karlla Rodrigues. Regime Diferenciado de Contratações: breves comentários à exceção que virou tendência. **Revista Controle: Doutrinas e artigos**, v. 10, n. 2, p. 170-201, 2012.
- COELHO, Fabiana de Oliveira. O Sistema de Registro De Preços (SRP) no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). **Conteúdo Jurídico**. 2012. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29596/o-sistema-de-registro-de-precos-srp-no-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-rdc>. Acesso em: 02 set. 2019.
- MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**. São Paulo: Singular, 2013.
- MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, v. 51, n. 2, p. 105-119, 2000.
- MORAIS, Janaina Jacolina. Princípio da eficiência na Administração Pública. **ETHOS JUS: revista acadêmica de ciências jurídicas**, Avaré: Faculdade Eduvale de Avaré, v. 3, n. 1, p. 99-105, 2009.
- NETO, Orion Augusto Platt *et al.* Publicidade e transparência das contas públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. **Contabilidade Vista & Revista**, v. 18, n. 1, p. 75-94, 2007.
- ROSSET, Andrea Cecilia Soares *et al.* O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: análise da nova modalidade de licitação do Governo. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v. 17, n. 32, p. 127-145, 2017.
- SANTOS, Gabriela Marques de Azevedo. **O regime diferenciado de contratações públicas à luz das Adins 4645 e 4655 – Análise Crítica**. 2012, 71 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012.

## Justiça restaurativa e violência de gênero

Frederico Vilela Vicentini<sup>1</sup>

Raiany Oliveira Reis<sup>2</sup>

### Considerações iniciais

Conforme o Mapa da Violência<sup>3</sup> publicado em 2015, o Brasil ocupa a 5ª colocação no ranking de homicídios contra mulheres, perdendo apenas para El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia.

- 
1. Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera. Graduado em Direito pela Unijorge. Professor Universitário e Advogado. E-mail: fvvicentini@gmail.com.
  2. Graduada em Direito pela Associação Vitoriana de Ensino Superior (FAVI). Advogada. E-mail: raianyreis@gmail.com.
  3. WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: OPAS/OMS, ONU Mulheres, SPM e Flacso, 2015. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em: 26 set. 2020.

Em linhas gerais, não podemos negar o sucesso da Lei Maria da Penha e demais normas que dispõem sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar. A punição do agressor e a criação de uma rede de atendimento psicossocial para mulheres vítimas de violência inauguraram o debate acerca dos comportamentos machistas que permeiam nosso cotidiano.

No entanto, percebe-se que, mesmo com o recrudescimento das normas penais, os índices de violência contra a mulher aumentam exponencialmente (WAISELFISZ, 2015). Dessa forma, o presente trabalho analisa se a justiça restaurativa não seria mais uma ferramenta para lidar com o conflito doméstico.

Nesse contexto, mediante pesquisas bibliográficas, o presente capítulo busca investigar a justiça restaurativa como mais uma alternativa viável ao sistema penal brasileiro na busca da solução para problemas relacionados à violência de gênero, discutindo os riscos e benefícios das mediações penais vítima-ofensor e destacando que a reparação dos danos causados às partes envolvidas é imprescindível para evitar a reincidência.

## Justiça restaurativa: conceito e contexto histórico

Howard Zehr (2015, p. 54) define justiça restaurativa como

[...] uma abordagem que visa promover justiça e que envolve, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse numa ofensa ou dano específico, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas na medida do possível.

Na visão de Pinto (2005, p. 20), a abordagem restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que vítima, infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletivamente e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causadas pelo crime. Para o autor, trata-se de um processo estritamente voluntário, informal, a ter lugar em espaços comunitários, sem o peso solene da arquitetura do cenário judiciário.

Dessa forma, o crime, para a justiça restaurativa, não é apenas uma conduta típica, antijurídica e culpável que atenta contra um bem jurídico tutelado, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre infrator, vítima e comunidade. Cumpre, por isso, à justiça restaurativa identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa relação e do trauma causado e que deve ser restaurado (BRANDÃO, 2010). Na visão restaurativa, então, o crime representa um rompimento da teia de relacionamentos.

Independentemente da conceituação mais adequada para o termo “justiça restaurativa”, sabemos que essas definições são apenas operacionais. Em seu cerne, a justiça restaurativa é um conjunto de princípios e valores, uma filosofia que oferece uma estrutura alternativa para pensar as ofensas, abarcando uma ampla gama de programas e práticas (ZEHR, 2015, p. 13).

Zehr, um dos pioneiros no campo, viu o termo justiça restaurativa pela primeira vez em um ensaio escrito por Albert Eglash - *Beyond Restitution*, em *Restitution in Criminal Justice* (1977). E Ann Skelton, ao escrever sua tese de doutorado, descobriu que o termo se originou na obra de um teólogo alemão dos anos 1950 (ZEHR, 2008).

Contudo, o movimento pode ser entendido como algo muito mais antigo, com influência de várias tradições culturais e religiosas. Como exemplo, tradições indígenas tiveram e têm ainda elementos restaurativos importantes (ZEHR, 2015).

Esse modelo antigo foi visto nas sociedades pré-coloniais africanas, em que o foco era restaurar o equilíbrio abalado na comunidade e enfrentar as consequências experimentadas pelas vítimas. Tal posicionamento é sintetizado no conceito de Ubuntu, filosofia africana que afirma o vínculo orgânico da humanidade (LARA, 2013). Nas palavras de Lara (2013, p. 20), a mensagem contida na cultura tradicional africana é que: “Um dano causado em alguém de nossa comunidade será um dano causado em nós mesmos. Isto leva a crer também que a mera punição ao agressor geraria um novo dano à sociedade, que seria mais um dano aos próprios indivíduos”.

Mais a frente no curso da história, os procedimentos de resolução de conflitos de cunho restaurativo foram deixados em segundo plano, para dar lugar à justiça concentrada na mão do Estado. As práticas habituais frequentes nos territórios colonizados foram suplantadas para dar lugar ao pensamento europeu (LARA, 2013).

No entanto, com a crise do sistema retributivo e o fortalecimento do movimento contrário às instituições repressivas, as ideias restaurativas ganharam terreno para ressurgir no mundo contemporâneo como opção de justiça. Nas décadas de 70 e 80, nos Estados Unidos e no Canadá, os novos ideais ganharam corpo com a prática do “Programa Reconciliação Vítima-Ofensor” (*Victim Offender Reconciliation Program - VORP*) (LARA, 2013).

## A violência doméstica e familiar contra a mulher

Em 1996, a Convenção de Belém do Pará (Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996) definiu violência contra a mulher como: “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na esfera privada”.

Dez anos mais tarde, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) utiliza essa premissa e define a violência doméstica e familiar contra a mulher como:

Art. 5º [...] qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Destacamos que, para o Superior Tribunal de Justiça, a incidência da Lei Maria da Penha pressupõe a existência de violência de gênero, ou seja, “em

contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade” (JESUS, 2014, p. 60).

No mesmo sentido, Fernandes (2015, p. 50) instrui que, “ainda que ocorra violência contra a mulher, somente terá incidência a legislação se a conduta for praticada em razão de uma questão de gênero”.

A Lei Maria da Penha, marco legal na conquista dos direitos das mulheres, ainda determinou a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, designando que esses Juizados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde. Dessa forma, é destacada a importância da equipe multidisciplinar na solução dos casos de violência doméstica, equipe esta fundamental nos modelos de justiça restaurativa discutidos mais à frente.

Em seu trabalho, Fernandes (2015, p. 40) afirma que, por meio do sistema multidisciplinar, “a lei permite aos aplicadores transformar o Direito em uma realidade de justiça. E o tratamento diferenciado estabelecido é imprescindível para se proteger a mulher”. Para o autor, a Lei Maria da Penha “surge como uma possibilidade de intervenção na história de violência das mulheres, protegendo-as, recuperando o agressor e até mesmo adotando medidas cíveis para assegurar a subsistência da vítima durante o processo” (FERNANDES, 2015, p. 16).

A norma em apreço determina também que compete às equipes de atendimento fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Assim, de certa forma, a Lei Maria da Penha já traça rumos restaurativos ao planejar trabalhos de orientação voltados tanto para a vítima quanto para o agressor. Esse posicionamento pode ser visto também com a nova redação do art. 152 da Lei de Execução Penal:

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006).

## Quadro da violência doméstica e familiar contra a mulher: a complexidade do conflito

Segundo Fernandes (2015, p. 67), “a maior causa de morte de mulheres no Brasil é a violência praticada por seus parceiros”. Conforme o Mapa da Violência publicado em 2015, entre 1980 e 2013, 106.093 mulheres foram assassinadas no Brasil. “Efetivamente o número de vítimas passou de 1.353 mulheres em 1980, para 4.762 em 2013, um aumento de 252%. A taxa, que em 1980 era de 2,3 vítimas por 100 mil, passa para 4,8 em 2013, um aumento de 111,1%” (WAISELFISZ, 2015, p. 11).

Em 2013, foram 4.762 mortes, o que representa 13 homicídios femininos diários (WAISELFISZ, 2015). De acordo com o estudo de Waiselfisz (2015), no primeiro ano de vigência efetiva da Lei Maria da Penha, 2007, as taxas experimentam um leve decréscimo, de 4,2 para 3,9 por 100 mil mulheres, voltando imediatamente a crescer de forma rápida, ultrapassando a taxa de 2006, nos anos seguintes.

Entre os estados brasileiros, o Espírito Santo é o segundo colocado quando analisadas as taxas de homicídios no ano de 2013: 9,3 homicídios em cada 100 mil mulheres, com Vitória liderando a posição entre as capitais dos estados, possuindo taxa de 11,8 em cada 100 mil mulheres (WAISELFISZ, 2015).

Quando analisamos o cenário internacional, entre os 83 países do mundo que apresentam dados no sistema de estatísticas da Organização Mundial da Saúde, o Brasil, com sua taxa de 4,8 homicídios para cada 100 mil mulheres, ocupa a 5ª colocação no ranking de homicídios contra mulheres, perdendo apenas para El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia (WAISELFISZ, 2015).

