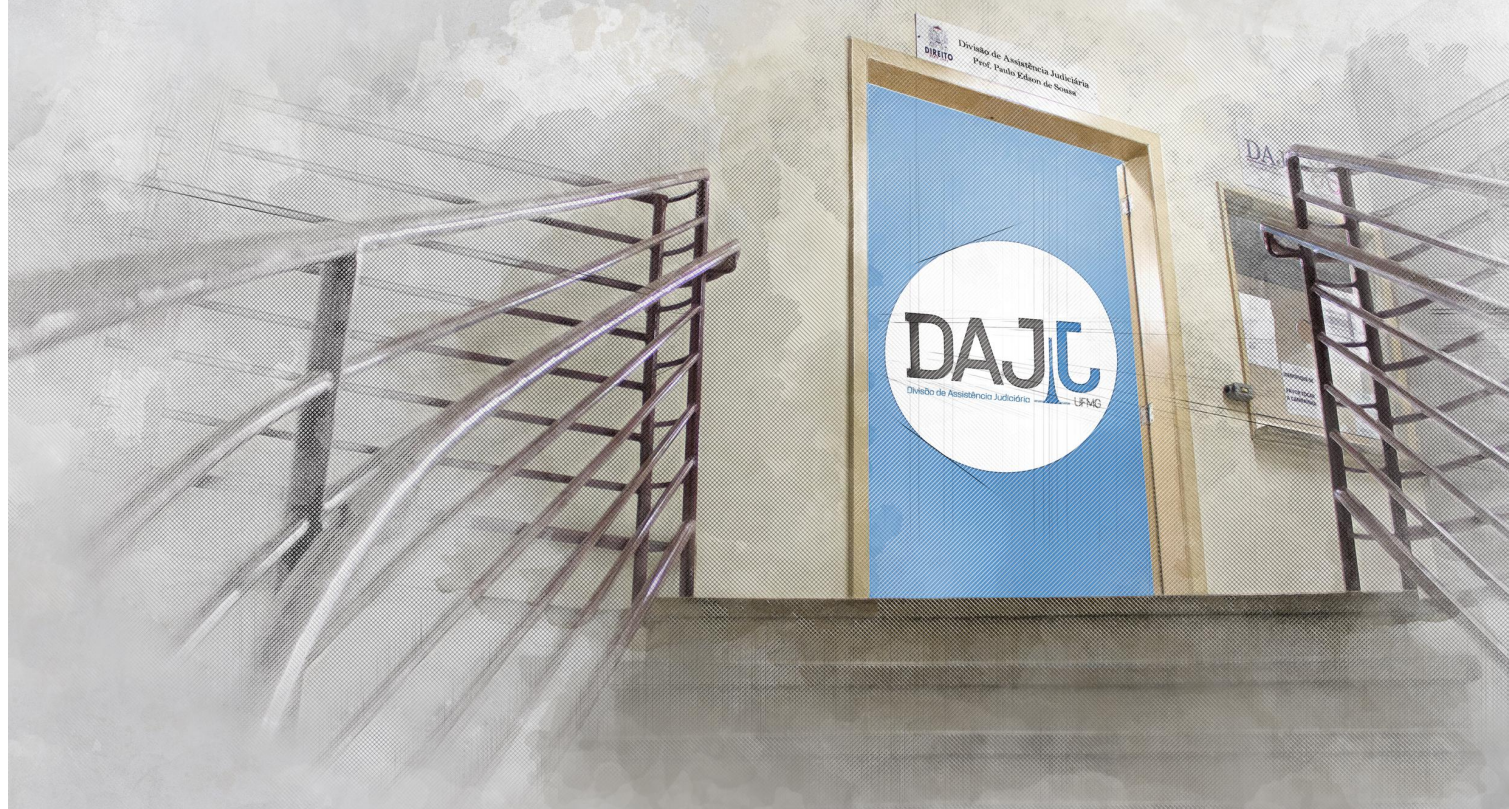


RBPJL

Revista Brasileira de Prática Jurídica



REVISTA BRASILEIRA DE PRÁTICA JURÍDICA

Edição comemorativa dos 60 anos da DAJ

N.1 – nov. 2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
Divisão de Assistência Judiciária Prof. Paulo Edson de Sousa

REVISTA BRASILEIRA DE PRÁTICA JURÍDICA

REVISTA BRASILEIRA DE PRÁTICA JURÍDICA – BELO HORIZONTE – N.1
NOV. 2018

2018 REVISTA BRASILEIRA DE PRÁTICA JURÍDICA

Formato digital

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

Esta revista encontra-se disponível em: <https://rbpj.direito.ufmg.br>

Revista Brasileira de Prática Jurídica [recurso eletrônico] =
Brazilian Journal of Legal Practice / FDCE - UFMG, Divisão de Assistência
Judiciária, DAJ-UFMG – n. 1, Edição Comemorativa dos 60 anos da DAJ
(nov. 2018) - . –
Dados eletrônicos. – Belo Horizonte, MG : UFMG, 2018- .

Periodicidade: Anual

Modo de acesso: <<https://rbpj.direito.ufmg.br>>

Texto em inglês e português

1 – Direito. 2 – Prática Jurídica – Periódicos – Divisão de Assistência
Judiciária – Faculdade de Direito da UFMG.

CDU – 34 (05)

CDU – 340.005

Capa: Gabriel Fernando Santiago de Souza

DIVISÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PROF. PAULO EDSON DE SOUSA
FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

Av. João Pinheiro, 100 – 7º andar

CEP 30130-180 – Belo Horizonte – MG – Brasil

Tel: (31) 3409-8667

<https://rbpj.direito.ufmg.br>

revistadajufmg@gmail.com

REVISTA BRASILEIRA DE PRÁTICA JURÍDICA

Divisão de Assistência Judiciária Prof. Paulo Edson de Sousa

DIRETORA DA DAJ

Profa. Dra. Renata Vieira Maia

VICE-DIRETOR DA DAJ

Prof. Dr. Júlio César Faria Zini

DIRETOR ADJUNTO DA DAJ

Paulo Vitor Cordeiro Repolês

VICE-DIRETORA ADJUNTA DA DAJ

Thalita de Fátima Andrade Bonfim

EDITORA RESPONSÁVEL

Profa. Dra. Mônica Sette Lopes (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Profa. Dra. Camila Silva Nicácio (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Prof. Dr. Gustavo Siqueira Silveira (Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ - Brasil)

Profa. Dra. Juliana Cordeiro de Faria (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Profa. Dra. Misabel Abreu Machado Derzi (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)

COMISSÃO EXECUTIVA

Ana Clara Abrantes Simões (Bacharela em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Ana Luiza Braga Guatimosin (Bacharela e Mestranda em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Arthur Barrêto de Almeida (Bacharel e Mestrando em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel (Mestra e Doutoranda em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Danilo Ribeiro Peixoto (Mestre e Doutorando em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Mariana Ferreira da Silva (Graduanda em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Robson Gonçalves Valadares Filho (Graduando em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Victor Hugo Cardoso dos Santos (Graduando em Direito pela UFMG - Belo Horizonte, MG - Brasil)

COLABORADORES

Diego Manenti Bueno de Araújo

Gabriel Fernando Santiago de Souza

Mariana Lana

Equipe de Informática Jr. da UFMG

Equipe de Informática da Faculdade de Direito da UFMG

Sumário

Editorial

Mônica Sette Lopes.....9

Homenagem

Ainda Há Afeto no Direito? Homenagem ao Professor Humberto Agrícola Barbi.....10
Diego Manenti Bueno de Araújo

Artigos

A Vontade nos Contratos.....12
Humberto Agrícola Barbi

A Proteção Jurídica do Trabalhador no Âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos.....28
Adriana Letícia Saraiva Lamounier Rodrigues
Diego Manenti Bueno de Araújo

O Papel do Advogado na Mediação.....44
Aline Ferreira Gomes de Almeida
Rafaella Rodrigues Malta

Fontes do Direito e Circulação de Modelos Jurídicos: o Sistema de Precedentes na *Common Law* e no Novo Código de Processo Civil.....52
Fabiana de Menezes Soares
Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel

Assessoria Especializada em Direitos Humanos em Casos Individuais: Metodologias Clínicas de Advocacia Estratégica em Direitos Humanos.....73
Daniela Bicalho Godoy
Letícia Soares Aleixo
Thiago Moreira Gonçalves

Violência Doméstica e Interseccionalidade: Apontamentos Sobre os Limites do Sistema Punitivo Estatal.....90
Elisa Borges Matos
Zilda Manuela Onofri Patente

“Chega de Golpes”, “O País Já Vive a Constituição”: Expectativas, Efetividade Constitucional e Esperanças na Imprensa Brasileira nos Dias 05 e 06 de Outubro de 1988.....105
Gustavo Silveira Siqueira

O Acesso à Justiça e o Cotidiano dos Balcões Judiciais. Uma Relação Possível?.....118
Janaina Dantas Germano Gomes

A Resolução 163 do CONANDA Como Meio de Tutela das Crianças Enquanto Coletividade.....	151
<i>Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau</i>	
<i>Joanna Paixão Pinto Rodrigues</i>	
Impasses ao Direito à Identidade de Gênero à Luz da Prática Jurídica.....	171
<i>Júlia Silva Vidal</i>	
<i>Daniella Monteiro de Lima Borges</i>	
<i>Vivian Carolina Rodrigues Lopes</i>	
Novos Contornos da Teoria da Causa Madura no Código de Processo Civil: Sua Repercussão no Direito Processual do Trabalho.....	188
<i>Luiz Ronan Neves Koury</i>	
Professora, Como se Aprende Isso?.....	207
<i>Mônica Sette Lopes</i>	
<i>Mário Colombi Gava</i>	
Programa Polos de Cidadania: Contribuições para a Realização do Direito ao Trabalho Digno por Meio de Práticas Extensionistas Voltadas Para o Cooperativismo e a Qualificação Profissional.....	231
<i>Sielen Barreto Caldas de Vilhena</i>	
<i>Ana Laura Gschwend Monteiro</i>	
<i>Barbara Franciele Oliveira Gualberto</i>	
<i>Luísa Bergara de Souza</i>	
Da Natureza Mandamental da Tutela Provisória Cautelar.....	245
<i>Renata Christiana Vieira Maia</i>	
<i>Fernando Gonzaga Jayme</i>	
Notas da edição	
Homenagem ao Professor José Olympio de Castro Filho.....	259
<i>Alberto Deodato Maia Barreto Filho</i>	
Nota: Premiação Prof. José Olympio de Castro Filho.....	264
Sobre os autores.....	265

APRESENTAÇÃO

Para que serve uma revista jurídica?

Por que produzir uma revista sobre a prática jurídica?

A resposta a essas perguntas pode beirar a obviedade quando se trata de explicar as razões de criação da Revista Brasileira de Prática Jurídica, vinculada à DAJ - Divisão de Assistência Judiciária Prof. Paulo Edson de Sousa.

Uma revista jurídica existe para prospectar, na rapidez dos artigos, a discussão de temas e de problemas relevantes para o conhecimento do direito. Há uma faixa significativa de acontecimentos e de questões pertinentes aos processos de aplicação (prática) e de produção dos fenômenos jurídicos típicos (legislação, decisão judicial, contratos etc.) que deve ser explorada, epistemologicamente, em sua concretude. E isso se torna mais importante quando se trata de dissecar as versões e os percursos de aprendizagem a partir dos três vetores da produção universitária (ensino, pesquisa e extensão) no campo da aplicação do direito.

Inaugurada em agosto de 1958, como Departamento de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG, a DAJ, responde pela prestação de serviços jurídicos gratuitos aos economicamente desfavorecidos. E isso é feito na medida em que propicia aos bacharelandos do curso de Direito o acesso à prática judiciária e extrajudicial, configurando-se um espaço privilegiado para o exercício da atividade forense, da consultoria, da pesquisa e da extensão em geral.

A Revista Brasileira de Prática Jurídica vem cobrir lacuna havida desde 1999, quando foi publicada a última edição da Revista *da D.A.J.*, criada na década de 1980. Afirmando a imprescindível integração entre prática e epistemologia jurídica, retoma-se esse antigo projeto, ainda que com novos contornos, visando a canalizar a expressão das dinâmicas do direito.

Com este primeiro volume, abre-se um veeiro para a exploração dos vários matizes da experiência jurídica e, de modo muito agudo, da vivência do aprendizado do direito não apenas como técnica versada em abstração, mas como encontro com o movimento da vida.

E para deixar bem marcada a importância do que se anuncia, este volume traz, logo no início, uma homenagem ao Professor Humberto Barbi, que condensa aspectos essenciais do pensamento e da pesquisa em torno dos percursos de formação para a aplicação do direito. É como se o Professor continuasse na DAJ, às terças e às quintas-feiras, agora e para sempre, a nos desejar boa sorte nos caminhos que se escancaram para a Revista hoje e no futuro sem limites.

Boa leitura.

Novembro de 2018.

Profa. Mônica Sette Lopes
Editora da Revista Brasileira de Prática Jurídica

AINDA HÁ AFETO NO DIREITO? HOMENAGEM AO PROFESSOR HUMBERTO AGRÍCOLA BARBI¹

Advirto, de início, que este texto é sobre memórias afetivas. Lembranças são fascinantes: irrompem do nada; aparecem nos objetos, cheiros, palavras; ou mesmo a gente escolhe encontrá-las, lá no cantinho fundo que habitam. Busquei por elas para escrever esta homenagem ao professor Humberto, ou *Chefe*, como o chamava. Não havia outra forma. A memória traz de volta, revive, materializa. Uma pessoa sem recordações não existe, um povo sem memória padece.

Quisera poder pedir ao Humberto que revisasse este texto. Seria a segurança na simplicidade, aquela última olhadinha que fazia toda a diferença antes de enviar. Quem sabe poder reduzir seu tamanho. Textos com palavras sobrando são ruins. Citações, só se forem absolutamente necessárias e inovadoras. No mais, só servem para dar volume e tornam a leitura meio chata. A gente quer objetividade, quer mesmo passar um recado claro e direto. No meio de tudo isso um *caso*, uma boa risada e a assinatura que trazia o alívio do dever cumprido.

Fiz de tudo para evocar todas as lições, do olhar crítico à humildade. Se a falta da presença física me deixa inseguro, a certeza dos ensinamentos alivia. E por falar em humildade, como é edificante a presença de pessoas que a tem como virtude. Ouvir para depois falar; construir em conjunto ao invés de impor; entender a autoridade como momento oportuno para fazer amigos; ser firme quando necessário. Isso o Humberto nos ensinou com louvor, com o exemplo. Nada de palavras vazias, comportamento.

Aprendi e aprendo com algumas pessoas o que é ser professor. Certamente o Humberto foi um deles. Não se trata do iluminado ser superior, inacessível, mas de alguém disposto a aprender cada vez mais, a ouvir e a construir coisas novas. Como edificavam as conversas sobre direito, política, futebol, casamento, amores, algumas até regadas ao bom e velho *whisky*. Era bonito olhar na sala dos orientadores e ver um senhor com o Código aberto, lendo, artigo por artigo. Afinal, não importam os anos de profissão: há sempre algo a se aprender. Mais bonito ainda era ver alguém de carreira sólida, de absoluto sucesso, buscando entender as novas jurisprudências, sobretudo quando se discutiam os processos da Clínica de Direitos Humanos.

Já ia me esquecendo do Direito do Trabalho. O *mercado persa*, brincava. Eu insistia que não. Certa vez o inscrevi no nosso grupo de estudos. Acreditem, ele foi. Não só foi como leu o

¹ Professor aposentado da UFMG. Atuou assiduamente como voluntário na Divisão de Assistência Judiciária, na atividade de professor orientador e advogado, desde 2009 até o seu falecimento, em 08 de outubro de 2018.

livro, debateu e abriu sua casa para uma reunião. Fomos ver um filme, comemos empada e, uma taça de vinho depois, cochilei, no meio da exibição. Humberto adorava contar esse caso. Acordei com ele comentando sobre como as mulheres eram mesmo discriminadas no mercado de trabalho.

Vejam como algumas coisas mudam. Até fazê-lo trabalhar no dia do aniversário fizemos. Afinal, essa regra de vida tinha de ser quebrada para podermos fazer a festa surpresa. Bastava um pedido de “urgência” que ele comparecia. Outras, não mudam. A dedicação e a seriedade com que encarou seu último trabalho foram as mesmas do primeiro. Terças e quintas, de 15h às 17h, religiosamente. Ações falam mais que palavras.

Já encaminho para encerrar: textos com palavras sobrando são ruins. Nós da DAJ tivemos o privilégio de conviver com o Humberto. Certamente outras pessoas que por lá passaram têm suas experiências pessoais com ele, certamente sempre trazidas à memória. Por isso nós devemos agradecer. Ao Humberto, pela presença, pela paciência com nossos arroubos de juventude, pela dedicação com que sempre esteve lá. Aos seus familiares, por dividi-lo um pouquinho conosco, por nos deixar ter essa experiência que nos impactará para o resto da vida.

Ficam as lembranças. Sorte que temos memória para invocá-las nas nossas vidas, ou para nos pegar desprevenidos. Para usar nos momentos de dificuldade e de êxito. Para lembrarmos do privilégio que tivemos, de onde partimos. Muito obrigado, *Chefe!* Enquanto quem passou pela DAJ nestes últimos dez anos viver, estará, de uma forma ou de outra, presente o professor Humberto Barbi. Sim, ainda há afeto no direito.

Diego Manenti Bueno de Araújo
Orientador e ex-estagiário da Divisão de Assistência Judiciária

A VONTADE NOS CONTRATOS¹

THE WILL ON CONTRACTS

Humberto Agrícola Barbi²³

Resumo

A proposta do presente artigo é fazer uma retrospectiva do contexto histórico-dogmático que deu origem às obrigações de natureza contratual, explicitar seus fundamentos, abordando a questão da autonomia da vontade X limites estabelecidos pela ordem pública, trazendo à lume correntes dogmáticas do pensamento jurídico (*Willenstheorie* e *Erklärungstheorie*), e, situar a vontade no contexto sócio-político marcado pela intervenção do Estado, o que nos remete a uma mudança paradigmática quanto à autonomia da vontade. Tomamos como referência o pensamento de autores como Louis Josserand, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, dentre outros, perpassando também pelo conceito de contrato no Direito Romano, Medieval e Oitocentista. E, por fim, atinge o objetivo principal que é averiguar como a autonomia da vontade princípio é sendo tratado nos contratos da era contemporânea.

Abstract

This paper's proposal is to draw a historical and theoretical retrospective of the context that gave rise to obligations of contractual nature, explaining its fundamentals while facing the debate of autonomous will against established limitations by the Law. The legal schools of thought *Willenstheorie* and *Erklärungstheorie* are also brought to light in this analysis. The will is seen as located on the social-political context identified by the State's intervention, which brings us to a paradigmatic change in the autonomous will. We take as a reference the thinking of authors like Louis Josserand, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, among others, also considering the concept of contract on Roman Law, Medieval Law and 18th-Century Law. Lastly, we reach the main goal which is to examine how autonomous will, as a principle, has been addressed on the contracts of the contemporary era.

Palavras-chave: Vontade. Contratos. Obrigações.

Keywords: Will. Contracts. Obligations.

SUMÁRIO: 1 O conceito de contrato entre os romanos. 2 A vontade e os contratos na Idade Média. 3 A vontade no conceito clássico do contrato. 4 O domínio da vontade no século XVIII. 4.1 Prevalência da vontade ou da declaração. 4.2 A vontade criadora de direito por si e o direito objetivo. 5 Intervenção do Estado. 5.1 Contratos no direito soviético. 6 Obrigatoriedade de contratar e domínio da vontade. 6.1 Tutela por via de consequência. 6.2 Monopólio. 7 Contrato de adesão. 7.1 As cláusulas essenciais e acessórias. 7.2 Menor na relação contratual. 8 Contratos coletivos. Referências.

¹ Publicado originalmente na Revista da Faculdade de Direito da UFMG, no ano de 1977: BARBI, Humberto Agrícola. A vontade nos contratos. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 18, p. 298 – 316, 1977. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/840/785>>. Acesso em 07/11/2018.

² Ex-procurador da República em Minas Gerais. Professor aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Professor orientador da Divisão de Assistência Judiciária. Falecido no presente ano, em 08 de outubro de 2018.

³ Artigo enviado para a Revista Brasileira de Prática Jurídica, a pedido do autor, com a contribuição de Rafael Gonçalves Brandão de Almeida, rafaelgbalmeida@gmail.com, advogado orientador da Divisão de Assistência Judiciária, anteriormente ao falecimento daquele, em 08 de outubro de 2018.

1 O CONCEITO DE CONTRATO ENTRE OS ROMANOS

Nas Institutas de Justiniano quatro eram as fontes das obrigações (*causae obligationum*): o contrato, o quase-contrato, o delito e o quase-delito, orientação que foi acolhida pelo Código Napoleão.

Mas antes de se chegar a esta classificação reconheciam-se apenas duas fontes de obrigações: o contrato e o delito.

O contrato era negócio jurídico bilateral, porque implicava em acordo de duas ou mais vontades, que se ajustavam aos requisitos essenciais exigidos pelo direito.

Os contratos eram sancionados e reconhecidos pelo direito civil, produzindo direitos e obrigações, ao contrário dos pactos, que não geravam obrigações.

Verifica-se, pois, que o direito romano, apesar de sua evolução, não consagrou plenamente o princípio da liberdade contratual, já que os pactos não chegavam a produzir obrigações.

Numa época em que a difusão da escrita ainda era incipiente, a prova da realização de qualquer ato jurídico tornava-se difícil, do que decorreu a necessidade de revestir os negócios de formalidades, tornando visível ao maior número de pessoas aquilo que se pactuava. Daí, pois, o erigir em força obrigatória os atos externos, sem os quais a vontade não teria validade.

Muito ao contrário do que se afirma, não se dava maior valor às solenidades que à manifestação da vontade. Esta era fundamental para a realização do contrato, e as solenidades atribuíam validade a essa manifestação: “Al consentimiento de las partes debia agregarse, para que del contrato nasciera una acción, un elemento formal, que hiciera tangible la voluntad”.⁴

Entretanto, em lugar de fornecer um conceito de contrato, o direito romano dava uma lista deles.

A estes atribuíam-se plena ação, poder de exigibilidade. Os demais eram simples pactos, que por não serem sancionados, careciam de ação civil. Eram os *nuda pacta*.

Os contratos típicos, e o formalismo necessário à sua validade, impediam a evolução dos contratos e criavam dificuldades ao desenvolvimento dos negócios, do que decorreu a necessidade de surgimento de novos tipos de contratos, principalmente consensuais, como a compra e venda, o arrendamento, a sociedade e o mandato.

A alguns pactos que foram posteriormente reconhecidos chamou-se de pactos vestidos, em oposição aos *nuda pacta*, em razão da eficácia que lhes foi reconhecida.

⁴ CAMUS, 1942, p. 151.

Do exame dos contratos no direito romano ressalta o fato de que não se reconhecia apenas a vontade como força vinculante, sendo necessário que a exteriorização dessa vontade se manifestasse dentro das formalidades, sem o que, a vontade, por si só, se tornava inoperante. Ao atribuir eficácia à vontade nos contratos consensuais — compra e venda, locação, sociedade e mandato — existentes no século VII, deu o Direito Romano um grande passo no sentido de fazer triunfar os princípios de *jus gentium* sobre o direito civil, que não reconhecia eficácia obrigatória à simples manifestação da vontade. O elemento solene sofreu, assim, o seu primeiro golpe.

2 A VONTADE E OS CONTRATOS NA IDADE MÉDIA

As modalidades contratuais — *re, litteris, verbis* — e a que se acrescentou posteriormente o *consensu*, foram, em razão das necessidades, alargando o conceito consensualista através de concessão dos pretores, que outorgavam ação a alguns pactos — *actio in factum*.

Mas não chegaram os romanos a libertar-se do formalismo, o que já se entremostrava na linha de evolução, em razão da invasão dos bárbaros, que com a influência de seu direito rejeitavam a validade dos atos puramente consensuais.

Na Idade Média o contrato sofreu interessante transformação assinalada por Caio Mário da Silva Pereira, qual seja a generalização de que era mais importante a menção do fato do que o próprio fato, passando a ter mais valor a declaração de que as formalidades haviam sido obedecidas do que a verificação de sua prática efetiva.

Muito embora não hajam os jurisconsultos costumeiros assumido a proclamação da dispensa do formalismo, este evidentemente sofreu rude golpe desde que se espalhou a convicção de que a simples menção de sua observância tinha mais força do que o formalismo em si.⁵

Práticas religiosas fizeram introduzir o juramento nas convenções como forma de solidificar o contratado, e o descumprimento do contrato foi entendido como quebra de compromisso, de mentira, equivalente ao pecado, e assim atraía as penas divinas.

Esta evolução do contrato na Idade Média é que redundou na compreensão, no início da idade moderna, de que a vontade era a geradora do contrato.

3 A VONTADE NO CONCEITO CLÁSSICO

⁵ PEREIRA, 1970, p. 17.

O conceito de contrato nos vem dos romanos, como sendo o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, reconhecido e amparado pela lei e visando criar uma ou várias obrigações.⁶

Tal conceito romano não é pacífico entre autores modernos, havendo alguns que nele veem apenas um “negócio” reconhecido como fonte de obrigações, que não implica necessariamente numa *conventio*.

No direito moderno, todo acordo de vontades dirigido a criar uma obrigação é protegido pela lei e, em consequência, convenção e contrato são termos equivalentes.

Já no direito romano nem todo acordo de vontades era considerado contrato, mas apenas aquelas convenções a que a lei atribuía o efeito de gerar obrigações protegidas por uma ação.

O direito moderno torna a convenção sinônima de contrato: basta que as vontades se tenham encontrado para que o ordenamento jurídico proteja o negócio, se ele não o viola. Assim, qualquer acordo sobre um objeto de interesse jurídico torna-se contrato e é desde logo protegido pela ordem jurídica.

Ao contrário, pois do *numerus clausus* do direito romano, o direito moderno abarca no seu conteúdo toda a infinita variedade das necessidades humanas com função patrimonial.

4 O DOMÍNIO DA VONTADE NO SÉCULO XVIII

No direito moderno, apesar da grande variedade de contratos típicos, atípicos e mistos há uma constante em todos eles: o acordo de vontades é decisivo para sua concretização.

Assim, a vontade livremente manifestada, amparada pelo ordenamento jurídico, é suficiente para constituir suas próprias leis, e prender os contratantes numa relação por eles desejada e livremente manifestada.

É o momento em que o campo contratual é amplo e ilimitado. É o reino da vontade individual: “C’est là que se trouvait en quelque sorte le royaume de la volonté individuelle”.⁷

A vontade soberana do homem é que organiza o direito das obrigações, e é o fundamento de todo o sistema político em vigor na época.

A filosofia do século XVIII chamou de autonomia da vontade o período em que esta, por si só, exercia toda sua influência.

⁶ RAMOS, 1954, p. 612.

⁷ GLAR, 1974, p. 123.

Na base da filosofia individualista existia o que se chamava de contrato social: os cidadãos, não podendo todos atuar em conjunto, delegavam poderes a representantes, fiscalizando-os sempre: “O contrato surge neste ambiente como instituição sacrossanto”.⁸

O legislador, como depositário das vontades individuais devia se guardar de elaborar regras imperativas. Somente eram admissíveis regras de interpretação, que visavam facilitar o conhecimento das vontades livres, buscando a finalidade que tiveram as partes ao contratar.

A legislação era, assim, simplesmente supletiva da vontade das partes.

Todavia, a vontade não era elemento considerado isolado, mas sim envolvida pela teoria geral do ato jurídico.

Antes de tratar dos contratos no seu Direito das Obrigações, nota Savigny que as ideias das convenções obrigatórias não são mais que aplicação isolada da ideia da manifestação da vontade, do ato jurídico, no que, aliás, é seguido pelos autores da época.

Ora, o conceito do ato jurídico nasceu no século XVIII e se desenvolveu na escola dos pandectistas, sendo que o contrato é examinado como um aspecto da teoria geral do ato jurídico.

Fazendo da vontade humana, que é o elemento fundamental do ato jurídico, a causa primeira do direito, este é inteiramente dominado pelo princípio da autonomia da vontade.

4.1 PREVALÊNCIA DA VONTADE OU DA DECLARAÇÃO – A CONVENÇÃO OBRIGATÓRIA EXIGIA O ACORDO DE VONTADES

A teoria da vontade, ou Willenstheorie, foi admitida pelos autores alemães do século XIX, como Thibau, Puchta, Savigny, Windscheid, para quem, na formação do contrato, o que importa são as vontades das partes, sendo a declaração apenas um meio pelo qual a vontade interna se torna conhecida de terceiros. Mas a vontade interna tem que ser válida para gerar efeitos, não podendo ser viciada, pois então teria apenas aparência de vontade:

Ainsi, toute la phase de la formation du contrat est dominée par la volonté des contractants, que seule détermine la mesure et l'objet de l'acte. Bien entendu, il arrive qu'un contrat ait besoin d'être interprété; mais, là encore, c'est la volonté que constituera le facteur essentiel.⁹

Para os partidários da Erklarungstheorie, dentre os quais se destacam Bulow, Hohler, Hartmann, não há dúvida de que a vontade seja a essência do ato jurídico, mas para que ele seja criado basta que a declaração tenha sido manifestada, pouco importando que ela reflita ou

⁸ JUGLAR, 1974, p. 123.

⁹ RIEG, 1968.

não o conteúdo exato da vontade interna. Bastam, assim as declarações de duas pessoas capazes de se obrigarem pela manifestação da vontade.

No que concerne aos vícios da vontade, explicam os seguidores desta teoria que o erro não é reconhecido como causa de anulação do ato, pois sendo ele uma discordância da vontade interna com a manifestação, provoca ele manifestação à outra parte que está de boa-fé, e assim, esta parte liga-se à outra pela manifestação exterior da sua vontade.

4.2 A VONTADE CRIADORA DE DIREITO POR SI E O DIREITO OBJETIVO

Como todas as instituições jurídicas estavam repousando sobre a vontade humana, esta era entendida como fonte criadora do direito. Como bem acentuava a doutrina francesa da época: *La volonté tire sa puissance d'elle-même*. Surgiu, posteriormente, a ideia de que a vontade, era, realmente, a fonte do direito, mas ela não tirava sua força de si mesma, mas sim do direito positivo. Este, sim, é que confere a uma ação o caráter de ato jurídico.

A força da vontade, pois, que era considerada originária, o ponto inicial, foi substituída pela ordem jurídica. Esta é que outorga efeito jurídico à vontade.

Passou-se, assim, do domínio mais amplo da vontade, de seu entendimento como força própria criadora de direito, a situá-la como elemento subordinado à ordem jurídica. Pouco importava, então, a manifestação da vontade se não fosse sancionada pelo ordenamento que lhe outorgava juridicidade.

Tal entendimento deu causa ao fenômeno da intervenção do Estado no campo contratual.

5 INTERVENÇÃO DO ESTADO

A intervenção do Estado no terreno dos contratos, antes deixado à livre estipulação das partes, é fenômeno dos nossos dias.

O interesse público, que suplantou o interesse individual no tratamento legislativo e também na apreciação dos tribunais, vem sendo a tônica que faz reduzir, cada vez mais, a livre manifestação nos contratos.

Como o assinala Josserand:

(...) e n otros tiempos fenomeno privado e individual, el contrato es tratado, cada vez más, como fenomeno social; la libertad individual y la autonomia de las

voluntades privadas retroceden ante el intervencionismo de los poderes públicos y el contrato libre tiende a convertirse en contrato dirigido.¹⁰

Ao se verificar que o livre jogo dos interesses nos contratos era prejudicial ao mais pobre, concluiu-se que a igualdade deveria consistir em tratar desigualmente pessoas desiguais. O desnivelamento econômico trazia em si a desproporcionalidade das prestações, atingindo, no cerne, o princípio do equilíbrio das prestações.

Se assim ocorria no momento da conclusão dos contratos, também podia-se verificar onerosidade excessiva para uma das partes no momento da execução em razão de mutações ambientais.

O Estado teve, pois, que intervir para restabelecer o equilíbrio contratual, ora instituindo cláusulas coercitivas, ora ensejando a revisão das prestações.

Através do dirigismo legislativo, o Estado tem se imiscuído na vida dos contratos, sempre visando proteger o economicamente fraco, o contratualmente débil.

Através de leis de ordem pública, o Estado, em momentos de carência de habitação, estabeleceu o princípio da permanência do locatário nos imóveis, catalogando hipóteses em que poderia o locador retomá-lo. Da mesma forma, sentindo que a carência habitacional iria influir nos preços dos alugueres, através de processos legislativos o Estado congelou os preços, ou escalonou em dados por ele próprio fornecidos, a possibilidade de eventuais aumentos.

Também mediante provisões legislativas, o Estado intervém no domínio econômico, desapropriando mercadorias em épocas de crise.

Através de intervenções judiciárias, o Estado outorga ao juiz a faculdade de reduzir multa contratual se o contrato foi parcialmente cumprido, ou adequando-a ao teto legal. Também através de preceitos judiciais, o Estado intervém no contrato modificando valores em razão de modificações no momento da execução, fazendo aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.

A liberdade de contratar, fica, assim, condicionada à permissibilidade do Estado, que ora nega a permissão, ora restringe o campo contratual, ora impõe o dever de contratar.

Em linhas gerais, a ordem pública e os bons costumes, apesar da largueza de seus conceitos, são os parâmetros da liberdade de contratar.

Como bem o acentua Caio Mário da Silva Pereira:

Como os conceitos de ordem pública e bons costumes variam, e os conteúdos das respectivas normas por via de consequência, certo será enunciar que em todo tempo o contrato é o momento de equilíbrio destas duas forças, reduzindo-

¹⁰ JOSSERAND, 1950, p. 17.

se o campo da liberdade de contratar na medida em que o legislador entende conveniente alargar a extensão das normas de ordem pública e vice-versa.¹¹

Tal intervenção do Estado faz com que a legislação sobre contratos deixe de ser simplesmente interpretativa para vir a se tornar imperativa, ao contrário do que ocorria no século XVIII e já assinalado.

Com a intervenção do Estado no domínio dos contratos, dúvidas surgem se o conceito do instituto ainda corresponde à realidade, ou se apenas o nome é mantido, quando a realidade é completamente diversa.

5.1 CONTRATOS NO DIREITO SOVIÉTICO

Em estudo realizado sobre o direito na União Soviética, René David assinala que preenchem os contratos, função diferente daquela que se observa nos países de sistema capitalista. “Juristes de la famille romano-germanique et juristes soviétiques parlent très souvent de deux choses différentes en conséquence, lors qu’ils ont en vue, les uns e les autres, le contrat”.¹²

Os “contratos econômicos” surgindo no setor coletivizado da economia soviética seguem diretrizes dadas por organismos estatais de planificação, os quais indicam os bens que deverão ser produzidos e qual a sua quantidade.

Já nos países de economia capitalista o dirigismo é completamente diferente da planificação soviética, no sentido de que naqueles é forma suplementar, enquanto que na planificação não há outra escolha. Deve-se atender ao que foi determinado, já que a planificação é global e visa um interesse do Estado, ao qual pertencem os meios de produção.

O contrato que vai ser realizado por uma empresa de produção é, assim, baseado em um ato administrativo. São os contratos planificados, que existem também ao lado dos contratos não planificados.

Nos contratos planificados, os atos administrativos fixam com precisão as partes que celebrarão o contrato, a quantidade de produto que será entregue e também os preços, deixando-se às partes questões de menor importância, como embalagem.

Já nos contratos economicamente necessários, os atos administrativos não precisam sua existência, nem a obrigação de celebrar-se entre partes determinadas. O que se faz é impor a estas empresas o cumprimento de certos requisitos. As empresas são livres na escolha do

¹¹ JOSSERAND, 1950, p. 21.

¹² DAVID, 1973, p. 307.

outro contratante. Apesar disso há elementos que são estabelecidos anteriormente e que as partes não poderão substituir, por interessarem à economia soviética.

Tendo em vista que se busca a execução de um plano, e não um lucro, a execução pelo equivalente não é admitida no país.

A inexecução é tratada severamente, abrangendo sanções disciplinares ou mesmo penais. A execução do contrato é, assim, matéria de ordem pública.

A ausência de uma oposição de interesses, as peculiaridades de que se revestem os contratos econômicos dentro de um sistema planificado, decorrentes da originalidade do regime soviético, mostram diferença essencial entre os conceitos de contratos naquele país e nos países de economia capitalista.

Todavia, apesar de tal diferença, a vontade não foi inteiramente suprimida, como o nota Jacques Bellon:

Contudo, não podemos deixar de verificar que, ao contrário do que se possa imaginar no Ocidente, os centros de produção da U.R.S.S. — sem dúvida por uma questão de eficiência — se encontram dotados de uma autonomia de gestão que lhes permite celebrar, quer com seus fornecedores quer com seus clientes, contratos geradores de obrigações garantidas pelos seus fundos de gestão. Deixa-se, pois, aos diretores destes centros uma certa liberdade de escolha dos seus co-contratantes, dentro do quadro das tarefas que lhe são administrativamente fixadas em função das exigências do Plano.¹³

A vontade, pois, mesmo no domínio dos contratos planificados não foi inteiramente suprimida.

6 OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAR E DOMÍNIO DA VONTADE

Embora sem as peculiaridades do sistema soviético, em nosso sistema de direito surgem circunstâncias em que se duvida da existência de uma vontade livremente manifestada pelas partes na conclusão de um contrato.

Assim, quando a lei impõe a obrigatoriedade de venda de mercadorias de primeira necessidade a quem se apreste a adquiri-las, ela deixa ao comerciante apenas uma alternativa: ou realizar o negócio ou abandonar a atividade. Ele terá que vender todas as vezes que a isso for solicitado.

Nesta hipótese, não se há de falar em consentimento livre na sua conclusão, já que não resta alternativa ao vendedor, nem se pode aí ver substituição de vontade pessoal pela estatal, ou supressão integral de vontade individual.

¹³ BELLON, 1975, p. 77.

A figura é de encaminhamento de vontade em um só sentido, tendo em vista não o interesse do comerciante, que poderá, inclusive, estar com o preço da mercadoria tabelado, mas sim tendo em vista um interesse maior da coletividade.

Como nota Morin, hoje um outro princípio de ordem surge: o da interdependência dos indivíduos. O homem tende a ser menos ligado a si mesmo e mais ligado aos outros: “Les autres, sans notre volonté ont des droits sur nous”.¹⁴

A falta de explicação de um fenômeno, dentro dos puros princípios jurídicos, não importa em negar o fenômeno. A invasão de terrenos jurídicos herméticos pelo Estado não descaracteriza os institutos que foram objeto da intervenção, mas busca dirigi-los dentro do alto espírito de justiça social.

A intervenção do Estado no domínio dos contratos, influenciando de forma intransigente na sua base, direcionando o consentimento, não implica em supressão da vontade, mas apenas suprime a alternatividade da manifestação da vontade.

Como assinala Batiffol: “L’existence d’un consentement quelconque parait même en cause dans des lois que ont imposé de contracter”.¹⁵

Tal fato faz rememorar a já citada e famosa discussão da prevalência da vontade ou da declaração, em que, embora não desejada a realização de um determinado contrato, a manifestação exterior é que obriga, como se a pessoa houvesse querido realmente, em atenção à boa fé do outro contratante.

Assim, se o comerciante, na hipótese mencionada, embora não tendo outra alternativa, convencionou, o que vale é a sua declaração, e não a sua vontade, que pode ser outra.

6.1 TUTELA POR VIA DE CONSEQUÊNCIA

Em outras formas o domínio da vontade é tutelado pelo Direito, muitas vezes, por via de consequência. O Estado não interfere na formação do contrato nem também na sua execução, mas estabelece sistemas de tornar obrigatório o prosseguimento do contrato, sem atentar para a vontade de uma das partes. Assim, pois, determinando a renovação compulsória das locações comerciais, ou estabelecendo a suspensão do contrato de trabalho do empregado doente ou em serviço militar, a atuação do Estado se faz sobre um contrato já existente, alterando-o, sem exigir a manifestação expressa de uma das partes.

Nesta hipótese, temos o consentimento de uma das partes sendo substituído pelo Estado.

¹⁴ MORIN, 1937.

¹⁵ BATTIFFOL, 1968.

6.2 MONOPÓLIO

Se em algumas circunstâncias o Estado condiciona a manifestação da vontade a apenas uma das partes, em outras faz com que a vontade do contratante não tenha alternatividade na escolha da outra parte. Assim acontece naquelas atividades em que o Estado exerce o monopólio da atividade econômica, como o do fumo, ou dos transportes. Se ele concede a exploração a uma só pessoa, a outra só poderá contratar ou deixar de fazê-lo, pois não lhe resta outra alternativa.

Do que se depreende é que, salvo nos casos de contratos planejados rigidamente, em que não se deixa às partes a escolha da outra, ou a conveniência e oportunidade de sua realização, não há o aniquilamento da vontade dos contratantes. Ela sempre transparece: “Uabsence de consentment, c’est le néant, et le néant ne saurait certes engender ni droit ni obligation”.¹⁶

7 CONTRATO DE ADESAO

O surgimento do contrato de adesão, ou contrato por adesão como o chamam com mais propriedade, trouxe à tona questão se seria ele realmente um contrato, ou se teria dele apenas o nome, não passando de ato unilateral.

A teoria clássica não admite que os contratos de adesão escapem às regras gerais que governam os contratos, nascendo da dupla manifestação da vontade.

Já a teoria anticontratual diz que o pretendido contrato por adesão é, em realidade, ato unilateral que produz efeitos em favor daquele que a ele adere.

Entendendo que ambas trazem em si grandes doses de verdade, Dereux, analisando tais figuras jurídicas, conclui que são elas realmente contratos, não como os demais, pois não há discussão de cláusulas, mas, enfatiza ele, cláusula acessória, pois as cláusulas principais, a realização do negócio são desejados por ambas as partes. Assim, nota ele a particularidade de que nos contratos por adesão existem sempre cláusulas essenciais e cláusulas acessórias.

7.1 AS CLÁUSULAS ESSENCIAIS E ACESSÓRIAS

¹⁶ LAURENT, 1878, p. 510.

Dentro do seu estudo, salienta Dereux que as partes convencionam livremente as cláusulas essenciais, e as acessórias destinam-se simplesmente a precisar ou completar as essenciais. Necessário, assim, respeitar a hierarquia das cláusulas, que são decorrência da vontade dos contratantes, e para que as acessórias não alterem a finalidade do contrato, nem se oponham ao aderente.

Sentindo, todavia, a dificuldade de manter, dentro de um contrato, cláusulas aceitas pelos contratantes e que deixariam de ser válidas por contrariar o sentido da principal, aduz: “Ces clauses ont été acceptées, mais sous une condition tacite: à savoir qu’elles ne contrediraient ni directement ni indirectement les clauses principales, et qu’elles n’aboutiraient pas à les rendre pratiquement ilusoires”.¹⁷

Ripert distingue adesão de consentimento.

Quando se trata de formar contratos, a lei exige dois consentimentos, e não mede no dinamômetro a força das vontades concorrentes, podendo uma ser muito mais poderosa que a outra. Esta mais poderosa é que faz a lei do contrato a que a outra irá aderir. E quando julga o direito que essa influência é maléfica, cria as incapacidades relativas:

Adhésion ne vaut pas consentement. Consentir à un contrat c’est en débattre les clauses avec l’autre partie après une lutte plus ou moins âpre dont la convention traduira les résultats. Adhérer, c’est se soumettre au contrat établi et plier sa volonté en protestant dans son coeur contre la dure loi imposée.¹⁸

No mesmo sentido temos Josserand, para quem a lei não exige que as partes tenham intervenção igual na gênese do contrato: o que se requer é que ambos os interessados consintam.¹⁹

O aspecto contratual evidencia-se, assim, em tais tipos, não como contrato puro, mas sim com características próprias. O consentimento, a vontade, estão sempre presentes.