Ainda segundo o relatório em questão (WAISELFISZ, 2015, p. 73),

[...] do total de 4.762 vítimas femininas registrado em 2013 pelo SIM, 2.394, isso é, 50,3% do total de homicídios de mulheres, nesse ano, foram perpetrados por um familiar direto da vítima (7 feminicídios diários). Destacando, dentre os familiares, os parceiros e ex-parceiros, temos que 1.583 dessas mulheres foram mortas por eles, o que representa 33,2% do total de homicídios femininos de 2013. Nesse caso, as mortes diárias foram 4, consideradas todas as idades. Mas se tomamos como ponto de partida a idade de 18 anos em diante, a proporção sobe para 43% do total de homicídios: acima de 4 em cada 10 mulheres, com 18 ou mais anos de idade, foram vítimas de feminicídio cometido pelo parceiro ou ex-parceiro.

Para Waiselfisz (2015, p. 75), os altos níveis de feminicídio frequentemente vão acompanhados de elevados níveis de tolerância da violência contra as mulheres: “A normalidade da violência contra a mulher no horizonte cultural do patriarcalismo justifica, e mesmo autoriza que o homem pratique essa violência”. A impunidade também é analisada como um elemento de causa para a violência, já que apenas 7,4% dos agressores domésticos, acusados de cometerem violências relativamente sérias contra vítimas, foram condenados ou estão esperando julgamento (WAISELFISZ, 2015).

Já para Maria José Souza (2013), a violência contra a mulher deve ser vista como algo mais complexo. Além do perfil da vítima e dos sentimentos inibidores – culpa, medo, lealdade aos valores familiares, vingança –, a autora destaca outros fatores como responsáveis pela manutenção da violência e impunidade, como: o descrédito no sistema de proteção policial e judicial; a baixa autoestima associada à cultura da submissão; os recursos sociais pouco desenvolvidos e baixa consciência de cidadania; a falta de apoio da família/amigos; a ausência ou insuficiência de serviços especializados; a falta de escuta afetiva e qualificada por parte dos profissionais.

Ferrari (2013) ainda destaca que respostas no sentido de determinar as possíveis causas e consequências da violência doméstica demandam uma profunda análise de estudos psicológicos, históricos e antropológicos da relação homem-mulher. Para a psicóloga (FERRARI, 2013, p. 88),

[...] o fenômeno de opressão e desigualdade é uma construção de séculos de dominação e mudar um contexto caracterizado pelo privilégio de alguns, em equidade – justiça com igualdade para todos –, exige esforço de toda a sociedade na desconstrução de um modelo de organização social promotor da cultura da violência.

Outro problema comum quando estamos diante da violência de gênero é a chamada revitimização da vítima, compreendida como uma violência institucional ou institucionalizada, que pode acontecer nos mais variados âmbitos públicos. Até mesmo instituições que deveriam prezar pela proteção do ser humano acabam por cometer atos de atrocidade (VIEIRA, 2017, p. 50). Essa revitimização acaba por desestimular a realização de novas denúncias contra o agressor doméstico, já que, quando buscam as autoridades competentes, as vítimas acabam sendo culpabilizadas pelo delito.

## A justiça restaurativa e a violência doméstica e familiar contra a mulher

Tornam-se evidentes a crise e a falência do sistema de justiça criminal. Baseado em um modelo punitivista que segrega os agressores, a instituição se engana com o falso caráter preventivo e ressocializador da pena privativa de liberdade.

Nas palavras de Vieira (2017, p. 63), “a estrutura, como um todo, encontra-se em estado de falência: ora por não vencer a responsabilização dos infratores, ora por não produzir justiça”.

Essa questão ganha destaque no debate acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher. Embora a demanda no campo seja pela repressão estatal, visando à redução dos índices de violência, pesquisas demonstram que a ampliação da rigidez penal e processual penal reguladora do problema não foi acompanhada pela diminuição nos índices desse tipo de violência (RIBEIRO, 2015, p. 12).

Inequívoco que a Lei Maria da Penha e demais normas que enfrentam a violência doméstica representam um avanço legislativo na proteção dos direitos

humanos da mulher. No entanto, os dados sobre feminicídio nos permitem afirmar que os recentes diplomas normativos não têm sido aptos a, efetivamente, solucionar o conflito dentro do qual a referida violência ambienta-se. Dessa forma, a punição do agressor, em significativa parcela dos casos, ainda que severa, simplesmente não resolve o problema (RIBEIRO, 2015).

Isto porque, em concordância com Ribeiro (2015, p. 13), “a violência contra a mulher enquanto mulher é questão muito mais densa e complexa do que um tipo penal e uma cominação legal a ele correspondente, envolvendo fatores de cunho psicossocial, histórico e cultural”. Consequentemente, em razão da complexidade do conflito, deve sobrevir uma intervenção estatal contextualizada e multidisciplinar voltada, de fato, à solução do problema, principalmente a partir de suas origens.

Mas, não se trata de única e simplesmente de deixar nas mãos do ente estatal, é necessária uma sistemática quebra de parâmetros, de mudança de comportamento, de vontade de transformar a sociedade e o mundo em que vivemos (VIEIRA, 2017).

Nas palavras de Eva Alterman Blay:

Para enfrentar esta cultura machista e patriarcal são necessárias políticas públicas transversais que atuem modificando a discriminação e a incompreensão de que os Direitos das Mulheres são Direitos humanos. Modificar a cultura da subordinação de gênero requer uma ação conjugada (BLAY, 2003, p. 97 apud VIEIRA, 2017, p. 98).

Partindo dessa premissa, o presente estudo apresenta a justiça restaurativa como mais uma ferramenta a auxiliar na resolução do problema da violência doméstica contra a mulher, com foco, principalmente, nos casos de violência íntima – cometida por um homem com quem a vítima tinha, ou tenha tido, uma relação ou vínculo íntimo (sentimental ou sexual).

Apesar de severas críticas sobre o tema, a justiça brasileira já reconhece a justiça restaurativa como uma possível opção ao paradigma punitivista no campo da violência de gênero.

Confirmação disto é a Carta de encerramento da XI Jornada Maria da Penha, realizada no dia 18/08/2017, que recomenda aos Tribunais de Justiça dos

Estados e do Distrito Federal a adoção de práticas restauradoras nos casos que envolverem violência contra a mulher<sup>4</sup>.

Após esse evento, o Conselho Nacional de Justiça também divulga reiteradamente, em seu portal, o incentivo do uso da justiça restaurativa em situações de violência doméstica, conforme o previsto na Resolução nº 225/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário<sup>5</sup>.

Verdadeiro que a violência doméstica é provavelmente a área de aplicação mais desafiadora da justiça restaurativa, por esse motivo, aconselhamos grande cautela em seu uso.

Para Zehr (2015), abordagens restaurativas são desafiadoras em todas as ofensas em que se verifica um significativo desequilíbrio de poder. Não obstante, o autor destaca que experiências bem-sucedidas têm emergido no campo. Para garantia de sucesso dos programas, as dificuldades devem ser apontadas logo no início e os facilitadores precisam ser treinados minuciosamente quanto às questões subjacentes que geram a violência.

Na Dinamarca, a título de exemplo, o Encontro Vítima/Ofensor (VOM) nos casos de violência doméstica é complementar ao procedimento da corte e não um substituto do sistema criminal clássico. A participação na mediação, entretanto, pode ser levada em consideração pelo juiz no momento da sentença do ofensor<sup>6</sup> (DROST *et al.*, 2015).

A esperança de solução do conflito doméstico provém da ideia de que a mediação penal cria um ambiente em que é dada a oportunidade de fala a todos os envolvidos no conflito, para que, por meio do diálogo, sejam refeitos os elos rompidos com a prática do crime. Desse modo, entendendo as causas e consequências do conflito, as partes envolvidas são capazes de superar a possível gênese de novos delitos (RIBEIRO, 2015).

---

4. Para leitura da Carta de encerramento da XI Jornada Maria da Penha, acessar: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/706dfd1d015b74a169c11d9b56810cb.pdf>.

5. Maiores informações sobre a posição do CNJ em relação aos casos de violência doméstica: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85041-justica-restaurativa-e-aplicada-em-casos-de-violencia-domestica>.

6. No original: “VOM in Denmark is conceptualized as an additional measure meaning that VOM is no alternative to punishment. However, a judge may consider it when imposing a sentence”.

No que tange à mediação penal como prática restaurativa, é comum que ativistas destaquem suas falhas nos juizados especiais criminais em casos de violência contra a mulher. Nesse momento, destacamos que a mediação não deve ser vista como um meio, e sim um fim em si mesma, o que difere do ocorrido no juizado especial criminal brasileiro na década passada.

Isto porque, mesmo que a Lei dos Juizados Especiais Criminais seja o mais próximo que chegamos da justiça restaurativa em nosso ordenamento jurídico, o modo como as audiências de composição são administradas nos juizados oferece pouquíssimos elementos restaurativos, sendo quase nulo como programa de tratamento e reabilitação.

Para um resultado eficaz, a mediação não pode ser vista como a “primeira audiência” de um processo criminal ou mesmo empurrada como uma fase para que se chegue à audiência de instrução e julgamento.

A mediação, ou qualquer outro modelo restaurativo utilizado, deve ser vista como um processo à parte e independente do sistema tradicional, se possível feita em um centro de justiça restaurativa, que influenciará o processo na vara criminal, mas que não faz parte deste.

## A justiça restaurativa como mais uma resposta frente ao problema da violência contra a mulher nas relações íntimas de afeto

Em pesquisa telefônica sobre o tema violência doméstica contra a mulher, realizada pelo DataSenado em 2017 (DATASENADO, 2017, p. 11), constatou-se que o principal agressor é pessoa sem laços consanguíneos e escolhida pela vítima para conviver com ela intimamente.

O atual parceiro – marido, companheiro ou namorado – foi apontado como autor da agressão por 41% das respondentes da pesquisa. Já o ex-parceiro – ex-marido, ex-companheiro ou ex-namorado – é apontado como responsável pela agressão em 33% dos casos (DATASENADO, 2017).

Esses percentuais mudaram significativamente desde a última pesquisa em 2015. Naquela ocasião, os atuais parceiros eram responsáveis pela violência em 53% dos casos, enquanto os ex-parceiros respondiam na taxa de 21% (DATASENADO, 2017).

Dessa forma, conclui-se que, mesmo com o término do relacionamento, o simples afastamento da vítima em relação ao agressor não impede que a violência continue a ocorrer.

Ademais, conforme a pesquisa do DataSenado (2017, p. 13):

[...] ainda é elevado o número de mulheres vítimas de violência que não denunciam e nem pedem ajuda. Diante da agressão sofrida, 27% das respondentes, declararam não ter feito nada. Apesar disso, a série histórica da sondagem mostra que, a cada edição, sobe o número de mulheres que buscaram o apoio da família após o ato de violência. Já a busca de apoio na Igreja subiu consideravelmente nos últimos dois anos. Em 2015, registrou-se que 7% das agredidas procuraram a Igreja, e hoje esse número subiu para 19%.

Essa procura por ajuda em lugares diversos da delegacia corrobora a ideia de que a justiça restaurativa pode auxiliar na solução do problema da violência contra a mulher, já que muitas vítimas buscam auxílio na igreja ou família quando a agressão acontece, demonstrando que preferem o acolhimento e não a disputa.

Segundo Vieira (2017), diferentes mulheres vão à justiça em busca de uma solução para o seu conflito, contudo, o que encontram à disposição é uma legislação retributiva e punitivista, que simplesmente afasta o agressor do lar e da convivência, sem deixar nenhuma brecha para questionamentos e explicações, tampouco estimula a reflexão sobre os atos cometidos e, até mesmo, falha em estimular a concessão do perdão em si.

Expomos que a Justiça restaurativa não tem como objetivo principal o perdão ou a reconciliação. Algumas vítimas e seus defensores reagem negativamente à justiça restaurativa porque imaginam que o objetivo do programa seja o de estimular, ou mesmo forçar, a vítima a perdoar ou se reconciliar com quem causou o dano, todavia este não é seu foco. De fato, ao menos uma diminuição das hostilidades e do medo ocorre com mais frequência do que no ambiente litigioso do processo penal. Contudo, não deve haver pressão alguma no sentido de perdoar ou de buscar conciliação, o objetivo aqui é priorizar a vítima e seus desejos (ZEHR, 2015).

Podemos discordar da ideia de continuidade do relacionamento em casos de violência doméstica, mas, segundo a pesquisa do DataSenado (2017), 27% das vítimas responderam que ainda convivem com seu agressor. Ou seja, é verdadeiro que muitas mulheres ainda decidem continuar com seu algoz, mesmo com um processo judicial e consequente punição.

Nessa lógica, os pesquisadores Stith e Mccollum (2013, p. 107), admitindo que muitos casais querem permanecer juntos após a agressão, desenvolveram um trabalho de tratamento para violência doméstica focalizado em casais. Para os autores: “não fornecer serviços a ambas as partes, em um relacionamento em andamento, pode inadvertidamente prejudicar o parceiro que escolhe ficar”.

Assim, ao rechaçar o encontro restaurativo em todos os casos de violência doméstica, o resultado é visto muitos anos depois, com a depressão da vítima e o assombro da experiência de abuso doméstico que nunca foi tratado e pode continuar a acontecer sem mesmo a mulher saber o que é. Especialmente, quando a vítima decide continuar com o parceiro ofensor.

O ponto em questão não é o tratamento com foco na restituição do relacionamento, mas o tratamento para o melhor interesse da vítima. Até mesmo porque, com as medidas restaurativas, externadas como um encontro ou não, a vítima pode compreender o que é melhor para si mesma e optar por se separar de seu agressor. E, por meio do diálogo, o próprio ofensor, com o acompanhamento profissional, pode aceitar melhor o fim do relacionamento, dificultando que uma futura violência ocorra.

Nesse sentido, Ribeiro (2015, p. 19) salienta que “a mediação penal viabiliza o empoderamento, ou seja, devolve às partes o poder de gerir a discussão de seus próprios problemas e buscar a melhor solução”, algo fundamental para solucionar a violência contra a mulher nas relações íntimas de afeto.

## O uso da justiça restaurativa em casos de casais com filhos: a quebra do ciclo de violência nas gerações familiares

Um problema relacionado à violência doméstica é que a mulher com filhos está mais sujeita a sofrer agressões, o que acaba por estimular um ciclo de violência entre as gerações familiares, como será detalhado a seguir.

A partir dos resultados da pesquisa realizada por Ribeiro em 2015, verificou-se que, em 51,48% dos casos de violência doméstica e familiar, há filhos frutos da relação, tendo a maioria das vítimas espontaneamente relatado que estes já presenciaram cenas da agressão (RIBEIRO, 2015).

O ciclo de violência entre gerações surge, como explica Seixas (2013, p. 9), quando “a criança, que é desde pequena agredida em casa, pensa que esta é a forma como as pessoas se relacionam, porque não conhece outra e mais tarde tenderá a repeti-la com outras pessoas”.

De acordo com Zehr (2015, p. 47), pesquisas mostram que “muitos dos que causam ofensas foram, eles mesmos, vítimas de traumas significativos, e os males sofridos ou percebidos podem ter contribuído para dar origem ao crime”.

A título de exemplo, estudos realizados no México constataam que

[...] os jovens de núcleos familiares violentos, que presenciaram ou foram vítimas de violência, têm a tendência de incorporar a violência (castigo) como padrão, adotar uma postura rebelde de protesto, consumir substâncias como álcool e drogas, fugir de casa ou desenvolver transtornos psicológicos (FERNANDES, 2015, p. 25).

Outras pesquisas apontam que parece existir um padrão na aceitação da violência por mulheres que possuem um histórico de violência, já que estas estão mais propensas a entrar, ou permanecer, em relacionamentos violentos (CASTANHO, 2013).

Dessa forma, verifica-se que

[...] os padrões comportamentais da família são incorporados pelos filhos e por eles repetidos na fase adulta como algo natural. Assim, meninas são criadas para serem boas esposas, mães e obedientes aos maridos. Os meninos são criados para serem fortes, destemidos e até agressivos em determinadas situações (FERNANDES, 2015, p. 53).

Com a formação em um lar violento, sem o acompanhamento adequado, a criança aprende que o homem tem “necessidades sexuais” diferentes

das mulheres e por isso é natural que mantenha outros relacionamentos, ao passo que as mulheres devem ser fiéis e recatadas, pois “pertencem” aos seus parceiros. Todos esses conceitos vão sendo repassados e por isso são incorporados, como se fossem “naturais”, quando na verdade dizem respeito a construções sociais dos papéis dos homens e das mulheres (FERNANDES, 2015).

Nesses casos, a justiça restaurativa é benéfica, já que busca entender quais são as necessidades da família prejudicada, com a participação de todos os envolvidos, incluindo os filhos, para a solução do problema.

Por intermédio dos métodos restauradores, os familiares passam a receber informação uns sobre os outros e todos se envolvem na decisão do que é necessário para que se faça justiça em cada situação específica.

## Outras formas de se fazer justiça

Como citado por Brandão (2010), na justiça retributiva as necessidades da vítima têm pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupando a parte lugar periférico e alienado no processo. Ao revés, na justiça restaurativa, a vítima ocupa lugar de destaque, com voz ativa e controle sobre o que se passa.

O método restaurador se preocupa em especial com as necessidades das vítimas dos atos ilícitos, necessidades estas que não estão sendo adequadamente atendidas pelo sistema de justiça criminal.

São vários os modelos aplicados na justiça restaurativa, sendo a mediação vítima-ofensor um dos mais aplicados e, também, mais criticados nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ao avaliar a literatura sobre a tipologia da violência doméstica, devemos reconhecer que os indivíduos em relacionamentos violentos necessitam de diferentes tipos de tratamento (HOLTZWORTH-MUNROE; STUART, 1994; JOHNSON, 1995 apud STITH; MCCOLLUM, 2013).

Howard Zehr, em seu livro “Justiça Restaurativa” (2015, p. 66), apresenta um encontro entre vítima e ofensor em que, nos casos indicados, trabalha-se com vítima e agressor em separado. Durante esse pré-encontro, o facilitador pode ponderar se o mais adequado para a vítima é o encontro com o

seu ofensor, ou se esta ainda não está pronta para o momento que se segue. Depois, havendo consentimento para que o processo continue, acontece um encontro entre os dois, organizado e conduzido por um facilitador ou cofacilitadores treinados.

Pelo ângulo da mediação penal, é importante que o facilitador do encontro restaurativo esteja atento ao comportamento abusivo do agressor, não aceitando ameaças ou hábitos violentos durante o atendimento, optando até mesmo por eleger outro modelo restaurativo, diferente de um encontro direto.

Destacamos que a justiça restaurativa não é necessariamente mais rápida que a justiça comum que conhecemos hoje. Não é possível que ocorra a composição entre as partes depois de apenas um encontro. Cada grupo familiar tem um problema específico e o imprescindível da recomposição é o reconhecimento do mal cometido, a restauração da equidade entre as partes e um possível acordo para tratar do futuro.

Fundamental, também, no modelo proposto, o encontro posterior ao tratamento restaurativo. Dessa forma, podemos verificar se o acordo está sendo cumprido e se a violência não voltou a acontecer, pois, somente ao falar do futuro, evitamos a reincidência criminal.

Zehr (2015), ao tratar sobre as conferências de grupos familiares, inclusive, determina que deve ser elaborado um plano que contemple as causas e também a reparação da lesão. Plano este que responsabilize adequadamente o ofensor, que inclua elementos de prevenção e, por vezes, punição.

Fundamental para o sucesso do projeto é que o plano obtenha a concordância de todos os presentes na ação restaurativa. Vítima, ofensor, polícia ou promotoria poderão vetar a decisão se algum deles estiver insatisfeito, já que, ainda que a justiça restaurativa seja paralela e complementar ao sistema jurídico atual, seus acordos poderão influenciar a decisão do magistrado no caso penal.

Zehr (2015) ainda destaca que, sem as devidas salvaguardas, os modelos de justiça restaurativa que hoje praticamos podem ser perigosos quando aplicados a situações de violência padronizada ou desequilíbrio de poder, como no caso de violência doméstica.

Defensores das vítimas, inclusive, mostram grande preocupação em relação ao perigo de um encontro entre vítima e ofensor, o que é legítimo em face

do grande perigo desse encontro se transformar em ocasião que perpetue o padrão de violência, ou um processo sem o devido monitoramento por pessoas treinadas para lidar com violência doméstica (ZEHR, 2015).

Alguns dirão que, nesses casos, um encontro nunca é a estratégia apropriada. Outros, inclusive algumas vítimas de violência doméstica, sustentam que os encontros são importantes e poderosos se forem feitos dentro de condições adequadas e com a devida segurança (ZEHR, 2015).

Para Vieira (2017), a principal ameaça ao encontro vítima-ofensor seria a potencial burocratização da mediação, de maneira que o profissional envolvido tome as rédeas da situação e retire a autonomia das partes, deixando, conseqüentemente, de avaliar as necessidades das partes envolvidas.