7.2. MENOR NA RELAÇÃO CONTRATUAL

O problema mais sério dos contratos de adesão surge no momento em que se verifica a existência de menor ou incapaz numa das extremidades da relação jurídica.

Salvo as restrições de polícia judiciária no que concerne a viagens de menores, a todo momento vemos menores e incapazes desacompanhados em ônibus trens e táxis, e livremente em casas comerciais.

¹⁷ DEREUX, 1910.

¹⁸ RIPERT, 1949.

¹⁹ RIPERT, 1949, p. 32.

Nota-se, pois, que celebram eles a todo momento contratos de transporte e de compra e venda, já que são tipos contratuais de oferta permanente.

Trata-se, evidentemente, de fenômeno dos tempos modernos que necessita de apropriado estudo.

Que há um contrato, não resta a menor dúvida, pois daí decorrem consequências jurídicas relevantes.

Como explicar, pois, a possibilidade ou a validade contratual quando uma das partes é incapaz?

Fran Martins explica que realmente há contrato, mas que os agentes podem deixar de ser pessoas capazes.

Isso porque o interesse público se sobrepõe ao particular, transformando atos que deveriam ser regidos por normas precisas em serviços de interesse coletivo que cada um pode usufruir.²⁰

Orlando Gomes, em seu excelente “Contrato de adesão” (São Paulo, Rev. Tribunais, 1972), mostra que através da teoria da relação contratual fática, de Haupt, diversas relações jurídicas se estabelecem na área do Daseinsversorge, e que ele chama de setor de assistência vital, que consistem em prestações de que o Estado passou a se incumbir ou a controlar e que são indispensáveis às necessidades sociais do homem moderno.

Tais relações jurídicas são categorias autônomas e distintas do contrato porque não se formam pela aceitação de uma proposta contratual, mas decorrem do fato de uma das partes assumir uma posição que desencadeia direitos e obrigações previamente definidos. Não se desencadeiam proposta e aceitação, mas simples fatos que são tratados como se fossem de consistência contratual. Têm origem fática e vida contratual.

Por entender, dentre outras circunstâncias, ser limitada ao setor da assistência vital, a teoria seria inaplicável a todos os contratos de adesão.

A teoria do comportamento social típico, de Larenz, vê no aderente uma pessoa que não se encontra na posição de quem recebe uma proposta contratual e pode ou não aceitá-la, mas sim acha-se numa situação comum a indeterminado número de indivíduos, e deve decidir se deve ou não utilizar-se do serviço oferecido.

A causa da obrigação não seria, pois, o contrato, mas a apreciação social do comportamento. A relação jurídica assim formada não decorreria de um contrato, pois não há a declaração da vontade do aderente.

²⁰ MARTINS, 1961, p. 274.

Já as teorias normativistas defendem a tese de que as condições gerais dos contratos são fonte de produção de direito. A adesão é o comportamento que provoca a incidência das normas numa situação concreta, e não caracteriza um contrato, mas sim a submissão dos clientes às normas ditadas pela empresa. Assim, a empresa teria um poder normativo.

Todas as teorias que buscam explicar a gênese do contrato de adesão tem como consequência as repercussões que dali advém no caso de conflito de interesses.

De fato, a adequação de uma realidade jurídica a uma figura contratual visa facilitar e dar solução igual a todos os demais litígios dela decorrentes. O que se pretende é chegar à justiça através da lei.

Ora, partindo-se da base contratualista e verificando-se a finalidade do instituto das incapacidades, pode-se chegar a uma conclusão de extrema simplicidade. É que as incapacidades foram estabelecidas visando a proteção dos menores e insanos mentais. Os contratos por eles celebrados são fulminados de nulidade para protegê-los. Mas o próprio conceito de incapacidade é variável no tempo e no espaço. Aquele que em seu país é considerado maior e civilmente apto poderá não sê-lo em outro. Donde se vê que o critério é puramente arbitrário.

O direito não desconhece os contratos celebrados pelos menores e pelos insanos. Apenas nega-lhes validade em atenção ao prejuízo que dali poderia advir para eles, e para punir a má fé dos que com eles contratam buscando lucros ilícitos.

Assim, um contrato será perfeitamente válido se dele se utiliza o incapaz, e com ele obtém lucro, ou se não lhe acarrete prejuízo. E os que contratam com os incapazes correm o risco de não poder alegar tal fato em sua defesa.

Assim, pois, as incapacidades funcionam como fonte de proteção dos menores e insanos, mas não como negativas globais de eficácia dos contratos leais e válidos.

O contrato honesto celebrado com um incapaz e que foi rigorosamente cumprido pelas partes produz todos os seus efeitos na ordem jurídica. Assim também ocorre com os contratos de adesão, cuja validade não poderá ser contestada, nem arguida pela parte inadimplente pelo fato de ter contratado com incapaz.

8 CONTRATOS COLETIVOS

O nosso direito consagrou o contrato coletivo como figura contratual do que discorda Orlando Gomes, por entender que não possui ele natureza contratual já que não cria obrigações para os interessados, limitando-se a estatuir normas que devem ser obedecidas na formação dos contratos individuais.

Do contrato coletivo não nascem relações jurídicas que coloquem as partes na posição de credor e devedor. É, e suma, um acordo normativo.²¹

O grande problema do contrato coletivo reside na extensão das decisões àqueles que não fazem parte do órgão sindical, e que se submetem ao que foi estabelecido ou contratado, não se podendo, assim, acolher a teoria da representação legal, preconizada por Darci Bessone.²²

Há ainda outro aspecto, no contrato coletivo, que se refere à execução da decisão, realizada pelo sindicato, independente da outorga de poderes do membro da categoria, o que evidencia a substituição da vontade individual pela vontade da categoria.

O que se verifica, assim, ao longo desta rápida incursão no terreno dos contratos, é que a vontade individual tende a ser substituída pela vontade coletiva, tendo em vista o interesse da comunidade.

Como o acentua Starck, o contrato tradicional, individualista, não mais se coaduna com os contratos de tipo novo, que se desenvolvem num plano coletivo, já que pretendem satisfazer uma economia de massa e de grupos. Tais contratos, diferentes na sua técnica e na sua filosofia, visam finalidade diferente do contrato clássico. Este tem uma finalidade limitada à troca de bens e serviços; aquele é instrumento de uma organização econômica e social inserida num plano futuro: tem uma visão prospectiva.²³

Daquele contrato do século XVIII, em que a vontade tirava dela própria toda a sua força jurídica, aos momentos atuais, em que a intervenção cada vez maior do Estado limita a manifestação dessa vontade, ou a sua substituição pela vontade da categoria, há apenas uma constante: a vontade está sempre presente. Não mais aquela vontade individual, livre e sem peias, mas sim a vontade conduzida e ordenada, tendo em vista atender às necessidades da comunidade e não do indivíduo.

Referências

ANDRADE, Darci Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BATTIFFOL, Henry. La crise du contrat et sa portée. *Archives de Philosophie du droit*, Paris, v. 13, n. 15, 1968.

BELLON, Jacques. *O Direito Soviético*. Trad. Elísio Baldinho. Coimbra: Livraria Almedina, 1975.

CAMUS, E. F. *Curso de Derecho Romano*. Vol. 5. Habana: Universidad de La Habana, 1942.

²¹ GOMES, 1971, p. 90.

²² ANDRADE, 1960, p. 82.

²³ STARCK, 1972, p. 384.

DAVID, René. *Les grands systemes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1973.

DEREUX, Georges. De la nature juridique des contrats d'adhésion. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 9, n. 540, 1910.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Trad. Santiago Cunchillos y Mantelela. T. 2, Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1950.

JUGLAR, Michel de. *Cours de Droit Civil*. T. 1. Paris: Edition Montchrestien, 1974.

LAURENT, F. *Principes de Droit Civil Français*. T. 15. Paris: Librairie A. Marescq, Aîné, 1878.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MORIN, Gaston. Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 36, n. 553, 1937.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

RAMOS, J. Arias. Derecho Romano. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, v. 3, Editorial, 1954.

RIEG, Alfred. Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, v. 13, n. 36, 1968.

RIPERT, Georges. *La regle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

STARCK, Boris. *Droit Civil*. Obligations. Paris: Librairie Techniques, 1972.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHADOR NO ÂMBITO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS¹

THE LEGAL WORKER PROTECTION UNDER THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Adriana Letícia Saraiva Lamounier Rodrigues²

Diego Manenti Bueno de Araújo³

Resumo

O artigo objetiva estudar alguns aspectos da atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos em matéria trabalhista. Para tanto, parte de uma introdução mostrando a relação íntima entre a legislação que rege o trabalho e a proteção de garantias fundamentais dos cidadãos, no caso da Europa, garantidos por Tratado Internacional no âmbito da União Europeia. Logo após, estuda-se a importância da Corte na efetivação destes direitos humanos, em especial quando os Estados signatários do Tratado o violam ou não cumprem condições mínimas de sua aplicabilidade. Por último, colacionam-se alguns casos concretos com o objetivo de mostrar a importância da Corte para dar efetividade aos direitos humanos relacionados ao trabalho no âmbito da União Europeia, protegendo os cidadãos submetidos à sua esfera jurídica e a própria coesão do bloco de países. A metodologia utilizada na pesquisa foi teórico-analítica, partindo-se de teorias sobre Direitos Humanos para, depois, tentar explicar o contexto da proteção deles no âmbito europeu.

Palavras-chave: Corte Europeia de Direitos Humanos. Direito do Trabalho. Dignidade humana.

Abstract

The article aims to study some aspects of the work of the European Court of Human Rights on labour issues. Therefore, begins with the introduction showing the close relation between the labour law and protection of fundamental warranties of citizens in the case of Europe, guaranteed by an International Treaty within the European Union. Soon after, it will study the importance of the Court in the effectiveness of these human rights, especially when the countries which had signed the treaty do not fulfill minimum conditions of its applicability. Finally, it will pick some specific cases in order to show the importance of the Court to give effectiveness to the human rights related to labour within the European Union, protecting citizens under their legal rights and the very cohesion of the bloc of countries. The methodology used in the research was theoretical and analytical, beginning with theories on Human Rights to afterwards explain their protection of the environment at the European level.

Keywords: European Court of Human Rights. Labour Law. Human Dignity.

¹ Artigo originalmente publicado em: RODRIGUES, Adriana Saraiva Lamounier; ARAÚJO, Diego Manenti Bueno de. A proteção jurídica do trabalhador no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; BELLINETTI, Luiz Fernando; COUTINHO, Sérgio Mendes Botrel (Coord). *Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais*. [Recurso eletrônico on-line]. CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara (Org.). Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 214-229.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em cotutela com a Universidade de Roma II “Tor Vergata”(2017), Pós-Doutorado em Direito do Trabalho pela UFGM (2018), Advogada com atuação especial em Direito Coletivo do Trabalho no escritório Caldeira Brant Sociedade de Advogados. E-mail: adrianalsr@yahoo.com.br.

³ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Doutorando em Direito pela UFGM, Advogado e Orientador da Divisão de Assistência Judiciária em Direito do Trabalho. E-mail: diego.manenti@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos, dentro de um horizonte de pré-compreensão, são os direitos da pessoa humana vinculados aos valores universais de liberdade, igualdade e dignidade. Estes valores formam uma espécie de espectro de proteção ao indivíduo, consagrado nas Cartas Constitucionais dos Estados e erigidos a objeto da proteção de órgãos internacionais, como forma de coagir os ordenamentos jurídicos internos a protegerem um mínimo considerado essencial à vida digna do homem. Na visão da filosofia universalista Kantiana, há valores e preceitos que são fundamentos últimos de toda ordem moral e jurídica, aplicáveis, portanto, a todo homem, em qualquer tempo. Estes preceitos são ordenados pela razão através da formulação de leis, fundamentando, assim, a liberdade do homem. Portanto, nesta esteira, torna-se obrigação do Estado a proteção dos cidadãos através da concessão de direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada da Revolução Francesa, é o marco na construção de um arcabouço jurídico baseado na dignidade humana, e segundo Norberto Bobbio “consagram as vitórias do cidadão sobre o poder”.⁴ Desde o século XVIII até hoje os direitos humanos evoluíram e passaram por fases diversas, constituindo um verdadeiro processo histórico de formação e consolidação.

A criação das Nações Unidas (ONU) inicia uma nova ordem internacional, cujo objetivo principal era a manutenção da paz, o fortalecimento das relações internacionais, da cooperação entre países e, em especial, a proteção dos direitos humanos, consolidando seu processo de internacionalização e colocando-os, de vez, no cenário internacional.

Foi também no pós Segunda Guerra que se presenciou o nascimento embrionário da hoje consolidada União Europeia. Um de seus órgãos principais é a Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja principal função é a de garantir que seus membros cumpram tratados nesta matéria. Atua, a Corte, diretamente com o cidadão que teve seu direito lesado e na punição dos Estados que não repararam o ferimento do direito ou não garantiram que o fato não acontecesse. É uma proteção supranacional dos direitos do homem, uma instância a mais de proteção fora do país que possui o cidadão europeu.

O Direito do Trabalho, fundamentalmente, se constitui um direito dos homens sob dois aspectos: o direito ao trabalho, dado a cada cidadão de ‘ganhar o pão com o suor do seu próprio rosto’; e os direitos do trabalho, ou seja, aqueles que regulamentam a relação jurídica laboral

⁴ BOBBIO, 1995, p. 354.

evitando a indignidade, a exploração e a escravidão do ser humano, deixando o trabalho como um viés libertador da condição humana.

Embora aquilo que conheçamos como direito do trabalho seja fruto da luta de classes, no século XIX, no momento da Revolução Industrial e da consolidação do sistema capitalista, muito antes se percebia como o trabalho sem direitos poderia corromper a dignidade do homem. Na Grécia, os cidadãos não eram escravos, trabalhavam somente com o que era nobre e bom. Em Roma, os escravos começaram a ser tratados como pessoas, podendo herdar e garantindo a liberdade com a morte de seu senhor. Nas Corporações de Ofício, o aprendiz dominava toda a técnica de produção e cada produto que de lá saía tinha a marca das digitais de seu fabricante, um traço de sua personalidade.

Com a massificação da produção nas fábricas, o trabalhador se especializou, não tinha mais o domínio de toda técnica, sequer pensava em dominar produto final. Seus movimentos eram repetitivos e desgastantes, suas jornadas altíssimas, seus salários o menor possível.

Este cenário de violência contra o corpo e a mente do operário levou às revoltas e à criação de um direito do trabalho, que regulamentasse a exploração capitalista da mão de obra. O trabalho livre, em boas condições e justamente remunerado tornou-se preocupação e objeto de proteção dos Estados, especialmente porque temiam, a época, uma Revolução anarquista ou comunista.

A personagem D. Quixote, de Miguel de Cervantes, percebendo o tratamento desumano dado por um senhor ao seu servo o interpela, chamando-o para batalha contra quem pudesse combatê-lo. Condoído da situação do servo, que era acoitado, diz D. Quixote: *“Pelo sol que nos alumia, que estou por atravessar-vos de lado a lado com esta lança! Pagai-lhe já e sem mais replica; se não, pelo Deus que nos rege, aniquilar-vos-ei agora mesmo.”*⁵ A percepção típica da loucura quixotesca ilustra o que devem fazer estes órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos e o próprio Estado: proteger os mais fracos do poder que impera, seja jurídico, político ou econômico.

Como um dos direitos humanos, o Direito do Trabalho é objeto de proteção jurídica internacional, através de um aparato jurídico e legislativo do direito internacional público. A Corte Europeia de Direitos Humanos cumpre esta função e, neste artigo, objetiva-se analisá-lo, tanto de forma teórica, mostrando sua importância, como através de exemplos práticos que ilustrem esta atuação.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITO DO TRABALHO

⁵ CERVANTES, 2005, p. 65.

Direitos Humanos consistem em um arcabouço normativo de proteção a todos os homens, baseado na crença de que existe um patamar mínimo de existência digna e satisfatória universalmente repetida, independente de quaisquer fatores outros. Este caráter universalista erige os direitos humanos a um patamar protetivo internacional, sendo possível até recorrer a uma Corte supranacional para seu reconhecimento e efetividade. Sobre eles diz Pierre Marie-Dupuy:

Uma vez que enunciados nos principais textos internacionais, os direitos do homem remetem à identidade universal da pessoa humana: dotada dos mesmos atributos e aspirantes às mesmas liberdades, qualquer que seja a raça, a etnia, o sexo, as crenças ou a nacionalidade.⁶

Faz-se mister analisar brevemente a história do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Antes da Segunda Guerra, a proteção a nível internacional era ainda incipiente, com discussões pontuais. Neste período, o direito internacional era visto como uma simples relação entre Estados, os quais, resguardados por sua soberania, não poderiam ser forçados a tomar medidas impostas por organismos externos. Por isto, a doutrina especializada destaca três grandes precedentes que deram origem ao embrião do que viria a ser o Direito Internacional dos Direitos Humanos: o direito humanitário, a criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).⁷

Deflagraram, portanto, cada um a seu modo, o processo de internacionalização dos Direitos Humanos, ainda que de forma tímida, pois relativizaram a ideia de soberania dos Estados, admitindo intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos, além de deslocar o indivíduo para o cenário internacional, antes ocupado apenas pelos Estados.

O chamado Direito Humanitário, conjunto de normas e medidas que disciplinavam a proteção dos seres humanos envolvidos em conflitos armados, teve início antes da primeira guerra, com o movimento da Cruz Vermelha, e possui papel importante no âmbito de proteção dos direitos humanos, pois, ainda que restrito a uma situação específica – conflitos armados – materializou o primeiro grande diálogo referente à proteção internacional dos direitos humanos.

⁶ DUPUY, 2004, p. 159, tradução nossa. No original: “Tels qu’ils sont énoncés dans les principaux textes internationaux, les droits de l’homme renvoient d’abord à l’identité universelle de la personne humaine: elle est dotée des mêmes attributs et aspire aux mêmes libertés, quels que soient la race, l’ethnie, le sexe, les croyances ou la nationalité qui sont l’essiens”.

⁷ PIOVESAN, 2013, p. 187-190.

A criação da Liga das Nações, órgão voltado a promover a paz, a cooperação e segurança internacional, após a primeira guerra, retomou o diálogo referente aos direitos humanos e, embora não tenha obtido grande êxito em seus objetivos – eis que não impediu o início da segunda guerra – possuiu importância histórica significativa, eis que foi o grande embrião da ONU, além de reforçar a ideia da necessidade de criação e manutenção de um organismo internacional voltado à manutenção da paz e dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

A Organização Internacional do Trabalho, cujo escopo principal era promover e instituir padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar dos trabalhadores, fomentou a discussão acerca dos direitos humanos, levando para o plano internacional a busca pela afirmação dos direitos dos trabalhadores. Ao contrário da Liga das Nações, a OIT existe até os dias atuais, tornando-se iniciativa bem sucedida e que muito contribuiu no processo histórico de consolidação dos Direitos Humanos.

Todavia, foi apenas após a segunda guerra que o processo de internacionalização dos Direitos Humanos se consolida, em especial com a criação da ONU e do Tribunal de Nuremberg, como uma resposta às atrocidades cometidas no período beligerante.⁸

Com efeito, o Tribunal de Nuremberg, sem embargo das inúmeras críticas que lhe podem ser feitas, teve papel significativo na consolidação dos direitos humanos, na medida em que aplica costumes internacionais para punir as graves violações perpetradas durante a guerra. A importância do mencionado Tribunal para o processo de internacionalização dos direitos humanos é duplo: “não apenas consolida a ideia da necessária limitação da soberania nacional, como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional”.⁹

Já o ato de trabalhar é uma manifestação da vida do homem, que envolve não somente sua produção material, mas conta um traço da personalidade, uma das formas de o ser se identificar na vida. A filósofa Hannah Arendt diz: “a força do trabalho humana é parte da natureza e talvez seja a mais poderosa de todas as forças naturais”.¹⁰

O trabalho deve ser visto como uma atividade que espraia dignidade, como sendo “o modo mais humano de habitar o tempo e o espaço. Pelo trabalho nos tornamos homens, por sua exploração, ameaçamos perder o gérmen mais pequeno (*sic*) da humanidade”.¹¹

⁸ PIOVESAN, 2013, p. 193.

⁹ PIOVESAN, 2013, p. 195.

¹⁰ ARENDT, 2010, p. 156.

¹¹ CUNHA, 2006, p. 17.

As diversas regulamentações do trabalho humano devem sempre visar à manutenção de condições dignas para o exercício das diversas profissões, sob os prismas de liberdade, igualdade, fraternidade e mínimo existencial. O homem deve ser livre para decidir seu trabalho, para quem trabalha e quando quer trabalhar. A perspectiva da existência de direitos humanos universais e fundamentais não pode aceitar nem conviver com a existência de trabalhos servis ou escravos. Afirmo o professor Joaquim Carlos Salgado que Hegel é quem, pela primeira vez, liga a liberdade ao trabalho, à *práxis* histórica, pois, na medida em que o homem forma um objeto pelo seu trabalho, “forma-se a si mesmo como homem livre, alcança a consciência da liberdade.”¹²

O Direito do Trabalho deve ser também uma forma de distribuir rendas e o empregado deve ser protegido frente aos gigantes que enfrenta judicialmente e no dia a dia. O labor humano deve ser remunerado de maneira a permitir uma vida digna do exercício das potencialidades humanas. Aliás, é no Direito do Trabalho que a justiça acentua seu caráter social, trabalhando com que alimenta e define o homem como tal: seu labor.

A dignidade concretiza-se como um direito fundamentalíssimo que pretende efetividade e aplicabilidade, evidencia a urgência de se estabelecer padrões mínimos de comportamentos dignos e é o valor que funda os direitos fundamentais. Como tal, merece o trabalho proteção internacional, assegurando sempre que os Estados tenham um arcabouço legislativo protetivo e protegendo através dos órgãos contenciosos os cidadãos de países que não garantam este mínimo. Diz, sobre o trabalho, a Procuradora do Trabalho Mariza Geralda do Nascimento:

O significado do trabalho na realidade contemporânea não se prende às amarras de uma limitação meramente econômica (...). Nessa compreensão, de corte histórico-axiológico e humanístico, o trabalho eleva-se como uma das fórmulas de inserção social, como meio que deve ser assegurado à pessoa, de desempenhar um papel em sua comunidade.¹³

Assim, o trabalho deve ser protegido dentro da perspectiva universalista de normas garantidoras de um mínimo existencial, por organismos internacionais que possam, na falta de proteção do Estado, assegurar que os cidadãos tenham sua dignidade no exercício de suas funções garantida.

3 PROCEDIMENTOS DA CORTE EUROPEIA NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

¹² SALGADO, 1996, p. 450.

¹³ NASCIMENTO, 2005, p. 219.

O sistema europeu de proteção de direitos humanos foi efetivamente instalado a partir da aprovação da Convenção Europeia para a proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais em Roma no ano de 1950.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos institucionaliza um compromisso dos Estados partes de não adotarem disposições de direito interno contrárias às normas da Convenção, e de estarem aptos a sofrer demandas na Corte Europeia de Direitos Humanos caso desrespeitem as normas do tratado em relação a quaisquer pessoas, independentemente de sua nacionalidade.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos é dividida em três partes. No Título I são dispostos os direitos e liberdades fundamentais, como o direito à vida, à proibição da tortura, à liberdade, a um recurso efetivo, à proibição de discriminação, etc. No Título II, a Convenção estabelece a estrutura e funcionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos como, por exemplo, questões sobre admissibilidade e arquivamento de petições, sobre as sentenças da Corte, sua fundamentação e força vinculante, competência consultiva da Corte, etc. E, por fim, no Título III a Convenção regulamenta disposições diversas, como poderes do Comitê de Ministros, reservas à Convenção, etc.

Há três órgãos de controle jurisdicional dos direitos humanos na União Europeia, a saber: a Comissão Europeia de direitos humanos, composta por uma cadeira de cada Estado-membro, com papel quase jurisdicional e conciliatório; o Comitê dos Ministros, órgão político de decisão; e, por fim, a Corte Europeia de direitos humanos, órgão propriamente jurisdicional, composto por número de cadeiras igual a de países-membros, com juízes eleitos pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa.

Em 1959, nascia a Corte Europeia de Direitos Humanos, com função exclusiva de julgamento. Com o Protocolo nº 11 em 1998, a Corte foi renovada, ganhando caráter permanente e maiores competências. Assim, um só órgão acampa as funções de admissibilidade, até então de competência da Comissão, e de mérito. Operou-se uma fusão de competências, antes da Corte e Comissão Europeia de Direitos Humanos e do Conselho de Ministros, que decidiam sobre a violação ou não das convenções.

A maior inovação do Protocolo nº 11 é a possibilidade direta de o indivíduo, organizações não governamentais e grupo de indivíduos buscarem reparação de seu direito lesado, com acesso, sem intermédios, ao órgão jurisdicional. É o direito de petição direta. Aos Estados, ficou a obrigação de não o obstaculizar. O requerente deve comprovar a lesão ao seu direito e a

impossibilidade de o Estado-membro de atendê-lo, uma vez que viola por ação ou omissão algum dos dispositivos de Tratados e Convenções acerca de direitos humanos.

Cabe mencionar que a Corte Europeia possui duas competências: competência consultiva e competência contenciosa. A competência consultiva foi criada pelo Protocolo nº2 e relaciona-se a questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção ou seus Protocolos, havendo, porém, a limitação de não se dizerem respeito a questões relativas ao conteúdo dos direitos fundamentais elencados no Título I da Convenção e protocolos nem sobre outras questões que, em virtude de recurso estabelecido pela Convenção, possam ser submetidas à Corte ou ao Comitê de Ministros. Já quanto à competência contenciosa, as sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos têm natureza declaratória e são juridicamente vinculantes.¹⁴ Tal significa que as sentenças da Corte têm autoridade de *coisa julgada*, conforme art. 46 do Protocolo nº 11.

Em comparação com os demais tribunais regionais de direitos humanos, a Corte Europeia possui a maior jurisdição territorial. Ela abarca 41 Estados-partes e o número total de população ultrapassa os 800 milhões de pessoas, excluídos os não nacionais e não residentes nestes Estados.

As sentenças da Corte são compulsórias e o não cumprimento pode causar, como sanção mais gravosa, até mesmo a expulsão do Conselho (nos termos dos artigos 3º e 8º do Estatuto do Conselho da Europa¹⁵).

É importante mencionar os requisitos de admissibilidade de um caso ante a Corte Europeia de Direitos Humanos estabelecidos no art. 35 da Convenção Europeia, quais sejam:

a) haver sido esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) respeitar o prazo de 6 meses a contar da data da decisão interna definitiva; c) não ser anônima a petição; d) não ser a petição idêntica a outra anteriormente examinada pela Corte ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver fatos novos (requisito da inexistência de litispendência internacional); e) não ser a petição incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos (incompatibilidade *ratione temporis, personae e materiae*); e f) não ser manifestamente infundada ou de caráter abusivo.

4 ESTUDO DE CASOS

Vistos os procedimentos de atuação da Corte, analisar-se-á dois casos em que ela foi o recurso jurídico capaz de efetivar a proteção aos direitos humanos de dois trabalhadores no

¹⁴ DUPUY, 1994, p. 244.

¹⁵ Art. 8º do Estatuto do Conselho: “O Estado-membro que tenha seriamente violado o artigo 3º do Estatuto pode ter seus direitos de representação suspensos e ser solicitado pelo Comitê de Ministros a se retirar do Conselho de Europa com base no artigo 7º e, se não o fizer, poderá ser expulso”.

âmbito do exercício de seus labores. Dessa forma, é possível ilustrar como funciona este eficaz mecanismo internacional de proteção às garantias fundamentais na Europa.

Escolheu-se dois casos em que o Estado falha na efetivação das garantias estabelecidas no Tratado, mas por motivos diferentes. No primeiro, havia arcabouço legislativo nacional para resolver a questão. Contudo, as instâncias jurídicas do país falharam e a vítima da violação pôde recorrer à Corte, quando já esgotadas as tentativas no âmbito de seu país de moradia.

No segundo ocorre uma omissão legislativa. O país, no caso a Inglaterra, deixou de criminalizar o trabalho escravo em sua legislação, restringindo este crime ao caso de tráfico de pessoas com fins de exploração. Contudo, o tráfico de pessoas é apenas um dos meios pelos quais se pode submeter um ser humano a trabalho escravo. Todas as outras formas estavam, assim, desprotegidas pela população. A empregada, imigrante ilegal, recorreu à Corte e conseguiu ser indenizada pela violação sofrida.

4.1 CASO SOBRE VIOLAÇÃO AO ART. 14 (PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO) DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS)

O artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece que o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Em recente caso (García Mateos versus Espanha, processo nº 38285/09, julgamento 19.2.2013), a Corte Europeia constatou uma falha em julgamento que impôs discriminação de gênero contra uma mãe trabalhadora.

Em fevereiro de 2003, embasada na regulação trabalhista, a reclamante pediu ao seu patrão a redução de suas horas de trabalho para tomar conta de seu filho, menor de seis anos de idade, conforme o limite. Quando o empregador recusou, ela trouxe a demanda ao Tribunal do Trabalho, mas sua reclamação foi julgada improcedente. No julgamento, em 2007, a Corte Constitucional sustentou a procedência da reclamação da trabalhadora. Entendeu o Tribunal que o princípio de não-discriminação de gênero fora desrespeitado, uma vez que o empregador a impossibilitou de conciliar a vida profissional com a familiar. O caso foi remetido para novo julgamento no Tribunal do Trabalho. Ainda em 2007, o Tribunal Laboral julgou improcedente a demanda e a reclamante se valeu de novo recurso. Em 2009, a Corte Constitucional entendeu que

seu julgamento de 2007 não havia sido respeitado e declarou nulo e sem efeitos o julgado do Tribunal do Trabalho. Porém, decidiu ser inapropriado remeter de novo o caso para julgamento do Tribunal do Trabalho para nova decisão, já que durante este percurso, o filho da reclamante já havia extrapolado a idade limite de seis anos. Em sua decisão, ainda, o Tribunal Constitucional disse não poder decidir sobre eventual compensação, já que o Regulamento Institucional do órgão não o atribuía competência para tanto.

Foi requerido do Estado que permitisse aos reclamantes obter efeitos das decisões dadas pelos Tribunais nacionais. O Tribunal Constitucional entendera, em sua decisão de 2009, que a reclamante tinha razão, conforme seu próprio julgado de 2007, existindo no caso uma violação do princípio de não-discriminação. Uma decisão de um Tribunal não retira da reclamante o status de vítima, ao menos que as autoridades remediem ou façam remediar o dano sofrido. A violação reconhecida pela Corte Constitucional não havia, até esta data, sido compensada, a despeito de dois julgamentos sobre o assunto.

A intenção inicial da reclamante não era a de perquirir compensação, mas sim de reconhecer seu direito à redução na jornada de trabalho para poder cuidar de seu filho menos de seis anos. Ela clamou por reparação do dano apenas quando não podia mais reclamar o direito à redução nas horas de trabalho, pois seu filho já havia passado da idade limite de seis anos. A recusa de compensação, feita pela Corte Constitucional em sua decisão de 2009, não deu outra alternativa à reclamante senão levar sua demanda a outro órgão judicial ou administrativo. É verdade que, em virtude do alcance da idade limite pela criança ao final do procedimento, não era mais possível conceder amparo ao direito questionado. Mesmo assim, deveria a Corte indicar, no contexto do caso, uma alternativa que amparasse o direito lesado. É simples observar que a proteção conferida pela Corte Constitucional não foi efetiva. Além disso, o pedido anteriormente feito pela reclamante para que o Tribunal do Trabalho concedesse a redução na jornada de trabalho não logrou êxito, a despeito das duas decisões desfavoráveis deste Tribunal terem sido declaradas nulas e sem efeitos. Soma-se o fato de que seu recurso foi inútil, uma vez que o Tribunal Constitucional se declarou impossibilitado de compensar a reclamante pela violação de seu direito fundamental. Dessa forma, a falha em restaurar os direitos integrais da reclamante tornou ilusória a proteção concedida através do apelo à Corte Constitucional. A Corte Europeia concluiu pela violação (unânime) do artigo 14 da Convenção e pagamento de 16.000 euros em virtude de dano moral.¹⁶

¹⁶ ECHR, 2013.

A Corte apreciou um caso de discriminação à mulher no âmbito do trabalho. A empresa desrespeitou o direito de sua empregada à redução na jornada de trabalho para poder cuidar de seu filho menor de seis anos (direito previsto em legislação nacional). Tendo sido frustradas todas as suas demandas requerendo à aplicação da redução da jornada nos Tribunais do Trabalho e na Corte Constitucional, a empregada recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos. Na data de julgamento da Corte, como o filho já estava com mais de 6 anos, a decisão estabeleceu que se fosse paga à reclamante uma indenização por dano moral.

Embora a legislação nacional previsse a redução da jornada de trabalho da mulher com filho menor de seis anos, a trabalhadora não conseguiu ver seu direito efetivado em seu país. Recorreu à Corte Europeia sob alegação de violação de direitos humanos, desta feita relacionados à não discriminação no ambiente de trabalho. Neste caso, a Corte foi chamada a atuar porque o Estado não foi capaz de cumprir sua própria legislação. Não houve omissão legislativa por parte do Estado-membro, mas sim falta de capacidade de tornar efetivo em um caso concreto a proteção à qual se comprometeu por meio do Tratado.

4.2 VIOLAÇÃO DO ARTIGO 4º (PROIBIÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO E FORÇADO) DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (DECISÃO UNÂNIME)

O artigo 4º da Convenção Europeia de Direitos Humanos dispõe que ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão, nem constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório.

Um caso marcante julgado pela Corte (caso Sra. C. N. versus Reino Unido, processo nº 4239/08, julgamento 13/11/2012) envolvendo violação do artigo 4º foi o de uma mulher de Uganda que reclamou ser forçada ao trabalho como forma de sobrevivência no Reino Unido. A Corte entendeu que as provisões legislativas do Reino Unido são inadequadas para evitar práticas contrárias ao Artigo 4º da Convenção. Como a legislação britânica não criminaliza o trabalho forçado, as investigações do que alegava a vítima se tornaram sem efeitos.

A requerente, Sra. C. N., nascida em 1979, em Uganda, deixou seu país rumo ao Reino Unido em setembro de 2002, com ajuda de seu primo, S., que a permitiu entrar no país com passaporte e visto falsos. De acordo com a Requerente, escapou de sua terra natal devido a agressões físicas e sexuais que sofria. No começo de 2003, a Sra. C. N. começou a trabalhar para um casal de idosos iraquianos (Sr. e Sra. K.). Segundo afirma, estava sempre à disposição por telefone, dia e noite, já que o Sr. K. sofria de Mal de Parkinson. Ainda de acordo com a

denunciante, seu salário era enviado ao agente que conseguiu o emprego com a família K., que passava percentual a seu primo, entendendo, aparentemente, que esta quantia seria paga a ela. Contudo, a denunciante nega ter recebido qualquer quantia significativa por seu trabalho. Durante aquele tempo, seu passaporte estava retido. Em agosto de 2006, a denunciante sentiu-se mal e ficou hospitalizada por um mês, tendo sido diagnosticada como HIV positiva e sofrendo de psicoses. Após ter tido alta hospitalar, a denunciante foi abrigada pela autoridade local, que fez pedido de asilo, tendo sido este recusado.¹⁷

Depois de o advogado da requerente ter escrito à polícia em abril de 2007, a Equipe Metropolitana de Polícia de Tráfico Humano iniciou uma investigação e entrevistou Sra. C. N. Eles concluíram que não havia evidências substanciais de tráfico de pessoas no caso dela.

O chefe dos serviços legais do Centro de Tráfico Humano do Reino Unido concluiu que enquanto ela trabalhava na casa dos K., Sra. C. N. estava trancafiada e ganhava algum dinheiro. Havia, porém, uma disputa sobre o dinheiro e seu primo ficou com a maior quantia. Depois de o advogado da Sra. C. N. ter pedido à polícia para incluir no processo a acusação de escravidão ou trabalho forçado, a polícia começou a conduzir investigações mais profundas em janeiro de 2009. Na carta ao advogado da Sra. C. N., em agosto de 2009, a polícia disse que havia concluído as investigações, baseadas, sobretudo, nas conclusões do Centro de Tráfico Humano de que as circunstâncias do caso em análise não aparentavam constituir crime de tráfico de pessoas com propósito de exploração, baseado no Tratado de Asilo e Imigração de 2004.¹⁸

Em 6 de abril de 2010, a Seção 71 do *Coroners and Justice Act* de 2009 passou a vigorar e fez da escravidão, da servidão e do trabalho forçado crimes puníveis com multa e/ou até quatorze anos de prisão. Esta previsão não tinha efeito retroativo.

Com base no artigo 4º (proibição do trabalho escravo e forçado), artigo 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e artigo 13 (direito a um remédio efetivo) da Convenção, a requerente alegou que o tratamento ao qual fora submetida configurou servidão doméstica e que as autoridades foram incapazes de investigar seu caso devido à falta de legislação no Reino Unido, que, no momento do fato, criminalizasse servidão doméstica e trabalho forçado ou compulsório.

A Corte notou que as autoridades foram notificadas das alegações de servidão doméstica feitas pela requerente após ela passar mal em um banco, em agosto de 2006. Em seu pedido subsequente por asilo queixou-se, particularmente, que havia sido forçada a trabalhar para a

¹⁷ ECHR, 2012.

¹⁸ ECHR, 2012.

família K. sem remuneração. Observou a Corte que as circunstâncias do caso eram notadamente similares as do caso *Siliadin versus France*, no qual a Corte confirmou que o artigo 4º impôs obrigação específica e positiva aos Estados membro de penalizar e processar de forma efetiva qualquer ato que objetive manter uma pessoa em situação de escravidão, servidão ou trabalho forçado.

A Corte, então, considerou que as queixas da requerente levaram a uma suspeita fundada de servidão doméstica, que impunha às autoridades britânicas a obrigação de investigá-la. A Corte notou que as investigações das autoridades indicaram fortemente que as alegações da requerente eram plausíveis.

As previsões legislativas em vigor no Reino Unido naquele tempo eram inadequadas para garantir proteção efetiva e prática contra tratamentos dissonantes do artigo 4º. Dessa maneira, as autoridades estavam limitadas a investigar e punir crimes que frequentemente – mas não necessariamente – acompanham crimes de escravidão, servidão ou trabalho forçado. Vítimas de servidão doméstica que não tenham sido também vítima de algum desses demais crimes relatados eram deixadas desprotegidas.

A Corte, então, examinou se a inexistência de legislação específica que criminalizasse a servidão doméstica impedira, de fato, às autoridades de conduzirem uma investigação efetiva das queixas da requerente. Considerou, também, que a investigação foi conduzida por uma unidade especializada somente no crime de tráfico de pessoas com o fim de exploração, como indicado pelo Ato de Asilo e Imigração de 2004.

Consequentemente, como a servidão doméstica envolve uma dinâmica complexa, em que pese as sutis possibilidades em que um indivíduo pode cair no controle de outro, as autoridades britânicas não foram capazes de fazer a investigação no caso da Sra. C. N., já que havia lacuna de lei específica quanto à servidão doméstica. Particularmente, nenhuma tentativa foi feita para entrevistar S. e não foi dada a devida relevância às alegações de que o passaporte da requerente havia sido confiscado, que S. não enviava seus salários para ela conforme combinado e que era ameaçada de reporte às autoridades de imigração, embora estes fatos sejam identificados pela Organização Internacional do Trabalho como indicativos de trabalho forçado.

A Corte concluiu que a investigação das alegações de servidão doméstica no caso da Sra. C. N. foram ineficazes devido à falta de legislação específica que criminalizasse o fato no Reino Unido no momento da investigação, em desacordo com o disposto no artigo 4º.

Logo, a Corte definiu que o Reino Unido dever pagar a requerente 8.000 euros em virtude de dano moral e 20.000 euros de custas processuais.

Baseando-se no artigo 4º (proibição da escravidão e do trabalho forçado), no artigo 8 (direito ao respeito da vida privada e familiar) e no artigo 13 (direito a um recurso efetivo), o requerente alegou que o tratamento a que ela foi submetida havia sido de servidão doméstica e que as autoridades foram incapazes de investigar seu caso, devido à ausência de legislação no Reino Unido que criminalizasse a servidão doméstica e trabalho forçado ou obrigatório no decorrer das investigações.

O trabalho em condições análogas a de escravo é uma das mais graves ofensas à dignidade do ser humano, interferindo inclusive na sua liberdade de ir e vir, em sua honra (tanto objetiva como subjetiva) e na saúde física e psicológica.

Assim, “uma compreensão da dignidade vinculada à noção de trabalho decente e ao conteúdo de honra, tornando-se um instrumento de inclusão e de garantia de respeito aos direitos fundamentais do trabalhador, evidencia a tremenda indignidade do trabalho escravo”.¹⁹

Neste caso, verificou-se a ocorrência de trabalho forçado (ou trabalho escravo em sentido amplo) no Reino Unido. A vítima, uma mulher africana, teve todas as suas demandas negadas em plano nacional, diante de ausência de legislação específica sobre trabalho forçado e servidão. Diante disso, recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos e conseguiu que o Estado fosse condenado a indenizá-la por tamanho dano sofrido.

Diferentemente do primeiro julgamento apresentado, neste a Corte lidou com uma omissão legislativa por parte de um dos Estados signatários da União Europeia. Não foi a ineficácia na aplicação de uma lei, mas a própria inexistência da lei que ensejou à requerente indenização. A indenização tem não só o papel de ressarcir a vítima de trabalho escravo, mas também de exigir seu combate em todas as legislações nacionais submetidas à Corte Europeia.

5 CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho é merecedor da proteção jurídica internacional, visto ser espécie do gênero direitos humanos. Determinar que seja garantido um patamar mínimo assecuratório do trabalho digno, é função precípua de qualquer legislação ou Corte que se preocupe em assegurar garantias mínimas de dignidade aos seus cidadãos, seja no plano nacional ou internacional.

A Corte Europeia de Direitos Humanos é o órgão mais avançado no aspecto de proteção por ser a mais antiga e pelo fato do Protocolo 11 ter permitido o acesso direto do indivíduo a sua jurisdição, garantindo proteção mais eficaz, visto que essa se dá de forma direta e visando

¹⁹ GOSDAL, 2007, p. 147.

ressarcir o indivíduo de seu prejuízo, tal como no caso sobre trabalho forçado descrito no tópico anterior em que a vítima, não mais podendo ter sua situação resolvida no plano nacional, recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos e foi indenizada pelo dano sofrido.

No presente artigo, pretendeu-se demonstrar a interrelação entre Direitos Humanos e Direito do Trabalho, bem como o papel da Corte Europeia de Direitos Humanos em garantir princípios fundamentais do Direito do Trabalho e os mecanismos e procedimentos da mencionada Corte.

Buscou-se reforçar a necessidade de levar a proteção das normas trabalhistas ao nível internacional, tendo em vista que, muitas vezes, a proteção no plano interno é insuficiente, seja por pressões, seja por ineficiência do próprio sistema.

Além disso, para exemplificar a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos, foram analisados dois casos em que se constataram violação às proibições de discriminação no trabalho e do trabalho forçado.

Destarte, a Corte Europeia de Direitos Humanos garante de maneira eficaz, em 41 países, os direitos humanos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos, inclusive os direitos humanos relacionados às condições de trabalho.

Referências

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

CERVANTES, Miguel. *O engenhoso fidalgo D. Quixote de la Mancha*. Ed. Itatiaia. 1ª ed. Belo Horizonte, 2005.

CUNHA, João Paulo. Editor de Cultura do Jornal Estado de Minas. *Apud*: DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1994.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *C. N. v. the United Kingdom*. ECHR, Application no. 4239/08, 2012. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *García Mateo v. Spain*. ECHR, Application no. 38285/09, 2013. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O sistema europeu de proteção dos direitos humanos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, v. 2, n. 13, p. 32-58, 2010.

NASCIMENTO, Marilza. *O Trabalho Como Valor - afirmação e crise em perspectiva tridimensional*. 2002. 300f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

O PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO¹

THE LAWYER'S ROLE IN MEDIATION

Aline Ferreira Gomes de Almeida²

Rafaella Rodrigues Malta³

Resumo

Diante do cenário de destaque da mediação, sobretudo após sua inserção no CPC/2015 e a promulgação da denominada Lei de Mediação, busca-se analisar qual a função e os limites da atuação do advogado nesse procedimento. Esse deve se atentar para a importância do mapeamento do conflito, valendo-se da comunicação não violenta, vez que a postura desse profissional é fundamental à mudança de paradigma. Deve o advogado adequar a sua atuação aos métodos consensuais de resolução de conflito ora em voga, auxiliando na satisfação das necessidades de seus clientes e contribuindo para uma cultura de diálogo e paz social.

Palavras-chave: Advogado. Mediação. Acesso à justiça.

Abstract:

Given the highlight of the mediation scenario, especially after their inclusion in CPC/2015 and the enactment of the so-called Mediation Act, which seeks to analyze the function and the lawyer's performance limits in this procedure. This should be alert to the importance of mapping the conflict, making use of nonviolent communication, since the posture of this professional is fundamental change of paradigm. The lawyer must adapt its operations to consensual methods of conflict resolution now in vogue, assisting in meeting the needs of its clients and contributing to a culture of dialogue and social peace.

Keywords: Lawyer. Mediation. Access to justice.

¹ Trabalho apresentando no VI Congresso RECAJ UFMG, em 2015. Atualizado e publicado em sua versão completa, de modo inédito, nesta edição. Artigo inédito. Enviado em: 15 jul. 2018.

² Graduada em direito pela UFMG. Mediadora. Facilitadora de práticas restaurativas. Advogada em Almeida Mourão Marra Malta Sociedade de advogadas – ALMMA. E-mail: alinefgalmeida@gmail.com

³ Mestranda em Direito pela UFMG, bolsista pela CAPES. Monitora de Pesquisa e Extensão Ciranda de Justiça Restaurativa. Foi Vice-Diretora Adjunta e advogada-orientadora na Divisão de Assistência Judiciária da UFMG - DAJ. E-mail: rafaellarodriguesmalta@gmail.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Estabelecem o art. 133, CR/88, que “o advogado é indispensável à administração da justiça” e o art. 2º, VI, do código de ética da OAB, que constitui dever do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. Sua função é essencial por salvaguardar a tutela de direitos, o acesso à justiça e promoção da paz social.

No entanto, tradicionalmente atribui-se ao advogado uma postura combativa, beligerante, que está disposto a tudo mover em prol dos interesses do seu cliente, numa lógica adversarial - que prevalece no Judiciário. Ratifica-se o modelo perde-ganha, em que sempre uma parte deve sair vencedora e a outra vencida.

Tal visão é recorrentemente difundida nas faculdades de Direito, em que a estrutura do curso enfatiza os procedimentos judiciais e combativos através do elevado número de disciplinas processuais constantes na grade curricular. Neste cenário a resolução de conflitos de forma colaborativa e consensual não constava - por vezes, ainda nem consta - no currículo de muitas instituições de ensino superior em Direito.⁴

Contrastando com essa realidade, merece destaque o movimento mundial de acesso à justiça, proveniente do Projeto Florença de Acesso à Justiça, idealizado por Mauro Cappelletti, na década de 1970, que apresenta em uma de suas vertentes, denominada de terceira onda renovatória, premissas para que se empregue “procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos eficientes e adequados a certos tipos de conflitos, (...), bem como pela criação de formas de justiça mais acessível e participativa”.⁵ Perspectiva que embasa e dissemina o uso das anteriormente chamadas ADRs (Alternative Dispute Resolution – técnicas alternativas de resolução de conflitos), “como uma opção ao sistema jurisdicional tradicional”,⁶ hoje conhecido como métodos complementares de acesso à justiça.

Esse projeto gerou influências diretas no sistema de justiça brasileiro, tanto que pós-Constituição de 1988, ganha destaque, a par dos métodos tradicionais, novos métodos de composição de litígios, implantando a justiça que Cappelletti denominou de coexistencial. Para

⁴ Na Faculdade de Direito da UFMG, nos termos da versão curricular 2012, dentre as 57 disciplinas obrigatórias, 7 são de processo, havendo apenas uma disciplina optativa (não obrigatória) sobre métodos complementares de resolução de conflitos. Disponível em: <<https://sistemas.ufmg.br/aluno-grad/configuracaocurricular/gerarrelatoriopercursocurricular/telaConsultaPercursoCurricularAluno.seam?bkmk>>. Acesso em: 14 out. 2015. Todavia, apesar dessa defasagem, o núcleo de prática jurídica da UFMG, Divisão de Assistência Judiciária – DAJ, apresenta um projeto de Mediação de Conflitos, em parceria com a OAB/MG.

⁵ NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 42.

⁶ THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 214.

além de pensar na jurisdição como última via, os ADRs são percebidos não como meios “alternativos”, mas como meios “integrados”, vias plúrimas para a solução mais apropriada, possibilitando a escolha da técnica mais adequada.⁷

Sendo uma das mais marcantes alterações introduzidas pelo novo diploma processual o reconhecimento e reforço do modelo multiportas, o que pode ser apreendido no art. 3, do NCPC, que além da introdução dos ADRs, estabelece que estes devam ser estimulados, antes ou no curso do processo.⁸

Instaura-se um novo paradigma no Direito em que são apresentados diversos meios para o dimensionamento do conflito, como a mediação, conciliação e arbitragem. Nesse contexto a jurisdição passa a ser vista apenas como uma das portas a que o cidadão possa recorrer, sendo utilizado apenas quando as demais técnicas falharem ou não puderem ser aplicadas.

Apresenta-se o que pode vir a ser a mudança da cultura do litígio para a cultura da pacificação. Tende-se a abandonar a terceirização da solução do litígio, em que quase tudo se delega ao juiz, um terceiro hipoteticamente imparcial, para que os indivíduos assumam a autoresponsabilização pela resolução das contendas, resgatando o exercício da autonomia e dando chance para que o mediado participe ativamente, decidindo sobre seus próprios interesses.

Neste contexto, ganha relevante destaque a mediação, que além de prevista no CPC/2015,⁹ é tratada de forma mais pormenorizada pela Lei nº 13.140, conhecida como lei de mediação, que foi um pouco além do proposto no novo diploma processual, vez que trata da mediação judicial e da extrajudicial, que será realizada em câmaras privadas e escritórios.

A mediação, sobretudo em sua vertente transformativa, incentiva a adoção do diálogo como a forma primordial de lidar com o conflito, especialmente aqueles que envolvem relações sociais permanentes que merecem ser reestabelecidas e preservadas, como é o caso de conflitos familiares, de vizinhança ou mesmo na relação entre empresas e clientes. Para tanto, há a facilitação de um terceiro, o mediador, que primordialmente auxilia, não julga.

Como em toda mudança de paradigmas, passaremos por um período de questionamentos e reestruturação. Ressalta-se que para a transformação empreendida de consolidação da

⁷ THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 216 e 217.

⁸ O CPC/2015 conferiu grande destaque a esta temática ao prever a alteração nos requisitos da petição inicial, fazendo com que a audiência de conciliação ou mediação torna-se obrigatória, ou melhor, o comparecimento é obrigatório, a participação deva ser facultada, em virtude do princípio da voluntariedade inerente a esse método; e realizada, antes mesmo do juiz se manifestar, por conciliadores e mediadores capacitados.

⁹ Enquanto no CPC/73 a conciliação era tratada em artigos espaços e nenhuma menção se fazia à mediação, já no CPC/2015 há um capítulo dedicado a esta temática (arts. 165 a 175) e o termo “mediação” aparece 39 (trinta e nove) vezes no novo diploma.

mediação deve haver a estruturação de um modelo que não represente apenas a fuga do judiciário, mas que observe a autonomia das partes. A presente pesquisa objetiva esclarecer qual é o papel do advogado neste método de resolução de conflito, para tanto, utiliza-se a metodologia jurídico-projetiva.¹⁰

2 O MAPEAMENTO DE CONFLITOS, A UTILIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO NÃO-VIOLENTA E A DELIMITAÇÃO DO ESPAÇO DO ADVOGADO

Os meios alternativos, como a mediação, figuram em alguns casos como melhor forma de resolução de conflitos, vez que acentuam a cooperação entre as partes, a responsabilização pela formação da solução e o compromisso com o acordo. Altera-se a lógica adversarial “ganha x perde”, na qual predomina o litúgio e o embate, para a lógica consensual, em que a negociação é integradora, centrada no “ganha x ganha”, possibilitando acordos criativos atentos a satisfação das necessidades de todos envolvidos no processo.

Antes de direcionar o caso para a mediação, ao advogado cabe mapear o conflito. Isso porque o mapeamento possibilita definir qual o método mais adequado para trabalhar determinada relação conflituosa. Para diferentes tipos de conflito, há diferentes tipos de métodos de resolução. Além disso, através do mapeamento o advogado adquire informações capazes de ampliar o espectro que se enxerga o conflito. Descobre-se quais os atores envolvidos e seus objetivos, aumentando o material epistemológico que define a situação do conflito.¹¹

Para auxiliar no mapeamento do conflito, o advogado deve exercitar sua escuta ativa e valer-se da comunicação não-violenta – CNV.¹² Desse modo o advogado será capaz de auxiliar seu cliente a observar o conflito de forma objetiva, sem diagnosticá-lo. Definir quais as ações dos envolvidos lhe incomoda, utilizando de verbos e não de adjetivos para tanto. Aqui estar-se-á separando o conflito das pessoas envolvidas, despersonalizando o conflito. Feito isso, cabe ao cliente identificar qual sentimento o conflito lhe desperta e que este sentimento não presuma qualquer relação com outrem, como, por exemplo, “sentir-se subjugado(a)” presume que outrem lhe está oprimindo. Utilizar-se dessas palavras não ajuda na identificação do real sentimento da pessoa, que brota dentro dela e ninguém tem controle sobre isso, como por exemplo, sentir-se triste, alegre, preocupado(a), ansioso(a), com raiva.

¹⁰ GUSTIN; DIAS, 2010, p. 29.

¹¹ Profissionais das equipes de mediação do SMAT, 2014, p. 21-22.

¹² ROSEMBERG, 2000.

Após, passa-se a observar que esses sentimentos surgiram em virtude de necessidades da pessoa que não estão sendo atendidas. Então, o próximo passo é identificar quais são essas necessidades. E uma vez identificadas, deve-se ponderar como se prefere que essas necessidades sejam atendidas. Desse modo, naturalmente chega-se a proposição de um pedido aos envolvidos de como se pretende solucionar ou lidar com o conflito posto. O advogado, ao auxiliar seu cliente com a CNV, estará contribuindo para a desconstrução de posições prévias e preconceituosas, as quais muitas vezes não refletem seus interesses e muito menos terão o condão de satisfazer suas necessidades.¹³

Além disso, o fato do cliente chegar numa sessão de mediação observando o conflito de forma objetiva facilita o diálogo, pois se tende ao reconhecimento da necessidade do outro como válida também. Esse reconhecimento geralmente implica numa consequência natural do diálogo: a solução do conflito através de acordos criativos, cuja finalidade é a satisfação das necessidades de todos envolvidos.

Nesta nova perspectiva multifacetária de dimensionamento de conflitos, a postura e atuação do advogado deve se adequar a essa nova realidade, que deve se preparar e mudar suas concepções, desvinculando-se da postura adotada nos processos judiciais e adequando-se a estas novas propostas, sobretudo na mediação.

No processo judicial o advogado expõe na petição inicial a sua percepção dos fatos e na audiência apresenta uma postura ativa, cabendo a ele provar as razões e o direito de seu cliente, em um diálogo firmado basicamente entre magistrado e advogados; e a parte permanece quase inerte, em posição completamente coadjuvante, apenas assiste o desenrolar dos acontecimentos, por vezes sem entender o que acontece.

Já na mediação, os protagonistas são as partes, são elas que expõem os fatos e as possíveis propostas. Não há necessidade de fala do advogado, mais que isso, ele não pode falar por seu cliente, deve apenas auxiliar, caso necessite. Seu papel se restringe a um auxiliar jurídico da parte, não de um representante. Ele não deve chegar numa sessão com respostas prontas, deve esperar o cliente oferecê-la. O advogado nunca deve assumir que sabe o que o cliente quer, deve esperar que este manifeste autonomamente sua vontade.

O advogado na mediação deve ter um olhar que ultrapasse os fatos e a visão do conflito considerado juridicamente. Deve ir além da subsunção do fato a uma norma jurídica, certo de que há questões que a lide jurídica não comporta, mas que são intrínsecas à solução efetiva do conflito, tais como relações pessoais, convívio, sentimentos, comunicação entre os envolvidos

¹³ FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 57-71.

e resgate do relacionamento. É necessário atentar-se tanto para o conflito aparente quanto para o insurgente.

Muitos questionam se o advogado deveria estar presente em todos os momentos da mediação, vez que os envolvidos podem expor diversos tipos de conflitos, inclusive os pessoais e íntimos, em que a presença do advogado possa ser dispensável, por não contribuir para o diálogo, devendo ser pontual sua atuação. Entende-se, no entanto, que para confecção dos acordos e durante o procedimento, o advogado deve orientar e instruir quanto à juridicidade do caso.

Além do advogado não assumir o lugar da parte, ele deve se atentar também para não usurpar a função do mediador. Não cabe ao advogado conduzir o diálogo, lançar indagações, sobretudo para a parte contrária. A função do advogado é auxiliar a parte acerca de eventuais dúvidas jurídicas que surgirem. Havendo exaltação dos ânimos cabe ao mediador o gerenciamento da ordem, podendo ser auxiliado pelos advogados.

Durante a mediação deve atuar em prol dos interesses de seu cliente, mas adotando uma postura colaborativa e trazer aportes de questões jurídicas quando for relevante e, sobretudo, explicar ao cliente as possibilidades e os riscos. E, após a mediação, deve acompanhar o cumprimento do acordo.

Ainda é tarefa do advogado esclarecer ao seu cliente que se trata de uma negociação assistida, que não haverá um juiz, o mediador não irá aconselhar, nem esclarecer dúvidas jurídicas, e que o objetivo não é uma sentença, mas restabelecer o diálogo e encontrar uma solução construída e aceitável pelos mediados, por meio do auxílio de um terceiro, bem como possibilitar a compreensão e discussão do conflito, não sendo imprescindível a sua solução. Talvez sendo esse um dos principais pontos que o advogado tende a interferir e forçar um desfecho.

A mediação, apesar de não ter aplicabilidade universal, é mais adequada para garantir uma solução satisfatória de certas categorias de conflitos. E apresenta como atrativos para o advogado a convicção de que existe uma boa chance de se encontrar uma solução mais benéfica e proveitosa para seu cliente do que o provável resultado de um litígio, vez que o aumento do potencial comunicativo entre os sujeitos resulta na formulação de uma solução negociada, mais adequada à realidade das partes e menos coercitiva – como geralmente ocorre nos tribunais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O posicionamento e atuação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB para conscientização e preparo dos advogados é imprescindível. São muitas inovações e um procedimento bastante diverso da habitual litigância ensinada pela academia. Se houve uma falha das instituições de ensino superior ao não abordarem a teoria do conflito, seu mapeamento e as formas autônomas de resolução de conflito, cabe a OAB atentar-se para essa correção. Devem ser ofertados ao advogado cursos gratuitos ou de baixo custo sobre todas as ADRs, esclarecendo qual o papel do advogado em cada método, em especial da mediação, por estar tão em voga atualmente.

Será necessário muito esforço para que se possa compreender adequadamente o papel do advogado na mediação e para que saia do lugar comum e aceite o novo. A mudança pode ser desconfortável, mas é necessária e está em vias de se concretizar. A capacitação dos advogados, como também a disseminação e aprofundamento desse estudo na academia deve ser priorizado e estruturado de modo a formar profissionais aptos a lidar com essa nova realidade sem deturpá-la ou mecanizá-la, sob pena de obstaculizar o acesso à justiça. Espera-se do advogado uma atuação pautada na resolução efetiva do conflito, e não apenas no seu cliente ou nos honorários.

Referências

COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Trad. René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar sem fazer concessões*. Trad. Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teórica e prática*. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PROFISSIONAIS DAS EQUIPES DE MEDIAÇÃO DO SMAT. *El mapeo del conflicto: teoría e metodología*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2014. Disponível em: <http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/departament/publicacions/publicacions_per_tem es/execucio_penal_i_justicia_juvenil/pg11_mapeo_conflicto_jj.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015.

ROSEMBERG, Marshall. Workshop Comunicação Não-violenta. [Filme-vídeo]. São Francisco, 2000. 45 min. Color. Som. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tHaxwCqOwWA>>. Acesso em: 15 out. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

FONTES DO DIREITO E CIRCULAÇÃO DE MODELOS JURÍDICOS: O SISTEMA DE PRECEDENTES NA *COMMON LAW* E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

SOURCES OF LAW AND CIRCULATION OF LEGAL DESIGNS: JUDICIAL PRECEDENTS IN COMMON LAW SYSTEMS AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Fabiana de Menezes Soares²

Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel³

Resumo

O novo Código de Processo Civil normatizou a aplicação dos precedentes jurisprudenciais no direito brasileiro, como uma forma de uniformizar e estabilizar a jurisprudência dos Tribunais. Diante disso, este artigo retorna à origem classificatória do instituto enquanto uma fonte do direito para melhor compreensão de sua estrutura. Em sequência, o trabalho resgata o seu embasamento teórico e funcionamento na tradição de *common law*, que poderá contribuir para a consolidação de uma doutrina do precedente no Brasil.

Palavras-chave: Precedente. Direito jurisprudencial. Fonte do direito. *Common law*. Novo Código de Processo Civil.

Abstract

The new Code of Civil Procedure stipulated the enforcement of judicial precedents in Brazilian law, as a way to unify and stabilise the Courts decisions. Therefore, this paper returns to the qualifying background of this institute as a source of law, in order to better comprehend its framework. In a row, the essay recovers precedent's theoretical basis and its functioning within *common law* tradition, which can contribute greatly to the entrenchment of a doctrine of precedent law in Brazil.

Keywords: Precedent. Case-law. Source of law. *Common law*. New Code of Civil Procedure.

¹ Artigo originalmente publicado em: SOARES, FABIANA DE MENEZES; MACIEL, CAROLINE STÉPHANIE FRANCIS DOS SANTOS. Fontes do Direito e circulação de modelos jurídicos: o sistema de precedentes na *Common Law* e no novo Código De Processo Civil. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, v. 2, p. 147-168, 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/1602>>. Acesso em 08 de novembro de 2018.

² Professora Associada II da Faculdade de Direito da UFMG. Professora residente no IEAT/UFMG. Coordenadora do grupo de pesquisa Observatório para a Qualidade da Lei e do Núcleo de Inclusão Digital da Clínica de Direitos Humanos. E-mail: fabimz@icloud.com.

³ Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Mestra em Direito, com bolsa do CNPq, pela UFMG. Bacharela em Direito pela UFMG, com formação complementar na *University of Leeds*. Advogada vinculada à Divisão de Assistência Judiciária em Direito Tributário e Civil. E-mail: carolinedossantos3@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Em 18 de março de 2016, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (NCPC) e com ele ampliou-se e, assim, valorizou-se o uso de precedentes jurisprudenciais no direito brasileiro. A grande novidade trazida pelo NCPC em matéria de direito jurisprudencial é a adoção do instituto do precedente vinculante (art. 927). A preocupação do novo legislador ao normatizar um sistema de precedentes no Brasil foi com o recorrente problema de diferentes juízes ou Tribunais proferirem decisões judiciais com orientações diversas (ou até mesmo opostas) para a solução de casos idênticos ou similares. Trata-se, portanto, de uma questão de segurança jurídica e de igualdade da aplicação da lei que se dá através da uniformização da jurisprudência (art. 926 do NCPC).

O instituto do precedente jurisprudencial é, tradicionalmente, associado aos sistemas de *common law*, nos quais foram desenvolvidos uma série de conceitos fundamentais e de mecanismos indispensáveis à aplicação do precedente ao caso dado. Nesse sentido, para se constatar se cabe a observância de um precedente, o intérprete deve verificar qual é a *ratio decidendi* da decisão pretérita para determinar se o caso *sub judice* se insere nessa razão determinante; essa é a forma de esclarecer a existência ou não de similariedade relevante entre os dois casos. Aquilo que não foi determinante para a decisão é chamado de *obiter dictum*, sendo que essas questões tangenciais não vinculam o juiz ou Tribunal na forma de precedente judicial.

No entanto, nem sempre existirá essa similariedade entre os dois casos; nas hipóteses nas quais o caso presente se distingue significativamente do caso pretérito, o julgador se valerá do mecanismo de *distinguishing* para afastar a aplicação do precedente ao caso dado, justificando as razões para tanto. Por fim, pode-se constatar que o precedente anteriormente fixado já se tornou ultrapassado e não é mais adequado para o contexto atual. Nesse caso, a saída é o *overruling*, que é o instrumento que permite a superação de um entendimento jurisprudencial. A utilização de todos esses conceitos e instrumentos passa por entender o precedente como uma prática argumentativa e racional, de tal forma que a decisão judicial que aplica, distingue ou supera um precedente tem de ser sempre bem fundamentada.

Mas a questão do precedente volta, antes de tudo, ao seu reconhecimento como uma fonte do direito. Ao admitir-se, no âmago de um ordenamento jurídico, o pluralismo de normas e a existência de um sistema de fontes diversificado, surge a necessidade de unidade e coerência desse sistema, que deve se dar através da sua unificação em um fator último comum. São as normas da Constituição que trazem essa unidade e garantem um diálogo

harmônico entre as fontes do direito. Desse modo, o precedente jurisprudencial terá como fator limitante ao seu reconhecimento como fonte do direito os parâmetros trazidos pela Constituição de 1988.

Diante desse quadro, o presente artigo pretende comparar os parâmetros de aplicação dos precedentes jurisprudências trazidos pelo NCPC para o direito brasileiro com a teoria de precedentes tradicionalmente aplicada em um sistema vinculado ao *common law*. Para tanto, esboçar-se-á, primeiramente, um delineamento geral sobre o reconhecimento das fontes como pertencentes ao direito e os reflexos dos limites desse reconhecimento no precedente jurisprudencial; em sequência, avaliar-se-ão os conceitos e mecanismos relacionados ao instituto do precedente na tradição de *common law* para, ao final, trazer à baila a previsão do NCPC. Por fim, propor-se-á uma circulação de modelos jurídicos que permita a construção futura de uma doutrina de precedentes consistente e compatível com o ordenamento pátrio.

2 A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DE UNIDADE E COERÊNCIA DO SISTEMA DE FONTES DO DIREITO.

Antes de mais nada, cabe trazer à baila o sentido trazido pelo vocábulo *fontes do direito*. Conforme destaca Fabiana de Menezes, tal sentido “evoca uma dimensão metajurídica, pois congrega uma constelação de fatos-suporte e atos capazes de gerar normas jurídicas”.⁴ A sua dimensão metajurídica se relaciona com o fato de que as fontes do direito vão além do direito positivado em uma sociedade, alcançando essa série de fatos e atos sociais, a partir dos quais, subsequentemente, a produção do direito se dá. Nessa perspectiva, a teoria das fontes parte do pressuposto de que o direito não é um dado, mas uma construção⁵ e, assim, reporta-se a essa realidade anterior à manifestação concreta do direito.⁶

No entanto, esse não é o único significado possível da expressão *fontes do direito*,⁷ enumera, a princípio, três sentidos utilizados: i) a origem do direito, que envolve o aspecto histórico do fenômeno jurídico; ii) o conjunto de fatores que geram ou condicionam uma norma jurídica, que seria o sentido sociológico ou material (e aqui adotado); iii) o conjunto de textos pelos quais as normas se expressam, que seria o aspecto textual do termo. As fontes do direito descrevem, no sentido aqui adotado, os diversos “modos de

⁴ SOARES, 2002, p. 102.

⁵ FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 190.

⁶ HESPANHA, 2009, p. 531.

⁷ Tércio Sampaio também discute essa ambiguidade da expressão *fontes do direito* e dos múltiplos significados que possui (Ver: FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 192).

⁸ HESPANHA, 2009, p. 530.

formação das normas jurídicas, ou seja, sua entrada no sistema do ordenamento”, nas palavras de Tércio Sampaio.⁹O sistema de fontes é diversificado, sobretudo em razão do dinamismo social e, conseqüentemente, do dinamismo normativo. Assim, o pluralismo normativo, isto é, a existência de normas em vários âmbitos e níveis, é um fato.¹⁰

O reconhecimento de uma norma como jurídica levanta a questão sobre a sua *fonte* e, conseqüentemente, quando se consagra uma fonte do direito, reconhece-se que toda norma que advém dessa fonte “deve ser considerada como pertencente ao ordenamento”.¹¹ Para Hespanha¹², as práticas do cotidiano também podem ser reconhecidas como fontes do direito, tais como aquelas pouco estruturadas, dotadas de sentimento difuso de obrigatoriedade (usos e costumes), aquelas decisões baseadas na equidade ou ainda aqueles atos jurídicos refletidos e intencionais (contrato).No entanto, o reconhecimento de formas de manifestação do direito não estatais envolve interesses sociais e políticos e, com isso, gera confrontos socio-políticos.¹³Por isso, é necessário haver um critério para se determinar se uma fonte é ou não reconhecida como jurídica.¹⁴ Desse modo, tem-se essa aparente contradição que deve ser equibrada: de um lado, o pluralismo normativo e, de outro, os limites ao reconhecimento de fontes do direito, estabelecidos pela vontade popular formalmente expressa.¹⁵

Enquanto predominava a ideia de que todas as fontes do direito provinham de um núcleo comum, seja ele a vontade de Deus, a razão ou o espírito do povo, a unidade e coerência do ordenamento jurídico eram garantidas, uma vez que, ainda que se admitisse o pluralismo de normas, o sistema de fontes se unificava em um desses pressupostos últimos. Ultrapassados esses paradigmas, o ordenamento jurídico se viu aparentemente formado por um conjunto díspar de fontes, sem unidade sistemática. Foi o Estado constitucional que reintroduziu alguma unidade ao sistema de fontes ao sujeitá-lo à hegemonia das normas e valores constitucionais.¹⁶

Bem verdade, a Constituição incorpora o pluralismo normativo e não reduz o direito ao direito estatal, nem reduz as fontes às de origem constitucional.¹⁷Uma fonte do direito pode ter origem não estatal ou não derivar da Constituição e, ainda assim, ser reconhecida por ela como tal, desde que essa fonte se conforme aos ditames constitucionais. Desse modo, o critério último para se determinar se uma fonte é jurídica é a Constituição, entendida como

⁹ FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 194.

¹⁰ HESPANHA, 2009, p. 524.

¹¹ FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 193.

¹² HESPANHA, 2009, p. 534.

¹³ HESPANHA, 2009, p. 524.

¹⁴ Um desses critérios poderia ser a regra de reconhecimento de Hart. (HESPANHA, 2009, p. 526).

¹⁵ HESPANHA, 2009, p. 528.

¹⁶ HESPANHA, 2009, p. 536.

¹⁷ HESPANHA, 2009, p. 537.

“norma primária sobre a produção jurídica”.¹⁸ Ela traz unidade ao estruturar “consensos dominantes sobre o reconhecimento ou não da norma como jurídica” que, para tanto, deve atender a dois requisitos: corresponder a um sistema de fontes do direito explícito ou implícito na Constituição e que tal sistema não ofenda os comandos constitucionais.¹⁹

Desse modo, basta fazer um teste de validade, conforme os parâmetros constitucionais, de cada suposta fonte do direito para verificar se cumpre os requisitos acima elencados. Nesse artigo, a ênfase se dá em relação ao reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito e dos limites trazidos pela Constituição de 1988 a esse reconhecimento.

3 O DIREITO JURISPRUDENCIAL COMO FONTE DO DIREITO: O USO DE PRECEDENTES PARA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E SEUS LIMITES

No final do séc. XVIII e início do séc. XIX, surgiu um novo modelo de organização e sistematização jurídica na Europa Continental, conhecido como codificação. Nesse contexto, a lei é considerada a fonte do direito por excelência e, na sua elaboração, deve-se buscar o máximo de clareza, simplicidade e brevidade possíveis.²⁰ Com a centralidade dada à lei, o papel dos intérpretes, no caso aqui, dos juízes, é traduzir a vontade e os fins do legislador enquanto “ente abstrato dotado de razão”.²¹ Nesse sentido, Montesquieu afirmou: “Os juízes são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”.²² No século XXI, ainda que a importância da lei continue inegável, sobretudo em países de tradição de *civil law*, como o Brasil, vivencia-se a crise do legalismo.²³ Diante desse quadro, a posição da jurisprudência foi repensada, para deixar de ser considerada uma fonte subordinada à lei e sem autonomia.

A interpretação e integração são tarefas jurisprudenciais (além de doutrinárias) que fixam e consolidam o sentido que as leis serão aplicadas; o sentido da lei é, em outras palavras, antes jurisprudencial do que legislativo.²⁴ A longa sobrevivência de codificações seculares nos ordenamentos jurídicos se dá justamente mediante a alteração de seus significados pela jurisprudência (e pela doutrina), que permite adequá-los às modificações sociais contínuas e complexas.²⁵ Por isso, hoje, não se deve mais questionar a autonomia da

¹⁸ CANOTILHO, 2003, p. 693.

¹⁹ HESPANHA, 2009, p. 539.

²⁰ TARELLO, 2008, p. 7-8.

²¹ TARELLO, 2008, p. 16.

²² MONTESQUIEU, 1949, p. 159.

²³ HESPANHA, 2009, p. 581.

²⁴ HESPANHA, 2009, p. 553.

²⁵ HESPANHA, 2009, p. 552.

jurisprudência como forma de manifestação e formação do direito. O direito jurisprudencial é, portanto, fonte do direito, mas, assim como as demais fontes, deve se submeter à ordem constitucional, no caso brasileiro, a Constituição de 1988.

Um grande risco trazido pelo reconhecimento do direito jurisprudencial como fonte do direito envolve questões de segurança jurídica e de igualdade de tratamento na aplicação da lei. Isso porque os juízes das diversas varas do país decidem, muitas vezes, de forma antagônica os vários casos baseados nas mesmas premissas fáticas. A solução para esse problema é a adoção de mecanismos de uniformização jurisprudenciais, dentre os quais se incluem o reconhecimento de eficácia *erga omnes* a certas decisões (como uma decisão do STF em sede de controle concentrado direto), a adoção de súmulas, vinculantes ou não, e a construção de precedentes judiciais, sendo, este último, o foco desse artigo.

Uma decisão construída de acordo com um precedente é aquela que “se baseia no que foi decidido quando a mesma questão teve de ser solucionada no passado”.²⁶ O precedente significa, assim, proferir a mesma solução jurídica na decisão presente que foi dada em uma decisão passada para as mesmas questões; uma decisão passada, portanto, guia a construção de uma decisão presente.²⁷ Seguir um precedente é, então, uma atividade de olhar para o passado, mas, além disso, envolve uma dimensão do futuro,²⁸ pois, assim como a atividade de criar um precedente, orientar-se conforme ele pode influenciar os próximos julgadores a também fazê-lo.²⁹

No entanto, nem todo uso de decisões passadas envolve um raciocínio por um precedente e a distinção se faz com base na diferença entre aprendizagem ou persuasão e obediência ou observância a decisão passada.³⁰ Um argumento baseado em um precedente é aquele que fornece um peso independente ao fato de que aquele mesmo resultado foi alcançado no passado.³¹ Decide-se conforme um precedente quando se segue decisões passadas pelo simples fato de elas existirem, isto é, pelo *status* que aquela decisão possui; é, portanto, uma decisão baseada na autoridade do precedente. Ao revés, quando, por exemplo, um juiz federal toma conhecimento e sente-se persuadido por um argumento utilizado em decisão de um Tribunal estadual, ele não está obedecendo ou seguindo um precedente, ainda que ele cite aquela decisão, mas tão somente utilizando experiências jurisprudenciais pretéritas para construir a sua própria decisão.

²⁶ DUXBURY, 2008, p. 1.

²⁷ SCHAUER, 2009, p. 36-37.

²⁸ SCHAUER, 1987, p. 573.

²⁹ DUXBURY, 2008, p. 4.

³⁰ SCHAUER, 2009, p. 38.

³¹ SCHAUER, 1991, p. 182.

É o que ilustra categoricamente Radin:

Se uma Corte segue uma decisão passada, porque uma regra reverenciada foi nela proferida, porque é a decisão correta, porque é lógico, porque é justo, porque está de acordo com o peso da autoridade, porque foi generalizadamente aceita e seguida, porque assegura um resultado benéfico para a sociedade, nada disso é a aplicação da *stare decisis*. Para se fazer com que seja uma aplicação da mesma, a decisão anterior deve ser seguida porque é uma decisão prévia e por nenhuma outra razão.³²

Nesse sentido, Atiyah afirma que “o conceito de um sistema de precedentes é que ele obriga os juízes, em certos casos, a seguirem decisões, ainda que não concordem com elas”,³³ seja porque são precedentes verticais (de Cortes superiores) ou horizontais (pretéritas da própria Corte).³⁴ A vantagem disso é garantir a segurança jurídica e a estabilidade decisional, na medida em que as partes interessadas podem confiar e prever que as questões jurídicas que já foram solucionadas e para as quais já foi construído um precedente serão decididas da mesma forma.³⁵ Assim, um sistema de precedente pode fornecer um considerável grau de segurança jurídica, de tal forma que se possa antecipar como o Tribunal irá decidir naquele caso e esta seria a justificativa mais importante para se seguir um precedente.³⁶

Além disso, outra justificativa para a observância de precedentes envolveria um argumento de igualdade de tratamento ou de justiça,³⁷ de tal forma que casos essencialmente similares devem receber a mesma solução jurídica, assim como aqueles de natureza diversa devem ser tratados diferentemente. Isso envolveria, também, uma questão de integridade, nas palavras de Dworkin: “a observância de um precedente (...) garante que o governo, através de suas Cortes, ‘fale com uma única voz’ na aplicação dos princípios para seus cidadãos – a essência da ‘integridade’.”³⁸ Assim, seguir os precedentes seria uma forma de se garantir a integridade do direito.³⁹

Ainda, um sistema de precedentes aumenta a eficiência judicial, pois facilita o trabalho dos juízes e Tribunais, que seria consideravelmente maior “caso toda decisão anterior pudesse

³² RADIN, 1933, p. 200.

³³ ATIYAH; SUMMERS, 1986, p. 27

³⁴ Schauer (2009, p. 36-37) é quem traz essa distinção entre precedente vertical e horizontal. Na perspectiva vertical, diz-se que as Cortes inferiores têm a obrigação de seguir os precedentes das Cortes superiores, compatíveis com a sua jurisdição. Nesse sentido, um juiz estadual deve seguir as decisões do Tribunal ao qual se vincula, bem como do STJ e do STF (ideia de hierarquia judicial). Já no aspecto horizontal, as Cortes também devem seguir as suas próprias decisões anteriores. Trata-se aqui de colocar as decisões pretéritas em um patamar superior às posteriores, pelo simples fato de serem anteriores (doutrina do *stare decisis*).

³⁵ SCHAUER, 2009, p. 43.

³⁶ GOODHART, 1934, p. 58.

³⁷ Alexy fala em princípio da universalidade, “a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal”. (ALEXY, 2001, p. 259).

³⁸ DWORKIN, 1986, p. 165.

³⁹ Essa argumentação é defendida por Christopher Peters (PETERS, 1996, p. 2038–2039, 2073–2077).

ser reaberta em todo caso presente”.⁴⁰ Em um sistema de precedentes eficiente, as chances de o caso transitar em julgado na primeira instância são maiores, uma vez que, existindo um precedente vertical sobre o tema e o juiz aplicando-o corretamente, as partes têm fortes motivos para não recorrer. Isso é especialmente importante no contexto brasileiro de crise do Judiciário por abarrotamento de ações ajuizadas.

Por outro lado, ainda que a estabilidade decisional seja desejável, alguns autores apontam o risco de engessamento do Judiciário com a adoção de um sistema de precedentes rigoroso. O precedente pode ter sido construído em um contexto completamente diferente ou estar equivocado e, em última instância, os juízes devem respeitar a Constituição e não aqueles intérpretes que vieram antes deles. É o que o Ministro William O. Douglas alerta:

Um juiz analisando uma decisão em matéria constitucional pode ter necessidade de reverenciar a história pretérita e aceitar o que já foi escrito. Mas ele lembra que, acima de qualquer coisa, ele jurou proteger e seguir a própria Constituição, não a interpretação que seus predecessores fizeram. Então ele formula as suas próprias visões, rejeitando algumas das anteriores como falsas e adotando outras. Ele não pode fazer de outra forma, a não ser que ele deixe que homens mortos há muito tempo e que desconhecem os problemas da época em que ele vive pensem por ele.⁴¹

A preservação de um precedente pode não ser a melhor alternativa e as Cortes podem se ver obrigadas a seguirem precedentes que “persistem por nenhuma razão melhor que o fato de ter sido fixado na época de Henrique IV”.⁴² Por isso, não se pode entender que um sistema de precedentes retira a discricionariedade judicial, uma vez que os juízes têm o dever, antes de mais nada, desolucionar o caso *sub judice* (art. 5º, XXXV da CF/88) em conformidade com a suas peculiaridades e, para tanto, precisa de flexibilidade na aplicação dos precedentes.

Como Marmor afirma:

(...) As Cortes devem ser autorizadas, ao menos em alguns casos, a chegar a preferências diferentes entre valores incomensuráveis. A uniformidade das decisões que é imposta pelo princípio de tratar casos similares de forma semelhante compromete gravemente a habilidade das Cortes de reagir às necessidades da diversidade e pluralismo.⁴³

Além disso, argumentos de eficiência judicial não podem significar a aplicação mecânica de precedentes, na busca por uma Justiça de números. Isso significaria o descumprimento do juiz de seu dever constitucional de “distribuição da justiça individual,

⁴⁰ CARDOZO, 1921, p. 149.

⁴¹ DOUGLAS, 1949, p. 735-736 *apud* GERHARDT, 2008, p. 51.

⁴² HOLMES, 1897, p. 457, 459.

⁴³ MARMOR, 2005, p. 35.

caso a caso”,⁴⁴ bem como do dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF/88 e art. 11 do CPC/15). Dessa forma, a existência de um sistema de precedentes deve vir acompanhada de uma hermenêutica cuidadosa e de uma cultura argumentativa, para que não se torne um incentivo ao formalismo pernicioso.⁴⁵ Nesse sentido, conclui-se que a normatização de um sistema de precedentes no Brasil pelo Novo Código de Processo Civil tem o potencial de trazer muitos benefícios para o ordenamento jurídico brasileiro, tais como: segurança jurídica, estabilidade decisional, igualdade de tratamento e garantia de justiça formal, integridade do direito jurisprudencial, limitação ao poder do juiz, eficiência judicial, dentre outros.

No entanto, para que o precedente se configure como uma prática benéfica, deve vir acompanhado de uma teoria hermenêutica-argumentativa que o sustente e que garanta que ainda exista flexibilidade judicial, discricionariedade (limitada) dos juízes, prestação efetiva da tutela jurisdicional e fundamentação das decisões judiciais. Caso contrário, o uso do precedente se torna uma desculpa para “agir sem razão, para declarar a exclusão da razão e, portanto, em oposição à razão”.⁴⁶ Para tanto, cabe um resgate dos parâmetros de utilização dos precedentes em um contexto de *common law*, cuja longa tradição no uso desse instrumento pode contribuir para o amadurecimento e aperfeiçoamento de um sistema de precedentes com embasamento racional e também adequado ao contexto brasileiro.

4 A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES EM UM SISTEMA DE *COMMON LAW*: CONCEITOS E MECANISMOS BASILARES

Enquanto os países de tradição predominantemente de *common law* desenvolvem mecanismos e técnicas para a correta utilização dos precedentes, que não resulte em engessamento do Judiciário e possibilite a sua flexibilização conforme as peculiaridades do caso *sub judice*, os países inseridos em contexto de inclinação para *civil law*⁴⁷ sofrem do problema inverso: a ausência de estabilidade jurisprudencial, buscando formas que auxiliem na uniformização da jurisprudência.⁴⁸

⁴⁴ DERZI, 2012, p. 611.

⁴⁵ BUSTAMANTE; DERZI, 2013, p. 335-336.

⁴⁶ BENTHAM, 1983, p. 434.

⁴⁷ Cabe aqui fazer um alerta quanto à crise de uma visão pura e contraposta desses modelos tradicionais (*common law* x *civil law*), uma vez que hoje os ordenamentos combinam aspectos das duas tradições, em maior ou menor medida, e há variações significativas entre ordenamentos classificados como o mesmo modelo processual, por exemplo, as heterogeneidades entre os sistemas de *common law* dos Estados Unidos e do Reino Unido. (TARUFFO, 2013, p. 18, 25). Por isso, falamos em predominância ou inclinação maior ao *common law* ou ao *civil law*, sem fazer classificações absolutas em categorias estanques.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 243.

Nesse sentido, a experiência de direito comparado esclarece a forma como esses países enfrentaram e resolveram os mesmos problemas pelos quais se passa hoje aqui e pode contribuir para que sejam realizadas reformas no ordenamento brasileiro. É o que afirma Taruffo: “o melhor modo de conhecer o próprio ordenamento é o de conhecer outros ordenamentos.”⁴⁹ Assim, a circulação de modelos jurídicos é extremamente enriquecedora, na medida em que a análise do funcionamento do instituto do precedente em um contexto no qual houve a sua consolidação gradativa contribui para se entender como ele deve funcionar de forma efetiva no Brasil, mas se adequando às peculiaridades deste ordenamento e ao projeto cultural pressuposto neste artigo.

O primeiro passo para a aplicação de um precedente ao caso concreto é, obviamente, a identificação da existência de precedente (s) relevante (s) para a solução do caso.⁵⁰ Essa tarefa pode ser mais difícil do que parece, pois, bem verdade, geralmente o caso julgado e os casos passados não são idênticos. Por isso, identificar o precedente passa por verificar se existe alguma decisão passada similar e, mais importante, “se a similariedade entre o possível precedente e o caso presente é relevante”.⁵¹ Para se determinar se um caso anterior é relevantemente similar ao caso *sub judice*, a ponto de ser identificado como um precedente, deve-se buscar a *ratio decidendi*, isto é, o fundamento ou a razão da decisão judicial. Assim, uma decisão é um precedente para todos aqueles casos futuros que se inserem na *ratio decidendi* do precedente. Dessa forma, Alexy conclui que: “a aplicação de um precedente implica na aplicação da *norma subjacente à decisão* na lei causal”,⁵² isto é, da *ratio decidendi*.

Constatar qual a *ratio decidendi* do precedente pode ser uma atividade interpretativa complexa, mas o melhor caminho seria distinguir a *ratio decidendi* das *obiter dicta*. A última referir-se-ia às “questões que podem ser retiradas da decisão ou cujos significados podem ser invertidos, sem que, em ambos os casos, a decisão em si seja alterada”,⁵³ enquanto a *ratio*, ao revés, seria central para a construção da decisão. Nesse sentido, a *ratio* “é qualquer regra do direito explícita ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar a sua conclusão, levando-se em consideração a linha de raciocínio desenvolvida por ele”.⁵⁴ Assim, em *R v. Howe & Bannister* (1987), a *ratio decidendi* do caso foi que a defesa de coação não pode ser usada em caso de homicídio. A *House of Lords* também entendeu que o mesmo poderia se dizer quanto à tentativa de homicídio, mas essa discussão não afetava o

⁴⁹ TARUFFO, 2013, p. 12.