Conforme destacamos anteriormente, não existe uma única resposta para o significado de justiça restaurativa. Para alguns, a justiça restaurativa será um processo de encontro, um método de lidar com o crime e a injustiça que inclui os interessados na decisão sobre o que deve ser feito. Para outros, representa uma nova concepção de justiça, que não ignora o dano causado pelo delito e prefere a reparação à imposição de pena (PALLAMOLLA apud VIEIRA, 2017, p. 83).

Alguns doutrinadores acreditam que, mesmo com uma ampla implementação da justiça restaurativa, algum tipo de sistema jurídico ocidental (idealmente norteado por princípios restauradores) ainda seria necessário como proteção e defesa dos direitos humanos fundamentais (ZEHR, 2015).

De forma semelhante, Vieira (2017) menciona que, uma vez não solucionado o conflito pela via restaurativa, o ente estatal interviria normalmente, validando a ideia de que a prática restauradora seria uma alternativa, mas não excluiria a justiça tradicional.

Para a supracitada pesquisadora, a preocupação em se utilizar da justiça restaurativa como alternativa para a solução de conflitos envolvendo a violência de gênero é semelhante à que se tinha antes da promulgação da Lei Maria da Penha (VIEIRA, 2017).

Naquela época, os crimes envolvendo violência contra a mulher eram abarcados pela Lei dos Juizados Especiais, o que contribuiu para naturalizar a violência de gênero e a banalização desse conflito (VIEIRA, 2017).

Este é o receio quando se fala em meios alternativos de solução de conflitos nos casos de violência contra a mulher, o risco que se corre de banalizar esse tipo de violência. Todavia, a justiça restaurativa não pretende ser uma nova leitura dos Juizados Especiais Criminais, ela surge como alternativa ao modelo que conhecemos, uma nova forma de enxergar o crime e a justiça (VIEIRA, 2017).

Para Susan Herman (2010 apud ZEHR, 2015, p. 84), este sistema de justiça “paralelo” deveria estar disponível para todos que sofreram um dano, mesmo quando não identificado o ofensor ou quando uma das partes não se dispõe a participar. Dessa forma, os que foram vitimados poderiam satisfazer suas necessidades e um departamento de apoio a vítimas realmente independente poderia ser idealizado, ganhando força tanto no meio social quanto no jurídico.

Esse encontro exclusivamente entre vítimas permitiria, então, a troca de experiências e o diálogo em um espaço seguro. Com o programa definido, as mulheres explicariam suas necessidades e, conseqüentemente, tratariam o mal que o evento causou, deixando o medo no passado.

De outra forma, pode ser útil a vítima encontrar-se com um ofensor substituto, alguém que causou um dano similar a outra pessoa. Ou, ao invés, o ofensor pode se encontrar com uma vítima substituta, para que possa ter responsabilidade sobre seus atos e compreender o dano causado (ZEHR, 2015).

Na cidade de Portland, Estados Unidos, já existe o programa *Domestic Violence Safe Dialogue* – DVSD, em que sobreviventes conversam com acusados de violência doméstica honestamente sobre suas experiências, discutindo como a agressão íntima afetou suas vidas. No programa, as vítimas não conhecem os ofensores presentes na conferência e os agressores podem fazer perguntas ao final da explanação.

Em outras situações, podemos ampliar o círculo de participantes no encontro, transformando o modelo em uma conferência de grupos familiares, incluindo outras pessoas significativas para as partes diretamente envolvidas (ZEHR, 2015). Dessa forma, a vítima pode se sentir mais segura, e o ofensor, com supervisão extra.

Por fim, gostaríamos de destacar que a justiça restaurativa inclui oportunidades de tratamento para os distúrbios que podem levar ao comportamento violento, como o tratamento para o alcoolismo, já que, conforme a pesquisa do

DataSenado (2017), para a maioria das respondentes (24%) a violência foi induzida pelo uso da substância, seguida pelos fatores brigas (19%) e ciúme (16%).

Assim, na visão restaurativa, para corrigir a situação é preciso tratar dos danos e das causas, que podem ser as mais variadas possíveis, incluindo a violência na infância. Nesse ponto, não queremos trazer o ofensor como uma simples vítima, mas é preciso entender os aspectos sociais que causam o delito para que este não continue a acontecer.

Enfatizamos que um objetivo chave da justiça restaurativa é justamente reduzir a probabilidade de futuras ofensas, o que é crucial no combate à violência doméstica, já que muitas vezes esse tipo de violência começa com pequenas ofensas e escalonam até danos irreversíveis.

## Considerações finais

A partir da pesquisa realizada, foi possível analisar a aplicabilidade da justiça restaurativa nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, seja pela mediação vítima-ofensor, seja por outra metodologia restaurativa.

Em um primeiro momento, o capítulo apresenta o conceito de justiça restaurativa e seus princípios. Observa-se que, apesar da definição abstrata, a justiça restaurativa consiste em um paradigma não punitivo, baseado em valores, que identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa.

Desse modo, expomos esta nova forma de fazer justiça, como uma alternativa ao modelo retributivo, tendo em vista a clemência por mudanças mais profundas e concretas diante das ineficiências e deslegitimidade do sistema penal.

Sabemos que a justiça retributiva e seu viés punitivista encontram-se em falência. A superlotação carcerária e o aumento crescente da criminalidade só expandem a insatisfação da sociedade com a justiça. Isto porque o processo tradicional dificilmente estimula o agressor a compreender as consequências de seus atos, enquanto que, no modelo restaurativo, é oferecida uma responsabilização, de forma que entenda a consequência de seu comportamento.

Evidente que a abordagem restaurativa não é livre de imperfeições, principalmente no que tange a ofensas com um significativo desequilíbrio de poder,

a justiça restaurativa pode ser algo desafiador. No entanto, constata-se que, quando os programas são bem desenvolvidos, os resultados podem ser melhores que os da justiça convencional.

Com o uso de práticas restaurativas, as vítimas de violência doméstica reestabelecem o poder e o controle sobre suas vidas e passam a identificar suas próprias necessidades, de forma que novos casos de agressão são evitados. Da mesma forma, a pesquisa salienta a importância de uma restauração para a família como um todo, já que, conforme demonstrado, os filhos presenciam a agressão na maioria das situações. E, como consequência, os danos psicológicos são refletidos no futuro em cadeia sucessória, fomentando a violência como algo natural e banalizado.

Conclui-se, portanto, que o fundamental para a realidade brasileira é a apresentação de um serviço de apoio adequado, com aconselhamento ou terapia para as partes, e treinamento e supervisão rigorosos para os mediadores.

Por último, ressalta-se que a meta para o futuro é ser tão restaurativo quanto possível. Isto é, mesmo que o amanhã nos reserve uma justiça criminal de retaguarda, esta deve ser orientada por princípios e valores restaurativos, de forma que possamos construir uma sociedade mais justa e cooperativa.

## Referências

- BLAY, Eva Alterman. Violência contra a mulher e políticas públicas. **Estud. av.**, São Paulo, v. 17, n. 49, dez. 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142003000300006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300006&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 06 mai. 2018.
- BRANDÃO, Delano Cândio. Justiça Restaurativa no Brasil: conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7946](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7946). Acesso em: 16 mai. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm). Acesso em: 01 mai. 2018.
- CASTANHO, G. Abuso sexual intrafamiliar e transmissão psíquica. In: SEIXAS, Maria D'Angelo; DIAS, Maria (Orgs.). **Violência Doméstica e a Cultura da Paz**. São Paulo: Roca, 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_225\\_31052016\\_02062016161414.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf). Acesso em: 12 mai. 2018.

- DATASENADO. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Secretaria de Transparência. **Senado Federal**, jun. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/data-senado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 10 mai. 2018.
- DROST, L.; HALLER, B.; HOFINGER, V.; VAN DER KOOIJ, T.; LUNNEMANN, K.; WOLTHUIS, A. Restorative justice in cases of domestic violence: Best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs. (**JUST/2013/JPEN/AG/4587**) **WS1. Comparative report: Criminal Justice Programme 2013 with the European Commission Directorate-General Justice**, jan. 2015. Disponível em: [https://www.euforumrj.org/sites/default/files/2019-12/7388\\_restorative\\_justice\\_in\\_cases\\_of\\_domestic\\_violence.pdf](https://www.euforumrj.org/sites/default/files/2019-12/7388_restorative_justice_in_cases_of_domestic_violence.pdf). Acesso em: 04 fev. 2018.
- FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade**. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRARI, Dalka Chaves de Almeida. Violência: Família e intervenção. *In*: SEIXAS, Maria D'Angelo; DIAS, Maria (Orgs.). **Violência Doméstica e a Cultura da Paz**. São Paulo: Roca, 2013.
- JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LARA, Caio Augusto Souza. **A justiça restaurativa como via de acesso à justiça**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCrim, 2009. Disponível em: <https://goo.gl/zcZG8D>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil?. *In*: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.). **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.
- RIBEIRO, Andréa Tavares. Mediação penal como alternativa a processo penal em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 14, n. 46, p. 11-32, edição especial, 2015. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/26d685de-84f3-4d4c-a183-d0fe55011e2c.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.
- SEIXAS, Maria Rita D'Angelo. A cultura de paz e o papel do cuidador familiar. *In*: SEIXAS, Maria D'Angelo; DIAS, Maria (Orgs.). **Violência Doméstica e a Cultura da Paz**. São Paulo: Roca, 2013.
- SOUZA, Maria José Lopes. Rede – um modelo de organização social, eficaz e sustentável, para se efetivar Políticas Públicas no enfrentamento à violência doméstica e sexual. *In*: SEIXAS, Maria D'Angelo; DIAS, Maria (Orgs.). **Violência Doméstica e a Cultura da Paz**. São Paulo: Roca, 2013.
- STITH, Sandra M.; MCCOLLUM, Eric E. Tratamento para violência doméstica focalizado em casais. *In*: SEIXAS, Maria D'Angelo; DIAS, Maria (Orgs.). **Violência Doméstica e a Cultura da Paz**. São Paulo: Roca, 2013.
- VIEIRA, Luana Ramos. **A justiça restaurativa como solução do problema da violência de gênero**. Porto Alegre, RS: Fi, 2017.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: OPAS/OMS, ONU Mulheres, SPM e Flacso, 2015. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em: 26 set. 2020.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa, Teoria e Prática**. Tradução: Tônia Van Acher. São Paulo: Palas Athena, 2015.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: justiça restaurativa para o nosso tempo. Tradução: Tônia Van Acher. São Paulo: Palas Athena, 2008.

# Igualdade material, multiplicidade de normas e a unidade do ordenamento

Larissa de Lima Vargas Souza<sup>1</sup>

## Considerações iniciais

Igualdade e liberdade foram os mais substanciais baluartes da revolução que se enquadrou como marco histórico inicial da Idade Contemporânea. A igualdade revelou-se como mecanismo de reação ao Absolutismo Monárquico, período histórico marcado por distinções imotivadas e duvidosas entre cidadãos

---

1. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV e do Centro Universitário FAESA. Professora dos Cursos de Graduação em Direito da Faculdade do Espírito Santo – FACES e da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim – FDCI. Advogada.

franceses. Posteriormente, paradigmas de desigualdade despertaram a ampliação do alcance do princípio da igualdade: para além da formal, a material.

A igualdade material está intimamente ligada à vulnerabilidade dos indivíduos que, sob vários aspectos, podem se encontrar em posição desfavorável. Fundamental é, pois, a elaboração de medidas que ponham fim à desigualdade natural existente em determinadas situações, ainda que para isso tais medidas prevejam tratamentos distintos às partes envolvidas.

Nosso ordenamento jurídico é repleto de exemplos de efetivação da igualdade material por meio da elaboração de leis e políticas públicas que conferem tratamento diferenciado às partes vulneráveis, com o intuito de reequilibrar uma relação que já nascera naturalmente desequilibrada. Observa-se a consagração da igualdade material no Brasil, por exemplo, na Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), no Decreto-Lei nº 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), na Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), na Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

O crescente – e necessário – influxo dos valores constitucionais sobre as relações privadas revela o fim da dicotomia de outrora entre direito público e direito privado. Verifica-se, então, que a força normativa da Constituição sobre o direito privado é imprescindível para a transição de um estado liberal para um estado social e vislumbra-se, ainda, a transformação de um direito civil autônomo, liberal e insubordinado para o chamado direito civil-constitucional.

Com efeito, percebe-se a emergência de um Estado cada vez mais social, assistencial e promocional, o qual não se atém unicamente à sua função de guarda noturno, mas promove as mudanças que pretende ver acontecendo. Paulatinamente, o Estado liberal clássico de outrora, marcadamente composto por normas negativas, foi sendo substituído pelo Estado assistencial.

No Direito brasileiro, pode-se observar uma multiplicidade de normas, várias delas incidindo, simultaneamente, sobre as mesmas situações jurídicas. Essa multiplicidade de normas é salutar, tendo em vista as novas questões que, dia após dia, surgem e precisam de regulamentação. O ordenamento passou a ser visto não mais como completo, mas como completável.

Vê-se, então, quão importante é a centralidade da Constituição Federal para a garantia da unidade do sistema que, embora seja composto por diversas

normas, faz-se unitário por estar, por completo, sujeito à incidência constitucional direta. Assim, a complexidade do ordenamento passa a residir no fato de que este é composto por uma pluralidade de normas, muitas delas que podem ser aplicadas às mesmas situações. Verifica-se um giro, então, do monossistema ao polissistema.

Não obstante a complexidade do sistema, devido à pluralidade de normas coexistentes, sua unidade passa a ser de possível alcance quando é a Constituição que ocupa essa centralidade sistêmica. A descentralização de fontes normativas, fruto das emergentes demandas sociais e do ativismo legislativo, leva ao perigo de que as situações jurídicas que dão ensejo à formação de novas fontes legais façam surgir, a partir destas, setores independentes e, ilusoriamente, autossuficientes.

Assim, não obstante a enorme importância em salvaguardar especificamente pessoas ou grupos que guardam especial vulnerabilidade, não se pode permitir que esses sistemas não guardem compatibilidade e coerência com a Constituição. A centralidade da Constituição leva à inafastável necessidade de que todo o ordenamento jurídico guarde com essa compatibilidade. Para tanto, é necessário que a aplicação de quaisquer leis, por mais específicas que sejam, passe, antes, pelo filtro constitucional.

## Da igualdade formal à igualdade material: o caminho até aqui percorrido

14 de julho de 1789: a massa popular francesa que compunha o terceiro estado ocupa a Bastilha (prisão símbolo do Antigo Regime), acontecimento que marca o início da Revolução Francesa. Imbuídos de um forte anseio revolucionário, expressado pelo lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, burgueses, trabalhadores e demais membros das camadas populares propuseram uma revolução na França com o intuito de, dentre outros ideais, promoverem a igualdade de todos os cidadãos.

A igualdade e a liberdade foram os mais substanciais baluartes da revolução que se revelou como marco histórico inicial da Idade Contemporânea. A crítica que motivou a Revolução de 1789, no que diz respeito especificamente à igualdade – ou à ameaça desta –, explica-se pela desigualdade estabelecida

pela própria lei, a qual era mantida pelo sistema político dos Estados, como, por exemplo, os privilégios fiscais imotivadamente concedidos ao clero e à nobreza, integrantes do primeiro e segundo Estados, respectivamente.

Mas a ênfase, ou a denúncia, dessas operações não podem justificar uma leitura negativa de todo caso histórico e conceitual, e tanto menos a reavaliação (como já aconteceu) da estrutura jurídica e social do Ancién regime, que certamente expressava os dados de realidade que não eram ocultados, mas cuja presença e prepotência fundamentavam um ordenamento que negava a liberdade e a igualdade, produzindo exclusão e impossibilidade de sair das gaiolas dos status que definiam a condição efetiva da pessoa. O realismo do direito, naquela fase, não era outra coisa que a reprodução e a sanção da estratificação social.

Por não se verem iguais, os franceses também acreditavam que não se veriam livres enquanto não quebrassem com rígidos paradigmas imperantes até então. Essa disrupção na história levou também à renovação do direito:

A renovação do direito tem de ser vista no contexto do Iluminismo, um amplo movimento europeu que assumiu uma atitude crítica diante das idéias e da sociedade do *ancien régime* em geral. A crítica concentrou-se especialmente nos seguintes pontos. Em primeiro lugar, na desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político dos Estados, como seus privilégios fiscais para as ordens da nobreza e do clero e o acesso limitado ao cargo público. Em segundo lugar, nas limitações às pessoas e à propriedade; a servidão ainda existia, enquanto várias restrições feudais e corporativas refreavam a atividade econômica. “Liberdade” e “igualdade” eram, portanto, exigências essenciais tanto nos programas políticos dos déspotas esclarecidos quanto na Revolução Francesa (VAN CAENEGEM, 2000, p. 161-162).

A igualdade formal preconiza que todos sejam tratados de forma igual perante a lei. Inegável foi a importância da igualdade formal para a provocação de medidas que pusessem fim à desigualdade que tratava de forma inferior

trabalhadores e classe burguesa e, doutro modo, concedia privilégios irrazoáveis à nobreza e ao clero.

Posteriormente, a marcha pela igualdade continuou a reverberar mudanças em todo o mundo, inclusive no Brasil. Aliás, a igualdade, no aspecto formal, tem expressa previsão constitucional no artigo 5º, caput, da Constituição Brasileira (1988).

Acerca da necessidade da igualdade formal a fim de evitar a concessão de privilégios e regalias, José Afonso da Silva afirma que:

A afirmação do art. 1 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Mas aí firmara a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas porque fundada “numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea”<sup>2</sup>.

Necessário apontar, ainda, a importante relação existente entre igualdade e democracia:

É que a igualdade constitui o signo fundamental de democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seus privilégios de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa. É importante notar a relação entre igualdade formal e justiça formal, pois “a justiça formal consiste em um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria

---

2. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 216.

essencial devem ser tratados da mesma forma. Aí a justiça formal se identifica com a igualdade formal”<sup>3</sup>.

Vê-se, então, a estrita relação existente entre a igualdade formal e a justiça formal. A igualdade formal tem lugar, então, quando se estiver diante de um grupo cuja relação não apresenta diferenças substanciais que requeiram a adoção de medidas diferenciadas. Em relações equilibradas, o tratamento igual sob o prisma formal evita a ocorrência de favorecimentos ou discriminações.

No entanto, a deflagração da desigualdade intrínseca em determinados contextos relacionais requer a expansão do princípio da igualdade, fazendo emergir, então, a igualdade material.

A igualdade material está intimamente ligada à vulnerabilidade dos indivíduos que, sob vários aspectos, podem se encontrar em posição desfavorável. Segundo Rui Barbosa, “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real” (BARBOSA, 2003, p. 26).

Segundo Tepedino:

O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto perante a lei, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. Para o hipossuficiente, com efeito, a igualdade formal mostra-se cruel, sendo-lhe motivo de submissão ao domínio da parte preponderante. Dai voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana. O alvo da atenção do legislador não é mais o sujeito de direito mas os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes e assim por diante<sup>4</sup>.

---

3. Ibid., p. 70-71.

4. TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15.

Observa-se, ainda, que é salutar que se dê atenção especial aos hipervulneráveis, cuja proteção não consegue se pautar apenas na concepção formal da igualdade, mas, pelo contrário, deve dar atenção especial às singularidades da pessoa humana.

Em suma, tem-se por igualdade formal aquela que trata a todos da mesma e exata maneira e, diversamente, a igualdade material consiste em conferir tratamento desigual àqueles que se encontram em posição desfavorável diante de uma situação desequilibrada.

A efetivação da igualdade material espalha-se por todo o ordenamento jurídico e seus reflexos são vistos, inclusive, no chamado direito privado:

Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção da crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome a solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicação do direito privado<sup>5</sup>.

Necessário destacar que a expansão da igualdade material, além de ser resultado de uma série de aspectos históricos, sociais e culturais, também é fruto de uma tendência do estudo e da interpretação do Direito. Isso porque a ciência jurídica cada vez mais se afasta de uma perspectiva meramente individualista e, pelo contrário, segue em direção a uma tutela da dignidade da pessoa humana mais efetiva, alicerçada na solidariedade social.

---

5. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 231.

A igualdade formal é necessária em determinadas circunstâncias, pois ela se propõe a afastar a arbitrariedade de privilégios e discriminações que não podem ser aceitáveis quando se está diante de um grupo de pessoas em situação semelhante. Não se pode, portanto, prescindir da igualdade formal. Porém, o tratamento igual não pode ser absoluto, pois, se assim o fosse, acarretaria justamente a desigualdade que se propõe a dissipar. Assim é o que dispõe Schreiber<sup>6</sup>:

As leis, como comandos gerais e abstratos, devem, de regra, tratar a todos da mesma maneira. Ninguém imaginará, contudo, que o direito à igualdade se exaure nisso. Diante de uma realidade marcada por profundas desigualdades (sociais, econômicas, sexuais, raciais, etc.), limitar-se à igualdade formal significaria consagrar uma verdadeira farsa.