⁵⁰ SCHAUER, 2009, p. 44.

⁵¹ SCHAUER, 2009, p. 45.

⁵² ALEXY, 2001, p. 261.

⁵³ DUXBURY, 2008, p. 67.

⁵⁴ CROSS; HARRIS, 1991, p. 72.

resultado final da decisão do caso *sub judice* (que era de homicídio e não de tentativa de homicídio) e, portanto, era a *obiter dictum* do caso.

A simplicidade da distinção teórica, contudo, oculta a dificuldade prática dessa diferenciação.⁵⁵ Apesar disso, é importante distinguir a *ratio*, pois essa é a única parte da decisão pretérita que vincula os juízes nos casos subsequentes. Ademais, a distinção merece destaque porque explica como o precedente judicial limita a decisão do juiz, mas lhe mantém um certo grau de discricionariedade. Isso porque ainda que o juiz não siga a *ratio* de uma decisão passada em um caso que, aparentemente, nele se enquadra, ele deve fundamentar tal decisão e explicar o porquê de ter utilizado o *distinguishing*. Desse modo, o caráter vinculativo dos precedentes não é absoluto e há dois institutos que permitem o seu afastamento no caso presente, mediante o esclarecimento das razões para tanto, quais sejam: a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*).

O *distinguishing* é um mecanismo que permite ao juiz ou à Corte inferior não aplicar um precedente vertical ou horizontal, em razão de o precedente ser materialmente diferente do caso a ser decidido. Assim, os precedentes (verticais ou horizontais) obrigam que os juízes ou Tribunais inferiores os apliquem ou os diferenciem do caso *sub judice*.⁵⁶ *Distinguishing* é “uma questão de demonstrar diferenças factuais entre o caso anterior e o atual, mostrando que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso dado”.⁵⁷ Na medida em que nenhum caso é idêntico a outro, usar a técnica da distinção é sempre possível, ainda que sua utilização em larga escala seja improvável, pois deve ser sempre justificada, demonstrando-se que a diferença entre os dois casos é suficientemente relevante para se afastar o precedente no caso.

No caso *Merritt v Merrit* (1970),⁵⁸ o Tribunal de Apelação entendeu que um acordo assinado entre um casal já separado era vinculante e que havia intenção das partes de se obrigarem legalmente, distinguindo esse caso do precedente fixado em *Balfour v Balfour* (1919),⁵⁹ no qual o acordo entre um marido e mulher, feito na vigência do casamento, foi considerado meramente doméstico e social, sem intenção das partes de se obrigarem legalmente após a separação. A razão de distinção entre os dois casos e de não aplicação do precedente foi o fato de que, no caso *Merritt*, o acordo foi assinado após a separação, não configurando mero entendimento conjugal. Ao contrário, em *Balfour*, o acordo foi feito antes

⁵⁵ É o que alerta Benjamin Cardozo (CARDOZO, 1921, p. 30). Mas, como destaca Siltala, as Cortes do Reino Unido e dos EUA não têm tanta dificuldade nessa tarefa, em razão dos séculos de tradição em como ler precedentes. (SILTALA, 200, p. 122).

⁵⁶ SCHAUER, 2009, p. 58.

⁵⁷ DUXBURY, 2008, p. 113.

⁵⁸ *Merritt v Merritt* [1970] 1 WLR 1211 Court of Appeal

⁵⁹ *Balfour v Balfour* [1919] 2 KB 571.

da separação e, com ela, já não valia mais, pois era apenas um compromisso doméstico, não legal.⁶⁰

Este instituto não se confunde com o *overruling*; nesse caso, a Corte pode reconhecer que se trata da mesma questão trazida pelo precedente, mas, ainda assim, rejeitá-la. Quando um precedente é superado, não se trata apenas de não aplicá-lo ao caso dado, mas de se modificar o entendimento jurisprudencial quanto àquela questão, fixando-se novo precedente.⁶¹ No entanto, só é possível se valer da superação em caso de precedentes horizontais, pois não seria admissível uma Corte inferior *overrule* um precedente de uma superior, e em casos muito extremos (última *ratio*), nos quais se verifica que a decisão é manifestadamente equivocada e que gera consequências nocivas.⁶²

Em *Pepper v. Hart* (1993),⁶³ a *House of Lords* decidiu que, se uma legislação ordinária é ambígua ou obscura, o Judiciário pode, em certas circunstâncias, levar em consideração o que foi dito pelos parlamentares durante o processo legislativo, valendo-se dos relatórios oficiais dos debates parlamentares (chamado de *Hansard*). Essa decisão superou (*overruled*) o precedente que vigorava previamente, fixado em *Davis v. Johnson* (1978),⁶⁴ que estabelecia que o *Hansard* não poderia ser consultado como fonte de interpretação da lei, por ser uma violação dos privilégios dos parlamentares. Da mesma forma, em *British Railways Board v. Herrington* (1972),⁶⁵ determinou-se a responsabilidade civil da companhia ferroviária britânica pela sua negligência na manutenção de cercas nas ferrovias, que possibilitou que alguém que entrou sem permissão se ferisse. Ao julgar esse caso, a *House of Lords* superou (*overruled*) a decisão de *Addie v. Dumbreck* (1929),⁶⁶ no qual se entendeu que o proprietário de uma mina de carvão não tinha o dever de cuidado em relação àqueles que entram sem permissão na sua propriedade, mas apenas o dever de não causar dano intencional.

Overruling envolve, geralmente, a superação de um entendimento tido como ultrapassado e lamentado historicamente. Há, no entanto, variações entre os países de *common law* na frequência do uso das técnicas de *distinguishing* e *overruling*. Bem verdade, as Cortes dos Estados Unidos, geralmente, utilizam-nas com mais frequência do que os do Reino Unido.⁶⁷ O sistema de precedentes no Reino Unido é tradicionalmente conhecido por ter um enfoque mais formalista e por uma observância dos precedentes mais rigorosa do que nos

⁶⁰Da mesma forma, no caso *Youssoupoff v Columbia Broadcasting System* (1965) foi diferenciado do precedente fixado em *Riggs v Palmer* (1889), através do *distinguishing*. Ver: SCHAUER, 2009, p. 58.

⁶¹DUXBURY, 2008, p. 117.

⁶²SCHAUER, 2009, p. 60.

⁶³*Pepper (Inspector of Taxes) v Hart* [1993] AC 593

⁶⁴*Davis v Johnson* [1978] 2 WLR 553 House of Lords

⁶⁵*British Railways Board v Herrington* [1972] AC 877 House of Lords.

⁶⁶*Addie v Dumbreck* [1929] AC 358 House of Lords.

⁶⁷ATIYAH; SUMMERS, 1987, p. 118-127.

EUA, no qual prevalece um sistema de precedentes mais flexível e pragmático.⁶⁸No entanto, esse formalismo na doutrina *stare decisis* britânica tem sido atenuado nas últimas décadas, a partir de 1966, quando o Lorde Chancellor emitiu o *Practice Statement* autorizando a *House of Lords* a “afastar uma decisão anterior quando essa aparentar ser a coisa certa a se fazer”.⁶⁹

A possibilidade de distinção ou de superação de um precedente parece contradizer a ideia de obrigatoriedade da doutrina do *stare decisis*, já que, se o juiz ou Tribunal tem o poder de escolher entre se vincular ou não ao precedente, ele, na verdade, não limita o poder judicial. No entanto, como assevera Duxbury, a capacidade judicial de não seguir um precedente não significa que ele seja um método fraco de autoridade, uma vez que, para se afastar validamente de um precedente no caso dado, o juiz deve motivar a sua decisão.⁷⁰

Se o precedente não tivesse autoridade, não haveria necessidade de justificar a sua não aplicação; ele cria, assim, um dever argumentativo para o juiz.⁷¹Nesse sentido, Alexy fala na condição geral para a não aplicação do precedente: a justificabilidade pelo argumento.⁷²Assim, a exigência do respeito ao precedente é a questão de princípio, ainda que se admita eventuais exceções, sujeitas ao esclarecimento do argumento por aquele que se propõe a fazer a exceção, no caso, o juiz.

Desse modo, seja para determinar a *ratio decidendi* ou *obiter dictum* de uma decisão, seja para definir se é caso de aplicação do precedente ou se é caso de *distinguishing* ou de *overruling*, em todas essas hipóteses, a construção do raciocínio judicial deve se dar de forma argumentativa e fundamentada em razões relevantes. Em outras palavras, “a decisão só poder ser alterada se boas razões suficientes puderem ser aduzidas para se fazer isso”.⁷³Por isso, o precedente pode ser visto como uma ferramenta argumentativa, utilizada na interpretação dos comandos constitucionais, que fornece uma justificativa racional para a decisão judicial.

Como ensina Alexy, a argumentação jurídica é uma atividade linguística que se preocupa com a exatidão das afirmações normativas.⁷⁴ Isso significa que a aplicação argumentativa e discursiva dos precedentes deve ser uma atividade racionalmente justificável. Nesse contexto, ele formula duas regras gerais para a utilização dos precedentes: i) sempre que cabível, o precedente deve ser citado, seja a favor ou contra a decisão; ii) aquele que

⁶⁸ SILTALA, 2000, p. 122.

⁶⁹ CROSS; HARRIS, 1991, p. 104.

⁷⁰ DAXBURY, 2008, p. 112.

⁷¹ SCHAUER, 1987, p. 580.

⁷² ALEXY, 2001, p. 259.

⁷³ Trata-se da enunciação do princípio da inércia de Perelman (PERELMAN, 1970, p. 42 *apud* ALEXY, 2001, p. 259).

⁷⁴ ALEXY, 2001, p. 25-26.

deseja se afastar do precedente existente no caso dado fica com o encargo do argumento. A “regra do encargo do argumento” se aplica, portanto, aos casos de utilização da técnica do *distinguishing* e do *overruling*.⁷⁵

Tendo em vista essas considerações teóricas indispensáveis para a adoção de um sistema de precedentes, passa-se, agora, à análise dos dispositivos do NCPC que regulam esse instituto no Brasil.

5 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A previsão normativa de mecanismos de uniformização jurisprudencial não é uma novidade do CPC/2015. No ordenamento jurídico brasileiro já havia alguns desses instrumentos, tais como o instituto da súmula dos Tribunais (arts. 476 a 479 CPC/73), a súmula vinculante (art. 103-A CF/88 – EC 45/04), o julgamento em controle concentrado de constitucionalidade e o julgamento de recursos repetitivos (art. 543-B e art. 543-C CPC/73). A grande novidade do NCPC foi a atribuição de efeito vinculante ao precedente judicial, bem como a sistematização do uso de um raciocínio por precedentes jurisprudenciais no ordenamento jurídico brasileiro, de tal forma que se estabeleçam premissas normativas mínimas para o uso do Direito jurisprudencial no Brasil.⁷⁶

A questão dos precedentes e de outros mecanismos de uniformização jurisprudencial é tratada no Livro III da Parte Especial, Título I, Capítulo I, nos artigos 926 a 928. O artigo 926⁷⁷ traz uma preocupação com a integridade, coerência e estabilidade da jurisprudência dos Tribunais. Para lidar com tais questões, determina que os tribunais editem súmulas em conformidade com sua jurisprudência dominante (parágrafo 1º),⁷⁸ com o objetivo de sistematizar e, assim, facilitar o acesso e a previbilidade da decisão judicial.

A coerência é um valor profundamente conectado com a noção de ordenamento jurídico⁷⁹ e o dever de coerência não deve ser compreendido como restrito ao conjunto de normas em sentido estrito, mas também deve ser aplicado às decisões judiciais, para que construam um direito jurisprudencial harmônico e não contraditório. Conforme sugere

⁷⁵ ALEXY, 2001, p. 261-262.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 250.

⁷⁷ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁷⁸ Art. 926. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

⁷⁹ BOBBIO, 1995, p. 71-72.

Humberto Theodoro, a noção de integridade pode ser melhor compreendida com alusão ao pensamento de Dworkin, cuja teoria do direito se baseia justamente nesse conceito.⁸⁰

Para Dworkin, integridade do direito significa que as proposições jurídicas se ajustam e sustentam umas às outras, de forma a construir uma rede integrada.⁸¹ Assim, as interpretações da prática jurídica feitas pelos juízes devem ser construtivas, para que alcance uma integridade geral, de tal modo que cada uma delas apoie as outras, ao invés de se contradizerem.⁸² Esse conceito aplicado ao instituto do precedente significa, justamente, a observância do direito anterior e a compatibilização da decisão atual, no que cabível, com aquilo que foi decidido previamente, para que as decisões judiciais não conflituem, mas, antes, formem um sistema integrado, coerente e coeso.

Precavendo-se quanto ao uso mecânico e irracional das súmulas e precedentes, o NCPC cria o dever de se levar em consideração, no momento da edição e da aplicação, as circunstâncias fáticas que motivaram sua criação (parágrafo 2º do art. 926).⁸³ Trata-se de uma compreensão contextualizada do precedente, que é formado a partir de elementos, teses e questões levantadas em um caso concreto, e, portanto, não se trata de uma norma geral e abstrata, desvinculada da dimensão fática. A desconsideração dos termos e fatos sob os quais o precedente foi construído gera um desvirtuamento desse instituto. Por isso, na aplicação e interpretação do precedente, busca-se a sua *ratio decidendi*, para que se leve em conta apenas as considerações que representam um “nexo estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão”,⁸⁴ conforme o §3º do art. 489,⁸⁵ qualquer observação sem essa causalidade é *obiter dicta*.

Em sequência, o artigo 927⁸⁶ do NCPC traz o rol de precedentes jurisprudenciais de natureza vinculante, com o objetivo de inserir na cultura jurisprudencial a prática de observância obrigatória de precedentes. Traz, dentre eles, as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I) e os enunciados de súmulas vinculantes (inciso

⁸⁰THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 249.

⁸¹ DWORKIN, 1986, p. 225-228.

⁸² DWORKIN, 1986, p. 228-232.

⁸³ Art. 926. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁸⁴THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 251.

⁸⁵ § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

⁸⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

II), ambos institutos que já vinculavam no direito jurisprudencial antes da vigência do CPC/2015, mas que são trazidos aqui para fins de sistematização. Inova, nos incisos seguintes, trazendo o caráter vinculante de decisões em julgamentos de demandas repetitivas (incidente de resolução de demanda repetitiva, julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos) e em sede de incidente de assunção de competência (inciso III).

Traz ainda como novidade a obrigatoriedade de observância de todas as súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (inciso IV) e, por fim, das orientações do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais se encontram vinculados (inciso V). Nota-se que o dispositivo privilegiou a obrigatoriedade de observância a precedentes verticais, em consonância com a hierarquia judicial. No entanto, nada prevê expressamente quanto à vinculatividade do julgador às suas próprias decisões pretéritas, ainda que tal dever possa ser extraído da interpretação sistemática dos dispositivos referentes à uniformização jurisprudencial.

Enquanto um mecanismo de flexibilização e de evolução dos precedentes, o NCPC previu a utilização do *overruling* (superação) nos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 927. Trouxe, a princípio, a possibilidade de realização de audiências públicas (mecanismo de participação popular) e outros meios de participação de órgãos ou entidades interessadas cujo conhecimento pode contribuir para a rediscussão da tese previamente estabelecida (figura do *amicus curiae*). Esse dispositivo é extremamente positivo, pois permite um debate mais qualificado e uma decisão mais democrática quanto à revisão de uma tese prévia e a construção de uma nova, incentivando a consolidação de uma cultura participativa no direito brasileiro. Em sequência, possibilitou a modulação dos efeitos da decisão que supera um precedente anterior, por motivos de interesse social ou segurança jurídica, garantindo-se que a sociedade tenha um período para se adaptar ao novo entendimento jurisprudencial.⁸⁷

Houve, ainda, previsão expressa da existência de um “encargo de argumentação” para essa superação jurisprudencial, nos termos já detalhados na seção anterior. A fundamentação deve ser adequada e específica, o que está em conformidade com o dever geral de fundamentação das decisões judiciais (art. 11 CPC/2015 e art. 93, IX, da CF/88)⁸⁸. Mas o NCPC buscou ser ainda mais preciso e taxativo quanto a essa questão ao estabelecer especificamente em quais hipóteses não se considera que uma decisão judicial foi

⁸⁷THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 253.

⁸⁸Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

fundamentada (art. 489, § 1º do NCPC).⁸⁹ Busca-se evitar, com isso, um problema recorrente na vigência do Código anterior, que também previa o dever de fundamentação, mas, na prática, os juízes proferiam decisões com fundamentação inexistente ou inadequada e alegavam que o haviam feito. Essas “simulações de fundamentação” não podem mais ser toleradas.⁹⁰

Como pontua Ramires:

(...) é preciso diferenciar a fundamentação válida de suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso “tal ou qual norma legal”.⁹¹

Nesse sentido, uma decisão que simplesmente afirma que deferiu ou indeferiu o pedido com base em uma lei ou em uma súmula não foi bem fundamentada (inciso I do §1º do art. 489); é necessário que o julgador diga o porquê de ter acolhido aquela interpretação e não a contrária. A fundamentação, diferentemente da motivação, tem uma dimensão dialógica, na qual a manifestação durante a construção da decisão e o convencimento das partes acerca da justiça do resultado final é necessária. Fundamentação abarca, assim, o contraditório efetivo, na medida em que o juiz deve responder a todos os argumentos trazidos no processo pelas partes (inciso IV do §1º do art. 489). Essa observância dos ditames do contraditório dinâmico também é necessária em sede de precedente judicial (parágrafo 1º do art. 927 c/c art. 10º).⁹²

Especificamente sobre o instituto do *overruling*, o inciso VI do §1º do art. 489 estabelece, *a contrario sensu*, que, para deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, o julgador deve demonstrar a justificativa para a superação desse

⁸⁹ Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 220.

⁹¹ RAMIRES, 2010, p. 41-42.

⁹² Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 927. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

entendimento, sob pena de sua decisão ser considerada não fundamentada e, portanto, nula (art. 11). Desse modo, esse dispositivo busca contribuir para a criação de uma “cultura argumentativa” na aplicação de precedentes,⁹³ adotando o princípio da inércia de Perelman,⁹⁴ já explicado na seção anterior.

Quanto ao *distinguishing*, o NCPC não trouxe uma previsão direta no capítulo de uniformização de precedentes, como no caso do *overruling*. No entanto, declara expressamente que uma decisão judicial que não aplica súmula, precedente ou jurisprudência a um caso, sem demonstrar a existência de distinção entre eles, é considerada não fundamentada e, assim, nula. A interpretação sistemática do artigo 11, do inciso VI do §1º do artigo 489 com o parágrafo 1º do art. 927 permite concluir que existe, impreterivelmente, o dever de fundamentação argumentativa para se realizar a distinção entre o caso *sub judice* e o caso sob o qual o precedente foi construído.

Em resumo, a regulamentação sobre precedentes judiciais trazida pelo NCPC parece estar, em grande medida, compatível com a doutrina tradicional de precedentes oriunda da *common law* e, nesse sentido, pode contribuir enormemente para a construção de uma prática argumentativa e racional no uso dos precedentes, bem como para o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais.⁹⁵ Contudo, o problema persistirá se os juízes e desembargadores ignorarem ou interpretarem equivocadamente esses dispositivos normativos; de nada adianta, portanto, uma mudança normativa que não seja acompanhada de uma mudança na cultura judicial e na mentalidade dos julgadores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para uma melhor compreensão de todas as nuances do instituto do precedente, é necessário entender que ele é uma fonte do direito em diálogo com todas as outras fontes, uma vez que elas se influenciam reciprocamente e, muitas vezes, as normas de diferentes fontes são aplicadas de forma conjunta ou complementar.

Assim, é crucial uma leitura sistemática e coerente do ordenamento jurídico, passando-se pelo reconhecimento do pluralismo normativo e por uma hermenêutica dialógica entre fontes de direito, amparada nos princípios e valores constitucionais e com o objetivo de concretização dos direitos fundamentais. A adoção desse instituto no direito brasileiro pode trazer inúmeros benefícios e contribuir para o amadurecimento de uma cultura argumentativa

⁹³THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 229.

⁹⁴Bustamante e Derzi fazem essa ponderação em: BUSTAMANTE; DERZI, 2013, p. 359.

⁹⁵BUSTAMANTE; DERZI, 2013, p. 360.

no contexto judicial. Contudo, a aplicação de precedentes e criação de súmulas não pode se dar mecanicamente, de tal forma que haja uma padronização massificadora da atividade jurisdicional.

O juiz deve promover a individualização do direito e um precedente ou súmula só podem ser aplicados se e na medida em que o caso *sub judice* demonstre preencher e enquadrar-se nos pressupostos dos casos paradigmas. Assim, deve-se interpretar uma súmula ou precedente levando-se em consideração as circunstâncias específicas do caso que lhe deram origem, sob pena de uma aplicação irreflexiva e mal fundamentada dessa espécie de fonte do direito. Justamente para se evitar esses equívocos na sua aplicação, uma circulação de modelos jurídicos é desejada; a experiência sólida da tradição de *common law* no manejo do precedente deve, assim, ser o nosso horizonte hermenêutico, para que seja consolidada uma doutrina de precedentes robusta e, ao mesmo tempo, adequada às peculiaridades do ordenamento brasileiro.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ATIYAH, P. S.; SUMMERS, Robert. *Form and Substance in Anglo-American Law: a Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

ATIYAH, P. S.; SUMMERS, Robert. Form and Substance in Legal Reasoning: the Case of Contract. In: MACCORMICK, Neil; BIRKS, Peter. *In the Legal Mind: Essays for Tony Honoré*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

BENTHAM, Jeremy. Constitutional Code. In: ROSEN, F.; BURNS, J. H. *Collected Works of Jeremy Bentham*. V. 1. Oxford: Oxford University Press, 1983.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BUSTAMANTE, Thomas; DERZI, Misabel de Abreu Machado. Efeito vinculantes e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In: FREIRE, Alexandre et. al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro 1988. Brasília, Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. A praticidade e o papel institucional do Poder Judiciário: a separação de poderes em jogo. In: MANEIRA, Eduardo; TORRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e a Constituição – Homenagem ao professor Sacha Calmon Navarro Coelho*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GERHARDT, Michael. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GOODHART, Arthur Lehman. Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*, v. 50, p. 40-65, 1934.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HOLMES, Oliver Wendell. The path of the Law. *Harvard Law Review*, v. 10, 1897.

MARMOR, Andrei. Should like cases be treated alike?. *Legal Theory*, v. 11, p. 27-38, 2005.

MONTESQUIEU, Charles Louis. *The spirit of the Laws*. New York: Hafner, 1949.

PETERS, Christopher. Foolish Consistency: On Equality, Integrity, and Justice in Stare Decisis. *Yale Law Journal*, v. 105, n. 8, p. 2031-2115, 1996.

RADIN, Max. Case Law and Stare Decisis: Concerning Präjudizienrecht in Amerika. *Columbia Law Review*, v. 33, n. 2 p. 199–212, 1933.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Clarendon Press: Oxford, 2002.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. London: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, p. 571-605, 1987.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILTALA, Raimo. *A theory of precedent: from Analytical to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Produção do direito e conhecimento da lei à luz da participação popular e sob o impacto da tecnologia da informação*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-96WPB6>>. Acesso em: 15 set. 2016.

TARELLO, Giovanni. Ideologias Setecentistas da Codificação e Estrutura dos Códigos. *Meritum – Revista de Direito da Universidade FUMEC*, v. 3, n. 2, 2008. Disponível em <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/857/641>>. Acesso em: 10 set. 2016.

TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado: Ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ASSESSORIA ESPECIALIZADA EM DIREITOS HUMANOS EM CASOS INDIVIDUAIS: METODOLOGIAS CLÍNICAS DE ADVOCACIA ESTRATÉGICA EM DIREITOS HUMANOS¹

SPECIALIZED ADVICE ON HUMAN RIGHTS IN INDIVIDUAL CASES: CLINICAL METHODOLOGIES OF STRATEGIC ADVOCACY IN HUMAN RIGHTS

Daniela Bicalho Godoy²

Letícia Soares Aleixo³

Thiago Moreira Gonçalves⁴

Resumo

O objetivo deste artigo é abordar as metodologias clínicas de advocacia estratégica em direitos humanos empregadas pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CdH-UFGM) na assessoria aos casos individuais marcados por graves violações de direitos humanos e acolhidos no âmbito da Divisão de Assistência Judiciária da UFGM (DAJ-UFGM). O artigo resgata a criação e institucionalização da CdH-UFGM no âmbito da DAJ-UFGM, analisa o fluxo de entrada e tratamento de casos individuais pela DAJ-UFGM à luz da metodologia desenvolvida no âmbito da CdH-UFGM e, por fim, empreende a explicação de como são aplicadas as metodologias de *advocacy*, litigância estratégica e lobby no trabalho da CdH-UFGM de assessoria especializada em direitos humanos, com foco no caso Mães Órfãs. Conclui-se que os benefícios da atuação conjunta e articulada dos dois programas de extensão são notórios, considerando que a CdH-UFGM busca ampliar o leque de possibilidades de atuação em casos individuais do programa de Assistência Judiciária e desenvolver múltiplas habilidades junto aos advogados e estagiários, contribuindo, inclusive, para a desjudicialização do litígio ao privilegiar ações e incidências em âmbito extrajudicial. Além disso, é notório o papel formador desses dois projetos de extensão universitária, que alicerçam bases para que os discentes possam respaldar seus trabalhos futuros, refletindo as boas práticas e experiências vivenciadas ao longo da graduação, principalmente no que tangem a busca pela proteção e efetivação dos direitos humanos.

Palavras-Chave: Direitos humanos. Advocacia estratégica. Clínicas jurídicas.

Abstract

This article aims to approach the clinical methodologies of strategic human rights advocacy employed by the Human Rights Clinic of the Federal University of Minas Gerais (CdH-UFGM) in the advisory for the human rights individual cases received within the Judicial Assistance Division of the same University (DAJ-UFGM). The article will be developed in three parts: the creation of the CdH-UFGM in the DAJ-UFGM; the presentation of the inflow and treatment of individual cases by the DAJ-UFGM in the light of the methodology developed within the scope of the CdH-UFGM; and, finally, the explanation of how the methodologies of advocacy, clinical method, strategic litigation and lobbying are applied in the work of the CdH-UFGM specialized human rights counseling, focusing on the Orphans Mothers (Mães Órfãs). We conclude that the process of implementing a specialized human rights advisory within the legal assistance program has encountered several external and internal obstacles. However, the benefits of the joint and combined action of the two programs are notorious, considering that the CdH-UFGM seeks to expand the range of possibilities and develop multiple skills with lawyers and trainees, contributing, even to avoid the judicialization of the litigation to the privileging actions and incidents in extrajudicial matters. In addition, it is notorious the formative role of these two university extension projects, which establishes bases for students to support their future work, reflecting the good practices and experiences they have undergone during graduation, especially in what concerns the search for protection and effectiveness of the human rights.

Keywords: Human rights. Strategic advocacy. Legal clinics.

¹ Artigo inédito. Enviado em: 22 jul. 2018.

² Advogada, graduada em Direito pela UFGM; pós-graduanda em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG (ESA-OAB/MG); advogada orientadora e co-fundadora da Clínica de Direitos Humanos da UFGM (CdH-UFGM); advogada orientadora da Divisão de Assistência Judiciária da UFGM (DAJ-UFGM); assessora jurídica na Cáritas - Regional Minas Gerais, responsável pela assessoria técnica aos atingidos pelo rompimento da Barragem de Fundão em Mariana/MG. *E-mail:* danibgodoy@gmail.com.

³ Mestre e graduada em Direito pela UFGM; foi advogada orientadora da Divisão de Assistência Judiciária da UFGM (DAJ-UFGM). É co-fundadora e orientadora da Clínica de Direitos Humanos da UFGM (CdH-UFGM) e coordenadora operacional do Projeto Diálogos Comunitários junto ao MPMG no Caso Samarco/Rio Doce. *E-mail:* leticiapaleixo@gmail.com.

⁴ Bacharel em Relações Internacionais (2017) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e graduando em Direito pela UFGM. É estagiário acadêmico da Clínica de Direitos Humanos da UFGM (CdH-UFGM). *E-mail:* thiagom93@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

No contexto das Jornadas de Junho de 2013, um grupo de alunos e alunas integrantes da Divisão de Assistência Judiciária da Universidade Federal de Minas Gerais (DAJ-UFGM) e do Grupo de Estudos em Direito Internacional dos Direitos Humanos (GEDI-DH-UFGM) resolveram se articular e incidir na proteção dos manifestantes que ocupavam as ruas enquanto espaço de reivindicação de direitos, exercício da política e da cidadania. Alguns anos se passaram desde então, mas uma simples consulta aos sites de busca é suficiente para reviver a lembrança da onda de protestos que marcou o mês de junho de 2013, mobilizando milhares de pessoas em diversas cidades brasileiras. Não foi, porém, a pauta inicial dos protestos que chamou atenção dos alunos, mas a reação violenta das autoridades e das forças de segurança estatais. Em resposta aos diversos relatos de violência policial, o grupo se articulou e acionou potenciais entidades parceiras para então reunir diversos advogados voluntários, grupos universitários, comissões da Ordem dos Advogados do Brasil, associações e sindicatos na iniciativa que ficou conhecida como *Frente Única: rede de enfrentamento à violência policial*.⁵

Encerrada a onda de protestos, os alunos envolvidos na iniciativa da *Frente Única*, percebendo o potencial de ações mais estruturadas em suporte aos litígios individuais levados a cabo pela DAJ-UFGM, decidiram institucionalizar a Clínica de Direitos Humanos (CdH-UFGM) como um programa de pesquisa e extensão vinculado àquela divisão. Em 2014, portanto, a Divisão de Assistência Judiciária passou a contar com dois programas de extensão complementares em sua estrutura: o Programa de Assistência Judiciária e a Clínica de Direitos Humanos. Entendeu-se naquele momento que a CdH-UFGM viria para somar à assistência judiciária já tradicionalmente exercida pela DAJ-UFGM em dois aspectos: primeiro porque se propôs a articular ações ampliadas relacionadas a temáticas mais sensíveis valendo-se, para tal, de estratégias judiciais e extrajudiciais na tentativa de se alterar o contexto no qual se (re)produz a violação de direitos humanos; segundo porque se dispôs a oferecer uma assessoria especializada em direitos humanos para os casos individuais acolhidos e conduzidos pelo Programa de Assistência Judiciária, incorporando às peças processuais e à prática jurídica cotidiana parâmetros internacionais em matéria de proteção e promoção dos direitos humanos e metodologias de advocacia estratégica em direitos humanos.

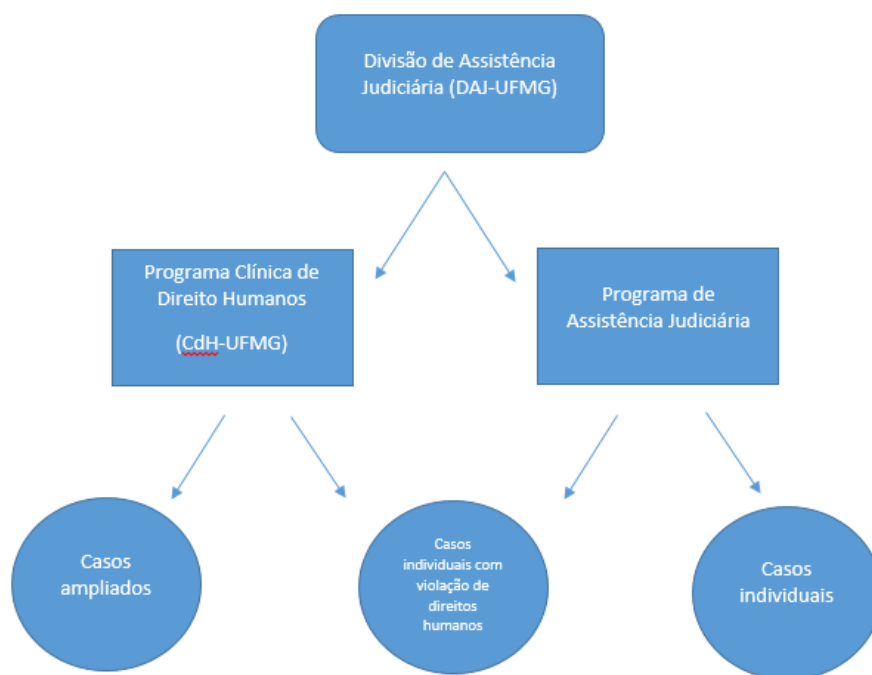
⁵ Naquela época, a *Frente Única* distribuiu cartilhas informando sobre o direito à liberdade de manifestação e de expressão, além de orientações sobre como os manifestantes poderiam reagir em caso de reação violenta por parte das forças policiais. Foi disponibilizado um número de telefone de plantão para rastreamento dos casos de violência, realizadas mediações pelos alunos entre os manifestantes e o comando da Polícia Militar e judicializados alguns casos via DAJ-UFGM e apoio dos advogados voluntários.

Tendo esse histórico como pano de fundo, o presente artigo tem por objetivo justamente abordar as metodologias clínicas de advocacia estratégica adotadas pela CdH-UFMG para trabalhar com os casos individuais acolhidos no âmbito da DAJ-UFMG, nos quais é possível identificar uma grave violação de direitos humanos. Para tal, divide-se em duas partes, além desta introdução e das considerações finais. Na primeira parte, será apresentado o fluxo de entrada de casos individuais na DAJ-UFMG que exigem a mencionada assessoria especializada em direitos humanos, assim como os critérios utilizados pela CdH-UFMG para recomendar a classificação “caso relacionado à temática de direitos humanos” e, portanto, o assessoramento especializado. Em seguida, serão apresentadas as metodologias de *advocacy*, método clínico, litigância estratégica e lobby e como se dá sua aplicação no trabalho da CdH-UFMG de assessoria especializada em direitos humanos. Por fim, serão apresentadas as metodologias clínicas aplicadas no âmbito da assessoria especializada em direitos humanos nos casos individuais acolhidos e acompanhados pela DAJ-UFMG, trazendo, inclusive, exemplos concretos de atuação.

2 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E CLÍNICA: INTERFACES

Conforme brevemente delineado na introdução deste trabalho, as atividades hoje desenvolvidas no âmbito da CdH-UFMG dividem-se em duas grandes frentes: a primeira, dos casos ampliados de violação aos direitos humanos, nos quais é possível identificar uma violação estrutural de direitos humanos sobre a qual estabelece-se uma dinâmica de pesquisa científica, capacitação permanente e atuação estratégica no campo; e uma segunda frente que diz respeito à assessoria especializada em direitos humanos para os casos que são acompanhados judicialmente pelo Programa de Assistência Judiciária da DAJ-UFMG.

IMAGEM 01:



Elaboração própria.

O trabalho do Programa CdH-UFMG divide-se em duas vertentes, a atuação em casos ampliados e atuação em casos individuais. Os casos ampliados seguem uma proposta de atuação contínua, estabelecida em planos de ação com objetivos e metodologia de pesquisa e advocacia estratégica. Atualmente há três casos ampliados, trabalhados em núcleos: o núcleo Mães Órfãs, que trata da retirada forçada pelo Estado de crianças recém-nascidas de suas mães e de núcleos familiares em situação de vulnerabilidade social; o núcleo Territórios, que atua junto a comunidades e territórios de povos tradicionais que sofrem sistemáticas violações de direito em seus territórios originais; e o núcleo Adolescentes Trans no Sistema Socioeducativo, que aborda temáticas referentes ao estabelecimento e vivência no sistema socioeducativo de adolescentes transexuais acautelados. Os três casos ampliados trabalham por meio de uma perspectiva de pesquisa acadêmica com pronta incidência nos Poderes Executivo, Executivo e Judiciário. Não obstante, a advocacia estratégica no âmbito dos casos ampliados pode estabelecer interfaces com o programa de Assistência Judiciária, vez que tratam de violações estruturais de direitos humanos que possivelmente influenciam o aumento da judicialização de temáticas referente aos casos ampliados. Deste modo, os casos ampliados podem ser motivadores para a geração de novos casos individuais, que é outra vertente de atuação da CdH-UFMG, desta vez intimamente relacionado com o programa de Assistência Judiciária, conforme será apresentado.

O Programa de Assistência Judiciária, por sua vez, recebe, por meio de um plantão de atendimento jurídico aberto à comunidade economicamente hipossuficiente de Belo Horizonte,

demandas individuais de diversas naturezas que passam a ser assessoradas pela DAJ-UFMG após um procedimento interno de triagem, avaliação das possibilidades de atuação e deferimento de novos casos junto aos professores-coordenadores do programa e estagiários que realizaram as anotações dos casos nos plantões de atendimento jurídico. Verificou-se, entretanto, que muitos casos não recebiam a devida atenção no que tange aspectos referentes à proteção dos direitos humanos. Assim, a partir dessa necessidade de acompanhar casos de violação de direitos humanos por meio de um trabalho em grupo e prezando pela interdisciplinariedade, a CdH-UFMG passou a trabalhar em conjunto com o Programa Assistência Judiciária, possibilitando que os responsáveis possam refletir em conjunto, contando com apoio especializado em tratar de violações aos direitos humanos, o que permitiu o desenvolvimento de estratégias diferenciadas e inovadoras para lidar com as demandas jurídicas recebidas na esfera DAJ-UFMG.

Atualmente, os plantões de atendimento para a recepção de demandas jurídicas ocorrem de segunda a quinta-feira, no horário das 12 às 14 horas, e contam com a presença de estagiários de Direito (Faculdade de Direito da UFMG) e da Psicologia (Núcleo de Pesquisa em Psicologia Jurídica da UFMG), que entram individualmente com a pessoa que busca assistência jurídica numa sala para a apresentação da demanda e orientação a respeito da possibilidade de acolhimento do caso ou não. É importante ressaltar que o próprio estudante avalia se o caso se enquadra nos critérios do Programa de Assistência Judiciária e reflete sobre possibilidade de anotar ou não o caso, sendo este o primeiro passo de aceitação do caso pelo Programa. Posteriormente, às sextas-feiras, são analisados todos os casos anotados naquela semana para uma avaliação final sobre a definitiva aceitação do caso no âmbito deste. Nesse momento, há sempre a presença dos estagiários do curso de Direito, especialmente aqueles que anotaram casos na semana, bem como os alunos que compõem a diretoria adjunta da DAJ-UFMG.

No plantão, sempre há a presença de um estagiário de Direito dos períodos iniciais, que faz um trabalho administrativo, como a triagem dos casos e realização de cadastro no sistema. Também ficam presentes no plantão os orientadores, que são advogados voluntários de diversas áreas, que auxiliam os estagiários de Direito no atendimento, caso sejam demandados. Além disso, há estagiários do curso de Psicologia, que auxiliam no atendimento de casos em que se verificam problemas familiares, psicológicos ou outra situação em que o atendimento psicológico se faz relevante junto ao auxílio jurídico.

Por fim, há sempre um estagiário da CdH-UFMG, que auxilia no atendimento de casos em que se verifica alguma violação de direito humanos. Nesses casos, o estagiário da CdH-UFMG acompanha o atendimento realizado pelo estagiário de Direito, o que possibilita uma

análise conjunta e ampliada do problema verificado e, mesmo que não haja anotação do caso, tem-se o cuidado para realizar um encaminhamento consciente, proposta assumida pela CdH-UFMG nos casos de violação de direitos humanos e que não serão acompanhadas pelo Programa de Assistência Judiciária, no qual o estagiário da CdH-UFMG se responsabiliza pelo encaminhamento da pessoa orientada a alguma entidade parceira que melhor possa assumir a demanda trazida à DAJ-UFMG. Quando o caso é anotado pelo Programa de Assistência Judiciária, um estagiário da CdH-UFMG é designado junto ao estagiário de Direito com o objetivo de buscar soluções efetivas, mas também criativas⁶ e direcionadas diretamente ao problema evidenciado, utilizando uma visão ampliada e estratégica além dos tradicionais métodos de assistência jurídica.

Uma das questões que sempre surgem nas reflexões internas da CdH-UFMG é como mensurar se em determinado caso há uma violação de direitos humanos e o que seria de fato uma violação de direitos humanos. Os direitos humanos são complexos de se definir e categorizar. As Nações Unidas afirmam que esses direitos são fundados no respeito e dignidade da pessoa humana; são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, são os direitos inerentes ao ser humano.⁷ Isso, portanto, pode dificultar uma definição clara e precisa do que seriam os direitos humanos, ainda que a Constituição Federal de 1988 consagre uma série de direitos fundamentais que podem ser considerados também direitos humanos.⁸ Assim, ainda que tal debate seja recorrente no cotidiano do trabalho levado a cabo pela equipe da CdH-UFMG, não é nosso objetivo definir direitos humanos neste artigo.

Deste modo, a avaliação da existência de violação de direitos humanos nos casos individuais recepcionados pelo plantão é feita caso a caso, no âmbito de um grupo interdisciplinar, cujos membros, em sua maioria alunos de graduação, que são os que compõem diariamente o trabalho na CdH-UFMG, discutem e analisam se o indivíduo que trouxe a demanda é parte de alguma minoria que sofre sistematicamente violação de seus direitos, como mulheres, pessoas LGBTQs, povos tradicionais, afrodescendentes, moradores de rua, pessoas com deficiência, entre outros. É analisado se aquela demanda é inovadora ou se já não é recepcionada por outros órgãos ou entidades locais, como os casos de agressão doméstica enquadrados na Lei 11.340, também conhecida como Lei Maria da Penha.

Avalia-se também se já não há algum grupo parceiro que realiza aquele trabalho, como o Programa Polos de Cidadania, outro programa de extensão da Faculdade de Direito e Ciência

⁶ VIEIRA; ALMEIDA, 2011, p. 01.

⁷ NAÇÕES UNIDAS NO, 2018, p. 01.

⁸ VIEIRA; ALMEIDA, 2011, p. 01.

do Estado da UFMG, que atende demandas de jurídicas e extrajurídicas de ocupações urbanas ou população de rua de Belo Horizonte; Projeto Ciranda, também projeto de extensão da Faculdade que trabalha com questões referentes à com justiça restaurativa; ou a própria Defensoria Pública de Minas Gerais.

Verificados os fatores apresentados acima, a CdH-UFMG decide ou não por acompanhar o caso junto ao Programa de Assistência Judiciária, realizando uma assessoria especializada em direitos humanos, por meio do método clínico aplicado a casos individuais que será apresentada a seguir.

3 METODOLOGIAS CLÍNICAS DE ADVOCACIA ESTRATÉGICA EM DIREITOS HUMANOS

A proposta metodológica do ensino clínico do Direito surgiu nos Estados Unidos na primeira metade do século XX, com o objetivo de endereçar criticamente e suprir as deficiências geradas para a formação de advogados a partir do sistema de ensino jurídico tradicional predominante àquela época, denominado método Langdell.⁹ Este método era centrado na transmissão do conhecimento jurídico por acadêmicos com pouca ou nenhuma experiência prática na advocacia, com base no estudo das leis, produções doutrinárias e opiniões impressas de juízes, tidas como repositórios de conhecimento que os estudantes de direito deveriam acessar para, enfim, capacitarem-se como advogados.