As previsões constitucionais de igualdade material podem ser verificadas no texto constitucional. Promover ativamente a igualdade e não apenas reprimir o seu desrespeito é premissa de uma igualização eficaz e dinâmica.

Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos construir, garantir, erradicar e promover implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar ação. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades<sup>7</sup>.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva afirma:

A previsão de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3, III), a veemente repulsa a qualquer forma de discriminação

---

6. SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 240.

7. MELLO, Marco Aurélio. Óptica Constitucional – A Igualdade e as Ações Afirmativas. Texto de palestra proferida no seminário “Discriminação e Sistema Legal Brasileiro”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 20/11/2001.

(art. 3º, IV), a universalidade da seguridade social, a garantia do direito à saúde, da educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola – enfim, a preocupação com a justiça social como objetivo das ordens econômica e social (arts. 170, 193, 196 e 205) –, constituem reais promessas de busca de igualdade material<sup>8</sup>.

Vê-se, pois, que a igualdade material está visceralmente ligada à vulnerabilidade dos indivíduos e se apresenta como uma “discriminação que não viola tais direitos [fundamentais], mas, muito ao contrário, os realiza”<sup>9</sup>. Com efeito, a igualdade formal está a revelar uma revolução praticamente realizada, ao passo que a igualdade substancial seria o mesmo que uma revolução prometida<sup>10</sup>.

## Função promocional do direito, fim da dicotomia entre direito público e privado e multiplicidade de normas

A intervenção estatal com escopo de regular as relações díspares é fruto da superação da incomunicabilidade entre direito público e privado. Assim, com esquite constitucional, a igualdade – tanto a formal quanto a material – passa a ser princípio cuja observância torna-se inafastável, mesmo em relações privadas.

Para Gustavo Tepedino:

A alteração de fora da intervenção estatal não subleva a imprescindibilidade da submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental, plasman, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa. A atenção, portanto, se volta para

---

8. SILVA, op. cit., p. 70-71.

9. SCHREIBER, op. cit., p. 241.

10. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 44.

a indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais, cuja utilização direta na solução das controvérsias do direito privado assegura, a um só tempo, a abertura do sistema e sua unidade<sup>11</sup>.

O crescente – e necessário – influxo dos valores constitucionais sobre as relações privadas revela o fim da dicotomia de outrora entre direito público e direito privado.

Parece evidente que a distinção entre direito público e privado, mais que qualitativa, é quantitativa e determinável somente em relação a situações concretas. A unidade do ordenamento significa que os seus princípios inspiradores e caracterizantes estão sempre presentes, enquanto uma nítida distinção entre ordenamento privado e público acaba por contrapor os princípios caracterizantes de um e outro ramo do direito. Qualificar os princípios constitucionais como direito público equivale a fundar o direito privado principalmente sobre o Código Civil, contribuindo a manter estranha às relações civílicas a mais moderna experiência sócio-política. A unidade do ordenamento exige a aplicação dos princípios fundamentais também às relações civis<sup>12</sup>.

Verifica-se, então, que a influência da Constituição sobre o direito privado é imprescindível para a transição de um estado liberal para um estado social, e vislumbra-se, ainda, a transformação de um direito civil autônomo, liberal e insubordinado para o chamado direito civil-constitucional.

Perlingieri<sup>13</sup> assim dispõe sobre a crise entre a distinção rígida entre direito público e direito privado:

---

11. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, Tomo III, p. 7.

12. *Ibid.*, p. 140-141.

13. PERLINGIERI, op. cit., p. 52-53.

A unidade do fenômeno social e do ordenamento jurídico exige o estudo de cada instituto nos seus aspectos ditos privatísticos e publicísticos. A própria distinção entre direito privado e público está em crise. Esta distinção, que já os Romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses. Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse do direito dito público. As dificuldades de traçar linhas de fronteira entre direito público e privado aumentam, também, por causa da cada vez mais incisiva presença que assume a elaboração dos interesses coletivos como categoria intermediária (tome-se como exemplo, o interesse sindical ou das comunidades).

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, a civilística passou por um momento de distinção entre relações jurídicas de caráter público e de caráter privado, eis que a diferenciação deve ser feita com base no interesse preponderante (sem que o outro deixe de se fazer presente). Trata-se, pois, de uma distinção de quantidade e não mais qualitativa<sup>14</sup>.

O reconhecimento da importância da igualdade material e a necessidade de sua efetivação, por meio da intervenção direta do Estado nas relações ditas privadas, são reflexos claros da intervenção cada vez mais ativa do Direito nas relações sociais. Assim,

[...] o Estado assistencial, de fato, não pretende apenas levar a fazer (por meio de normas positivas ou sanções positivas), mas ele mesmo faz. As normas de

---

14. MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 17, p. 83.

organização são precisamente aquelas pelas quais o Estado regula a ação dos próprios órgãos<sup>15</sup>.

Observa-se, nesse Estado assistencial, a concomitância de normas negativas e positivas e, assim, de normas de organização, por meio das quais o próprio Estado promove as mudanças que entende necessárias. O Estado garantidor revela-se cada vez mais atuante nas regulações das diversas áreas. Dentre elas, inelutavelmente, o direito civil. Assim, “diante das novas exigências, o Estado vai se configurando como interventor, planejador e regulador. O direito civil muda de função”<sup>16</sup>.

Em sentido semelhante, Heloisa Carpena Vieira de Mello<sup>17</sup> evidencia a revisão do direito civil engendrada pelo surgimento do chamado Estado Social ao afirmar que “a massificação das relações sociais e a reação que se operou com o surgimento do chamado Estado Social conduziram a uma revalorização do homem, reclamando a revisão dos institutos clássicos do Direito Civil”.

De modo crescente, ganha mais relevo a intervenção estatal por meio de ações diretas, tendo em vista que há um crescente interesse estatal em promover as mudanças pretendidas por meio da regulação da ação de seus órgãos. Têm importância, para este Estado social, ainda, as chamadas técnicas de encorajamento, que estão a revelar uma função cada vez mais promocional do Direito.

A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar

---

15. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2006, p. 1.

16. PERLINGIERI, op. cit., p. 128-129.

17. MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 309.

conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional<sup>18</sup>.

As técnicas de encorajamento almejam proporcionar ou facilitar as demandas sociais que surgem de uma forma não apenas negativa, com o intuito de manter a ordem social, mas também positiva.

É notória a importância que têm, para uma análise funcional da sociedade, as categorias da conservação e da mudança. Considerando agora as medidas de desencorajamento e as de encorajamento de um ponto de vista funcional, o essencial a se destacar é que as primeiras são utilizadas predominantemente com o objetivo de conservação social e as segundas, com o objetivo de mudança. Podemos imaginar duas situações-limite: aquela em que se atribua valor à inércia, isto é, ao fato de as coisas permanecerem como estão, e aquela em que se atribua um valor positivo à transformação, isto é, ao fato de a situação subsequente ser diferente da anterior. No âmbito, pois, das duas situações (de inércia e de transformação), podemos imaginar dois pontos de partida distintos: aquele em que o comportamento seja permitido e aquele em que o comportamento seja obrigatório<sup>19</sup>.

Essas técnicas são, pois, imprescindíveis à promoção de mudanças sociais, cujo alcance não era possível na presença única das chamadas técnicas de desencorajamento, estando aptas, então, à atribuição de um valor positivo à transformação.

A expansão de medidas adequadas a expressar um novo modelo de Estado mais social e interventor espalhou-se pelos diversos ramos do direito, dentre eles, inelutavelmente, o direito privado. Com efeito, os clássicos institutos do

---

18. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011, p. 13.

19. *Ibid.*, p. 19-20.

direito civil passam a ser revisitados pela nova e cada vez mais solidária ótica constitucional, que incide diretamente sobre os direitos privados. Cresce, então, a intervenção estatal por meio de ações diretas.

## Unidade do ordenamento e supremacia da constituição

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas jurídicas dentro de determinado sistema, estando também relacionado às técnicas de produção e de integração das normas nas diversas e sempre dinâmicas áreas do direito. No direito brasileiro, pode-se observar uma multiplicidade de normas, várias delas incidindo, simultaneamente, sobre as mesmas situações jurídicas. Essa multiplicidade de normas tem importância tendo em vista as novas questões que, dia após dia, surgem e precisam de regulamentação.

Houve um tempo de “fetichismo da lei”, em que ao juiz cabia apenas reproduzir o que estava descrito na norma, sem poder interpretá-la. Assim, o Código Civil era a única fonte a que o juiz poderia recorrer para tratar de questões do direito privado. Assim, “a miragem da codificação é a completude: uma regra para todo caso. O código é para o juiz um prontuário, que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode se afastar”<sup>20</sup>.

Passou-se a conceber a existência, então, de um monossistema, cujo alcance consistia no Código Civil, sobretudo o Código Civil Francês de 1804, sucessivo à Revolução Francesa de 1789. Acreditava-se absolutamente na completude e suficiência do Código, e não se admitia a existência de lacunas.

Segundo Bobbio<sup>21</sup>:

O dogma da completude, ou seja, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em todos os casos, uma solução sem que se recorra à equidade, foi dominante, e em parte o é até hoje, na teoria jurídica continental, de origem romanística. Alguns o consideram como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico. Retrocedendo no

---

20. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011, p. 120.

21. *Ibid.*, p. 119.

tempo, esse dogma da completude nasceu provavelmente na tradição romanística medieval, quando o direito romano passa, pouco a pouco, a ser considerado o direito por excelência, enunciado em definitivo no *Corpus iuris*, ao qual nada há a acrescentar nem a tolher, pois contém as regras com que o bom intérprete é capaz de resolver todos os problemas jurídicos que já lhe foram apresentados e que irão se lhe apresentar.

A expressão “microsistema” é de autoria do italiano Natalino Irti<sup>22</sup> e foi introduzida no século XX (1979). O autor tratou do movimento da descodificação, ocorrido a partir do final do século XIX, quando passaram a ser criadas leis especiais e pequenos códigos que eram retirados do Código Civil geral. Segundo Natalino, houve uma “fuga do Código Civil” por meio da descodificação.

A partir da sobredita fuga do Código, no qual se alicerçava a centralidade do sistema, houve uma descentralização normativa, consistente na elaboração de inúmeras leis na medida em que surgiam novas demandas sociais carentes de regularização.