Desta forma, excluía-se do programa de ensino jurídico e das construções curriculares, a apreciação da advocacia como atividade de interesse público e relevância social, sendo negligenciadas na formação dos futuros advogados a multiplicidade de habilidades técnicas e humanas envolvidas na construção de um caso e na obtenção de um provimento judicial favorável, bem como a percepção das iminentes discrepâncias entre as teorias jurídicas e a realidade prática.¹⁰ Segundo Jerome N. Frank,¹¹ um dos precursores da metodologia clínica de ensino jurídico, a proposta de uma formação jurídica crítica e socialmente referenciada e engajada poderia ser concretizada por meio da implementação, em âmbito jurídico, do modelo de clínicas comumente praticado nas escolas de Medicina, voltado ao aperfeiçoamento e

⁹ Christopher Columbus Langdell foi professor e reitor na Escola de Direito de Harvard e publicou, em 1870 um compilado de sentenças dos tribunais de apelação. Para Langdell, o Direito sustentava-se em princípios apreensíveis somente por meio da análise das decisões dos tribunais. MORALES, 2004, p. 14 apud FARNSWORTH, 1990, p. 34-36.

¹⁰ FRANK, 1933, p. 908.

¹¹ FRANK, 1933, p. 917.

amadurecimento profissional dos estudantes a partir da associação do conhecimento teórico à atuação prática constantemente sujeita à reflexão. A exemplo das clínicas médicas universitárias, portanto, as clínicas jurídicas desempenhariam de forma gratuita trabalhos e serviços jurídicos de interesse social, podendo desenvolver atividades idênticas às aquelas realizadas por escritórios de advocacia, o que permitiria aos estudantes de direito a aproximação necessária entre teoria jurídica e *práxis*, bem como a percepção do lado humano, e, portanto, falível, da administração da justiça.¹² O estudante de direito estaria, assim, apto a compreender, desde a graduação, as limitações advindas da aplicabilidade prática de normas e princípios jurídicos, podendo enfim conceber que direitos e deveres, à despeito de sua prescrição legal, estão sujeitos à variabilidade e ao relativismo de interpretações judiciais em processos específicos.¹³

Apesar de as primeiras construções teóricas e propositivas do emprego das metodologias clínicas para o incremento do ensino jurídico já contarem com mais de décadas nos Estados Unidos, tais concepções apenas foram implementadas no contexto latino-americano a partir da década de 1960.¹⁴ No Brasil, o fenômeno clínico jurídico é ainda mais recente, tendo sido iniciado a partir do século XXI e, desde então, protagonizado pelas Clínicas de Direitos Humanos.¹⁵ Considerando-se as intensas desigualdades sociais, econômicas, políticas e culturais e as graves estruturas de opressão a segmentos sociais específicos que constituem as bases históricas e fundacionais da sociedade brasileira, o fenômeno clínico jurídico no Brasil esteve desde o início vinculado a temáticas de interesse público e ao compromisso com a justiça social. As clínicas jurídicas brasileiras, e, em especial, as Clínicas de Direitos Humanos, surgem, portanto, como uma alternativa metodológica à crise do ensino jurídico no Brasil¹⁶ e seu prejudicial déficit pedagógico e social,¹⁷ advindo da consolidação uma formação excessivamente normativista, tecnicista, acrítica e apartada da realidade social brasileira. Nesse sentido, a contribuição do ensino clínico do direito no Brasil é fundamental para a disseminação de uma proposta de formação complexa e humanística de juristas e defensores de direitos humanos críticos, sensíveis aos problemas sociais que os cercam e aptos a colocar em prática o ideal de uso do direito como instrumento de transformação social.

¹² FRANK, 1933, p. 918.

¹³ FRANK, 1933, p. 919.

¹⁴ MORALES, 2004, p. 23.

¹⁵ LAPA, 2014, p. 78.

¹⁶ LAPA, 2014, p. 47.

¹⁷ RUTIS, 2017, p. 4.

Como já abordado anteriormente, a CdH-UFMG surgiu por iniciativa de alunos da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG vinculados à DAJ-UFMG interessados em colocar em prática ações mais bem estruturadas para lidar com as violações de direitos humanos identificadas nos litígios individuais recepcionados pela Divisão, através do emprego de estratégias judiciais e extrajudiciais com o objetivo de modificar o contexto estrutural de violação direitos humanos no qual a demanda individual estaria inserida. Portanto, desde a sua fundação, a CdH-UFMG se propôs a oferecer, para além de sua atuação em casos ampliados, uma assessoria jurídica especializada em direitos humanos para casos individuais, por meio da atuação conjunta com o corpo técnico de colaboradores da DAJ-UFMG com a organização de grupos de estudos de casos; realização de pesquisas de jurisprudência internacional e nacional de pertinência temática aos direitos humanos; elaboração de estudos, documentos técnicos e peças processuais à luz dos fundamentos de proteção e promoção de direitos humanos; e, também, a partir do incremento das atividades cotidianas de prática jurídica com as metodologias clínicas de advocacia estratégica em direitos humanos, como *advocacy*, *lobby*, mobilização social, comunicação estratégica e litigância estratégica em direitos humanos¹⁸ com vistas a endereçar de forma complexa casos de repercussão e abrangência também complexas, em se tratando de reflexos individuais de violações estruturais de direitos humanos. Sem a pretensão de esgotar a ampla gama de significados compreendidos nos conceitos das metodologias elencadas, será feita uma breve explicação de cada uma.

O conceito de *advocacy* é originado do latim *advocare*, que significa ir ao auxílio de alguém ou manifestar-se em benefício de outra pessoa como seu/sua representante legal.¹⁹ Apesar de sua origem semântica notadamente jurídica, esta concepção abrange uma variedade de ações de naturezas distintas que em muito extrapolam a esfera judicial e podem ser empreendidas no exercício da defesa de determinada causa. Segundo a definição adotada pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância da Organização das Nações Unidas (ONU)²⁰ em tradução livre, *advocacy* seria o processo premeditado de incidir ou influenciar direta ou indiretamente tomadores de decisão, partes interessadas e a opinião pública em geral para apoiar e implementar ações que contribuam para a promoção e efetivação dos direitos humanos. A utilização do *advocacy* na advocacia estratégica em direitos humanos pode envolver, por exemplo, a organização e a articulação de redes de proteção de direitos humanos com o objetivo de garantir que as vozes das pessoas atingidas por determinado contexto de violação de direitos

¹⁸ ALEIXO; DRUMMOND; THIBAU, 2017, p. 35-52.

¹⁹ UNICEF, 2010, p. 2.

²⁰ UNICEF, 2010, p. 3.

humanos sejam, de fato, ouvidas e levadas aos espaços de tomada de decisão, assim como a realização de *lobby*²¹ para incidência em processos legislativos e na formulação de políticas públicas, bem como a elaboração e divulgação de campanhas²² em prol da efetivação de direitos humanos. Neste contexto, outras ferramentas se aliam a estas já elencadas, a exemplo da mobilização social e a comunicação estratégica em direitos humanos. Para Prado:²³

a mobilização social é um processo de desenvolvimento de condições materiais, psicossociais e políticas que são necessárias para a constituição de ações coletivas. Estas, por sua vez, emergem como uma possibilidade, nas sociedades modernas, de construção de discursos e práticas antagônicas, ou seja, no estabelecimento de conflitos sociais.

Ao defender, promover e dar visibilidade a causas e, não, simplesmente casos, a advocacia estratégica em direitos humanos caminha lado a lado com a mobilização social, buscando fortalecer a constituição de identidades políticas comuns²⁴ para o enfrentamento de macroestruturas de opressão. A comunicação estratégica em direitos humanos apresenta-se como uma ferramenta indispensável nesse sentido, em razão da sua finalidade precípua de informar, ao mesmo tempo em que contribui para a desconstrução de discursos e comportamentos sociais incompatíveis com a proteção e promoção dos direitos humanos na realidade em que se insere. Segundo diretrizes do Fundo das Nações Unidas para a Infância da ONU²⁵ para a comunicação em direitos humanos:

Num espaço democrático, a informação, ética e contextualizada, é condição fundamental para o exercício da cidadania. A maneira como a informação é comunicada pode contribuir para a elevação dos níveis de organização e participação comunitária, qualificando o debate público e agendando temas importantes. Uma sociedade bem informada tem mais condições de intervir na transformação de sua realidade, buscando soluções coletivas para os problemas que a atingem.

Por fim, abordamos a litigância estratégica em direitos humanos como uma forma de trabalhar e conduzir litígios judicializados ou judicializáveis para além de sua esfera subjetiva e da mera obtenção da resolução de uma demanda, visando promover a ampliação e a consolidação do ambiente público de proteção de direitos humanos por meio do emprego de metodologias clínicas estratégicas. Objetiva-se, com esta prática, angariar a transformação de

²¹ A palavra *lobby* é originária da palavra latina *loggia*, que faz referência ao local aberto das edificações públicas onde os tomadores de decisões se encontravam para discutir e debater diversos temas na Roma antiga. (UNICEF, 2010, p. 3).

²² UNICEF, 2010, p. 2.

²³ PRADO, 2002, p. 60.

²⁴ PRADO, 2002, p. 60.

²⁵ UNICEF, 2011, p. 7-8.

entendimentos judiciais, regulamentações normativas e atos do poder público para que estes passem a contemplar a tutela responsável dos direitos humanos. Para tanto, lança-se mão de metodologias como: o emprego de ferramentas *advocacy*, com a incidência direta em órgãos administrativos, legislativos ou judiciários pela efetivação de direitos humanos; o uso de técnicas de peticionamento estratégico dentre as quais destacamos a fundamentação em princípios constitucionais e na proteção dos direitos fundamentais consolidados na Constituição da República de 1988, a inserção de jurisprudência e parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos, a invocação das normas fundamentais do processo civil e pressupostos básicos de instauração do processo, o emprego de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de constitucionalidade, o emprego de institutos protetivos, recursos e remédios constitucionais e a utilização do *Amicus Curiae* como hipótese estratégica de intervenção de terceiros; e, quando cabível, a internacionalização do litígio junto aos sistemas de abrangência global e regional de proteção dos direitos humanos (Sistema ONU e Sistema Interamericano de Direitos Humanos) como estratégia subsidiária de acesso à justiça.²⁶

3.1 ADVOCACIAS ESTRATÉGICAS EM DIREITOS HUMANOS NO CASO MÃES ÓRFÃOS

Em Belo Horizonte, crianças recém-nascidas têm sido afastadas de seus núcleos familiares de origem ainda nos hospitais e maternidades públicas e encaminhadas para serviços de acolhimento institucional em razão de recomendações do Ministério Público, dos serviços públicos de saúde e assistência social e determinações do poder judiciário sob a justificativa oficial de que a situação de vulnerabilização social de suas genitoras, em especial a trajetória de rua e/ou a dependência química, configuraria, por si só, situação de grave risco para os bebês. A prática, que tornou-se recorrente no município nos últimos cinco anos²⁷ foi respaldada pelas Recomendações nº 05 e 06 de 2014,²⁸ da 23ª Promotoria da Infância e da Juventude do Ministério Público de Minas Gerais, e pela Portaria nº 03/2016²⁹ da Vara Cível da Infância e da Juventude de Belo Horizonte (VCIJ-BH), que encontra-se atualmente suspensa.³⁰ Tais

²⁶ ALEIXO; DRUMMOND; THIBAU, 2017, p. 35-52.

²⁷ Há notícias do ano de 2013 sobre o acolhimento de bebês em Belo Horizonte, no ano de 2013, tanto nos sítios eletrônicos do veículo R7 como da rádio Itatiaia. Disponível em: R7, 2013 e ITATIAIA, 2016.

²⁸ MPMG, 2014.

²⁹ TJMG, 2016.

³⁰ Segundo DRUMMOND et al, esta normativa “determinava aos profissionais de saúde e das instituições hospitalares a comunicação à Vara, em até 48h, dos casos em que mãe e bebê fossem enquadrados em suposta “situação de risco”, inclusive, nas hipóteses de “dependência química” ou de “trajetória de rua”” (DRUMMOND et al, 2018, no prelo).

normativas incentivaram e acirraram o encaminhamento de “relatórios-denúncia” de parturientes vulnerabilizadas pelo uso de drogas, trajetória de rua ou outros fatores à VCIJ-BH, o que culminou no encaminhamento de centenas de bebês a serviços de acolhimento institucional³¹ e processos céleres de adoção, empreendidos contra a vontade de seus genitores e familiares. Desta forma, à revelia da ordem normativa e principiológica estabelecida na legislação federal pertinente (Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90), a interferência estatal dos promoveu uma verdadeira política de abrigamento em massa de bebês, pautada por um viés discriminatório que atinge em sua maioria mulheres pobres, negras e periféricas.

A atuação da CdH-UFGM nesta temática iniciou-se com o seu acionamento pelo juízo da Vara Infância e Juventude da Comarca de Belo Horizonte para a elaboração de uma petição de *amicus curiae*, em favor da manutenção dos vínculos familiares entre uma jovem que se encontrava acautelada num centro socioeducativo e a filha que estava gestando.³² Com o aumento do número de acolhimentos de crianças recém-nascidas no município e a ocorrência de um caso de retirada violenta de um bebê de uma mulher que encontrava-se em situação de tratamento no Centro de Referência de Saúde Mental (CERSAM), a CdH-UFGM passou a compor uma rede jurídica de monitoramento e proteção de direitos humanos, juntamente ao Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular.³³

Ato contínuo, a CdH-UFGM passou a ser acionada em casos individuais de afastamento de recém-nascidos trazidos por suas(seus) genitoras(es) e familiares ao plantão de atendimento jurídico tratado no item anterior deste trabalho. A partir das narrativas iniciais das pessoas atingidas, foram constatadas diversas situações de violações de direitos humanos desde o início do processo de afastamento das crianças do convívio familiar por parte da ingerência de agentes dos sistemas públicos de saúde e assistência social, como: o tratamento discriminatório nos atendimentos pré-natais; violência obstétrica, atrasos sem fundamento clínico para a concessão de alta hospitalar da mãe e da criança; proibição arbitrária da amamentação; retenções indevidas de recém-nascidos nas maternidades após a alta clínica; e negativas de acesso a prontuários e registros pessoais nas instituições de saúde.³⁴ Com o acolhimento dos casos pela DAJ-UFGM e a atuação conjunta entre o Programa de Assistência Judiciária e a CdH-UFGM no acompanhamento dos procedimentos judiciais (medidas de proteção e ações de destituição de

³¹ MACIEL, 2018.

³² DRUMMOND et al, 2018, no prelo.

³³ DRUMMOND et al, 2018, no prelo.

³⁴ DRUMMOND et al, 2018, no prelo.

poder familiar), constatou-se de forma ainda mais preocupante, a cadeia de violações a direitos fundamentais e garantias processuais básicas previstas na Constituição de 1988 (art. 5º, LIV e LV da CRFB/1988), no Código de Processo Civil (arts. 7º e 312 do CPC/2015) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 101, § 2º do ECA - Lei nº 8.069/90).

No decorrer da prestação de assistência jurídica às genitoras e familiares de crianças acolhidas, foram registradas outras graves de situações de violação de direitos humanos, como o cerceamento de defesa pela ausência de publicação e intimação de decisões judiciais; o encaminhamento de decisões judiciais prejudiciais às partes para imediato cumprimento sem a possibilidade de sua impugnação pelos procuradores cadastradas; a desconsideração de requerimentos e pedidos de mérito da defesa nos atos decisórios; a ausência de contraditório efetivo; a produção de relatórios psicossociais com avaliações subjetivas e julgamentos morais tomados como verdades jurídicas nos processos; a completa desconsideração da família extensa como possibilidade de reintegração das crianças ao seus núcleos familiares de origem e a priorização pelo rompimento dos vínculos familiares e pelo encaminhamento dos recém-nascidos para famílias substitutas ou adoção.³⁵

Diante de um contexto tão grave e multipolar de violações de direitos humanos, o Programa de Assistência Judiciária e a CdH-UFMG, da DAJ-UFMG, atuaram em cooperação técnica, empregando metodologias clínicas de advocacia estratégica em direitos humanos ao longo de toda a sua atuação no acompanhamento dos casos individuais. No âmbito da CdH-UFMG, foi estruturado o Núcleo de Trabalho Mães Órfãs, que buscou endereçar a situação-problema do afastamento arbitrário de recém-nascidos do convívio familiar de forma ampliada e estruturada em torno de três eixos metodológicos, quais sejam o eixo repressivo (elaboração de subsídios técnicos para a atuação em casos individuais junto do Programa de Assistência Judiciária), o preventivo (advocacy, mobilização social, e atuação em redes de proteção) e pesquisa de campo.

Na assessoria jurídica empreendida junto aos casos individuais alimentada constantemente pelo trabalho de monitoramento do caso ampliado pelo Núcleo Mães Órfãs, foram empregadas as metodologias do *advocacy*, com o acionamento das redes públicas municipais de serviços de saúde e assistência social, por meio da realização de reuniões interdisciplinares para o direcionamento de atenção específica aos núcleos familiares assistidos pela DAJ-UFMG. Ao longo deste trabalho, foi, também, adotada a metodologia clínica da litigância estratégica em direitos humanos, com o emprego de técnicas de peticionamento

³⁵ DRUMMOND et al, 2018, no prelo.

estratégico como a invocação dos direitos fundamentais à maternidade e à proteção da infância previstos no caput do art. 6º da CRFB/88 e do emprego de fundamentação embasada nos princípios da manutenção dos vínculos familiares e da prevalência da família natural e extensa para a proteção a promoção dos direitos das criança e adolescentes, conforme previsto nos arts. 4º e 100, X do ECA.

Nos procedimentos judiciais acompanhados pela DAJ-UFMG, foi aventada a desconstrução da criminalização da pobreza e da compreensão discriminatória e incapacitante do usuário de drogas, defendendo-se a impossibilidade de presunção de risco para a criança em razão da dependência química de seus genitores. Como forma de influenciar a criação de jurisprudência favorável e arguir a nulidade da normativa que amparou os afastamentos de crianças de seus núcleos familiares, optou-se pela inclusão de incidente de inconstitucionalidade da Portaria nº 3/2016 da VCIJ-BH em peças recursais, bem como de normativas e jurisprudência internacionais na temática da proteção aos direitos humanos das crianças e adolescentes. Tal normativa, no entanto, viria a ser suspensa em razão da incidência estratégica no Conselho Nacional de Justiça e na Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, empreendida por meio da articulação de diversos membros e apoiadores técnicos da rede Mães Órfãs em Belo Horizonte, da qual a CdH-UFMG faz parte.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O “sair dos muros da Universidade”, evocado pelo conceito e pelo próprio nome da Extensão Universitária no Brasil não faria sentido se não contemplasse a ação engajada e comprometida com a realidade social do país. Nesse sentido, é de se considerar que a formação do profissional do Direito, em Universidade Pública, cumpre os ditames constitucionais quando contempla o olhar para as causas de interesse social e os capacita para atuarem pelas mudanças dos contextos estruturais que acarretam violações cotidianas de direitos humanos tão próximas de todos nós.

Além disso, o método clínico tem um caráter transformador na formação de novos juristas e todos os demais profissionais que atuam com questões pertinentes à efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos. A prática jurídica cotidiana, bem como atividades acessórias a ela, e tão importantes quanto, como lobby em direitos humanos, por exemplo, tem um papel didático que influenciará os primeiros passos dos discentes em sua relação com a sociedade, como mercado de trabalho e em suas próprias relações interpessoais. A autonomia e empatia adquiridos no âmbito da extensão universitária, aliadas ao ensino e à pesquisa, são

elementos essenciais na formação acadêmica e que possibilitará a este indivíduo alcançar uma visão ampla das problemáticas vivenciadas por ele futuramente.

Conclui-se, portanto, que a institucionalização de uma Clínica de Direitos Humanos no âmbito da DAJ-UFMG, vem somar aos seus objetivos de prestação de assistência judiciária aos menos favorecidos. Por certo que a chegada de um novo programa de extensão à esfera de uma Divisão consolidada há mais de 55 anos à época da fundação da CdH-UFMG, e que atualmente completa 60 anos de prestação de assistência judiciária gratuita à população hipossuficiente de Belo Horizonte, encontrou desafios próprios de dinâmicas e práticas de trabalho consolidadas ao longo desse tempo. Todavia, a prática da atuação conjunta e articulada dos programas hoje coexistentes no âmbito da DAJ-UFMG, e em especial a atuação estratégica nos casos individuais relacionados à violações de direitos humanos vem revelando múltiplos benefícios, considerando-se que a CdH-UFMG busca ampliar o leque de possibilidades para atuação nos casos individuais, podendo, inclusive, contribuir para a desjudicialização do litígio ao privilegiar ações e incidências em âmbito extrajudicial.

O aprendizado final que se pretende deixar registrado com a presente reflexão centra-se na compreensão de que a assessoria especializada em direitos humanos em casos individuais empreendida por parte de uma Clínica de Direitos Humanos mostra-se como uma fonte essencial de subsídios materiais para a composição socialmente referenciada do litígio estratégico por meio do emprego das metodologias clínicas. De acordo com a experiência do Programa CdH-UFMG, os casos individuais fornecem o lastro social que oxigena as ações desenvolvidas no âmbito da pesquisa e da extensão pelo Programa CdH-UFMG, cujas duas vertentes de trabalho concentradas em casos ampliados e casos individuais retroalimentam-se e beneficiam-se reciprocamente. Ademais, o emprego das metodologias clínicas em casos individuais acolhidos no âmbito do Programa de Assistência Judiciária da DAJ-UFMG oportuniza aos estudantes que constroem cotidianamente a prática jurídica universitária daquele Programa o desenvolvimento de habilidades técnicas e comportamentais que contribuirão de forma permanente para o seu desenvolvimento profissional não somente como juristas críticos e sensíveis à realidade social desigual que os cerca, mas, também, como defensores de direitos humanos aptos a operarem o direito como instrumento de transformação da realidade a serviço da efetiva concretização do ideal de justiça social.

“Nunca duvide que um pequeno grupo de pessoas conscientes e engajadas possa mudar o mundo.

De fato, sempre foi assim que o mundo mudou”

Margaret Mead

Referências

ALEIXO, Letícia Soares; AMARAL, Lorena Parreiras; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Ferramentas Clínicas na Advocacia Estratégica em Direitos Humanos. In: NICÁCIO, Camila Silva et al. *Clínicas de Direitos Humanos e o ensino jurídico no Brasil: da crítica à prática que renova*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 35-52.

DRUMMOND, Amanda Naves et al. Atuação estratégica em direitos humanos contra o afastamento arbitrário de bebês do convívio familiar: reflexões sobre a prática. *Revista Saúde em Redes*, no prelo, 2018.

FRANK, J. *Why Not a Clinical Lawyer School?*. USA: Law Review, 1933.

FARNSWORTH, A. *Introducción al Sistema Legal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Editorial Zavalia, 1990, p. 34-36.

ITATIAIA. Todos os dias, de um a dois recém-nascidos são abandonados por mães dependentes do crack em Belo Horizonte, segundo a Vara de Infância e Juventude. 2016. Disponível em: <<http://www.itatiaia.com.br/noticia/dois-bebes-sao-abandonadas-diariamente-em-bh-por-maes-viciadas-em-crack>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

LAPA, Fernanda Brandão. *Clínica de Direitos Humanos: uma alternativa de formação em Direitos Humanos para cursos jurídicos no Brasil*. 2014. Tese (Doutorado em Educação: Psicologia da Educação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/16134/1/Fernanda%20Brandao%20Lapa.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MACIEL, Alice. Tive que entregar meu filho para uma desconhecida. *Agência Pública*, 2017. Disponível em: <<http://apublica.org/2017/07/tive-que-entregar-meu-filho-para-uma-desconhecida/>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS (MPMG). *Recomendação nº 05/2014*. 23ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude. Publicação: 16 jun. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS (MPMG). *Recomendação nº 06/2014*. 23ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude. Publicação: 06 ago. 2014.

MORALES, F. G. *El trabajo clínico en materia de Derechos Humanos e Interés Público en América Latina*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *O que são os direitos humanos?*. Site oficial das Nações Unidas no Brasil. Brasília. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

PRADO, Marco Aurélio Máximo. Da mobilidade social à constituição da identidade política: reflexões em torno dos aspectos psicossociais das ações coletivas. *Psicologia em Revista*, Belo Horizonte, v. 8, n. 11, 2002, p. 59-71.

R7.Usuária de crack leva filho para boca de fumo em BH. 2013. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/minas-gerais/usuario-de-crack-leva-filho-para-boca-de-fumo-em-bh-22052013>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

RUTIS, Luiz Augusto. O Método Clínico e o Déficit Social e Pedagógico do Ensino Jurídico Brasileiro. In: NICÁCIO, Camila Silva et al. *Clínicas de Direitos Humanos e o ensino jurídico no Brasil: da crítica à prática que renova*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 1-17.

SAULE JÚNIOR, Nelson (coord.). *Pesquisa – Organismos Universitários de Direitos Humanos*. São Paulo: Artgraph, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG). *Portaria nº 3/VCIJBH/2016*. Vara Cível da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte. Publicação: 22 jul. 2016.

UNICEF. *Advocacy Toolkit: A guide to influencing decisions that improve children's lives*. United Nations Children's Fund (UNICEF), New York, 2010. Disponível em: <https://www.unicef.org/evaluation/files/Advocacy_Toolkit.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

UNICEF. *Comunicação, Direitos Humanos e Infância - Construindo uma agenda positiva para o Semiárido*. Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF, DH JUSPOPULI ESCRITÓRIO DE DIREITOS HUMANOS. Selo UNICEF Município Aprovado. Edição Salvador, 2011. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/br_comunicacao_guia_sab.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; ALMEIDA, Eloísa Machado de. Advocacia estratégica em direitos humanos - A experiência da Conectas. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, 15ª ed., dez. 2011. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/advocacia-estrategica-em-direitos-humanos/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E INTERSECIONALIDADE: APONTAMENTOS SOBRE OS LIMITES DO SISTEMA PUNITIVO ESTATAL¹

DOMESTIC VIOLENCE AND INTERSECTIONALITY: NOTES ON THE LIMITS OF THE PUNITIVE JUSTICE SYSTEM

Elisa Borges Matos²

Zilda Manuela Onofri Patente³

Resumo

O presente artigo se debruçou sobre o estudo de casos de mulheres em situações de violência doméstica no Aglomerado da Serra/Belo Horizonte, acompanhados durante nosso trabalho no Programa Polos de Cidadania, programa de pesquisa e extensão da Universidade Federal de Minas Gerais. Buscou-se analisar alguns dos desdobramentos simbólicos, históricos e punitivos da Lei Maria da Penha, bem como avaliar as intersecções entre classe e gênero no âmbito dos casos analisados. Evidenciou-se a importância do reconhecimento da autonomia da mulher e de seu empoderamento perante as violências sofridas, e a premente necessidade de se desenvolver possibilidades de resolução do conflito externas ao poder punitivo estatal.

Palavras-Chave: Violência Doméstica. Criminologia Crítica. Criminologia Feminista. Justiça Restaurativa.

Abstract

This paper focus on the study of domestic violence's cases in Favela da Serra / Belo Horizonte, followed by us during our work in Programa Polos de Cidadania, a research and extension project from the Federal University of Minas Gerais. We analyzed some of the symbolic, historical and punitive developments of the Maria da Penha's Law, as well as tried to evaluate the intersections between class and gender in the scope of the studied cases. In this context, we recognize the importance of supporting women and their empowerment towards the violence suffered and point out the urgent need to develop possibilities to resolve this sort of conflict outside the punitive power of the state.

Keywords: Domestic Violence. Critical Criminology. Feminist Criminology. Restorative Justice.

¹ Artigo publicado originalmente nos anais do Seminário “Gênero, feminismos e sistemas de Justiça: discussões interseccionais de gênero, raça e classe” / Luciana Boiteux, Patricia Carlos Magno, Laize Benevides (Orgs.). – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Estagiária acadêmica da Clínica de Direitos Humanos da UFMG e da Divisão de Assistência Judiciária (DAJ-UFMG). *Email:* borges.elisa.m@gmail.com.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Estagiária acadêmica da Clínica de Direitos Humanos da UFMG. *Email:* zildaonofri@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo consiste precipuamente em compreender as narrativas de mulheres em situação de violência doméstica e familiar e, através disso, tecer observações quanto ao alcance do direito – em especial do direito penal, no que tange ao enfrentamento dessa demanda, especialmente, no contexto de vilas e favelas. Para além de uma análise estrita do diploma legal da Lei Maria da Penha e sua aplicação, busca-se debater o desafio de harmonizar os mecanismos institucionais voltados à prevenção, combate e redução da violência doméstica a um sistema penal garantista, pautado pelo fim do massivo encarceramento de populações vulneráveis.

Para tanto, o presente estudo debruçou-se sobre a análise de casos de mulheres em situações de violência doméstica no Aglomerado da Serra/BH, acompanhados durante nosso trabalho enquanto estagiárias do Programa Pólos de Cidadania, programa de pesquisa e extensão universitária da Universidade Federal de Minas Gerais, entre os anos de 2014 e 2015.

Programa Pólos atua em prol de grupos sociais e indivíduos com histórico de exclusão e trajetória de risco, e utiliza metodologias como a pesquisa-ação, mediação e teatro popular. Trabalhamos em um núcleo localizado na Favela da Serra, a maior favela da cidade Belo Horizonte, que estava em atividade ali há mais de 16 anos e, por isso mesmo, gozava de notoriedade e confiança entre os moradores.

Dentre as atividades do programa, era oferecido à população atendimento psicossocial, orientações jurídicas, encaminhamento institucional, mediação e acompanhamento dos casos. O trabalho era realizado em contínua articulação com a rede de serviços local, como o Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) e o Centro de Referência em Saúde Mental (CERSAM). Eram acompanhadas tanto demandas individuais quanto comunitárias, devidamente registradas em uma ficha de anotação correspondente a cada caso, bem como cada estagiário possuía seu caderno de campo para registros de suas atividades e observações. No período em que trabalhamos no Programa Pólos de Cidadania, tivemos contato com 10 de casos de violência doméstica, que chegaram através de mulheres que sofriam ou haviam sofrido a violência, sendo esta, não necessariamente, a demanda principal dos atendimentos.

Diante disso, a perspectiva da qual se parte no presente estudo é, principalmente, a narrativa destas mulheres sobre suas vivências. Selecionamos alguns casos particulares que trazem consigo marcas e símbolos que notamos ser recorrentes em nosso espaço amostral. Para narrá-los adiante, nos utilizaremos de nomes fictícios, para proteção da identidade das pessoas envolvidas.

Através do levantamento qualitativo realizado sobre os casos, logramos enumerar alguns temas recorrentes e complexos que acreditamos ser fundamentais para compreender os limites do direito, e as dinâmicas particulares das afetividades e relações familiares no contexto de marginalização das grandes favelas. Dentre eles, destacamos a dinâmica de compartilhamento de moradias em vilas e favelas e a expressão dos laços afetivos e familiares no território, a independência financeira da mulher provedora e seu contraste com as recorrentes trajetórias masculinas de toxicomania, encarceramento e difícil inserção no mercado de trabalho, e demais itens que serão analisados em maior profundidade nos tópicos a seguir.

2 ESTUDO DOS CASOS

2.1 EROTISMO, SILENCIAMENTO E A SUTILEZA DAS VIOLÊNCIAS CONJUGAIS

Os casos estudados denunciam as limitações próprias do direito penal para tratar das dinâmicas de gênero. Observam-se peculiaridades que tangenciam a violência doméstica e a conexão que essa guarda com as esferas privadas de instituições como a família e o matrimônio, especialmente porque os contextos de violência são marcados por dimensões de erotismo, sexualidade e jogos de poder que devem ser, cautelosamente, consideradas.

Maria Filomena Gregori, embasada na perspectiva teórica de Roland Barthes, constrói o conceito de cena, onde a prática da linguagem, no ambiente conjugal, se constitui análoga ao exercício de um direito, em busca não da realização de um objetivo específico comunicacional, mas da afirmação de ambos enunciadores como co-proprietários desse direito.⁴

As réplicas argumentativas, nesse ensejo, não visam o consenso, mas potencializam o dissenso a fim de culminar em um momento de cena, onde os jogos de poder e dinâmicas de gênero chegam a seu ápice. Isso se desdobra nas circunstâncias que encerram cenas enumeradas pela pesquisadora, quais sejam o cansaço dos parceiros, a interrupção pela chegada uma terceira pessoa ou a substituição da troca de réplicas pela agressão.⁵

No caso de Tâmara e Rogério, o dissenso e tensionamento que a levou a nos procurar dizia respeito à sua inserção no mercado de trabalho, à qual seu marido se opunha, irredutível. A dinâmica presente nas cenas deste casal era particularmente alarmante, uma vez que Tâmara é deficiente auditiva e Rogério, pastor de uma igreja evangélica. Diante disso, observa-se que

⁴ GREGORI, 2012, p. 178.

⁵ GREGORI, 2012, p. 179.

o aprofundamento do desnível de poder entre eles vai além do gênero, consubstanciando-se também no domínio da linguagem por parte de Rogério em face do déficit comunicacional de Tâmara. Esta disparidade obstaculiza a potencialidade de resistência e afirmação de Tâmara através de réplicas argumentativas, propiciando conflitos e cenas protagonizadas por seu companheiro, quase que unilaterais.

Tâmara comunicava-se conosco precipuamente por meio de bilhetes, através dos quais nos apresentou, com naturalidade, seu relacionamento com Rogério. As violências psicológicas eram múltiplas, sutis, e majoritariamente caracterizadas por notável desejo de controle e dominação por parte de seu companheiro. Rogério cerceava a liberdade de Tâmara impedindo-a de sair desacompanhada de casa. Tarefas cotidianas como fazer compras ou pagar contas eram realizadas em companhia das irmãs de Rogério, por quem Tâmara nutria desconfiança. As tarefas de casa, como atender telefone e pequenas tarefas domésticas, eram repassadas à filha do casal, Letícia, de 10 anos.

Maria Filomena Gregori (2012) constrói o conceito de cena, onde as vítimas, no que tange aos estereótipos atribuídos ao gênero feminino, por exemplo, se adequam à uma pressuposta condição de vulnerabilidade intrínseca e à construção de um “não-sujeito” mulher. Os jogos eróticos e as relações de afetuosidade construídas por Tâmara, que afirmava amar Rogério, sugerem a análise de Gregori onde a busca de prazer e a eventual reprodução de vitimização ou culpabilização entre os parceiros está ancorada pela reprodução de papéis de gênero bem definidos. Ainda, destaca-se dentre seus relatos o fato de que Rogério não autorizava a comprar suas roupas íntimas. Tâmara relatou que seu companheiro insistia em lhe comprar roupas íntimas de numeração menor que seu corpo, o que lhe causava desconforto e humilhação.

Jogos de poder e erotismo atravessam visceralmente o conflito de Tâmara, que, apaixonada por seu companheiro, mantém-se subordinada às violências que atingem sua autoestima e autonomia. Ao mesmo tempo em que permanece passiva e aparentemente resignada, busca, às costas de seu companheiro, encontrar um emprego, contrariando-o. A contradição entre submissão e resistência, entre reiteração do estereótipo de gênero feminino e a busca pela autonomia, pulsa no interior das tramas conjugais.

2.2 A VÍTIMA VIRTUOSA E A MANUTENÇÃO DAS RELAÇÕES VIOLENTAS

Conforme elabora Gregori, a agressão indica um caminho de ruptura que representa uma potência de convergência, quando se esvai, estimulando a formação de um novo tipo de arranjo e, a partir disso, um estímulo ao prazer. Ressalta-se que a autora não pretende, dessa forma, justificar as relações violentas, tampouco encobrir as dinâmicas de violência entre os gêneros, mas sim elucidar como as dinâmicas que se desdobram entre os casais se utilizam, muitas vezes, da violência como fonte de prazer e dos jogos de vitimização na afirmação de poderes atribuídos ao gênero feminino ou masculino, por exemplo.⁶

A estrutura institucional para o recebimento da notícia crime, da representação ou da queixa, o (des)preparo dos profissionais da justiça⁷ para seu registro e os trajetos procedimentais e processuais penais posteriores/seguientes, elucidam e reforçam os jogos de poder que permeiam as relações eróticas e sexuais que, eventualmente, são tecidas dentro de relacionamentos violentos e abusivos. Isto pois, ao invés de estimular a reflexão crítica sobre os papéis de gênero que as mulheres desempenham dentro de relacionamentos, sustentam uma estrutura bem definida e rígida, onde se faz necessário definir a todo momento os papéis de vítima e o agressor.

No relato de nossas assistidas os sentimentos são retratados, como apresenta Gregori, como uma acumulação paciente de fatos. Nele, guarda a mulher o papel de benevolência e compreensão irrestrita dentro do microcosmo familiar.⁸ Assim, a narrativa que sustentará eventual inquérito policial e processo penal, será frequentemente uma narrativa que exterioriza a violência da vida conjugal como um acúmulo de sofrimentos, não escolha e passividade - embora se observe uma tendência à manutenção dessas relações de violência.⁹

É o que se observa no caso de Josiane, cujo companheiro fazia uso abusivo de drogas e possuía largo histórico de violência e agressões físicas contra ela e os filhos do casal. Carlos enfrentava dificuldades para manter-se em um trabalho, e passou por trajetória de rua quando do agravamento de sua situação de toxicomania e instabilidade psicológica. Apesar disso, sempre que seu companheiro retornava a casa, Josiane o acolhia, alimentava, emprestava dinheiro e cobria todos os seus gastos.

Josiane oscilava quanto à possibilidade de divórcio, relatando se importar muito com Carlos e se preocupar com a possibilidade de ele não ter onde morar caso ela opte por colocar um fim à relação. Em nenhum momento Josiane expõe seus desejos, mas demonstra assumir

⁶ GREGORI, 2012, p. 182.

⁷ Aqui, nos referimos tanto a policiais no âmbito da lavratura de um boletim de ocorrência, quanto ao Ministério Público e Magistrados, no âmbito da formalização da representação criminal ou apresentação de queixa-crime.

⁸ GREGORI, 2012, p. 187.

⁹ GREGORI 2012, p. 191.

integralmente a função de responsável pelo cuidado do companheiro. A narrativa de Josiane, todavia, não se voltava à busca da punição de seu companheiro. Assim, diferentemente do percurso narrativo estudado por Gregori, a construção que Josiane faz de si ao relatar-se, enquanto vítima virtuosa e esposa diligente, passiva e dedicada, não tem como objetivo final obter a punição de seu companheiro, apenas indica um reconhecimento de função e papel social que ela atribui a si mesma enquanto provedora, esposa e cuidadora de Carlos.

No relato de Josiane, o status de vítima virtuosa surge como espécie de argumento criado por ela e para ela, que alicerça a manutenção do *status quo*. Nesse sentido, entende-se que a inexistência da pretensão de punir o companheiro se deve, dentre outros fatores, à natureza do serviço prestado pelo Programa Polos de Cidadania. Isto pois sua atuação é notoriamente diversa daquela oferecida por delegacias e demais instituições componentes do sistema penal, conferindo maior flexibilidade às demandas dos assistidos e liberdade para que nos apresentassem seus conflitos fora dos moldes restritivos exigidos pela lógica jurídica e criminal.

2.3 INTERSECCIONALIDADE E O DESAFIO DAS DINÂMICAS HABITACIONAIS EM VILAS E FAVELAS

É cediço que a interpretação sobre as dinâmicas das “cenas” nos relacionamentos conjugais/afetivos, a reprodução do papel do “não-sujeito” bem como a manutenção de relações de violências não pode ser uma chave de leitura desarticulada das particularidades próprias à vivência de cada mulher. Ademais, categoria gênero não é uma categoria homogênea que se sobrepõe às outras chaves de interpretação histórica,¹⁰ como expõem as peculiaridades das situações de violência narradas por nossas assistidas.

Uma particularidade determinante à compreensão destas relações de violência em contextos de marginalidade é a condição precária de moradia aliada às práticas de divisão do terreno entre famílias que habitam favelas, vilas, ocupações e aglomerados urbanos. Nesse ensejo, é possível observar a repetição de histórias em que diversos componentes de uma ou mais famílias habitam a mesma residência ou o mesmo lote. Em vista da conformação urbana típica de vilas e favelas, o recurso mais utilizado para contemplar a ampliação dos núcleos familiares – seja pelo estabelecimento de novas uniões e/ou pelo nascimento de crianças – consiste na construção de espaços anexos a lote já pertencente à família de um dos envolvidos, popularmente denominado “puxadinho”.

¹⁰ SCOTT, 2016.

Assim, o compartilhamento destes espaços em grande proximidade a vários membros da família extensa do casal trazem a questão da violência doméstica para o âmbito interno de toda a dinâmica familiar. Por isso, o rompimento do relacionamento não significa, necessariamente, o rompimento do contato de forma definitiva com o ex-cônjuge, dado que este permeia muitos outros âmbitos da vida familiar, social e comunitária da mulher.

O caso de Sandra é ilustrativo desta particularidade. Sandra possui dois filhos pequenos com Anderson, que é ciumento e possui trajetória no sistema penal. Segundo narra, quando propôs a separação ao marido, este reagiu com violência, agredindo-a e afirmando: “*se não for comigo, não vai ser com mais ninguém*”. Após relatar o episódio, Sandra expressa que gostaria que Anderson deixasse a casa, mas que, caso ele se oponha, estaria satisfeita se ele construísse uma casa para si no andar de cima do imóvel em que moravam juntos.

A história de Rute também expõe como as relações familiares e interpessoais se imiscuem nas histórias de violência. Rute, após ameaças e agressões por parte de seu companheiro Leonel, decide pôr fim ao relacionamento e sair da casa onde moravam juntos, passando a morar em um terreno cedido por seu ex-cunhado. Lá, construiu sozinha seu próprio barraco, uma vez que tinha experiência como assistente de pedreiro.

Resta nítido, portanto, que as relações diretas e complexas com os membros da família extensa, no contexto habitacional de vilas e favelas, é um exemplo de fator interseccional imprescindível à elaboração de estratégias de combate e prevenção à violência doméstica, pois são fatores determinantes na saída da mulher em situação de violência ou do lar e, consequentemente, nas condições afetivas e práticas de um divórcio.

2.4 A PROLE NO SEIO DA VIOLÊNCIA FAMILIAR E DOMÉSTICA

À complexidade da situação de moradia soma-se o envolvimento da família extensa nos desdobramentos da decisão de separação, tais como a definição da guarda e da moradia fixa dos filhos menores, dentre outros elementos que, em face das circunstâncias habitacionais, geram impactos em todos os componentes dessa rede familiar. Laços afetivos entre pais e filhos bem como a eventual caracterização de uma alienação parental, por exemplo, é um elemento que dificulta o enfrentamento da violência doméstica pela via punitiva.

Esta problemática se evidencia em casos como o de Catarina, em que sua filha de 06 anos, Stefane, após presenciar as brigas entre os pais e sob a influência de seu pai, disse à mãe “*não quero falar com você porque você não quer namorar com o papai*”.

No caso de Eliane, seu companheiro, de quem pretendia se divorciar após inúmeras situações de agressões físicas, fora preso, em virtude de processo penal pelo crime de roubo. Nesse contexto, apesar do histórico de violência doméstica, os filhos do casal relatavam sentir a falta do pai, bem como temiam por seu bem estar.

Rute, por sua vez, enfrentava o desafio de acolher e buscar atendimento psicoterápico para seu filho de 05 anos, que passou a apresentar dificuldades de socialização e elevados níveis de estresse após presenciar os conflitos entre seus pais e as agressões sofridas pela mãe.

De outro lado, estão os casos em que o genitor incorre em agressões perpetradas também contra os filhos, como narrado por Josiane e Maria das Graças. Em ambos os casos, os filhos se posicionaram em favor do divórcio, enquanto que as mães permaneceram relutantes a tomar tal decisão.

O elemento da violência, nesse ensejo, difunde-se entre outras situações que a possível separação permeia, e o tratamento penalizador dessa situação não permite uma análise sistêmica e cautelosa da realidade particular que cada mulher porta. O atendimento psico-social, por exemplo, não é uma medida de proteção ostensivamente ofertada, embora a disposição sobre tal atenção básica seja discriminada no texto normativo.¹¹

3 LEI MARIA DA PENHA: NOTAS SOBRE EMANCIPAÇÃO FEMINISTA E CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Inegáveis são os progressos alcançados por meio das reivindicações do movimento feminista no âmbito da legislação penal brasileira ao longo do tempo. Carmen Hein e Salo de Carvalho (2006) citam como exemplos notáveis desse progresso a criação de Delegacias Especializadas no Atendimento a Mulheres (DEAMs), incorporadas como política pública, e reformas da legislação tais como a inclusão da violência doméstica como circunstância agravante, causa de aumento de pena e qualificadora de crimes, destacando-se os casos de lesão corporal,¹² muito frequentes no âmbito desta sorte de violência.

¹¹ Conforme o disposto no artigo 29 da Lei 11.340, que diz: “Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde”.

¹² Nesse sentido, destacamos algumas alterações legislativas relevantes no âmbito do Código Penal: (I) criação da circunstância agravante por crime cometido mediante violência contra a mulher, conforme artigo 61, II, f, redação dada pela Lei 11.340 de 2006; (II) criação da modalidade especial do crime de lesão corporal leve no caso de violência doméstica, constante no artigo 129, § 9º, e causa de aumento de pena aos crimes de lesão corporal grave e seguida de morte, artigo 129, 10º, redação dada pela Lei 10.886 de 2004; (III) criação da modalidade qualificada de homicídio por feminicídio, nos termos do art 121, §2º, VI e §2ºA - destacando-se que, a partir disso, o feminicídio passou a ser incluído no rol de crimes hediondos (vide Lei 8.072, §1º, I), e da causa de aumento de pena quando for o feminicídio praticado nas circunstâncias previstas no §7º, redação dada pela lei 13.104 de 2015.

Na esteira dessas conquistas, observa-se a mudança na interpretação doutrinária e jurisprudencial dos crimes praticados contra a mulher, a exemplo da rejeição da tese da legítima defesa da honra nos crimes de feminicídio motivados por adultério, que já foi amplamente aceita nos tribunais. Além disso, destaca-se o advento das leis 11.106 de 2005 e 12.015 de 2009, que tiveram papel fundamental na evolução da legislação penal em prol da liberdade sexual feminina e do reconhecimento da autonomia e capacidade da mulher.

No ensejo destes dispositivos legais, foram revogados e modificados tipos penais discriminatórios e arcaicos, como os crimes de sedução, rapto e adultério, e, enfim, removeu-se em caráter definitivo o termo “*mulher honesta*” do Código Penal. Promoveram, ainda, a revogação dos dispositivos¹³ que permitiam a extinção de punibilidade com o casamento da vítima com seu ofensor nos crimes sexuais, e também a alteração da redação do crime de estupro, no sentido de abarcar as condutas punidas anteriormente nos termos do crime de atentado violento ao pudor, passando a admitir como sujeito passivo homens e mulheres.

Ao longo de suas mobilizações, o movimento feminista expôs como os próprios instrumentos normativos que discorrem sobre os crimes sexuais, por exemplo, são capazes de reproduzir dinâmicas de gênero violentas, protegendo um ideal de feminino específico materializado no conceito de mulher honesta,¹⁴ por exemplo, ou atribuindo maior importância às violências falocêntricas, como expresso no crime de estupro que, antes da Lei 12.015, exigia a configuração de “conjunção carnal” para sua consumação.

Ante o exposto, observa-se como a participação do movimento feminista, por meio de reivindicações e pressões políticas, foi capaz de alterar a dinâmica desempenhada pelo sistema penal de justiça, principalmente ao elucidar as especificidades da violência de gênero contida nas relações sociais e, mais especificamente, nas relações domésticas e familiares. Nesse ensejo, a partir da Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, os espaços competentes ao enfrentamento da violência doméstica ultrapassaram a dimensão privatista do conflito,

¹³ Dispositivo correspondente ao antigo artigo 108 do Código Penal, que, dentre as causas de extinção da punibilidade, elencava a possibilidade de extinção “pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos pelos capítulos I, II e III do título VI da parte especial”. Após passar por algumas alterações, incluindo o alarmante retrocesso trazido pela Lei 6.416/1977 que ampliou seu escopo para qualquer hipótese em que a vítima viesse a se casar, ainda que com terceiros, este dispositivo somente veio a ser revogado em 2005 com a Lei 11.106.

¹⁴ A definição deste termo poderia variar de acordo com a doutrina. Destacamos o entendimento de Nelson Hungria, para quem a mulher honesta era “não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos *bons costumes*” (1947, p. 139 *apud* MONTENEGRO, 2015, p. 49), e de Edgard Noronha, para quem é aquela “honrada, de decoro, decência e compostura”, enquanto que a mulher desonesta “não é somente a que faz mercancia do corpo”, mas “é também a que, por gozo, depravação, espírito de aventura, etc., entrega-se a quem requesta” (1995, p. 137-138 *apud* MONTENEGRO, 2015, p. 49).

elucidando que as relações de violência contra a mulher têm evidentes desdobramentos no espaço público.

Ao considerar as dinâmicas de gênero em um viés amplo, a Lei Maria da Penha propõe uma integralidade no tratamento da violência doméstica, expressa na aliança entre as medidas assistenciais, de prevenção e de contenção da violência. Assim, extrapola-se uma abordagem exclusivamente jurídica do conflito, sinalizando a importância da articulação entre os serviços de assistência já existentes na rede de atendimento à mulher vítima de violência. Além disso, a Lei cria um sistema jurídico-processual que se desvincula da abordagem exclusivamente penal, possibilitando à mulher em situação de violência instruir, no mesmo processo, questões cíveis que permeiam o conflito, tais como a ação de separação e pensão alimentícia.¹⁵

Em primeira análise, tal dispositivo legal demonstra compatibilidade com os preceitos do direito penal minimalista, pois não endossa a política criminal punitivista a partir da criação de novos tipos penais, não dando margem à criminalização primária.¹⁶ A Lei Maria da Penha, portanto, não produz, a priori, um aumento da repressão penal, pois trabalha com base em condutas criminalizadas já existentes, considerando os efeitos que tal conduta traz nas dimensões sociais e tangíveis do conflito.¹⁷

Contudo, ao considerar os desdobramentos processuais da Lei Maria da Penha, verifica-se a supressão de alguns benefícios processuais aplicados frequentemente aos crimes de *menor potencial ofensivo* tais como a suspensão condicional do processo e a transação penal.¹⁸ Nesse sentido, ainda que não tenha um apelo direto ao punitivismo, tem-se um agravamento da criminalização secundária,¹⁹ cujo impacto reflete precipuamente em populações cuja trajetória de vida é marcada pelo sistema penal.²⁰ Com a exclusão dos atos de violência doméstica do rol dos crimes considerados de menor potencial ofensivo, investigados e acusados por tais condutas passam a enfrentar um cenário mais rigoroso, com maior probabilidade de encarceramento seja por prisão processual ou prisão penal.

¹⁵ CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 144.

¹⁶ Por criminalização primária, entende-se todo ato e efeito “de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI et al., 2003, p. 43).

¹⁷ CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 150.

¹⁸ A Lei Maria da Penha, ao vedar expressamente, em seu artigo 44, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, obstruiu, consequentemente, a oportunidade de suspensão condicional do processo e de transação penal, previstas nos artigos 89 e 76 da Lei 9.099.

¹⁹ Por criminalização secundária, entende-se qualquer “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”, através da atuação dos agentes policiais, judiciários e penitenciários (ZAFFARONI et al., 2003, p. 43).

²⁰ De acordo com o Sumário Executivo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do ano de 2017, o perfil dos acusados encontrados, por meio de pesquisa quantitativa nos Juizados (ou Varas) de Recife, Maceió e Belém, por exemplo, correspondem ao perfil do sistema carcerário: são negros, pardos, com baixo nível de escolaridade e baixa renda.

Diante disso, não surpreendem as dificuldades narradas pelas assistidas do Programa Polos de Cidadania em deflagrar persecução penal. O que se observou em todos os casos estudados foi um profundo dilema quanto a proceder ou não ao registro do boletim de ocorrência. Para estas mulheres, tal decisão vinha acompanhada de dimensões de dúvida, angústia e medo, em face das consequências que poderia acarretar em suas vidas e em suas famílias.

Dentre os principais motivos para tal relutância narrados ao longo dos atendimentos, destacam-se a hipossuficiência em relação ao companheiro e decorrente insegurança quanto ao sustento familiar em caso de prisão, o temor pelo agravamento das violências e a esperança de recuperação da relação de afeto com o agressor. Além desses, um dos fundamentos mais relevantes à presente análise consiste na rejeição da mulher à hipótese de seu companheiro ou ex-companheiro ser preso, visto que seu desejo principal é simples: o cessar da violência.

Paola Stuker (2016), ao estudar os significados da renúncia à representação criminal por mulheres em situação de violência conjugal, trouxe à baila a prática de algumas mulheres que se utilizam dos instrumentos de registro de ocorrência, representação penal e renúncia enquanto elementos de poder e resistência na relação entre vítima e agressor.²¹ O uso estratégico destes mecanismos jurídico-penais indica, principalmente, a não passividade da mulher perante as relações violentas e abusivas. A presença do Estado se faz, aqui, importante para possibilitar o preenchimento da lacuna inerente à desigualdade de poderes entre homens e mulheres, ainda que esta resistência se manifeste predominantemente nas mulheres pertencentes a classes mais privilegiadas.

Stuker expõe, ainda, o contexto em que as próprias autoridades policiais, intolerantes com os casos onde há renúncia, impõem a necessidade da representação criminal para solicitação de medida protetiva, como o afastamento do cônjuge agressor do lar.²²

Há, nessa prática, uma violação ao próprio princípio emancipador a que tal legislação se propõe. Se a Lei Maria da Penha, por um lado, representa a possibilidade de emancipação da mulher em situação de violência por descortinar violências que se desenvolvem, normalmente, no âmbito privado, a intervenção autoritária do Estado para forçar a representação penal está na contramão do respeito à autonomia da mulher. Para garantir direitos básicos em situação de risco (tais como medidas protetivas), a mulher se vê coagida a prosseguir com a ação e a aceitar os eventuais desdobramentos lesivos que tal medida pode causar à sua vida familiar e pessoal.

²¹ STUKER, 2016, p. 121.

²² STUKER, 2016, p. 96.

Os alarmantes índices de renúncia chegam a alcançar 90% dos casos²³ que adentram o sistema penal e expõem a ineficiência do sistema penal para solucionar demandas de gênero tão complexas como esboça a Lei 11.340/2006. Contudo, não nos parece razoável que esses elevados índices de renúncia à representação legitimem o prosseguimento da ação penal mesmo após a retratação da vítima, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 4.424/DF. Tal decisão, além da práxis das autoridades policiais retratada por Stuker, parecem reproduzir uma lógica em que, mais uma vez, a mulher em situação de violência é engessada na posição de vítima e destituída da autonomia para gerir a intervenção do Estado Penal na dinâmica dos seus conflitos conjugais.

Em suma, reconhecemos a importância da criminologia feminista, especialmente por trazer à esfera pública dinâmicas de violências que antes eram restritas ao âmbito privado, familiar e doméstico. Isso se deve, é claro, à promulgação da Lei n. 11340/2006, mas inicialmente à edição do Informe n. 54/2001 por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos frente ao paradigmático caso de Maria da Penha Maia Fernandes. O caso “Maria da Penha” foi um marco quanto à responsabilização do Estado brasileiro por omissão, dada a morosidade em processar e punir o agressor, bem como ao reconhecimento da necessidade de implementar políticas públicas que abordem as violências de gênero a partir de um viés amplo, não somente repressor.

A disposição normativa sobre um problema social complexo que envolve as dinâmicas sociais, familiares e a conformação de normas de gênero está longe de solucionar ou exaurir todas as dimensões do conflito. Nesse sentido, embora a Lei Maria da Penha por si só não constitua instrumento de emancipação feminista, é inegável sua importância histórica, enquanto fruto de uma conquista política dos movimentos feministas, e simbólica, ao reconhecer a natureza sociocultural da violência de gênero e a necessidade desta ser prevenida e combatida pela sociedade e pelo Estado.

4 CONCLUSÕES PARCIAIS: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO VIA POSSÍVEL

As mulheres em situação de violência doméstica e familiar que recorrem ao sistema penal, geralmente necessitam uma intervenção de caráter urgente, como as medidas protetivas de afastamento do agressor do lar. Nesses casos, as mulheres que possuem melhores condições

²³ CAVALCANTI, 2010.

socioeconômicas têm a possibilidade de sair de casa ou recorrer a outros serviços de apoio particulares, tais como como psicólogos especializados ou hospitais privados. Às vítimas em situações de vulnerabilidade social, por sua vez, o sistema penal aparece como a via principal para a solução da situação de violência, via de regra desarticulada da oferta - precária - de serviços públicos previstos na Lei Maria da Penha, como abrigos e centros de apoio com serviço social e hospitais.²⁴

Por conseguinte, os dados referentes às mulheres que acessam o sistema penal reivindicando aplicação da Lei Maria da Penha não refletem o perfil das mulheres passíveis de sofrer tal violência, mas sim o perfil daquelas que têm o sistema penal como primeira via de resolução do conflito.

Diante disso, as decepções dessas mulheres com o sistema penal são múltiplas, e convergem para o fato do sistema penal apropriar-se do conflito a partir do necessário reforço dos papéis de vítima e agressor, sem espaço para encontrar soluções que contemplem os desdobramentos particulares da violência doméstica em suas vivências. O prosseguimento da ação penal mesmo com a retratação da mulher em situação de violência doméstica nos crimes de lesão corporal, como aduz a ADI 4424, é ilustrativo da visão da mulher enquanto vítima e sujeito hipossuficiente, que necessita proteção mesmo que às custas de sua autonomia decisória.²⁵

A violência doméstica tem a peculiaridade de se formar no contexto de relações íntimas e de afeto, desenvolvidas no seio familiar. O foco principal da mulher em situação de violência não está na retribuição do mal causado, no ímpeto punitivo, mas sim no romper com ciclo de violência e restabelecer paz no cerne familiar. Conforme exposto, são ilustrativos e recorrentes os casos em que inexistente na mulher o ímpeto de perseguição penal, visto que a manutenção da coesão familiar e (re)construção de vínculos afetivos saudáveis se mostra mais importante - especialmente quando há filhos envolvidos.

Nesse ensejo, as saídas propostas pela Justiça Restaurativa apresentam mecanismos inovadores e pertinentes para administração desses conflitos, concebendo a vítima como protagonista de sua própria história.²⁶ Diante dos casos analisados, vislumbra-se a potência da Justiça Restaurativa na efetivação de direitos ao tencionar a atuação em rede na abordagem das partes envolvidas no conflito, incluindo filhos e família extensa, abordar o problema de forma ampla e interseccional e operar através da capilarização de serviços dentro da rede.

²⁴ CNJ, 2017, p. 39.

²⁵ CNJ, 2017, p. 38.

²⁶ CNJ, 2017, p. 29.

A partir dessa abordagem, a vítima é compreendida de forma integral, representando o foco central de cuidado e atenção ao longo do processo de resolução do conflito. Salienta-se sua incidência em pontos relevantes como, por exemplo, o estresse pós-traumático.

Os resultados sobre a Justiça Restaurativa na resolução de conflitos de violência doméstica e familiar ainda são incipientes e seus os módulos de formação ainda estão em discussão, o que limita as possibilidades de uma avaliação sistêmica mais aprofundada. Contudo, cabe pontuar que a reparação de danos almejada pela Justiça Restaurativa não pode se limitar, por exemplo, a meros pedidos de desculpas, muito menos funcionar como uma via de aproximação insegura e indesejada entre agressor e vítima. Os processos restaurativos, nesse ensejo, não devem impor a aproximação nem tampouco o afastamento entre o agressor e a vítima, sob pena de promover uma verdadeira devolução do conflito às partes diretamente interessadas.²⁷

As relações de gênero, de maneira geral, são desenvolvidas em nítida desproporcionalidade de poder. Nesse ensejo, importa observar cuidadosamente a dinâmica das narrativas, tanto para que a revitimação da mulher não aconteça, quanto para que o homem agressor não se vitimize. O tema é, certamente, delicado e exige uma formação sólida dos profissionais envolvidos, através, por exemplo, do oferecimento de oficinas de capacitação. É premente, ainda, o desenvolvimento de métodos que possibilitem a maior disseminação de informações às mulheres, para auxiliar na qualificação de suas escolhas, e, assim, evitar que o Estado escolha por elas.

De todo o modo, a possibilidade de trabalhar com os homens agressores para além do punitivismo é valiosa, desde que aconteça sob o foco do fortalecimento da mulher em situação de violência. Nesse contexto, o trabalho integrado frente às particularidades do relacionamento abusivo em questão, apontam para uma solução do conflito potencialmente mais efetiva.

Por fim, mais do que buscar uma solução única, que sirva de forma universal para a multiplicidade de violências que se sobrepõe no âmbito familiar do conflito, ressaltamos a possibilidade de construir uma prática a nível estatal, como a justiça restaurativa, que estimule a autonomia da mulher de forma horizontalizada, sem pressupor sua incapacidade para determinar seus próprios desígnios.

Referências

²⁷ CNJ, 2017.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Íaris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, 2011, p. 39-63.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica contra a mulher no Brasil: análise da lei "Maria da Penha"*, nº 11.340-06. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), Sumário Executivo. Justiça Pesquisa. Direitos e Garantias Fundamentais. *Entre práticas retributivas e restaurativas: A Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário*, 2017.

DEBERT, Guita Grin. Desafios da politização da Justiça e a Antropologia do Direito. *Revista de Antropologia*, p. 475-492, 2010, p. 488.

GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e Queixas - um estudo sobre relações violentas, mulheres e feminismo*. São Paulo: Paz e Terra/ANPOCS, 1993.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*. T. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. V. III. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SCOTT, Joan W. Uma categoria útil para análise histórica. *Cadernos de História UFPE*, n. 11, 2016.

STUKER, Paola. *"Entre a cruz e a espada": significados da renúncia à representação criminal por mulheres em situação de violência conjugal no contexto da Lei Maria da Penha*. 2016. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424*. Distrito Federal, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume –Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003/ mai. 2011.

**“CHEGA DE GOLPES”, “O PAÍS JÁ VIVE A CONSTITUIÇÃO”:
EXPECTATIVAS, EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL E ESPERANÇAS NA
IMPrensa BRASILEIRA NOS DIAS 05 E 06 DE OUTUBRO DE 1988¹**

**“NO MORE COUPS”, “THE COUNTRY ALREADY LIVES THE CONSTITUTION”,
EXPECTATIONS, CONSTITUTIONAL EFFECTIVENESS AND HOPES IN THE
BRAZILIAN PRESS ON OCTOBER 5TH AND 6TH OF 1988**

Gustavo Silveira Siqueira²

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar como parte da imprensa nacional manifestou-se nos dias 05 e 06 de outubro de 1988 em relação ao novo texto e a nova ordem constitucional, a fim de compreender os horizontes de expectativas em relação ao futuro do país e ao futuro da Constituição, bem como as descrições das experiências vividas naquele momento. Como se pode perceber por meio desses debates, o cenário que se desenhava não era, de forma alguma, uniforme, sendo marcado por sentimentos conflitantes que enunciavam um período polêmico e com divergências sobre a nova Constituição que se promulgava: a Constituição de República Federativa do Brasil (1988). Assim, este artigo é parte de uma pesquisa maior cujo objetivo consiste em compreender a relação entre a Constituição de República Federativa do Brasil (1988), quando à época da sua promulgação, e os jornais impressos em São Paulo e no Rio de Janeiro naquele momento, possibilitando uma investigação densa e sistemática do contexto e do panorama no qual se desenhava uma fase crucial para a história constitucional brasileira.

Palavras-chave: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nova Ordem Constitucional. Imprensa Nacional.

Abstract

This paper intends to analyze how part of the national press has manifested on October 5th and 6th of 1988 concerning the new constitutional order and the Constitution's written text, capturing expectations that regards the future of the country and of the Constitution itself, as well of the narrative of experiences lived at that moment. As can be noticed from these discussions, the scenario was not uniform in any way, being defined by conflicting feelings that enunciated a controversial period with disagreements about the new Constitution that was promulgated: The Constitution of the Federative Republic of Brazil (1988). Therefore, this paper is part of a broader survey whose aim is to understand the relationship between the Constitution of the Federative Republic of Brazil (1988), when it was promulgated, and the press in São Paulo and Rio de Janeiro at that time, allowing a dense and systematic investigation of the context and background in which a crucial phase for the Brazilian constitutional history was devised.

Keywords: Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. New Constitutional Order. National Press.

¹ Artigo originalmente publicado como capítulo de livro em: SILVEIRA SIQUEIRA, Gustavo. Chega de Golpes, o País já vive a Constituição: expectativas, efetividade constitucional e esperanças na imprensa brasileira nos dias 05 e 06 de Outubro de 1988. In: Saulo Pinto Coelho; Ricardo Diniz, Diva Safe Coelho. (Org.). *Direito, História e Política: experiências e reflexões sobre o contexto constitucional brasileiro*. 1 ed. v. 10. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018, p. 67-80.

² Professor Associado da UERJ. Bolsista de Produtividade do CNPq e Pesquisador da FAPERJ. Coordenador do Laboratório Interdisciplinar de História do Direito (<http://lihduerj.com>) e Professor Adjunto da UNESA. E-mail: gustavosiqueira@uerj.br.

1 INTRODUÇÃO

“Chega de Golpes”. Esse era o título, em letras garrafais, da reportagem da Tribuna da Imprensa, no dia 06 de outubro de 1988. O presente artigo pretende analisar como parte da imprensa nacional manifestou-se nos dias 05 e 06 de outubro de 1988 em relação ao novo texto e a nova ordem constitucional. A objetivo é entender os horizontes de expectativas em relação ao futuro do país e ao futuro da Constituição, bem como as descrições das experiências vividas naquele momento.³

Este artigo é um relatório preliminar de uma pesquisa maior cujo objetivo consiste em compreender a relação entre a Constituição de República Federativa do Brasil (1988), quando da sua promulgação, e os jornais impressos em São Paulo e no Rio de Janeiro naquele momento.

Utilizarei os seguintes Jornais; Folha de São Paulo,⁴ Estado de São Paulo,⁵ Jornal do Comércio do Rio de Janeiro,⁶ a Tribuna da Imprensa do Rio de Janeiro⁷ e o Globo do Rio de Janeiro.⁸

2 05 DE OUTUBRO DE 1988: O DIA DA PROMULGAÇÃO

Em 05 de outubro de 1988, no dia da promulgação da Constituição – que aconteceu pela tarde –, a manchete da Folha de São Paulo era “Nova Constituição entra em vigor; termina a transição para a democracia.” Acompanhada de uma foto de Ulysses Guimarães (PMDB) plantando uma árvore no “Bosque dos Constituintes” em Brasília, a reportagem informava sobre os ritos da promulgação do novo texto.⁹

No editorial da Folha, intitulado “Fim da transição”, constava que o “desafio que se coloca após a entrada em vigor da nova Constituição” era permitir que as “contradições e antagonismos que compõe uma sociedade progressivamente complexa sejam solucionados por meio da disputa dentro de instituições consensualmente pactuadas, e não através do

³ KOSELLECK, 2006.

⁴ Fundado em 1960 com junção dos Jornais Folha da Noite, Folha da Manhã e Folha da Tarde.

⁵ Fundado em 1875 com o nome de “A Província de São Paulo”.

⁶ Fundado em 1827, é marcado por uma linha tradicional conservadora. Vide: <<http://bndigital.bn.gov.br/artigos/jornal-do-commercio-rio-de-janeiro/>>.

⁷ Fundado por Carlos Lacerda em 1949, tinha fortes ligações com a UDN.

⁸ Fundado em 1925 e comandado pela família Marinho. Apesar de sempre declarar-se totalmente isento, apesar de ter posições políticas muito claras. Vide: <<http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/globo-o>>.

⁹ FOLHA DE SÃO PAULO, 1988, p. 1.

arbítrio de quem está no poder.” O mesmo editorial também informava que a Justiça Eleitoral “interferiu indevidamente no processo político e violentou o princípio constitucional que assegurava a liberdade de expressão” ao interromper o programa eleitoral do Partido dos Trabalhadores.¹⁰

Na página 3, Waldir Pires, governador do Estado da Bahia, assinava um artigo intitulado “A necessidade de cumprir a Constituição”, defendendo que a sociedade deveria “viver” e não apenas conhecer a Constituição.¹¹

O jornal, em suplemento especial, trazia um glossário sobre a nova Constituição e publicava seu texto completo; informava quem eram os constituintes; trazia uma tabela diferenciando a “carta atual” da “nova carta”; e apresentava uma pesquisa de opinião sobre o conhecimento e a concordância com alguns artigos da Constituição. Em que pese o jornal não tenha tratado com grande entusiasmo o novo texto, a intenção de informar, ao publicar o texto integral, destacar os constituintes, as diferenças e os pontos controversos, parecia ser a principal ideia, juntamente com a marca de que a transição terminava ali. Agora o Brasil viveria uma democracia.¹²

Na Tribuna da Imprensa do Rio de Janeiro, em 05 de novembro de 1988, constava, em letras garrafais, que a “Nova Carta mantém o poder dos militares”, ao lado de outra reportagem que informava que Sarney assegurava que cumpriria a nova Constituição. A primeira matéria questionava o art. 142 do texto que assegurava às forças armadas “a manutenção da lei, da ordem, podendo depor o presidente da República, fechar o Congresso Nacional e intervir na vida sindical”.^{13 14}

O mesmo jornal que, em 02 de abril de 1964, publicava que “Democratas assumem comandos militares”, que Miguel Arrais havia sofrido “impeachment” em Pernambuco e que o ex-Ministro da Justiça, Aberlado Jurema, e o governador do Estado do Rio de Janeiro, Badger Silveira, estavam presos; parecia assumir uma postura mais crítica do novo regime naquele momento.¹⁵

¹⁰ FOLHA DE SÃO PAULO, 1988, p. 2.

¹¹ PIRES, 1988, p. 2.

¹² A Folha assumiu a mesma posição moderada em 01 de abril de 1964. As notícias sobre o Golpe Militar não são comemorativas. O periódico descreve os fatos e uma certa “calma” com que tudo acontecia.

¹³ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

¹⁴ TRIBUNA DA IMPRENSA, 1988, p. 1.

¹⁵ TRIBUNA DA IMPRENSA, 1964, p. 1.

Em 05 de outubro de 1988, “A Tribuna” também informava que a Central Única dos Trabalhadores (CUT) faria um protesto em São Paulo contra o caráter “global, conservador e reacionário da Nova Carta” e que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) iria manter uma comissão permanente para assegurar o cumprimento do “novo texto constitucional”. O cumprimento do texto constitucional foi a grande preocupação das reportagens do Jornal naquele dia, que informava também que a “festa” de promulgação deveria começar 9h da manhã.¹⁶

Já o “Jornal do Commercio”, na mesma data, alertava em sua capa a “Enxurrada de decretos no último dia” e informava as centenas de nomeações e decretos que o Governo Sarney fazia às vésperas da nova Constituição. Parentes eram nomeados e remanejados e orçamentos eram alterados. Na reportagem ao lado, o Presidente José Sarney prometia ser “servidor da nova Constituição.”¹⁷ Na página 4, Austregesilo de Athayde¹⁸ frisava pontos fortes do novo texto: “o fortalecimento do Poder Judiciário, o mais frágil de todos,” “a competência constitucional das Forças Armadas”, garantindo o texto “que não haverá ‘ingovernabilidade’ no país” e o fim da censura prévia.¹⁹

O Jornal “O Globo” anunciava em sua capa que “Vigora hoje a Constituição democrática.” A reportagem informava que o “País passará a viver sob a ordem constitucional democrática, livrando de uma carta outorgada que rege seus destinos desde 1969.”²⁰

O mesmo Jornal que em 02 de abril de 1964, após o golpe militar, informava que “Fugiu Goulart e a democracia está sendo restaurada”, que a ação militar fez “ressurgir a democracia” e que, em 18 de outubro de 1969, noticiava que a Emenda Constitucional outorgada no dia anterior era “instrumento de defesa da democracia”, publicava o fim daquela ditadura.²¹

A página 10, em 05 de outubro, anunciava a promessa de José Sarney em cumprir a Constituição, ao lado de uma reportagem que denunciava a “enxurrada de decretos para driblar o Congresso”. Segundo o Jornal, para fazer isso o Governo teria até atrasado a publicação do Diário Oficial.²²

¹⁶ TRIBUNA DA IMPRENSA, 1988, p. 1-2.

¹⁷ JORNAL DO COMMERCIO, 1988, p.1.

¹⁸ Belarmino Maria Austregésilo Augusto de Athayde, jornalista, formado em direito e diplomado na Escola Superior de Guerra. Em 1951, ingressou na Academia Brasileira de Letras, a qual presidiu de 1958 até sua morte, no Rio de Janeiro, em 1993.

¹⁹ ATHAYDE, 1988, p. 4.

²⁰ JORNAL O GLOBO, 1988, p. 1.

²¹ JORNAL O GLOBO, 1964, p. 1; JORNAL O GLOBO, 1969, p.1.

²² JORNAL O GLOBO, 1988, p. 10.

O Globo também trazia uma tabela dos dispositivos que já estavam “valendo” e daqueles que dependiam de lei. Entre os imediatamente vigentes destacavam-se dispositivos que previam o fim da tortura, da censura, o direito ao mandado de segurança, de ação popular, de voto ao 16 anos, entre outros. Entre os dispositivos que dependiam de lei constavam o direito de greve, o valor do salário mínimo, os direitos autorais, os direitos do consumidor, etc.

3 06 DE NOVEMBRO DE 1988: NOTÍCIAS SOBRE A FESTA, CHEGA DE GOLPE!

“Ulysses faz a sua festa”. Sem muita empolgação e parecendo estar mais preocupada com a sucessão presidencial – e a eventual candidatura de Ulysses Guimarães – a Folha de São Paulo, em 06 de outubro de 1988, anunciava a vigência da nova Constituição. A notícia de pouco menos de meia página era acompanhada de uma série de reportagens.²³

Na página 14, o discurso de promulgação da Constituição, feito por Ulysses Guimarães, era reproduzido na íntegra. No discurso, percebia-se a esperança de que o Brasil iria mudar com a nova Constituição – “Brasil vai mudar, o Brasil precisa mudar” – e a crença de que, em um país em que milhares de pessoas passam fome, “a cidadania começa com o alfabeto.”²⁴

A página seguinte era uma reportagem sobre o discurso do senador Afonso Arnes (PSDB) e uma coletânea de depoimentos sobre o novo texto constitucional da seguinte maneira: Joaquim dos Santos Andrede presidente da Confederação Geral dos Trabalhadores, “Acho que apesar de a correlação de força no Congresso ser desfavorável para os trabalhadores, a Constituição acabou sendo progressista; Roberto Farias, presidente do Conselho Nacional de Cinema, “A nova Carta coloca o Brasil entre os países que têm as constituições mais avançadas do mundo”; Marco Antonio Barbosa, presidente da Comissão Justiça e Paz, “Representa um avanço em termos de direitos humanos individuais – acabou com a censura – e um relativo avanço em termos de direitos humanos sociais”; Roberto Macedo, presidente dos Economistas de São Paulo, “O que mais me incomoda é que ela deveria ser simples e capaz de ser compreendida por todos. Ela é incompreensível para os brasileiros”; Sergio Barcelos, presidente da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, “A nova Constituição pode ter falhas e até omissões, mas é um esboço do Brasil de hoje”; e D. Erwin

²³ FOLHA DE SÃO PAULO, 1988, p. 1.

²⁴ GUIMARÃES, 1988, p. 14.

Krautler, presidente do Conselho Indigenista Missionário, “Foi uma vitória dos povos indígenas que estavam representados por mais de 200 lideranças indígenas”.²⁵

Nem todos os comentários eram elogiosos. Mas parece que a crítica vinha não dos trabalhadores ou dos movimentos de minorias e sim de grupos que talvez quisessem contestar a Constituição em defesa daqueles que concordavam com ela.

Em grandes letras, a “Tribuna da Imprensa” escrevia em 06 de outubro de 1988, “Chega de golpes“. As letras garrafais vinham acompanhadas da frase de Ulysses Guimarães: “Que este plenário não abrigue outra Constituição.” Ao mesmo tempo que o Jornal anunciava a promulgação da nova Constituição no dia anterior, denunciava que alguns artigos não seriam cumpridos por instrução do Palácio do Planalto, como o limite de juros de 12% e outras garantias asseguradas pelo texto.²⁶

Helio Fernandes, também em matéria de capa, criticava o discurso de Afonso Arinos, “Melancólico, Lamentável. Monótono. Uma aula sem substância” e informava que era publicada a quarta Constituição brasileira. As outras seriam 1891, 1934 e 1946. Citando Castro Rebello, Fernandes afirmava que “Constituição outorgada não é Constituição. Só merece o nome de Constituição aquela que é regida por representantes do povo e é promulgada sem a interferência de ninguém. Como realmente aconteceu ontem, como aconteceu em 1934, em 1946 e finalmente em 1891, a primeira que este país já teve.”²⁷

Fernandes também apresentava críticas ao texto constitucional, por não ter feito a reforma agrária, por não prever uma eleição presidencial imediata e por manter a Assembleia Constituinte como Congresso Nacional.

A página dois do Jornal lembrava que o “País já vive a Constituição“, anunciava vaías ao Presidente Sarney na Constituinte e denunciava o “trem da alegria” do governo que nomeava 460 funcionários sem concurso público –proibição expressa no novo texto constitucional.²⁸

Na mesma página também denunciava que “a briga pela interpretação já tinha começado” ao informar que o artigo que previa o limite de 12% de juros anuais não seria cumprido imediatamente, apesar do desejo de alguns parlamentares, pois o governo entendia que era necessário lei complementar.

²⁵ FOLHA DE SÃO PAULO, 1988, p. 15.

²⁶ TRIBUNA DA IMPRENSA, 1988, p. 1.

²⁷ FERNANDES, 1988, p. 1.

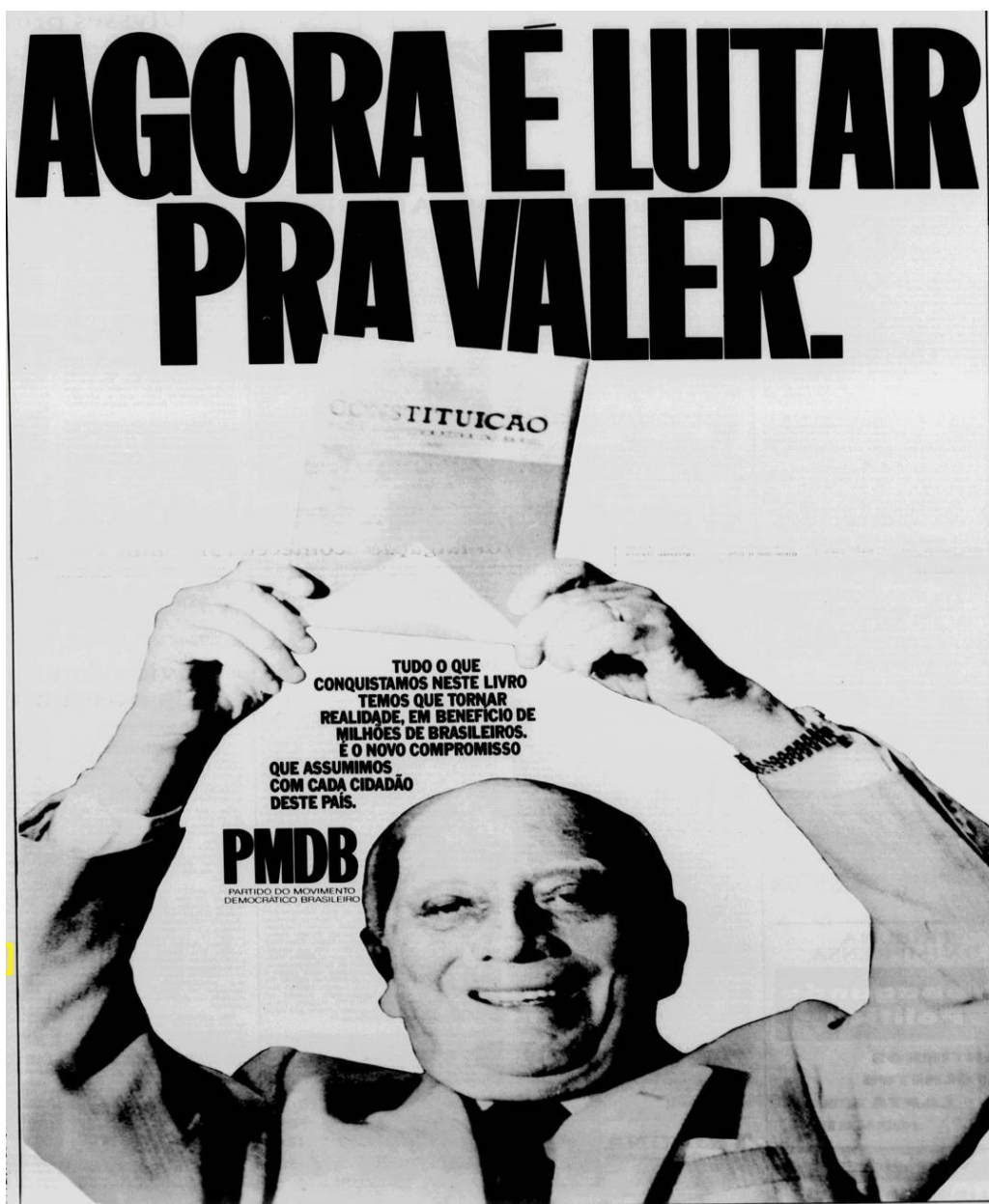
²⁸ TRIBUNA DA IMPRENSA, 1988, p. 2.

“Difícil entender o 5 de Outubro”. Era assim que a reportagem da página 3 descrevia o dia anterior. O texto era uma crítica aos decretos suplementares orçamentários feitos por José Sarney e declarados inconstitucionais pela Constituição.²⁹

De fato o 05 de outubro, descrito no dia seguinte, era recheado de contradições. As contradições de um presidente que parecia estar ainda no antigo regime e que claramente, nos últimos minutos, aproveitou para promulgar atos que, pelo texto da Constituição de 05 de outubro de 1988, seriam inconstitucionais.

A página 3 do Jornal trazia uma grande foto de Ulysses Guimarães segurando a Constituição:

²⁹ TRIBUNA DA IMPRENSA, 1988, p. 3.



Fonte: TRIBUNA DA IMPRENSA, 1988, p. 3

A propaganda do PMDB, também publicada no mesmo dia no jornal “O Estado de São Paulo”, defendia a efetividade do texto constitucional e afirmava isso como compromisso.

No dia 01 de abril de 1964, “O Estado de São Paulo” anunciava que São Paulo e Minas levantavam-se “pela Lei” contra João Goulart; no dia 02 de abril de 1964 publicava, como matéria de capa, em letras garrafais, “Vitorioso o movimento democrático”; e no 03 de abril, “Democratas dominam toda a Nação.”³⁰

³⁰ O ESTADO DE SÃO PAULO, 1964, p. 1; O ESTADO DE SÃO PAULO, 1964, p.1; O ESTADO DE SÃO PAULO, 1964, p. 1.

Já em 05 de outubro de 1988, o mesmo jornal anunciava o início da “nova ordem constitucional” e extinção da “antiga ordem constitucional em vigor desde 1969”. Em um suplemento especial o periódico publicava a íntegra do novo texto, confirmava o direito individual como a maior conquista e informava que a reforma tributária favorecia os estados.³¹

O “Jornal do Comércio” anunciava, naquele dia: “Ulysses promulga a Carta da Dignidade.”³² O Jornal também reproduzia parte do discurso do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte e os atos que aconteceram em “sessão solene.” Na página 02, uma engraçada reportagem anunciava o fim das “farras”: “Acabou a farra - A torneira das contratações no serviço público esteve aberta até anteontem, jorrando apaniguados. Promulgada ontem a Constituição, quem comeu, comeu; quem não comeu, não come mais.”³³

As nomeações de “última hora” do Presidente Sarney eram notícias em todos os jornais. E a esperança de que a Constituição fosse cumprida, talvez por ambos os lados (oposição e governo), fazia com que a farra acontecesse.

Já a página 05 do jornal, anunciava a “Promulgação da Constituição da liberdade” e, a página 06, uma tentativa, por parte do deputado José Genoíno (PT), de anulação dos últimos decretos de José Sarney antes da promulgação. Na reportagem eram denunciadas 460 nomeações no último dia e o jornal noticiava que o “Governo já viola a nova constituição.”³⁴

Na página 10 era destacada a ação do Ministro de Minas e Energias, Aureliano Chaves, que já tinha montado uma comissão para propor revisões no texto Constitucional.³⁵

O Jornal “o Globo”, de 06 de outubro de 1988, anunciava “Promulgada a nova Constituição” e destaca o discurso de Ulysses Guimarães, “interrompido 53 vezes por aplausos.”³⁶

A página 08 informava os dispositivos que, de acordo com a posição do jornal, precisariam de legislação para ser implementados e prescrevia que a “Prática da nova Carta exige 450 leis”.

Na página 9, o jornal destacava, mais uma vez, o discurso de Ulysses Guimarães, classificando-o como discurso de candidato e informava também o descontentamento dos militares pelo discurso ter lembrado a repressão.³⁷

³¹ O ESTADO DE SÃO PAULO, 1988, p. 1.

³² JORNAL DO COMMÉRCIO, 1988, p. 1.

³³ JORNAL DO COMMÉRCIO, 1988, p. 5.

³⁴ JORNAL DO COMMÉRCIO, 1988, p. 6.

³⁵ JORNAL DO COMMÉRCIO, 1988, p. 10.

³⁶ JORNAL O GLOBO, 1988, p. 1.

³⁷ JORNAL O GLOBO, 1988, p. 8.

O jornal “O Estado de São Paulo” anunciava que a nova Carta era “promulgada com festa”, e anunciava o plano que alguns partidos já tinham para anunciar o texto, assim como as nomeações na “undécima hora” do Presidente Sarney.³⁸

4 PALAVRAS FINAIS

Naquele momento era possível perceber uma transição entre o passado e o futuro. Por mais que a Constituição de 1988 marcasse – como afirmavam alguns jornais – a fim da transição entre o passado “ditatorial” e o futuro “democrático”, nuances da ditadura, revestidas de práticas inconstitucionais, ainda estavam presentes.

Seja pelos decretos promulgados no apagar das luzes pelo Governo Sarney, seja pela declaração, ainda nos debates, de que alguns artigos não seriam cumpridos – à exemplo da referência, durante e após a elaboração da Carta, aos juros de 12%–, seja pelas inconstitucionalidades posteriores, a Constituição defendida pelo constitucionalismo da efetividade.³⁹

Optei por informar o posicionamento de cada Jornal também nos dias 01 ou 02 de abril. Eu queria saber como os periódicos reagiram no momento do Golpe Militar. A ideia não foi informar que o Jornal era apoiador do regime ou não – muitas relações mudam entre o início e o fim da ditadura -, mas apenas entender como as publicações aconteceram quando o governo militar chegou ao poder.

Pelos debates da imprensa, a Constituição de 1988 não rompeu totalmente com o antigo regime e com as práticas ditatoriais. Ela nasce deles e leva cicatrizes que estariam em suas vivências. Assim, os debates na imprensa podem nos ajudar a compreender as expectativas, as críticas e também as esperanças e projetos que existiam naquele momento. O calor do debate, especialmente por usarmos reportagens do dia da promulgação e de poucos dias seguintes, talvez ajude a deixar claro as paixões e estratégias que ali estava em jogo.