A perda da suficiência do Código Civil levou à busca por outros meios para regularem as situações emergentes na sociedade. Assim, cada lei que departamentalizava alguma situação inaugurava um novo “microsistema”.

Nesta direção, não é dado confundir a pluralidade de fontes normativa com os denominados microsistemas. Como se sabe, a doutrina que defende a existência de microsistemas acredita que o ordenamento se constitui de centros de gravidade autônomos, fragmentados, cada qual com sua lógica e principiologia própria. Tal concepção, contudo, não se mostra suficiente para explicar a dinâmica do ordenamento, porque a pluralidade de fontes normativas deve conviver com uma unidade axiológica, conferida pelas normas constitucionais. Unidade esta que se revela ainda mais necessária diante das

---

22. IRTI, Natalino. *Letà della decodificazione*. **Diritto e Società**, n. 03-4, 1978.

mudanças provocadas pelas inovações tecnológicas, sobre as quais tanto se debateu neste Congresso, que precisam ser enfrentadas com coerência, impossibilitando que a profusão de normas regulamentadoras provoque o surgimento de soluções díspares para os diversos setores do ordenamento. Conforme já se observou em outra sede, “tais considerações não parecem ociosas, ganhando, antes, especial importância, quando se verifica a impossibilidade de regulamentação de tantas novas situações que se proliferam a cada dia, bem como a dificuldade de conhecimento (não só por parte do cidadão comum, mas também por parte dos operadores), da difusa legislação em vigor”<sup>23</sup>.

Vê-se, então, que há alguma rejeição por parte da doutrina à expressão “microsistemas”, eis que sua repercussão pode levar à errônea ideia de fragmentariedade do sistema. Isso porque o ordenamento jurídico deve ser unitário, por meio da harmonização da multiplicidade de fontes normativas aos valores constitucionais.

Como é cediço, o Direito não é estagnado e não está imune às alterações que ocorrem na história. Aliás, O Direito deve, em certa medida, estar em consonância com a realidade. Assim afirma Perlingieri<sup>24</sup>:

A praxe, entendida como direito vivente contraposto às interpretações doutrinárias do dado normativo, tem um significado ambíguo, preferido ademais pelos operadores práticos que tendem a examinar os institutos sob um ponto de vista fenomenológico, sem se questionar sobre a sua *ratio*. Esse significado pressupõe ou a antinomia entre o direito formal (morto) e o direito substancial (vivente) ou a superação e, portanto, a prevalência do direito substancial sobre aquele formal. Na realidade, ambos os perfis são co-essenciais e só podem se realizar em

---

23. TEPEDINO, op. cit., p. 29.

24. PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Renovar, 2008, p. 109.

função recíproca em uma verificação contínua da congruidade da *ratio legis*, além do primado da *voluntas* normativa, sobre a atualidade ocasional.

Assim, à medida que a codificação envelhecia (sobretudo na França, cujo Código Civil de 1804 serviu de exemplo a várias outras codificações) percebeu-se que o Código era insuficiente a regular as situações. Bobbio<sup>25</sup> narra as razões justificadoras desse fenômeno:

As razões pelas quais, no fim do século passado, esse movimento contra a estatização jurídica e o dogma da completude surge e se desenvolve são várias. Contudo, parece-me que as principais sejam estas duas. Em primeiro lugar, à medida que a codificação envelhecia (e isso vale, sobretudo, para a França), descobriam-se insuficiências. O que em um primeiro momento é objeto de admiração incondicionada, torna-se, pouco a pouco, objeto de análise crítica, sempre mais exigente, e a confiança na onisciência do legislador diminui ou deixa de existir. Na história do direito da Itália, basta confrontar o comportamento da geração mais próxima aos primeiros códigos, aquela entre 1870 e 1890, e o comportamento da geração seguinte. Falou-se, muitas vezes, da passagem de uma jurisprudência exegética para uma jurisprudência científica para indicar, entre outras coisas, o desenvolvimento de uma crítica livre em relação aos códigos, que preparou sua reforma. [...] Em segundo lugar, paralelamente ao processo natural de envelhecimento de um código, é preciso considerar que na segunda metade do século passado ocorreu, por obra da chamada Revolução Industrial, uma profunda e rápida transformação da sociedade, que faz com que as primeiras codificações – que refletiam uma sociedade ainda principalmente agrícola e pouco industrializada – parecessem ultrapassadas, portanto, insuficientes e inadequadas, e acelerou seu processo natural de envelhecimento.

---

25. BOBBIO, op. cit., p. 122-123.

Passaram a surgir, então, alguns questionamentos quanto à onisciência do Legislador. A ideia de que o Legislador seria capaz de prever todas as situações imaginadas e imagináveis, cerceando qualquer atividade interpretativa do juiz, entrou em crise.

Evidentemente, em nenhum momento da história é factível que haja leis capazes de regular todas as demandas sociais. No entanto, a insuficiência da lei não pode se revelar como óbice à aplicação do direito. Era evidente o descompasso entre o direito constituído e a realidade social. Isso levou, evidentemente, ao fim do dogma da completude. O ordenamento passou a ser visto não mais como completo, mas sim como completável. Segundo Bobbio<sup>26</sup>:

Vimos na parte 2 que o dogma da completude é historicamente conexo à noção estatista de direito. Não é necessário acreditar, porém, que a completibilidade de um ordenamento fosse confiada unicamente à norma geral exclusiva, isto é, à regra de que todo caso não regulado é regulado pela norma que o exclui da regulamentação do caso regulado. Entre os casos inclusos expressamente e os casos excluídos existe todo um ordenamento, como já advertimos, uma zona incerta de casos não regulados, mas com potencial atração as esferas de influência dos casos expressamente regulados. Todo ordenamento prevê os meios ou as soluções capazes de penetrar nessa zona intermediária, de ampliar a esfera do regulado em relação à do não regulado. Vimos, de resto, no segundo capítulo, que os ordenamentos de que falamos são ordenamentos complexos, cujas normas provêm de fontes diversas, embora reunidas, por meio da ordem hierárquica, em uma unidade. Se um ordenamento jurídico não é, estaticamente considerado, completo, a não ser por meio da norma geral exclusiva, todavia, dinamicamente considerado, é completável.

Surge, então, a denominada “era dos estatutos”, caracterizada pela pluralidade de normas que visavam preencher as “lacunas” que surgiam em decorrência

---

26. *Ibid.*, p. 146.

da constatação de novos aspectos carecedores de regulamentação. Conforme Tepedino:

A complexidade do ordenamento, resultante de inúmeros fatores, tais como a composição legislativa, o sistema sócio-cultural, a aplicação jurisprudencial das normas, traduz a pluralidade de fontes normativas, mas há de ser compreendida de forma unitária a partir da tábua axiológica contida na Constituição Federal. Com efeito, a Constituição exerce papel unificador do sistema, permitindo a harmonização da pluralidade de fontes normativas<sup>27</sup>.

Ainda, segundo Perlingieri<sup>28</sup>:

Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global.

A despeito da importância do surgimento de fontes normativas plúrimas, certo é que estas nunca serão suficientes a abarcar todos os fatos jurídicos – e nem se lhes pode exigir essa pretensão. A pluralidade de normas acarreta, ainda, a possibilidade de que duas fontes normativas regulem a mesma situação jurídica de forma diversa. É possível, ainda, que as chamadas “legislações de

---

27. TEPEDINO, op. cit., p. 28.

28. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 6.

emergência”, de natureza infraconstitucional, tenham, *a posteriori*, sua compatibilidade com os valores constitucionais questionada:

Se um ordenamento jurídico é composto de várias normas, disso advém que os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que nascem das relações das diversas normas entre si. Em primeiro lugar, trata-se de saber se essas normas constituem uma unidade, e de que modo a constituem. O problema fundamental que deve ser discutido a esse respeito é o da hierarquia das normas. À teoria da unidade do ordenamento jurídico é dedicado o segundo capítulo. Em segundo lugar, trata-se de saber se o ordenamento jurídico constitui, além da unidade, também um sistema. O problema fundamental que é colocado em discussão a esse respeito é o das antinomias jurídicas. [...] Todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente (se não efetivamente) sistemático, pretende ser também completo. O problema fundamental que aqui é discutido é das assim chamadas lacunas do direito<sup>29</sup>.

A partir de então, ganha enorme relevo a atividade interpretativa do juiz. Assim, o dogma da subsunção (encaixar a premissa menor à premissa maior) deixa de ser absoluto. Não mais prevalece, portanto, o brocardo *in claris no fit interpretatio*, segundo o qual a interpretação só será necessária quando a norma não se fizer clara. Segundo o autor italiano Pietro Perlingieri, a interpretação não deve ter caráter subsidiário e sua ocorrência não se limita às hipóteses de obscuridade da norma.

Pelo contrário, a interpretação far-se-á sempre necessária, de modo que a clareza é um *posterius*, e não um *prius* da atividade interpretativa.

As interpretações literais, lógicas, sistemáticas não são nem podem ser fases cronológicas e logicamente distintas; elas são perfis e critérios de um processo cognoscitivo unitário. Seria absurdo reconhecer entre os critérios, uma espécie de concorrência ou

---

29. BOBBIO, op. cit., p. 48-49.

de contraste “quase como se fossem configuráveis como pretendentes em luta entre si, aspirantes a uma aplicação exclusiva”. O diverso comportamento, que exclui ou limita a normal utilização destes critérios, apóia-se em um equívoco que consiste na substituição da lógica jurídica pela formal reduzindo a tarefa da interpretação a uma “operação de subsunção silogística semelhante, no seu rígido automatismo, às operações aritméticas”. O brocardo *in claris non fit interpretatio* relaciona-se à enunciação da norma como um juízo lógico, enquanto, a rigor, ela é “um instrumento modelado para disciplinar a vida de relação”. O intérprete não se pode limitar a tomar conhecimento da fórmula legislativa, mas deve investigar a *ratio iuris*, a sua tarefa não pode variar segundo que seja chamado a aplicar leis “claras” ou leis “ambíguas”: a clareza não é um *prius* (o pressuposto), mas é um *posterius* (o resultado) da interpretação<sup>30</sup>.

Vê-se, pois, que a interpretação não é um processo de fórmula legislativa, pois “o intérprete não se pode deixar influenciar pela minúcia analítica do legislador infraconstitucional, supondo que tal detalhamento regulamentar vincule mais do que as cláusulas gerais veiculadoras de princípios hierarquicamente superiores”<sup>31</sup>. Segundo Pietro Perlingieri:

O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, “existencial”, que se torna história na sua relação com os outros homens<sup>32</sup>.