Sim, havia esperança. Havia esperança, mesmo com desconfiança, de uma Constituição que seria cumprida e havia esperança na democracia. Se a promulgação marcou para aqueles periódicos o fim da transição e o início da democracia, talvez fosse possível perceber que toda transição, assim como fato histórico, não pode ser reduzida a datas. Os acontecimentos têm de ser entendidos com seus antecedentes e episódios sucessores. As esperanças de cumprimento de Constituição e de democracia estão ligadas ao passado de

³⁸ O ESTADO DE SÃO PAULO, 1988, p. 1.

³⁹ LYNCH; DE MENDONÇA, 2017, p. 942-973.

ditaduras e a transição está marcada por esta. Mas o fim da transição não acaba com a ditadura e o início da democracia também não. As práticas e experiências da ditadura, ainda por um tempo, ficariam (ou ficarão) expostas como feridas que não cicatrizam fácil e que, mesmo cicatrizadas, ainda existem. A ditadura, definitivamente, não acabou no dia 05 de outubro de 1988.

Também é interessante perceber que a Emenda Constitucional de 1969, que altera significativamente a Constituição de 1967, é considerada a ordem constitucional vigente até 1988. O texto de 1969 é mais lembrado que o texto de 1967. Se for possível chamar a ditadura militar e a outorga de emenda constitucional de 1969 de democracia, talvez não exista muita coerência em alguns periódicos em utilizar tal conceito. Talvez ele possa ser usado como sinônimo de um novo governo que os periódicos, naquele momento, em parte acreditavam. Ou seja, desconfio das fontes, pois desconfio das crenças de democracia que algumas vezes eles apresentam. Obviamente isto leva a uma outra pesquisa, fruto da inquietação aqui presente, mas, se o presente é algo que existe entre o passado e o futuro, talvez discutir conceitos mais concretos de democracia, ou entender os múltiplos conceitos de democracia, possa auxiliar na compreensão dos rumos planejados e projetos do país.

Foi também interessante perceber como o termo “Carta” foi utilizado como sinônimo de Constituição e como o nome oficial “Constituição da República Federativa do Brasil” praticamente não era citado.

Esta pesquisa preliminar permitiu entender o clima de festa, as preocupações e as esperanças. Sentimentos que conviviam e davam início a um novo período da história constitucional brasileira. Um período que já se anunciava polêmico e com diversas divergências sobre a Constituição.

Referências

ATHAYDE, Austregésilo. Três pontos orfeônicos. *Jornal do Commercio*. Rio de Janeiro, 1988.

BRASIL, Bruno. *Jornal do Commercio* (Rio de Janeiro). *Fundação Biblioteca Nacional*, 2015. Disponível em: <<http://bndigital.bn.gov.br/artigos/jornal-do-commercio-rio-de-janeiro/>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

FERNANDES, Helio. O Brasil tem agora a quarta Constituição. *Tribuna da Imprensa*. Rio de Janeiro, 1988.

FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo. 1988, p. 15.

FOLHA DE SÃO PAULO. Fim da transição. São Paulo, 05 out. 1988.

FOLHA DE SÃO PAULO. Nova constituição entra em vigor. São Paulo, 05 out. 1988.

FOLHA DE SÃO PAULO. Ulysses faz a sua festa. São Paulo, 06 out. 1988.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. O Globo. 2009.

GUIMARÃES ULYSSES. Folha de São Paulo. São Paulo, 06 out. 1988.

JORNAL DO COMMERCIO. Rio de Janeiro, 05 out. 1988.

JORNAL DO COMMÉRCIO. Rio de Janeiro, 06 out. 1988.

JORNAL DO COMMÉRCIO. Promulgação da Constituição da liberdade. Rio de Janeiro, 06 out. 1988.

JORNAL DO COMMÉRCIO. Ulysses promulga a Carta da Dignidade. Rio de Janeiro, 06 out. 1988.

JORNAL O GLOBO. Rio de Janeiro, 18 out. 1969.

JORNAL O GLOBO. Rio de Janeiro, 05 out. 1988.

JORNAL O GLOBO. Rio de Janeiro, 06 out. 1988.

JORNAL O GLOBO. Fugiu Goulart e a democracia está sendo restaurada. Rio de Janeiro, 02 abr. 1964.

JORNAL O GLOBO. Promulgada a nova Constituição. Rio de Janeiro, 06 out. 1988.

JORNAL O GLOBO. Vigora hoje a Constituição democrática. Rio de Janeiro, 05 out. 1988.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad. de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto e PUC-Rio, 2006.

LYNCH, Christian Edward Cyril; DE MENDONÇA, José Vicente Santos. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade/ Defense of studies on the constitutional history of Brazil: a critique of the doctrine of the effectiveness of the Constitution. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 942-973, jun. 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25654/20597>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Carta é promulgada com festa. São Paulo, 06 out. 1988.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Começa a nova ordem Constitucional. São Paulo, 05 out. 1988.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Democratas dominam toda a Nação. São Paulo, 03 abr. 1964.

O ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo e Minas levantam-se pela lei. São Paulo, 01 abr. 1964.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Vitorioso o movimento democrático. São Paulo, 02 abr. 1964.

PIRES, Waldir. A necessidade de cumprir a Constituição. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 out. 1988.

TRIBUNA DA IMPRENSA. Rio de Janeiro, 05 out. 1988.

TRIBUNA DA IMPRENSA. Chega de golpes. Rio de Janeiro, 06 out. 1988.

TRIBUNA DA IMPRENSA. Democratas assumem comandos militares. Rio de Janeiro, 02 abr. 1964.

TRIBUNA DA IMPRENSA. Difícil entender o 5 de Outubro. Rio de Janeiro, 06 out. 1988.

TRIBUNA DA IMPRENSA. País já vive a Constituição. Rio de Janeiro, 06 out. 1988.

TRIBUNA DA IMPRENSA. Nova Carta mantém o poder dos militares. Rio de Janeiro, 05 out. 1988.

O ACESSO À JUSTIÇA E O COTIDIANO DOS BALCÕES JUDICIAIS. UMA RELAÇÃO POSSÍVEL?¹

ACCESS TO JUSTICE AND THE DAILY ROUTINE IN THE NOTARY OFFICE. A POSSIBLE RELATION?

Janaina Dantas Germano Gomes²

Resumo

O presente trabalho é fruto de minha pesquisa de mestrado em curso, na área de concentração em Direitos Humanos na faculdade de Direito da USP. A pesquisa, que tem caráter interdisciplinar entre antropologia e direito, visa a perquirir e problematizar as interações entre funcionários da justiça e operadores do direito nos balcões judiciais. Como recorte deste breve artigo, viso a refletir sobre alguns dados obtidos no campo e pensar sua relação com o direito fundamental do acesso à justiça, impulso inicial de minha pesquisa.

Palavras-chave: Antropologia do direito. Cartórios judiciais. Acesso à justiça. Etnografia.

Abstract

This work originates from my Master's research in the field of Human Rights at the Faculty of Law of Universidade de São Paulo. The research, which is interdisciplinary, involving Anthropology and Law, aims to investigate and discuss the interactions between employees of the legal system and lawyers/trainees in the court's desks. As a limit to this brief article, I aim to reflect upon some data obtained in field, as well as to ponder on its relation to the fundamental right of access to justice, initial impulse to my research.

Keywords: Anthropology of law. Notary offices. Access to justice. Ethnography.

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais. 2 O acesso à justiça como elemento da pesquisa. 3 Ingressando na Máquina. 4 Vida de Cartório - O balcão e seu entorno: Deuses, semi-deuses e almas perdidas do Hades. 5 Vida de Advogado, Vida de Estagiário. 6 Acesso à justiça, cartórios, reflexões possíveis. Referências.

SUMMARY: 1 Preliminary considerations. 2 Access to Justice as a research element. 3 Inside the Machine. 4 Notary Office life – the desk and its surroundings. God, demigods and lost-from-Hades souls. 5 Lawyer's life, trainee's life. 6 Access to justice, notary offices, possible reflexions. References.

¹ Artigo originalmente publicado em: *Revista de Estudos Empíricos em Direito* (REED), v. 4, n. 2, p. 121-143, jun. 2017. Disponível em: <http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/88/pdf_7>.

² Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas e em Antropologia Social pela Unicamp. Mestre e Doutoranda em Direitos Humanos na Universidade de São Paulo (USP). Atua com ensino e pesquisa na área de Direitos Humanos e Antropologia do Direito. Professora da PUC de Campinas. E-mail: janadgg@gmail.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O dia a dia dos cartórios judiciais, mais especificamente de seus balcões de atendimento, é conhecimento restrito àqueles que os frequentam como advogados, estagiários e escreventes responsáveis pelo atendimento. Como se dá o atendimento, o que pedem os advogados, como respondem os cartorários? Existe alguma relação possível entre essas interações e o direito fundamental do acesso à justiça, previsto na Constituição Federal de 1988?

O presente trabalho integra minha pesquisa do mestrado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco,³ no qual, em breves linhas, eu me proponho a perquirir o balcão judicial como um espaço de realização de um direito fundamental (o acesso à justiça) e de interação entre indivíduos presentes nestes espaços, a saber, escreventes, advogados e estagiários. A socialização, ao longo da graduação em Direito, no “mundo do direito” permite o acesso a diversas instituições, suas linguagens e estruturas. O vocabulário, as formas de vestir-se e comportar-se são trazidas cotidianamente por professores em sala de aula e pela inserção dos estudantes nos estágios jurídicos. Ocorre que, diante do mundo da realidade prática que se abre a estes estudantes, fica clara a enorme distância para com a teoria aprendida em sala de aula. E é sobre este mundo da prática cotidiana dos fóruns que busco trabalhar a ideia do acesso à justiça, a partir dos balcões nos quais se colocam os advogados formados e em formação, em busca de informações sobre seus processos.

Diversos autores e autoras têm se manifestado a favor de uma produção nacional – e mais intensa – na área de antropologia do direito, com distintas ênfases.⁴ Passando ao largo do debate sobre uma antropologia do direito, antropologia e direito e antropologia jurídica e do que seria o elemento central definidor de uma pesquisa empírica em direito, ressalto aqui a importância de colocar este trabalho, de maneira ampla, dentre aqueles que se propõem a, a partir do olhar antropológico, empírico, investigar o fazer jurídico.⁵ Nesse sentido, Roberto Kant de Lima justifica o desenvolvimento de pesquisas nesta área pela necessidade de nos debruçarmos sobre as rotinas e procedimentos que são desconhecidas pela maior parte das pessoas e que destoam do conteúdo ensinado nos ambientes universitários jurídicos.⁶

³ Pesquisa orientada pelo professor Guilherme Assis de Almeida, na área de concentração em Direitos Humanos.

⁴ SCHRITZMEYER, 2007; OLIVEIRA, 2010; LIMA, 2012; dentre outros.

⁵ Aproveito para agradecer as ricas contribuições no desenvolvimento deste trabalho ao grupo de pesquisa do NADIR - USP, Núcleo de Antropologia do Direito, e aos Professores Fernando Fontainha e Joaquim Leonel Alvim, que discutiram este artigo no V EPED, em 2015.

⁶ LIMA; BAPTISTA, 2014.

Ainda, o autor, em texto conjunto com Bárbara Baptista, defende a etnografia como metodologia aplicável pra desvelar a realidade que se coloca para além dos discursos manualizados, reproduzidos em salas de aula no âmbito dos cursos de direito, conhecidos por seu mundo do “dever ser”. Nesse sentido:

O trabalho de campo e especialmente a etnografia permitem perceber valores e ideologia diferentes daqueles que informam explicitamente os discursos oficiais do campo. No caso do Direito, é certo que o discurso teórico produzido no campo nem sempre encontra correspondência nas práticas judiciais, e vice-versa. Isto se deve, segundo nos parece, não apenas ao fato de que existe uma notória incompatibilidade entre os rituais judiciais e os valores e a ideologia explicitados nos manuais e nos livros de doutrina, mas especialmente ao fato de que existe, para além disso, uma completa invisibilidade dos valores e da ideologia que norteiam os mesmos rituais.⁷

Metodologicamente, o desenvolvimento desta pesquisa consiste em incursões etnográficas em fóruns da cidade de São Paulo, entrevistas com escreventes, funcionários dos cartórios, juízes, advogados e estagiários. A ideia de etnografia multi-situada (*multi-sited*) está presente⁸ pensando que a minha observação, pode e deve se dar em diversos balcões, de distintos cartórios judiciais, permitindo observar e pensar a circulação de significados nesses espaços.

Convém estabelecer aqui que a relação deste trabalho com os usuários leigos, partes processuais, não será analisada a fundo. Isto por que se, de um lado, podem ser considerados os “maiores interessados” no acesso ao judiciário – afinal, são suas as causas que tramitam no judiciário –, por outro, a especificidade com que, alegam os funcionários, são tratados os cidadãos que comparecem aos cartórios, implicaria uma análise em separado, diferenciando-os necessariamente das lógicas do acesso de advogados e estagiários a que não me aterei neste artigo. Ainda, esclareço que a relação entre o “acesso à justiça” e as “pessoas comuns” é colocado por Garth e Capelletti na chave da simplificação para que o direito se torne a elas acessíveis.⁹ Neste trabalho, contudo, o que veremos é como aqueles já iniciados no mundo do direito também necessitam desenvolver estratégias para obter o acesso à justiça. Quanto à perspectiva dos magistrados sobre o balcão judicial, sua aparente invisibilidade no balcão é também reconstituída neste texto. A especificidade como vêm e são vistos no balcão, conforme os dados que venho coletando em campo, merecerão, a seu tempo, uma reflexão em apartado. No entanto, friso que realizei entrevistas com eles diretamente e reconstitui sua atuação neste

⁷ LIMA; BAPTISTA, 2014, p. 05.

⁸ MARCUS, 1998.

⁹ GARTH; CAPELLETTI, 1988, p. 156.

espaço a partir da fala de meus principais interlocutores – os escreventes, advogados e estagiários.

De certa perspectiva, este trabalho está colocado justamente na fronteira interdisciplinar entre antropologia e direito. Se por um lado trata-se de uma análise antropológica de um conjunto de significados em disputa nos balcões judiciais, o objeto é eminentemente jurídico.¹⁰ O uso da etnografia, e da antropologia, no contexto de uma pesquisa jurídica, tem sido problematizado, e, assim, é importante que se estabeleçam parâmetros claros, buscando diferenciar um uso meramente “instrumental” do ferramental teórico e metodológico da antropologia, e a realização de uma “etnografia”, com profunda apropriação do fazer antropológico.

Para Peirano, a antropologia está constantemente se reinventando, “é resultado de uma permanente recombinação intelectual”.¹¹ A autora afirma que “métodos podem e serão sempre novos, mas sua natureza, derivada de quem e do que se deseja examinar é antiga”. Para a autora o resultado central do trabalho de campo é o despertar de realidades e agências desconhecidas no senso comum, especialmente no senso comum acadêmico, colocar-nos em perspectiva, vulnerar nossa cosmologia. E é por ver todo este potencial na reflexão acerca dos balcões judiciais e os cotidianos forenses, e por acreditar que se trata do olhar e da construção da pesquisa que a define – e não de seu objeto, necessariamente, ou faculdade a partir da qual é feita – que assumo este trabalho como etnográfico, permitindo-me brincar com as, muitas vezes sutis, fronteiras entre antropologia do direito e pesquisa empírica em direito, assumindo desde já que esta postura pode e deve ser problematizada. E isto é, quiçá, um dos maiores logros de uma pesquisa interdisciplinar. É com o desafio da mutabilidade, com o transpor dessas fronteiras, que construímos novos arranjos, deslocamos nosso olhar e nossas construções teóricas. Este não é um trabalho finalizado, e esta posição tampouco é estanque. Esclarecer este ponto de partida do trabalho torna-o mais acessível para aqueles que se interessam pelo direito e seus significados e apropriações simbólicas, pela antropologia e seus métodos, pelo cotidiano forense e suas possibilidades de reflexão.

Sob a perspectiva do trabalho produzido, assim, é com o amparo desta metodologia, da literatura e do olhar antropológico, que se torna possível pensar o ambiente burocrático dos cartórios judiciais, o acesso por advogados e estagiários, suas tramas institucionais, e, enfim,

¹⁰ No entanto, com o protagonismo dos tribunais e decisões jurídicas em nossa sociedade, possível de ser visto em textos acadêmicos e na mídia diariamente (SANTOS, 1995), como dizer que este objeto, os balcões e o acesso ao judiciário, é “apenas” jurídico?

¹¹ PEIRANO, 2014, p. 5.

vê-los para além de um cotidiano desinteressante ou por demais óbvio (como muitas vezes é descrito nos meios jurídicos), como um complexo de rituais e interações que muito pode revelar sobre a produção da justiça. A despeito das leis, documentos e produções jurídicas sobre o tema dos cartórios judiciais – que são pouco numerosas¹² –, é por meio da escuta, da observação, da realização de entrevistas, que se tem mostrado mais produtivo o perseguir das interações entre advogados e escreventes nos balcões judiciais. Mas, ainda assim, poderia restar a dúvida, qual o motivo de estudar estes espaços?

Processos perdidos, dúvidas processuais, necessidade de urgência em uma decisão, despacho ou guia. Atividades aparentemente banais e cotidianas são significadas e ressignificadas no balcão, local estratégico a partir do qual eu tento ver e pensar algumas dinâmicas ao entorno do judiciário. Em campo, diferenciações, estereótipos e agências são acionadas constantemente, delineando as tensões, negociações e posições deste cotidiano. Advogados e escreventes lidam, de maneira muitas vezes performática, ritualística, com os caminhos e descaminhos da burocracia. Neste sentido, nas palavras de meus interlocutores: “o advogado acha que o processo dele é sempre urgente” (FC,¹³ magistrado), “o pessoal do cartório não quer trabalhar” (BH advogado), “é tudo modelo, o juiz mesmo não faz nada” (SA, escrevente), “isso aqui é um caos, me surpreende que algo saia daqui” (DF, advogada).

A parca produção sobre o tema, e o universo simbólico que revelam ao serem indagados os cartórios judiciais, suas interações e dramas cotidianos, inspiram não apenas a inquietação acerca de seu funcionamento,^{14 15} mas também sobre os conflitos que os cercam. O ambiente “tenso”, “conflitivo”, “negocial” e “performático” dos balcões da justiça é mencionado pelos interlocutores constantemente e, colocado em perspectiva com o direito ao acesso à justiça – e ao judiciário –, poderia ser compreendido na chave teórica da análise da dimensão simbólica dos direitos, proposta por Luís Roberto Cardoso de Oliveira.

Para o autor, a antropologia poderia explorar melhor seu diálogo com o direito a partir de uma abordagem que considere as dimensões dos conflitos (direitos, interesses e

¹² SILVA, 2007, como sendo o mais comumente citado.

¹³ Para preservar a identidade de meus informantes, escolhi nomeá-los por siglas. Entendo que esta alternativa protege suas identidades, por serem letras aleatórias. Informo aqui que algumas entrevistas foram gravadas com consentimento, e que muitos de meus interlocutores não pediram sigilo nas informações prestadas mas, mesmo assim, opto por proteger o local em que trabalham e seus nomes. As funções que desempenham (advogado, magistrado, escrevente), por serem essenciais a essa pesquisa, no entanto, são mantidas fielmente.

¹⁴ SILVA, 2007; MEDEIROS, 2015.

¹⁵ Deste relatório de pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, sobre a “Desburocratização dos cartórios judiciais”, participei como assistente de pesquisa durante os anos de 2014 e 2015. As incursões em campo foram valiosas para a realização de meu mestrado, de modo que agradeço à oportunidade de ter feito parte da equipe, coordenada por Alexandre Cunha e Bernardo Medeiros.

reconhecimento) e as dimensões contextuais nas quais estão inseridos (seu universo simbólico, sua dimensão situacional e contextual) revelando, assim, “aspectos significativos dos conflitos e dos direitos que tendem a ser invisibilizados no judiciário”. Neste trabalho, é a invisibilidade dos conflitos, justamente no acesso ao judiciário, que toma forma, colocando em destaque a importância de se pensar um cotidiano vivido por iniciados – funcionários das burocracias e bachareis formados e em formação – que muito pode nos contar sobre o mundo do direito e suas conflituosidades.

Pensar esse “mundo do direito”, no qual os alunos das faculdades de direito e funcionários da burocracia judiciária são iniciados, é, assim, um desafio teórico metodológico que se revela desde o início deste trabalho, considerando este termo como amplo que revela, de saída, a existência de um grupo de pessoas que compartilham símbolos e significados muito específicos.

Assim, o trabalho de pesquisa na área é também um esforço de tradução de uma linguagem, de uma realidade restrita. Tanto o é que, na medida em que o leitor destas linhas não seja um iniciado deste universo de símbolos, espaços e instituições, a esta altura do texto, antes do início da parte mais descritiva de minha pesquisa, ainda não estará claro, afinal, quais e como são os balcões a que me refiro. É justamente essa socialização em todos os itens que compõem o universo do direito que são necessários para que os alunos conformem-se enquanto bachareis em direito, advogados, juizes, dentre outras profissões jurídicas, e assim, tenham acesso a um nicho de mercado bastante específico, dotado da capacidade de traduzir o “mundo do direito” para aqueles que necessitem.¹⁶

Quanto aos escreventes, são recrutados por meio de um concurso de nível médio que não prevê a necessidade de ensino superior em direito, e é, assim, o dia a dia, as relações dentro do ambiente de trabalho, que vão apresentando as múltiplas facetas deste mundo de significados. Roupas, falas, palavras, posturas constroem o cerne das interações diárias a que assisto nos balcões judiciais, e que parecem ser dotadas de um imenso potencial para transformar as relações que ali se colocam, bem como transformar o andamento dos processos em trâmite nos cartórios além de, ainda, fornecerem rico material de importante análise jurídica e antropológica. Nas palavras de meus interlocutores, é preciso fazer “a máquina andar”, e é

¹⁶ Nesse ponto, importante inserir este debate no tema das profissões jurídicas. Nesse sentido: “Para Bourdieu, as profissões jurídicas detêm um importante monopólio de dizer o direito porque dominam uma linguagem que permite a esses profissionais decodificar, de forma autorizada, os códigos legais estabelecidos em lei. As profissões jurídicas lutam pelo capital jurídico necessário ao exercício da dominação social. Para isso, torna-se indispensável às profissões jurídicas o controle do espaço de produção formal dos profissionais do direito, as faculdades de direito, e uma atuação política coesa, como ator social coletivo, em torno das associações profissionais das profissões jurídicas na estrutura burocrática do estado” (REID DOS SANTOS, 2012).

para isso que estão lá. Relacionar essa reflexão com o acesso à justiça, que é a dimensão contextual de minha pesquisa, é um dos desafios que passo a expor antes de, enfim, ingressar nos labirintos da máquina.

2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO ELEMENTO DA PESQUISA

Seria o espaço dos cartórios um espaço de realização do acesso à justiça? A pesquisa que proponho não busca corroborar esta ideia, testá-la. Pretende, de maneira mais ampla, pensar o que revela uma etnografia destes espaços. Interlocutores afirmam que ir ao balcão judicial é uma atividade que, conforme tentarei expor nestas páginas, trata de impulsionar a “linha de produção” que culminará com a extinção dos processos, tanto para operadores do direito quanto para os funcionários dos cartórios, significando para aqueles os honorários ou o início da fase em segunda instância e, para estes, menos um processo no grande volume de trabalho acumulado que possuem.

Nestes espaços pouco ou nada é mencionado sobre o conteúdo dos entendimentos jurídicos “em jogo” nos processos, do conteúdo das decisões. “Meu objetivo é que o juiz dê a decisão o quanto antes” (BH, advogado), “o importante é tirar da primeira instância”, “o importante é dar a sentença para a estatística” (SA, escrevente), “o entendimento do juiz é esse” (ZA, escrevente), “nesta vara tudo demora muito” (RC, advogado), “o advogado não quer esperar a vez dele na fila” (CB, diretor de cartório), “antes o juiz te ouvia, se preocupava com seu caso, hoje os juízes são muito novos, só querem saber de revista de moda” (XX, advogada), “o advogado vem despachar no meu gabinete e alega qualquer coisa para o processo dele passar na frente, mas nem sempre é caso de urgência” (FC, magistrado).

Tal ideia, de relacionar acesso à justiça e os cartórios judiciais não é uma invenção ou hipótese de pesquisa, mas, sim, um dado do campo. A fonte é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4598)¹⁷ proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em face da Resolução n. 130 do Conselho Nacional de Justiça¹⁸ (CNJ) que estabelece que:

¹⁷ Todo o andamento processual e peças referidas encontram-se disponíveis em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acompanhamento Processual*. Ação Direta de Constitucionalidade n. 4598. Min. Rel. Luiz Fux. Brasília, 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4598&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

¹⁸ BRASIL, 2011.

(...) respeitado o limite da jornada de trabalho adotada para os servidores, o expediente dos órgãos jurisdicionais para atendimento ao público deve ser de segunda a sexta-feira, das 09:00 às 18:00 horas, no mínimo; No caso de insuficiência de recursos humanos ou da necessidade de respeito a costumes locais, deve ser adotada a jornada de 8 (oito) horas diárias, em dois turnos, com intervalo para o almoço.

Essa resolução gerou forte manifestação das agremiações de classe de magistrados, servidores e advogados. Mais especificamente, a Associação dos Magistrados Brasileiros ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em face deste dispositivo normativo, alegando que o CNJ, em suma, não teria competência para determinar os horários de funcionamento dos fóruns, cabendo essa decisão às instâncias de poder de cada tribunal.

A despeito dos diversos argumentos aludidos pela AMB, a qual já havia proposto outras ações questionando o tema, interessa destacar neste momento que diversas associações de advogados e escreventes se manifestaram na ação, pedindo para nela ingressar e se manifestar por meio do instituto processual do *amicus curiae*. A manifestação processual do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, entretanto, afastou-se dos argumentos administrativistas da AMB e logo na primeira página de sua petição aduz que o órgão tradicionalmente defende a “constituição, os direitos humanos e a justiça social”. Além de defender a competência do CNJ para regulamentar os horários de serviço, na página 05 de sua petição faz constar que “a Resolução impugnada, “data venia”, dá concretude ao princípio da inafastabilidade da jurisdição – art. 5º, XXXV -, porquanto fixa horário de atendimento ao público que democratiza o *Acesso à Justiça*, ou seja, legitima universalmente o acesso aos serviços judiciários”.

Assim, o órgão de classe dos advogados faz a ponte entre o direito fundamental garantido pela Constituição e os horários dos atendimentos nos balcões. E é a partir deste processo, deste discurso, que relaciono este direito fundamental à realidade dos fóruns. No entanto, o que se revela na pesquisa etnográfica realizada é, justamente, que o acesso aos direitos, ou a ideia de justiça pouco ou nada surgem nestes espaços.

O conflito em torno dos atendimentos, colocado perante o Supremo Tribunal Federal, se reproduz cotidianamente nessas interações. Ainda que a classe dos advogados reivindique uma ideia de acesso a direitos, os argumentos administrativistas são muitas vezes reproduzidos pelos cartorários e de maneira mais ampla pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, não se falando de acesso à justiça. A narrativa dos atores envolvidos neste contexto discorre especialmente sobre um ritmo burocrático de trabalho em que o judiciário é visto como uma linha de produção, uma máquina que precisa “rodar”, e que se encontra sobrecarregada. “Ninguém quer sair de

uma vara que tem um cartório rodando bem e ir para uma vara que vai ter que arrumar tudo”, diz a juíza MN; “O dia a dia das sentenças é o copia e cola do computador. O serviço é braçal, nada intelectual. Por isso, muitos de nós ficam desmotivados, eu não aguentei. E, por isso, que acontece um monte de besteiras”, diz a escrevente SA; “Meu objetivo é tirar do primeiro grau. Nada se decide ali. É no segundo grau que importa. E muitas vezes a mesma vara dá sentenças completamente diferentes em sua escrita, são modelos diferentes, foram pessoas diferentes. Não há nada de artesanal no judiciário, é tudo modelo”, relata o advogado BH; “Temos muito trabalho, não dá pra ficar atendendo todo mundo”, diz o escrevente M.

O desafio desta pesquisa é, quiçá, tentar revelar como algumas coisas funcionam a partir de quem vive este cotidiano, colocando em primeiro plano uma atividade muitas vezes considerada de menor status ou secundária no ensino e pesquisa, mas que se revela central na atividade jurídica. É através das atividades que acontecem nos cartórios judiciais que a “máquina roda” e que as sentenças são produzidas. Assim, como falar em acesso à justiça, sem pensar este cotidiano que impulsiona a “linha de montagem”?

Nesse sentido, é essencial o trabalho de Gregori que pensa cenas e queixas em um contexto de violência contra a mulher como produtivas para reflexões acerca de um conteúdo mais profundo das interações observadas,¹⁹ e nos textos de Kafka que permeiam o imaginário de advogados e cientistas sociais acerca do cotidiano das burocracias.²⁰ Conforme descrevo a seguir, busco reproduzir as situações, muitas vezes labirínticas, em que estão envolvidos os meus interlocutores, suas estratégias e suas perspectivas. As interações são pensadas a partir de Goffman, em minha dissertação, de modo que, mais especificamente neste artigo, pretendo contrapor os achados etnográficos a seguir descritos com as reivindicações argumentativas da AMB e OAB acerca de tratar-se ou não o balcão de um acesso à direitos, ou acesso à justiça.²¹

3 INGRESSANDO NA MÁQUINA

“Balcões judiciais”, “fazer fórum”, “ir ao cartório”, “despachar com o juiz” são termos que podemos dizer “nativos”, que muito significam para aqueles que compartilham dos significados do direito, mas pouco ou nada revelam para estudantes e profissionais de outras áreas.

¹⁹ GREGORI, 1993.

²⁰ KAFKA, 2005; 2008.

²¹ GOFFMAN, 2002; 2011.

Os fóruns ou tribunais são os espaços de trabalho da burocracia judiciária. Em geral são grandes edifícios que concentram as salas de trabalho dos magistrados (os gabinetes, que em geral têm as salas de audiência como anexas), seus funcionários diretos, funcionários da burocracia judicial concursados com ampla gama de trabalhos e hierarquias – escreventes, técnicos administrativos, estagiários de direito, estagiários de ensino médio – que em regra trabalham no espaço dos cartórios (ou escritórios). A “serventia”²² trabalha para um determinado juiz, sob a organização hierárquica de um diretor do cartório e chefes de seção. A todo esse conjunto de espaços, funcionários e, conseqüentemente, processos, que orbitam entorno do magistrado dá-se o nome de vara.

Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 92, os juízes e tribunais são órgãos do poder judiciário (inciso VII) e compete aos tribunais “organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízes que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional²³ respectiva”. Ou seja, cada estado da federação, por meio de seu Tribunal, pode determinar muitas de suas regras de funcionamento – e é justamente nesta tensão de poder que se encontra a aludida Resolução n. 130 do Conselho Nacional de Justiça, afinal, o desejo de uniformizar horários de atendimento vai de encontro ao poder de decisão de cada Tribunal Estadual, soberanos de seus magistrados e instâncias inferiores.

O labirinto do funcionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como aloca seus funcionários, como realiza suas decisões de gestão, como funcionam as instâncias administrativas, não é claro para seus funcionários (escreventes e mesmo magistrados) nem, tampouco, para aqueles que necessitam interagir com esta instituição. Muitas vezes, o maior objetivo de uma ida ao balcão é “saber como as coisas funcionam naquele cartório”, e as constantes informações de que “cada cartório funciona de um jeito”, tanto a partir da fala dos funcionários como advogados e estagiários, nos permite pensar cada um deles como ilhas, isoladas e exóticas, que justificariam, sem dúvida, seu estudo antropológico, remetendo ao início da disciplina, quando europeus lançavam-se ao desconhecido para estudar o outro, exótico. O particularismo e localismo do direito são diretamente mencionados por Geertz, que

²² “Serventia” é como muitas vezes são chamados esses funcionários, e é o nome constante da lei de organização judiciária de 1969 (Decreto lei n. 158, de 28 de outubro de 1969). Aliás, este nome não passa despercebido pelos escreventes, de modo que em entrevista um deles certa vez me disse “a nossa importância é tão pequena para eles (juízes e promotores) que eles nos chamam de “serventia”, gente que está aí para servi-los”.

²³ Atividade de correição é a atividade de controle e fiscalização das atividades. Em varas com mais de um magistrado titular ou em atividade, comumente encontradas em São Paulo, a atividade de correição é desenvolvida por apenas um juiz, o “corregedor da vara”, que tem autoridade para fiscalizar e decidir os rumos do trabalho desempenhado.

aduz que “assim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local”.²⁴

Os balcões judiciais são, assim, variados, têm várias formas e modos de atendimento: barreiras de vidro, sinetas, altas divisórias de madeira, avisos de “desrespeitar funcionário público em serviço é crime”. Em alguns são funcionários concursados que se revezam ao atendimento, em outros estagiários de nível médio atendem aos que buscam os cartórios. Cada balcão, e seus respectivos cartórios e atendimentos, tem sua particularidade local, e é desvendar o que eles têm em comum em suas dinâmicas, que move este trabalho.

Escuta-se correntemente que “o bom advogado tem que colocar a barriga no balcão”, que “o advogado tem que ser ousado e perguntar tudo”, que “é o dia a dia que ensina, não a faculdade”. Ainda, é compartilhado pelos advogados, de acordo com os dados que tenho coletado em entrevistas e observações dos atendimentos, que ir ao cartório para resolver alguma questão, saber o andamento de um processo, não é uma tarefa fácil ou agradável, e as performances da melhor maneira como desempenhar esta tarefa são socializadas entre eles. “Brigar não vai levar a nada”, “Quando eu sei que tenho que ir ao cartório eu já tomo meu melhor café, pra ir de bom humor”, “Eu sei que eles tratam estagiário pior, exceto quando é um estagiário do cartório que atende, por isso é preciso falar com confiança mesmo quando não se tem certeza”.

Chegar ao balcão e pedir para falar com alguém pelo nome já pode significar um “passe”, uma palavra que permite um acesso diferenciado a este espaço. No entanto, isto não significa conhecer o que acontece internamente no cartório. O senso comum jurídico diz que “o cartório é a cara do juiz”, de modo que uma vara que está enfrentando rotatividade com seu magistrado, por exemplo, poderá se mostrar mais desorganizada ou, ainda, advogados ao balcão podem reconhecer que a “confusão” do magistrado da vara, decisões ruins ou mal feitas, ou ainda sua inexperiência, poderá estar desorganizando o cartório. É comum que os advogados se refiram acerca de um balcão ou cartório em relação ao magistrado responsável. “Aquele cartório está daquele jeito por que o juiz está afastado”, e rotulem os cartórios de acordo com suas percepções desde o balcão, “aquela vara é muito lenta, tudo atrasado, mas pelo menos eles são educados”.

Do outro lado do balcão estão os operadores da burocracia judiciária. Inseridos em um sistema fortemente hierárquico, com diversas divisões de tarefas, atribuições atinentes a cada cargo e a pressão pelo bom funcionamento do sistema, os cartorários atendem aos advogados,

²⁴ GEERTZ, 2009, p. 296.

estagiários e partes processuais cotidianamente, como sendo uma de suas funções, divididos em escala horária, ou como sendo sua exclusiva atribuição, no caso de muitos dos antigos agentes administrativos.²⁵ O trabalho de atendimento ao balcão, em geral, é reputado como péssimo pelos funcionários, e um “atraso no serviço”, de modo que é comum encontrar estagiários de nível médio, menores de 18 anos, realizando este atendimento. M., escrevente, afirma: “o escrevente está no meio do fogo cruzado entre egos. Promotor, advogado, juiz, estagiário, todo mundo demanda o cartório e ninguém sabe como ele funciona”, “às vezes a gente está bravo com algo no cartório e acaba descontando no balcão, claro. Hoje, que mudei de atividade do cartório, eu vejo isso, e vejo que eu era muito intransigente em muitos aspectos no início de minha atividade como escrevente”.

Como ser escrevente, como atuar perante o advogado no balcão é, também, conhecimento que é socializado cotidianamente. “A gente não entra aqui odiando o balcão” (AC, escrevente), “não existe um manual para os novos funcionários, rotinas estabelecidas como em uma empresa. Essas iniciativas são recentes, o que temos são muitas formas de fazer desenvolvidas caseiramente, consultas informais entre cartórios”, aduz FB, diretor de um cartório na capital.

A versão oficial do que seria a atividade de um cartorário, escrevente de justiça, pode ser vista neste excerto de Bonelli:

O escrevente tem como responsabilidade ‘tocar o processo’, fazer mandado, preparar ofícios. O escrevente-chefe distribui as atividades, encarrega-se da parte de provimentos, do que é publicado no Diário Oficial, e da organização das pastas individuais com o histórico dos funcionários. O diretor do cartório mantém contato com os chefes, estrutura o organograma do cartório, distribui as funções, supervisiona o trabalho e é o responsável pela conexão entre o juiz e o cartório. Junto com o juiz, decide promoções e a alocação de funcionários em cargos de confiança (alguns cargos de chefia e a posição de oficial-maior, que é o substituto do diretor).²⁶

Em muitos cartórios, escreventes são responsáveis por analisar petições, e muitas vezes até “minutar” decisões ou sentenças, que seriam corrigidas pelo juiz e então juntadas ao processo. Para um advogado experiente, não há surpresa nenhuma em dizer que as sentenças e despachos não são feitas pelo magistrado, no entanto, tampouco é claro se são os escreventes

²⁵ O cargo de agente administrativo encontra-se extinto, de modo que os funcionários remanescentes foram equiparados à categoria de escreventes, e os novos concursos para ingresso no tribunal são, exclusivamente, para escreventes, em certame que exige ensino médio completo, e abarca questões de português, lógica, matemática e temas de direito.

²⁶ BONELLI, 1998, p. 189.

de sala ou do cartório que realizam as decisões, se o juiz tem controle sobre elas, por exemplo, e isto varia de cartório para cartório, de acordo com a determinação do magistrado.

A posição dos escreventes, acerca do trabalho de “minutas” e “despachos em preto” é bastante variada: “eu colocava lá para o juiz ler, pergunta se ele lia. Aí saía um monte de decisão ruim e depois chovia embargos de declaração”,²⁷ “todo mundo gosta de trabalhar neste cartório por que o juiz ensina seu entendimento, todo mundo faz trabalho jurídico, é mais gratificante que o trabalho mecânico”, “eu nunca aceitei fazer trabalho de juiz. Não tenho problema nenhum de ajudar a copeira, o oficial de justiça. Mas trabalho de juiz é trabalho de juiz”, “o bom de trabalhar no gabinete é que você fica fazendo trabalho do juiz sim, mas pelo menos ninguém de atrapalha. O juiz ia quatro horas por dia e depois ia embora, se passasse uma sentença na frente ele não perceberia”, “claro que tem juiz que tem controle sobre o trabalho do cartório, e tem aquele que vai no cartório fazer festinha, fazer média. No cartório em que trabalhei tinha dois juízes: um era político e fazia média, o outro pressionava o cartório e fazia a diretora chorar todo dia. Eles (os chefes processuais) despachavam 90% dos processos para os juízes, davam sentenças simples”; “A estatística do final do mês serve para saber quanto o cartório trabalhou, não quanto cada juiz trabalhou. Mas claro, cada cartório é um cartório. Quando um juiz substituto quis fazer diferente ninguém gostou, a gente quer continuar trabalhando do jeito que funciona, e ele chegou lá querendo mudar o ritmo do cartório”.

“O juiz só assina” é uma expressão do cotidiano desse dia a dia forense, no entanto, ao mesmo tempo que assina, ele é justamente “o dono da caneta” e suas decisões, ainda que contrárias às práticas comuns do cartório ou a entendimentos majoritários, por exemplo, deverão ser seguidas. Os “juízes que trabalham”, por sua vez, também são conhecidos e reconhecidos pelos escreventes. “Existem vários juízes bons, que têm controle do trabalho. A juíza lá da minha vara, por exemplo, por mais que ela seja arbitrária e bastante grosseira com os funcionários, é uma juíza que leva o trabalho a sério, uma máquina, faz quase tudo sozinha”.

O que observo é que, na prática, cada magistrado organiza seu trabalho de uma maneira, de modo que é possível tanto encontrar cartórios em que todos os escreventes despacham como, ainda, cartórios em que o magistrado efetivamente concentra todas as decisões. O que me parece interessante notar é a ressalva feita pelos advogados sobre esses últimos magistrados, que “concentram as decisões”. Em duas oportunidades diferentes, em comarcas diferentes, fui informada da existência de varas que eram extremamente demoradas em relação às outras, que

²⁷ O embargo de declaração é um modo de, sem questionar a sentença, que os advogados peçam para que o juiz ou juíza corrija a sentença de erro material, ou esclareça algum ponto obscuro, que gera dúvidas.

angustiavam os advogados e seus clientes quando o processo era distribuído para elas. No entanto, sabia-se que, após longa espera, receberiam uma sentença completa, difícil de recorrer diante de sua qualidade. Assim, o tempo de demora da sentença não é o único vetor de análise das sentenças obtidas de um cartório. Se a sentença demorou a “sair”, mas a decisão foi bem feita, “artesanal”, os advogados podem reconhecer a importância deste processo. Contudo, quanto mais se reconheça a existência de meros modelos na linha de produção do cartório, mais injustificada é, na perspectiva dos advogados e estagiários, a demora para a decisão.

“Máquina do judiciário”, “engrenagens do sistema de justiça”, “linha de produção”, “processos massificados”. Essas imagens, das quais lanço mão amplamente neste texto, estão presentes nos discursos jurídicos e nas falas de meus interlocutores, assim como nas salas de aula e produções jurídicas do campo do direito. Parece ser consensual que a justiça opera, na maior parte das vezes, de maneira mecânica, impessoal, ao mesmo tempo em que se sabe, paradoxalmente, que pessoalismos são praticados a todo o instante, que algumas pessoas conhecem “jeitinhos”, “têm a manha”, sabem como as coisas efetivamente funcionam. A ideia Weberiana de uma burocracia despersonalizada, racional, baseada no poder do conhecimento é posta à prova a cada interação realizada no balcão.²⁸ No entanto, novamente, pouco ou nada se fala de justiça nessas relações. Fala-se de tempo de entrave, demora. Seria possível, assim, pensar que a justiça opera, na prática, por meio desses termos burocráticos? É possível pensar a existência da ideia de justiça a partir de sua, aparente, ausência nos discursos?

4 VIDA DE CARTÓRIO²⁹ - O BALCÃO E SEU ENTORNO: DEUSES, SEMI-DEUSES E ALMAS PERDIDAS DO HADES

Quando você pergunta a uma criança o que ela quer ser quando crescer, é claro que ela não responde que quer passar o resto da vida batendo carimbo – M., escrevente há 20 anos no Fórum da Barra Funda.

Para ingressar na carreira de escrevente é necessário o ensino médio completo. A carreira hoje paga cerca de três mil reais e seu concurso possui alta concorrência, especialmente na capital, que pode ser atribuída a uma ideia de lógica e “ideologia” concurseira crescente em nosso país, e nos cursos jurídicos.³⁰

²⁸ WEBER *apud* CAMPOS, 1976.

²⁹ Nesta parte, ainda em construção, pretendo pensar a produção das decisões judiciais no espaço do cartório pensando especialmente nos textos de Bruno Latour “A Vida de Laboratório” (1997) e “The making of the law” (2009). Ainda, penso especialmente a justificativa de Latour de ingressar nos espaços técnicos da ciência nos quais ninguém transita como uma justificativa teórica para conhecer o mundo dos cartórios (LATOUR, 2009, p. 26).