---

30. PERLINGIERI, op. cit., p. 616.

31. TEPEDINO, op. cit., p. 31.

32. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1.

A clareza da norma não mais está propriamente no texto legal, mas é fruto da interpretação feita pelo jurista. Todas essas alterações abriram um leque muito maior às possibilidades interpretativas de normas a serem aplicadas a casos concretos, e isso ainda é uma realidade.

A resolução de antinomias e lacunas deve, necessariamente, submeter-se à premissa de supremacia da Constituição. Todas as normas devem guardar compatibilidade e expressar os ideais presentes no invólucro constitucional. A este teor, Tepedino afirma que:

O Direito Civil perde, então, inevitavelmente, a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no Código Civil. [...] O intérprete passa então a se valer dos princípios constitucionais, como normas jurídicas privilegiadas para reunificação o sistema interpretativo, evitando, assim, as antinomias provocadas por núcleos normativos díspares, correspondentes a lógicas setoriais nem sempre coerentes<sup>33</sup>.

A Constituição deve, portanto, incidir diretamente sobre todas as situações, o que vai muito além de a Constituição resolver antinomias. Destarte:

A segurança jurídica há de se estabelecer a partir deste compromisso axiológico que, ao fim e ao cabo, prestigia mais a segurança do que a velha subsunção, já que esta, a rigor, acaba por esconder opções valorativas individuais do intérprete ou do legislador. É preciso, portanto, fortalecer e difundir a teoria da argumentação, para legitimar o discurso jurídico e a decisão judicial. Mas a argumentação associa-se à interpretação unitária do ordenamento, não já à valoração individual de cada intérprete unitária do ordenamento, não já à valoração individual de cada intérprete ou de cada Juiz. O magistrado, ao solucionar o caso concreto, observa também o professor Pietro Perlingieri, traduz a totalidade do

---

33. TEPEDINO, G. Normas constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. Separata de: **Stvdia Jvridica**, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, v. 48, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 332.

ordenamento, complexo e unitário. Cada decisão revela, desta maneira, o ordenamento no caso concreto, preservando-se a segurança jurídica. Daqui a atualidade lancinante do direito civil-constitucional: “A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam”<sup>34</sup>.

Ao intérprete cabe, pois, analisar se, ao julgar o caso concreto, a normativa aplicada está de acordo com os preceitos constitucionais. Importante ressaltar que, no entanto, a discricionariedade do juiz não pode se revelar como um “convite ao exercício indiscriminado do ativismo judicial”:

No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame de argumentação desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação<sup>35</sup>.

Acerca da legalidade constitucional, Luiz Roberto Barroso afirma que:

---

34. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar: 2008, Tomo III, p. 39-40.

35. *Ibid.*, p. 26.

A legalidade constitucional, a despeito da compulsão com que se emenda a Constituição, vive um momento de elevação: quase duas décadas sem ruptura, um verdadeiro recorde em um país de golpes e contra-golpes. Ao longo desse período, destituiu-se um Presidente, afastaram-se Senadores e chegou ao poder um partido de esquerda, sem que uma voz sequer se manifestasse pelo desrespeito às regras constitucionais. Nessa saudável transformação, não deve passar despercebido o desenvolvimento de uma nova atitude e de uma nova mentalidade das Forças Armadas. E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional<sup>36</sup>.

Imprescindível é, portanto, que a base axiológica constitucional sirva de arrimo à atividade interpretativa, eis que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e devem incidir diretamente sobre todas as situações jurídicas.

Não obstante a complexidade do sistema, devido à pluralidade de normas coexistentes, sua unidade passa a ser de possível alcance quando é a Constituição que ocupa essa centralidade sistêmica. Segundo Barroso, ao discorrer sobre o princípio da supremacia da Constituição:

Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema.

---

36. BARROSO, Luiz Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Tomo III, p. 5-6.

As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que podem ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar – controle incidental de constitucionalidade – ou o Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter erga omnes, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle principal ou por ação direta)<sup>37</sup>.

A grande pretensão do constituinte pelo maior alcance possível da Constituição em relação às demandas sociais fez com que a lei maior previsse, dentre outros fatores de suma importância, inúmeros direitos fundamentais. A crescente oxigenação da sociedade e o constante surgimento de novas situações que carecem de resolução fazem com que, muitas vezes, direitos fundamentais encontrem-se em aparente colisão.

O grande alcance da Constituição, por meio de vários – e importantíssimos – direitos fundamentais gera aos cidadãos o direito de pleitear a observância desses direitos, tanto pelos particulares quanto pelo próprio Estado.

A celeuma se instaura quando dois direitos, ambos de matriz constitucional, entram em aparente conflito. Ante a ausência – e impossibilidade metodológica – de hierarquia entre as normas constitucionais, cabe indagar como se dará a resolução dessa espécie de antinomia. A esse respeito, assim assevera Barroso<sup>38</sup>:

---

37. *Ibid.*, p. 36.

38. BARROSO, *op. cit.*, p. 65-66.

O direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essa hipótese de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o temporal – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior –, e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Esses critérios, todavia, não são satisfatórios quando o conflito se dá entre normas constitucionais. Aqui avulta o papel dos princípios no processo de interpretação. Os princípios constitucionais são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, são as normas eleitas pelo constituinte originário como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve iniciar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, partindo-se do mais genérico para o mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

Diante da colisão de princípios, ganha enorme relevo – e imprescindibilidade – a técnica da ponderação. Sobre a ponderação, Barroso<sup>39</sup> afirma:

Quando surgem efetivamente situações de conflito – como, e.g., as que contraponham o princípio da livre iniciativa e o da intervenção do Estado no domínio econômico, ou o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade – cabe ao intérprete buscar a conciliação possível entre as proposições aparentemente antagônicas, procedendo a uma ponderação de valores. A ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério

---

39. *Ibid.*, p. 68.

abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O Legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Relembre-se: as regras incidem sob a forma de “tudo ou nada” (Dworking), ao passo que os princípios precisam ser sopesados.

A importância dos princípios e o papel unificador que a Constituição tem frente ao ordenamento jurídico passam a ser determinantes no contexto dos chamados “microsistemas”.

Dizer que alguns segmentos legais têm matriz constitucional (por exemplo, Código de Defesa do Consumidor, Consolidação das Leis do Trabalho, Estatuto da Criança e do Adolescente) não é o mesmo que dizer que todas as produções legislativas acerca de grupos vulneráveis pertencentes a esses seguimentos serão constitucionais ou, então, serão prevalentes na hipótese de colisão com outro direito fundamental.

Ademais, a supremacia da Constituição é imprescindível à manutenção da unidade do ordenamento:

[...] numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do funcionamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microsistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes

na chamada legislação especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo que do ponto de vista de sua legitimidade<sup>40</sup>.

Imprescindível é, portanto, que os princípios constitucionais reverberem efeitos em todo o ordenamento, não apenas em sua concepção, mas também no momento de sua aplicação. Isto é, não basta que a Constituição preveja direitos a serem tutelados por leis infraconstitucionais. É necessário também que todas as fontes legislativas, para serem aplicadas, guardem compatibilidade com a Constituição.

## Considerações finais

Esta pesquisa buscou desenvolver o princípio da igualdade material, cuja disseminação tem levado ao surgimento de diversas fontes legais elaboradas com o intuito de garantir e efetivar direitos daqueles que, por algum motivo, encontram-se em posição de vulnerabilidade. Em um segundo momento, tentou-se concatenar a emergente elaboração legislativa, que dá ensejo aos denominados “microsistemas”, com a necessária supremacia constitucional.

Posteriormente, foi abordada a era dos estatutos, a partir de quando chega ao fim o dogma da completude e o ordenamento passa a ser visto não mais como completo, mas como completável. Assim, o referido dogma abre espaço à simultaneidade de normas com igual possibilidade de aplicação, em abstrato, a situações em comum. Parte-se do monossistema ao polissistema.

Com efeito, o enfoque consistiu na importância da centralidade da Constituição para a manutenção da unidade do ordenamento jurídico. Assim, a resolução de antinomias e lacunas deve, necessariamente, submeter-se à premissa de supremacia da Constituição. Dessa forma, todas as normas devem guardar compatibilidade e expressar os ideais ínsitos no invólucro constitucional.

A aplicação, direta ou indireta, da Constituição ganha enorme relevo diante da multiplicidade de fontes legislativas, muitas delas a inaugurar um novo

---

40. PERLINGIERI, op. cit., p. 6.

“microsistema”. Não podem esses sistemas, dada sua almejada completude e pretensa polivalência, terem a pretensão de serem aplicados sem, antes, conferirem se estão em consonância com os valores constitucionais.

É cediço, pois, que a coexistência de diversas fontes legais não pode, de forma alguma, se revelar como óbice à unidade do ordenamento. Para tanto, mister é que essa unidade seja, sempre, garantida pelo recurso necessário de todas as fontes legais aos valores constitucionais.

## Referências

- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Papagaio, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Teses**. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- IRTI, Natalino. Letà della decodificazione. **Diritto e Società**, n. 03-4, 1978.
- MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MELLO, Marco Aurélio. Óptica Constitucional – A Igualdade e as Ações Afirmativas. Texto de palestra proferida no seminário Discriminação e Sistema Legal Brasileiro, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 20/11/2001.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 17, p. 7989, 1999.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 779, set. 2000.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. São Paulo: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. **Stvdia Iuridica**, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 48, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 323-345.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Esta obra foi composta nas tipologias Minion Pro e Segoe UI e foi impressa em papel Pólen Soft® 80 grs./m<sup>2</sup>, na primavera de 2020.

# Reflexões Jurídicas

Tomo I

O livro *Reflexões Jurídicas – Tomo I* foi redigido por vários autores e reúne artigos jurídicos de diversos ramos do Direito, tais como Direito Constitucional, Processual Civil, Direito Penal, Filosofia do Direito, dentre outros. A obra será de grande valia, especialmente para os alunos do curso de Direito, que poderão utilizá-lo para pesquisa e em eventual orientação acadêmica. Por isso, sugiro uma leitura atenta, uma vez que os temas propostos pelos autores detêm um aprofundamento da matéria, procedendo uma visão prática aliada a uma abordagem doutrinária, geralmente não encontrada em Manuais de Direito.

**Desembargador Ney Batista Coutinho**



encontrografia

encontrografia.com  
www.facebook.com/Encontrografia-Editora  
www.instagram.com/encontrografiaeditora  
www.twitter.com/encontrografia