³⁰ FONTAINHA et al., 2014.

Ainda que em visita a cidades do interior de São Paulo, como bolsista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em pesquisa referente à desburocratização dos cartórios judiciais,³¹ tenha encontrado cartórios com baixa rotatividade, em que os funcionários planejavam aposentar-se em seus postos, este perfil de cartório parece ser cada vez mais incomum, especialmente na cidade de São Paulo. Um de meus interlocutores aponta que o concurso de escrevente acaba sendo “escada” para outros postos, e a permanência daqueles que almejam outros concursos é baixa, quer seja pela mecanicidade das tarefas desenvolvidas, a falta de perspectiva na carreira ou, ainda, o fato de que o tempo de trabalho como escrevente não conta como tempo de atividade jurídica,³² elemento necessário para concorrer aos cargos de juízes, promotores e, em alguns estados, defensores públicos.

A palavra “perspectiva de carreira” parece ser elemento chave para a análise dessas carreiras na visão de seus integrantes. Segundo alguns de meus interlocutores que ingressaram antes da obrigatoriedade de concurso público imposta pela Constituição de 1988, trabalhavam nestes espaços pessoas que iniciavam suas carreiras como ajudantes das varas, jovens aprendizes. Após um determinado período de tempo, eram efetivados. Com o início dos concursos e o funcionalismo público passando a ser uma alternativa de ganhos e estabilidade econômica, o cargo de escrevente foi paulatinamente mudando seu perfil. Antes ingressavam pessoas graduadas em outras áreas de conhecimento, ou mesmo sem ensino superior que, em algum momento de suas carreiras, até mesmo para poderem alcançar o cargo de assistente de magistrado (que demanda a formação em direito) cursavam a graduação na área jurídica. Atualmente, ao menos na capital, os novos ingressantes têm até mesmo pós graduação em outras áreas, ou são graduandos em direito e a condição de escrevente é transitória, ao menos em tese, uma vez que buscam outros concursos ante a ausência de perspectiva profissional da carreira. Friso que muitos dos escreventes que conheci não buscavam apenas os “grandes cargos” como promotores, defensores e juízes. Muitas vezes visavam cargos de escrevente na

³¹ Pesquisa realizada sob encomenda do Tribunal de Justiça de São Paulo, já referida, cujo relatório final foi publicada no ano de 2015, disponível no site do IPEA, conforme referências ao final do texto.

³² Em regra o tempo de atividade jurídica é de três anos para os referidos concursos, em atividade privativa a bachareis em direito. A questão já foi levada às instâncias superiores diversas vezes, havendo diversas decisões e entendimentos que mostram que relacionam inclusive a resolução do Conselho Nacional de Justiça de n. 11/06, “que permite aos candidatos a cargos da Magistratura a comprovação de atividade jurídica mediante a obtenção de certidão circunstanciada que indique atribuições exercidas pelo candidato que ocupa cargo não privativo de bacharel em direito”. O objetivo é que os indivíduos tenham experiência jurídica antes do ingresso em uma nova carreira. A decisão de que os escreventes não façam parte desse rol de cargos aptos a serem considerados como tempo de experiência para prestar o concurso da magistratura é uma questão que pretendo pensar futuramente, sobre a qual meus interlocutores têm diversas teorias políticas e de disputa interprofissional entre juízes e escreventes.

Justiça Federal ou em outros estados, em que há um plano de carreira e ganhos maiores: “na justiça federal te tratam que nem gente”.

Se no início da pesquisa eu buscava apenas visualizar o balcão e os conflitos que ali se davam – em uma percepção bastante ingênua, agora penso, que aqueles conflitos poderiam ser entendidos em si mesmos e corresponderiam a uma disputa localizada de saberes – penso agora que a importância dos balcões e seu potencial reside, em verdade, em utilizá-lo como ponto de partida para refletir acerca do sistema de justiça.

Quando me coloco do lado de fora dos balcões tenho a possibilidade de ver advogados e estagiários desenvolvendo estratégias para acessá-lo. Roupas, performances, discursos que se agenciam para buscar um fim aparentemente consensual: é preciso fazer a máquina andar mais rápido, a favor de meu cliente, ou apenas andar. O espaço da burocracia não lhes pertence. Os privilégios são dos magistrados e promotores: eles têm elevadores privativos, estacionamento, todo um circuito interno dentro do próprio fórum que os separa dos usuários. Não se pode entrar com qualquer roupa, não tire fotos, onde está a carteira da OAB? O advogado e o estagiário parecem ser postos à prova neste cotidiano. “Muitas vezes não estamos pedindo um favor, é apenas um andamento, que se cumpra o correto, a norma da corregedoria, e mesmo assim não conseguimos” (ST, estagiária).

Observar o lado de dentro dos balcões revela um ambiente de trabalho complexo. Os escreventes que entrevistei compartilham uma sensação de estar “enxugando gelo”.³³ O trabalho não diminui, não são reconhecidos em importância ou salário. “Somos peças de uma linha de montagem. Somos substituíveis. Quando vemos algum advogado, promotor ou juiz, ou agora que vejo sua pesquisa, que se preocupa em saber como pensam os escreventes fico feliz. Então quer dizer que não somos invisíveis?”.

As diferenciações dentro de um cartório são um mundo a parte. Fortemente hierárquico, o trabalho do cartório está ligado por uma fidelidade ao seu magistrado e seu cartório, e não à sua vara ou ao tipo de trabalho que realiza.

Sobre o cotidiano de trabalho, M. discorre:

Eu tentei abandonar a carreira várias vezes. Teve uma época que o clima de trabalho aqui era péssimo, eu tentei permuta, trocar de vara e não conseguia, eles não me liberavam, meu santo não batia com o da chefia, dos magistrados. Me vi procurando

³³ Saliento aqui que iniciei meus contatos com escreventes da capital a partir de alunos da Faculdade de Direito da USP que estagiam em fóruns da capital e conhecem escreventes, bem como entrevistando alunos que efetivamente foram aprovados para escreventes – ou passaram a cursar a graduação em direito já sendo escreventes – na capital. A partir destes indivíduos, fui sendo apresentada a escreventes e juízes que entrevistei. Ainda, são meus interlocutores de pesquisa muitos dos escreventes com os quais tive contato na cidade de São Paulo e no interior para a já citada pesquisa para o IPEA-TJSP.

emprego em call center, queria ir buscar um emprego na minha área, mas quando eu colocava na ponta do lápis, sempre concluía que não dava para largar o salário, a estabilidade. Eu já estava casado, já tinha outros projetos pessoais.” Hoje M faz direito, pensa em prestar outros concursos da área jurídica, talvez magistratura ou defensoria pública. “Sei que juiz não é o trabalho ideal, é burocrático também, mas pelo menos há alguma força de decisão. Aqui a sensação é de que somos apenas peças.

M. me ofereceu sua descrição acerca do cartório, de seu ambiente de trabalho, relacionando juízes a deuses, promotores e advogados a heróis e semi-deuses e aos cartorários às almas condenadas do inferno de Hades, figuras mitológicas capazes de, em sua narrativa, ilustrar o seu cotidiano. Em sua narrativa, enquanto deuses e semi-deuses disputavam entre si, seriam as almas penadas aquelas que mais sofrem com as pressões desta disputa de egos.

AB, graduada em direito e recém ingressa no curso de Ciências Sociais, foi escrevente por pouco mais de três anos. Prestou o concurso durante a graduação, buscando sustento financeiro. Enquanto era estagiária da vara em que, posteriormente, passou a ser escrevente, o trabalho era bom:

Eu fazia sentenças, trabalho jurídico, era bem tratada. Quando você é estagiária tudo é novo, você aprende com tudo. Depois que virei escrevente, muita coisa mudou. Antes eu até usava o banheiro do juiz, ele te vê como um igual. Depois que eu virei funcionária passei a acumular, a pedido do juiz, muitas tarefas que não eram minhas. Me dei conta que se constava na estatística da vara cem sentenças por mês, o juiz tinha feito no máximo vinte. Fiz até serviço de secretária pessoal, de babá para o juiz. Tem lugares piores para trabalhar dentro do próprio tribunal, eu sei, mas eu não suportei.

No último ano de seu trabalho como escrevente A desenvolveu uma condição de depressão que estava fortemente ligada ao ambiente de trabalho. Gastava aproximadamente um terço do que recebia com medicação, consultas psicológicas e psiquiátricas. Pediu exoneração:

Não quero mais fazer parte desta linha de montagem, eu não acredito no judiciário. Eu sei que não deveria ter saído, eu preciso do dinheiro. Mas se eu não saísse agora, ia sair quando? As pessoas casam, acabam dependendo da estabilidade e da condição financeira que o emprego te dá. Mas o trabalho não satisfaz, é mecânico. Os funcionários são apenas peças.

AB e M não se conhecem, mas suas histórias se cruzam em vários pontos. Um deles é a dificuldade que ambos viveram ao tentar sair das varas em que trabalhavam, quando estavam insatisfeitos com o ambiente de trabalho. “Acho que você deve ouvir isso muito, mas o bom funcionário no Tribunal é prejudicado”, diz M. AB diz que “Meu conselho aos novos ingressantes é fazer corpo mole até conseguirem alcançar a vara que quiserem”, por exemplo, para trabalhar em um gabinete em segunda instância, trabalho tido como melhor por ser “mais

jurídico” e por ter um aumento de salário bastante relevante. Ainda, A informa que os estudantes de direito que ingressam na carreira se decepcionam ao se depararem com uma realidade de trabalho que consideram “mecânica”, “emburrecedora”.

Quanto ao ambiente de trabalho, estou explorando novas possibilidades de pensar o cartório. FB aponta para o setor de tramitação de seu cartório e o define como “chão da fábrica” onde o “grosso do trabalho acontece” e, neste caso, o melhor lugar para se trabalhar, em razão do cotidiano mais organizado, da divisão clara entre função do magistrado e do cartório e do dinamismo que ele, como gestor, emprega neste ambiente. O mesmo não acontece nos cartórios em que estão M e AB.

O melhor nestes casos é estar na sala, com o juiz, ou estar nos plenários do júri, por exemplo. Segundo M, o tratamento após passar a integrar o plenário do júri mudou. Se por um lado passou a ter contato direto com vítimas e réus, o que o humanizou, transformou sua visão sobre o processo, neste espaço é preciso que se assuma um arquétipo, segundo ele, mais condizente com a função (ritualística) que exerce. Os promotores passaram a tratá-lo melhor, assim como os advogados. “Agora eles precisam de mim”.

AB também refere a este “arquétipo” que precisou incorporar. Suas roupas, piercings, cabelo, foram todos ajustados para sua função de escrevente de sala. “No cartório está a ralé, quem é melhorzinho aqui sai do cartório. Já imaginou ficar lá com aquele povo fazendo barulho, que não trabalha?”. Indago sobre quem trabalha no cartório a que se refere. “Olha, não sei se é assim em todo cartório, mas lá tem muita figura junto”. Enquanto desejava permanecer no seu cargo de escrevente de sala, AB vestia-se com o que acreditava ser o esperado, alisava os cabelos. “Depois de um tempo, eu pedia para ser removida e eles só me prejudicavam, eu parei de me importar. Eu ouvia o fone de ouvido enquanto trabalhava, e ia com a roupa que eu queria. O juiz me tratava mal desde o primeiro dia, então eu não ia mais tentar agradar”.

Dentre esses “figuras”, AB descreve o funcionário que apenas toca os processos com luvas, não se relaciona ou conversa com ninguém. AB conta que outro funcionário desaparece por horas do cartório sem que ninguém saiba seu paradeiro. Há ainda a funcionária cuja filha, Brigitte, lhe dá trabalho, é suja. “Toda vez que eu entro no cartório ela está lá gritando com a Brigitte no telefone, falando para todos que a Brigitte é louca, é suja”. Segundo ela, a funcionária responsável pela juntada pergunta todos os dias quais os prazos de recursos e apelações, mesmo estando há 15 anos no cartório. Segundo AB:

Tem ainda a Dona Mara. Ela chega todo dia e cumprimenta todo o cartório pela mão. Bom dia. Bom dia. Então pergunta a cada um quem quer café. Depois de trazer café para cada um dos escreventes, senta em sua mesa, faz duas juntadas e vai embora.

Diante de um ambiente de trabalho destes, encontro dificuldade em entender os fluxos de trabalho. Segundo AB a chefia (2 escreventes, chefes processuais) fazem todos os despachos dos magistrados, restando a estes o encaminhamento apenas de causas consideradas mais complexas. A escrevente de sala e assistente fazem a maior parte das sentenças dos dois juízes. Assim, “quem trabalha” neste cartório, segundo ela é “o balcão, a chefia, e a equipe de sala. Todo o resto eu não sei o que fica fazendo o resto do dia”.

Segundo AB é um ambiente de forte pressão, como o fogo cruzado referido por M:

A diretora do cartório chora todos os dias. O juiz a chama em sua sala e dá bronca, eu já vi até jogar um processo nela, que havia sido feito de maneira errada. A única pessoa que enfrentava o juiz conseguiu ser removida para outra vara.

Os “causos” envolvendo funcionários dos cartórios, seus comportamentos e relações entre si são aparentemente inesgotáveis e sempre surpreendentes. Talvez a relação longa, de anos, possibilite a criação de afetos e inimizades que irão impactar no dia a dia do trabalho. Inquieto-me sobre a dimensão dos afetos que aparentemente não pode ser dissociada deste espaço.

Quando FB, diretor, foi questionado pelos seus funcionários e disse que “estava lá para trabalhar, e não para ser amigo de ninguém”, enfrentou uma forte crise em seu cartório e de liderança em sua gestão. Os funcionários se sentiram hostilizados, rejeitados com a afirmação de uma chefia que “não se importava com eles”. FB, que havia trabalhado na iniciativa privada, não entendia, a princípio, as relações emocionais tão arraigadas neste ambiente.³⁴ C, responsável pela chefia de um cartório, comenta que seus problemas são poucos comparados com outros cartórios, tem apenas dois funcionários que não se conversam, e uma que, por desentender-se com todos, foi realocada em uma salinha a parte. “Eu conheço cartórios que a chefia teve que estabelecer um lado da sala apenas para os evangélicos, por exemplo, de tanta briga que dava. Não é fácil”.

Licenças médicas são uma realidade constante neste ambiente de trabalho. C precisava de funcionários e disse que iria “aceitar qualquer coisa”. Isto por que, quando um funcionário quer sair de um cartório, por permuta, por exemplo, nem sempre o outro cartório quer recebê-lo. “Ninguém quer mais um funcionário problema, que não trabalha”. C trabalha em um cartório

³⁴ Nestes termos, convém citar Alves da Silva e Schritzmeyer, em seu estudo de caso, em que descrevem cartórios em que “... havendo evitações e rixas explícitas entre funcionários, a ponto de alguns se organizarem internamente para não terem qualquer contato profissional. Já no cartório A, até onde se percebeu, eventuais tensões não levavam funcionários a se evitar profissionalmente” (ALVES DA SILVA; SCHRITZMEYER, 2008, p. 25).

com grande volume de processos físicos, e diante da falta de funcionários – e da alta rotatividade daqueles que chegavam nos novos concursos – tomou uma medida que considera drástica:

Eu estava com tanto problema de falta de funcionários que estava topando qualquer coisa, fui até o Hospital do Servidor e disse que se a pessoa tinha forças para trabalhar eu queria, nem que fosse para carregar processo.

Os juízes são uma figura pouco visível nos cartórios, mas sua presença é constante nas narrativas dentro e fora dos balcões. “O juiz é bom, às vezes ele aparece aqui e cumprimenta todo mundo” é uma frase que se reporta a um juiz considerado atencioso. Segundo meus interlocutores, a realidade das relações entre magistrados e seus funcionários é tão distanciada que um magistrado que dê “bom dia” diariamente já é considerado excepcionalmente gentil.

Em regra, aparentemente, os magistrados frequentam pouco os cartórios, e até mesmo os fóruns, fazendo uma jornada entre quatro e seis horas, diferente dos funcionários, que batem ponto e cumprem oito horas diárias. Em diversos cartórios, sabe-se os horários em que os magistrados estão presentes e que se reúnem em determinado horário para um café, apenas entre os colegas de profissão – a hora do “lanche”. Quando passam pelo cartório, segundo os escreventes, há uma súbita mudança geral de comportamento. “Todo mundo tem medo de arranjar problema com o juiz e, especialmente, todo mundo tem medo da corregedoria”, aduz FB. Na pesquisa realizada pelo IPEA, inclusive, a abertura para as entrevistas apenas era conquistada após ressaltar-se que não era uma pesquisa para a corregedoria e que, mais importante, o foco era ouvir os escreventes. “Que estranho, uma pesquisa que quer saber como os escreventes pensam”. Quando, posteriormente, eu compartilhava minha pesquisa de mestrado, o espanto se renovava: pra que você quer pesquisar cartórios, menina? Bom, pensando bem, tem bastante coisa que acontece por aqui, né?

5 VIDA DE ADVOGADO, VIDA DE ESTAGIÁRIO

BG trajava um blazer e calça sociais por cima de uma blusa regata. As roupas não pareciam ser de seu guarda roupa, ou, talvez, do seu guarda roupa cotidiano. Seu ar jovem e informal, os cabelos de cor radiante e a maquiagem contrastavam com as peças de roupas de cores sóbrias. Todos notavam. Viu como a BG está elegante hoje? É por que ela vai despachar no Tribunal.

Eu ia acompanhá-la em sua missão: despachar com o desembargador do Tribunal de Justiça. Despachar é uma tarefa que destoa do dia a dia de seu estágio, que em geral significa tirar fotos de processos, anotar andamentos nas fichas, pedir senhas de processos digitais, conferir andamentos processuais.

O despacho é o momento em que o advogado, ou, no caso, a estagiária, comparece diante do magistrado - aqui, o desembargador, juiz de segundo grau - para fazer um pedido relativo ao processo. Este pedido é tido com excepcional para os advogados e estagiários e, em geral, o que o justificava, neste caso, era a urgência do pedido que se formulava: uma mesquita na qual se abrigavam 40 pessoas em extrema vulnerabilidade social teve o fornecimento de água cortado, o que é considerado ilegal, sob o argumento jurídico de que a água é essencial à vida. O desembargador com quem BG iria falar, segundo o advogado que cuidava do caso, já havia concedido que a Sabesp, agência de águas paulista, religasse a água em uma decisão judicial constante no processo. Contudo, condicionou isso ao pagamento da última fatura, cabendo aos devedores quitar a última parcela e renegociar as anteriores para retomar o fornecimento de água. O problema a ser enfrentado por BG era o seguinte: o desembargador estabeleceu que a última parcela em atraso era de julho, mas, em verdade era a de agosto. O pagamento do penúltimo mês em atraso poderia dar argumento para que a agência reguladora de águas exigisse um novo pagamento para cumprir a decisão. O magistrado teria colocado julho por engano pois constava, segundo o estagiário que acompanhava o processo, em todas as outras folhas e documentos que o mês correto era agosto. Assim, o argumento a ser defendido era que por erro material – o termo jurídico para denominar os pequenos erros como de ortografia e enganos no processo que não necessitariam de uma medida jurídica para ser corrigida, apenas uma alteração no processo – o magistrado determinou o mês errado por engano e, assim, poderia facilmente corrigi-lo e viabilizar o pagamento da última parcela e o religamento da água. Ainda, a parcela de agosto era de valor menor que a de julho, o que beneficiaria a mesquita e aqueles por ela acolhidos. Tal argumentação já havia sido inserida no processo por meio do peticionamento digital pelo advogado. No entanto, o juiz ainda não havia se manifestado. BG despacharia para que o juiz desse a decisão na hora ou, ao menos, desse o quanto antes, diante da urgência da questão, a qual BG estava incumbida de reforçar.³⁵

No escritório jurídico onde BG faz estágio, os “estagiários de campo” são aqueles que, assim como ela, acabaram de ingressar no curso de direito e nos quadros do escritório. Sua primeira função é esta e após um determinado número de idas a campo o estagiário adquire o pré-requisito para tornar-se estagiário de atendimento, e posteriormente ter seus próprios casos. Ao ingressar nessa atividade os estagiários recebem uma “apostila de padronização”, na qual constam muitas indicações ao estagiário. Uma delas, “à equipe mais nobre e guerreira” do escritório, é a consideração sobre os trajes dos estagiários, que consta assim na apostila:

Importante: Antes de sair de casa, tenha certeza de estar vestido apropriadamente: rapazes, sempre de calça; para as moças, saias ou bermudas na altura do joelho ou calças; além disso, não é permitido usar chinelos. Em casos de despacho, o mais adequado é usar traje social, mas você será avisado com antecedência.

Assim, BG trajava-se conforme se esperava de uma estagiária a despachar. A importância desta apostila está não apenas nestas instruções acerca das roupas ou o que levar (caneta, papel, celular). Também prevê situações que o estagiário poderá enfrentar nos balcões. Um exemplo, é a recusa de informar a senha do processo digital, uma vez que o estagiário não

³⁵ Caderno de Campo, março de 2014.

é o advogado informado nos autos. A indicação é que o estagiário explique tratar-se de uma instituição com características estudantis específicas ao cartório. “Caso ele permaneça irreduzível, continue seu campo normalmente”.

HB, advogado jovem que entrevistei, me disse que a relação entre advogados e escreventes não é uma relação, é uma guerra. E essa “guerra” a que se refere HB toma contornos próprios na apostila que orienta as atividades de BG. Pelas características específicas de assessoria jurídica da instituição, os estagiários podem consultar processos em segredo de justiça, de acordo com uma norma da própria corregedoria do tribunal, bastando apresentar o documento de substabelecimento³⁶ ao cartório. Nos termos da apostila: “tudo isso está presente no *subs* que você deverá levar; desse modo, se algum cartório quiser encerrar com o *subs*, apresente o Provimento da Corregedoria, ele não poderá impedi-lo de cumprir sua missão”.

O próximo passo era descobrir a vara, o gabinete do desembargador. A busca do número do processo indicava que estava em uma das varas do Fórum João Mendes. Munidas do número do processo, nos dirigimos à 60ª vara cível do João Mendes.

Boa tarde doutora. Boa tarde doutora. “Sabe que eu detesto quando me chamam de doutora? É bom por que é simpático que eles tenham me chamado de doutora, mas sabe, eu sempre penso, somos todos iguais”. Dou risada do comentário de BG enquanto subimos o elevador para a 60ª vara.

Ao chegarmos à vara, somos atendidas por uma mulher jovem e atenciosa. “Pois não doutora?”, “Quero ver este processo, o número é este...”. Do outro lado do balcão havia um paredão de prateleiras abarrotadas de processos. Impossível ver o que se passava por trás deles. Um computador servia de instrumento para que a funcionária atendesse aos diversos advogados que aguardavam do outro lado do balcão de madeira em forma de “u”. Fomos informadas que este processo não estava naquela vara. Que tratava-se de um engano. O advogado que estava ao lado do balcão, sensibilizado, sugere que consultemos no sistema digital no andar térreo - uma máquina que permite a consulta de todos os processos em andamento do tribunal - qual a vara do processo em questão. Sem descobrirmos onde o processo estava, não encontraríamos o juiz a quem precisava convencer da urgência do caso.

Agradecemos o atendimento e voltamos ao térreo, onde estavam instaladas as máquinas para pesquisa do Tribunal de Justiça. Após inserirmos o número do processo, obtivemos o resultado: não se tratava da 60ª vara do João Mendes mas, sim, da 60ª câmara de Direito Público. Essa diferença é crucial, “que desastrosa que eu sou”, disse BG. Se o despacho era com um desembargador, juiz de segundo grau, e não com um magistrado de primeiro grau, não seria no João Mendes a vara, mas sim em um dos muitos prédios da segunda instância do Poder Judiciário paulista localizados no centro de São Paulo. Um advogado que também pesquisa um processo na máquina ao lado disse “essa vara é lá no pátio do Colégio, atravessa a praça da Sé e vai”. Após ouvir a indicação do advogado resolvemos consultar, de toda maneira, no balcão de informações do térreo. Ao perguntarmos onde era a referida câmara o funcionário nos mostrou uma das muitas folhas de papel indicativas das varas e órgãos públicos da região nos indicando o caminho do prédio localizado, realmente, no Pátio do Colégio.

Saímos do fórum e começamos nosso novo trajeto. Descemos ao lado da catedral da Sé, atravessamos a praça e seguimos quase um quilômetro até o outro prédio. A

³⁶ Também chamado mais corriqueiramente de “subs” - documento que delega os poderes do advogado, ou parte deles, a outro advogado ou estagiários.

caminhada nos permite uma radical alteração da paisagem. Ao sair do João Mendes, repleto de advogados engravatados, mulheres de salto alto e óculos escuros, todos munidos de pastas e papéis, atravessamos a miséria do centro de São Paulo. No pátio do Colégio, luxuoso oásis diante de uma das maiores concentrações de moradores de rua no centro de São Paulo.

Pergunto a BG sobre suas outras experiências realizando esta tarefa de despachar. No momento do despacho é praxe que, assim como fazíamos naquele momento, se leve a cópia impressa da petição a que se pretende reforçar. Na primeira vez, disse, a juíza nem quis ver o documento que levava. Ela perguntou, “é processo digital?” e quando eu disse que sim ela disse que analisaria assim que chegasse no sistema, e tive que ir embora. Senti que falhei. Na segunda vez, prosseguiu BG, “eu fiz o mesmo procedimento, o juiz deferiu tudo que eu havia pedido e ainda desejou feliz páscoa! Poxa, feliz páscoa! Foi vitória absoluta e eu ainda saí pensando que o judiciário pode ser bom”.³⁷

Ao entrevistar a equipe que organiza o trabalho de BG, também composta por estudantes de graduação em direito, o tratamento diferenciado que dispensam muitos dos funcionários dos cartórios e juízes aos estagiários é objeto de preocupação. A situação de estagiário é considerada mais vulnerável em sua perspectiva, uma vez que o estagiário ainda não sabe muito bem como argumentar ao balcão, tem medo, desconhece o que pode e não pode ser feito e pedido ao balcão, como devem ser tratados. Assim, eles instruem os novatos a “serem o mais simpáticos quanto possível independente do tratamento que recebam”, “identificarem a instituição a que pertencem quando isso é reconhecido positivamente na vara em que irão buscar o atendimento” e reconhece que os frequentadores assíduos e bem quistos que “até conhecem os escreventes pelos nomes, por exemplo”, possuem um atendimento no mínimo mais cordial.

Segundo a entrevistada, o objetivo dessas dicas de comportamentos aos estagiários de campo é “desarmar o funcionário” e que os novos estagiários adquiram “a malemolência”, “a lábia”, o “jeitinho estagiário de ser”, que permitirá conseguir seus pedidos mais facilmente ou, ao menos, que o atendimento seja realizado com o mínimo de tensão possível.

Quanto a esta tentativa de proteger-se de problemas sendo o mais simpático quanto possível, a conexão com o texto de Goffman sobre rituais de interação face a face é necessária. O autor afirma, em apertada síntese, que as pessoas muitas vezes desempenham manobras protetoras para se preservarem de danos à sua fachada (ou *face*, no inglês). Desta maneira,

Algumas manobras protetoras são tão comuns quanto essas manobras defensivas. A pessoa demonstra respeito e polidez, assegurando-se de estender às outras qualquer tratamento cerimonial que elas possam merecer. Ela emprega a discrição; ela não menciona fatos que possam, implícita ou explicitamente, contradizer ou constranger afirmações positivas feitas pelas outras. Ela emprega circunlocuções e engodos,

³⁷ Caderno de Campo, março de 2014.

fraseando suas respostas com uma ambiguidade cuidadosa de modo a preservar a fachada dos outros, mesmo que não preserve o bem estar deles.³⁸

Neste sentido, parte das explicações da equipe gestora dos estagiários de campo, e das interações a que eu assisti, ancoravam-se na ideia de que o estagiário “deve começar o atendimento pedindo desculpa pelo incômodo, dizendo que agradeceria muitíssimo se tal coisa fosse feita (a concessão de vista aos autos, por exemplo), mesmo que a vista aos autos fosse direito do estagiário”. Evitar a interação com “perda de fachada” seria ruim para o estagiário, sendo a preservação a melhor saída, mesmo que o estagiário não cumprisse sua “missão”.

O funcionário do balcão da entrada cumprimenta, boa tarde doutoras e informa, a nosso pedido, qual o andar em que se encontrava a vara que buscávamos. Subindo no andar do respectivo cartório o prédio impressionava pela sua estética exuberante. Piso refinado, divisórias de madeira escura. Encontramos um novo balcão. Fomos atendidas por mais uma jovem funcionária, talvez estagiária do cartório. Indagamos acerca do juiz desembargador, era preciso falar com ele e despachar. A funcionária informa que o cartório e o gabinete do magistrado ficavam em prédios separados. O desembargador poderia ser encontrado no prédio localizado na rua Conde de Sarzedas. Esta rua se localizava justamente ao lado do Fórum João Mendes, onde estávamos. Era preciso voltar.

BG fala sobre o temor de todo esse esforço ser em vão, considerando que era uma quinta feira a tarde, por volta das 16:00, era possível que o magistrado não estivesse em seu gabinete mais. Os horários dos magistrados são um mistério para advogados e estagiários, mas sabe-se, em geral, que não frequentam o fórum durante as manhãs e ficam pouco depois das seis da tarde. Quintas e sextas feiras é possível que nem compareçam ao fórum. “Minha prima trabalha no outro prédio, que pena que não é no gabinete dela, se não eu ligava e pedia pelo amor de Deus pra ela segurar o juiz lá”. Caminhamos apressadas até a rua Conde de Sarzedas, famoso local de comércio de artigos religiosos e evangélicos.

Ao chegarmos no prédio, um novo balcão. “Oi, eu gostaria de despachar com o magistrado da 60ª vara”. “Vocês têm hora marcada?” Somos pegadas de surpresa. Hora marcada? A funcionária do balcão de entrada é bastante solícita e liga na referida vara e explica que há duas pessoas querendo falar com o magistrado. A assistente informa que é apenas com hora marcada, a funcionária passa o telefone para BG. Nesta breve conversa BG passa o número do processo, informa da gravidade da questão, da necessidade de que o juiz lesse a última petição feita pelos advogados das partes, a assistência judiciária, para religar a água. BG frisa a importância da causa após a recusa da assistente. Faço sinais para ela reforçar o argumento, buscar uma oportunidade com o juiz, naquele momento sou também advogada-estagiária daquela causa. Não conseguimos subir. A assistente informa que o desembargador apenas recebe os advogados constantes no processo, que não recebe estagiários como BG, que apenas o faz com hora marcada e que, além de tudo, a petição, mesmo que digital, ainda não havia sido juntada ao processo, inviabilizando que o juiz a analisasse. De toda maneira, BG agendou o despacho para o próximo horário disponível, segunda feira às 15:30.

Como assim ele não recebe estagiários? A assistente foi verificar se ele apenas receberia advogados, disse BG, e ela disse que era isso mesmo, ou seja, ele estava lá e não me recebeu! Depois de toda a cruzada em busca do local onde estava o juiz e finalmente encontrá-lo, não conseguimos subir. “Me vesti desse jeito à toa”, disse. Diante da informação de que a petição não estava disponível ao magistrado, a melhor solução naquele momento seria retornar ao cartório e pedir para que a juntada fosse feita. Discuto isso com BG, nossa estratégia de ação. Adiantar a juntada, como tenho

³⁸ GOFFMAN, 2011, p. 24.

visto em outras oportunidades de inserção campo, é uma maneira de acelerar a decisão pelo magistrado. Refizemos nosso percurso até o Pátio do Colégio, subimos no mesmo prédio e falamos com a mesma funcionária. Desta vez o pedido era outro, ao confirmar que aquela petição que possuíamos impressa não estava juntada nos autos, o que fez a funcionária ao consultar o processo na tela de seu computador. BG pediu para que, se possível, a juntada fosse feita para apreciação, explicando que havíamos acabado de sair de lá, e que a assistente havia informado isso. Era preciso falar com a escrevente que, apenas a uma mesa de distância do balcão, foi acionada. “Mas a assistente podia fazer a juntada”, disse a escrevente. BG explica que havíamos acabado de sair de lá e que o desembargador não a havia recebido por ser estagiária, que havia falado com a assistente apenas por telefone. A escrevente ri de nossa situação, parecia demonstrar descontentamento com a recusa da colega em juntar a petição. “Amanhã estará juntada, tudo bem? Está anotado aqui”.

Saímos deste prédio e, pela terceira vez, voltamos para a praça João Mendes. Agora retornamos ao escritório. BG explica o que aconteceu, pede para que os estagiários informem aos advogados responsáveis pelo processo a necessidade do despacho. BG me diz que fazer estágio foi muito importante pra ela, a atividade de varejar, ir em vários cartórios para verificar os processos, tomar contato com eles, pode ser uma atividade gratificante. É bom ver as coisas em concreto, disse, eu odiava a faculdade, pretendia prestar Ciências Sociais, mas com o estágio o curso ganhou uma nova dimensão. Mas agora você gosta do curso, BG?, pergunto, “Não, eu não disse isso”.

BG, nos termos de sua apostila, não conseguiu cumprir sua “missão”, e compartilhou comigo sua frustração diante disso. Em sua apostila consta que nos casos em que não consiga ver os autos e isso seja uma necessidade urgente, ainda que o cartório recuse, convém ao estagiário que “use seu charme infalível para conseguir”. BG tentou fazê-lo ao telefone, buscando convencer, neste caso, a assistente de que a ação era urgente, necessitava de uma decisão rápida, pessoas estavam sem água. Não teve sucesso. A equipe que organiza essas atividades não ficou decepcionada com BG, diz que o dia a dia de suas atividades contempla muitos despachos e idas aos fóruns mal sucedidas. “Muitas vezes o cartório não está fazendo nenhum favor ao estagiário, é um direito, e mesmo assim não conseguimos”.

As palavras “coragem” e “experiência” surgem diversas vezes no discurso dos advogados. “Eu tenho 20 anos de experiência na advocacia, não tenho mais medo de juiz, de diretor de cartório”, diz R, advogada:

Um dia desses, a funcionária não encontrava meu processo, o qual eu necessitava e estava com prazo aberto para mim.³⁹ Ela disse para eu voltar outro dia e eu me recusei, ela não quis procurar o processo, disse que tinha mais o que fazer. Eu não tive dúvidas, fui até o juiz, expliquei a situação. Pedi pro juiz chamar a funcionária e na frente dela contei a minha versão dos fatos, o juiz perguntou se era aquilo mesmo que tinha acontecido, ela tentou se explicar mas é claro que não tinha desculpa. No dia seguinte, no primeiro horário, meu processo estava separado pra mim. É só assim que as coisas funcionam neste lugar.

³⁹ Dizer que o prazo está aberto para alguma das partes significa que o prazo está correndo para que ela se manifeste e, por isso, é direito e preferência desta parte analisar os autos neste período, pois quando o prazo acabar ela não poderá mais se manifestar.

RC trabalha em um escritório especializado em cobranças. E assim descreve suas funções:

A partir da distribuição do processo, meu trabalho é pressionar o cartório para encaminhar o processo para o juiz o quanto antes, e então eu faço plantão com o juiz até ele conceder a liminar. A partir disso eu pressiono o oficial de justiça para fazer a busca e apreensão.

No balcão ele pretende consultar um processo, eu o acompanho. Não somos cumprimentados ao entrar no cartório, o funcionário não responde ao “bom dia” de RC. O balcão estava vazio, o funcionário permaneceu de costas ao balcão mexendo em outros processos. Depois de dois ou três minutos, inicia-se o atendimento:

- Qual o número doutor?
- Olha o processo é digital, número...
- (o servidor faz um muchocho⁴⁰) Digital doutor? O que o senhor precisa? Não estamos consultando digital.
- Não teve andamento há três meses, precisa ver o que está acontecendo.
- Qual o número?

O objetivo deste consulta era pressionar pelo envio do processo, ainda que digital, para o magistrado – em conclusão para a decisão. O processo estava há três meses pronto para ser decidido pelo magistrado, bastava seu envio digital para a fila do juiz. RC precisa que, o quanto antes, a decisão saia. Quando o magistrado concede a liminar em seu processo e o oficial de justiça faz a busca e apreensão do bem, em geral automóveis e motos, a instituição bancária retoma o bem e o leiloa. Este é o objetivo central de um processo como este. Com o bem em mãos e posteriormente leiloado, cessam os prejuízos da instituição bancária, quanto antes, melhor.

Mas vale a pena ter um advogado apenas para fazer essa pressão? “Claro”. A quantidade de dinheiro que circula nessas ações justifica esse trabalho. RC me explica que é bacharel em direito, não possui OAB, mas que é experiente nessa atuação, há mais de dez anos trabalha com cobrança, já providenciou a rápida apreensão de frotas inteiras de caminhão no interior, carros motos. Ao indagar acerca de sua estratégia para conseguir o que precisa, RC diz:

Eu faço o tipo amigo do cartório. Não arrumo briga. Não faço mais isso, não leva ninguém a nada. Eu faço o simpático, peço as coisas com calma. Eu sei que tenho

⁴⁰ O termo muchocho, um tipo de expressão sonora com a boca que demonstra descontentamento foi descrito com diversas caras e expressões pelos meus interlocutores, assim que muchocho é um termo genérico que abarca todas essas expressões e, neste caso, a expressão do servidor ao tentar demonstrar que o processo digital não precisava ser consultado no balcão.

cara de coitado, uso isso a meu favor na hora de pedir algo no balcão, quando estou esperando ou pedindo uma decisão do juiz. Eles pensam, coitado deste advogado, vou fazer isso que ele quer vai.

Enquanto conversávamos, SC, uma advogada loira, falava em tom alto no balcão: “faz cinco meses que eu venho aqui e nada acontece neste processo. Eu falei com aquela funcionária da última vez, isso é um absurdo”. RC me diz: “Eu já fui assim, a gente só se estressa, não vale a pena”.

F é uma senhora vestida com roupas informais, calça jeans, bota bastante confortável e um colete esportivo. Quando a abordei, não tinha certeza se ela era advogada ou parte processual. “Sou advogada desde 1966, me formei aqui na São Francisco, fico feliz de encontrar os jovens estudando”. Com tom cordial e professoral, F conta que quando começou a advogar o cartório era um espaço de aprendizado. Quando possuía uma dúvida, um novo caso que não sabia como atuar, ia até um cartório, explicava as condições de seu processo ao cartorário que permitia que ela consultasse casos parecidos:

Muitas vezes eu sentava e passava muito tempo estudando os processos. Eles me ajudaram muito. Quando você não sabe o que fazer é preciso pôr a barriga no balcão e aprender. Hoje em dia tem o google, o processo digital, mas nada é como o balcão.

F atuou de maneira bastante curiosa ao balcão, me incluindo em sua performance. O caso que buscava consultar estava em trâmite há mais de 15 anos, uma causa ganha em que, agora, cabia à sua cliente conseguir penhorar os bens do réu e converter em dinheiro a indenização concedida pelo juiz. “Mocinha, preciso da sua ajuda aqui neste processo, faz trinta dias que eu estou aguardando este ofício do INSS, será que eu preciso fazer mais alguma coisa, preciso que você me ensine”.

O processo tinha quatro volumes, e cada um estava em um local. Do balcão é possível ver apenas duas mesas vazias, e duas portas internas que guiam a salas repletas de processos. De trás de uma das prateleiras surge uma escrevente segurando o processo. Faz as explicações de praxe, informa que o processo está na fila do ofício com outra escrevente. F diz em tom de brincadeira “Sem problemas querida, este processo é de 1996. Esperei tanto, não é agora que eu vou brigar”. A escrevente dá uma risada curta, mas não interage muito com F, que continua, apontando para mim, “Essa menina aqui está fazendo uma pesquisa. Sabe, quando a gente é jovem a gente reclama demais, vê problema em tudo. Quantos escreventes tem aqui? Dois? Me surpreende é que mesmo assim isso tudo funciona, é tudo muito precário”.

Os escreventes que nos atenderam concordam com a cabeça e confirmam o diagnóstico de F: “Tínhamos três escreventes, mas uma vai sair de férias e a outra vai para o segundo grau. Não quero nem ver isso aqui”. F agradece o atendimento, a escrevente diz que vai colocar na mesa da escrevente responsável para fazerem o expediente assim que possível. Ao sairmos, F me dá dicas de como aprender a fazer diversas ações, conta da importância do dia a dia no fórum, e conclui “viu, não adianta brigar, a gente precisa ver que isso aqui está precário, sem funcionários, cheio de processo. Ninguém sabe como ainda funciona”. Apesar de todos os pesares, o judiciário funciona. De certa maneira, a postura otimista de F faz pensar em uma crença mágica, religiosa no judiciário. Se o sistema é tão problemático, a falta de estrutura é tão grande, o funcionamento dele só pode ser creditado a algo da ordem do mágico. Uma máquina que, a despeito de suas condições precárias, apontadas por todos, ainda faz mover suas engrenagens.

6 ACESSO À JUSTIÇA, CARTÓRIOS, REFLEXÕES POSSÍVEIS

A pesquisa em curso visa realizar uma incursão etnográfica nos espaços cartoriais, a partir do balcão de atendimento, pensando como são feitos esses atendimentos, o que é pedido, conflitos entre pontos de vistas e discursos, o que faz destes atendimentos complexos.

Os atores envolvidos diretamente, advogados, estagiários, escreventes e demais funcionários dos cartórios confirmam tratar-se de ambiente em que as atividades e trabalhos são realizados sob constante pressão. O magistrado quer que seu cartório “rode bem”, precisa alcançar metas que serão retratadas mensalmente nas estatísticas de cada cartório. O diretor do cartório, por sua vez, muitas vezes reúne a tarefa de pressionar o fluxo de trabalho do cartório, intermediando a relação – nem sempre amistosa – entre funcionários e magistrados e também para com os leigos que frequentam os balcões. Não raro, são pessoas que também acumulam atividades jurídicas de “confiança” do magistrado, ou seja, produzem sentenças, penhoram bens, manipulam senhas digitais e conferem trabalhos de outros escreventes. Os escreventes argumentam que é preciso paciência, todos os que comparecem aos cartórios, muitas vezes desinformados acerca de “como as coisas funcionam nos cartórios”, acreditam que seu caso é urgente. “É preciso uma máscara, senão a gente não sobrevive aqui no meio dessa briga de egos toda”, diz A, “Eu precisei construir um arquétipo mais duro, reconheço isso, ser escrevente no júri demanda isso. Promotores te respeitam mais, advogados também, mas, por outro lado, eles te pedem favores e atos que nem sempre posso fazer”, relata M.

Os estagiários dos escritórios de advocacia necessitam cumprir missões, fazer pressão, tirar o processo da linha de montagem emperrada, fazê-los andar: ver processos, anotar andamentos (até mesmo diariamente) e muitas vezes argumentar com o escrevente ou magistrado pela urgência de uma decisão, a necessidade de andamento ou a desproporcionalidade entre o tempo esperado por uma guia, por exemplo, e a simplicidade do ato, são argumentos amplamente utilizados. Os advogados que frequentam os balcões também argumentam, buscam pressionar a realização dos atos processuais, com escreventes, diretores de cartório e juízes: “eu não tenho mais medo de juiz”, “o estagiário ainda não tem a maturidade necessária para fazer um bom trabalho de balcão”. A experiência, a coragem, a maturidade são elementos necessários, segundo os advogados, para a “guerra diária” dos atendimentos, ou a tensa negociação que realizam nestes espaços.

Dentre estas muitas perspectivas em torno do atendimento, como pensar o acesso à justiça? O mero ato de estar num fórum, de estar questionando o andamento processual, é o exercício deste direito? Quanto aos escreventes, o mecanismo do copia e cola de despachos e sentenças, o atendimento ao balcão, ele seria parte da realização deste direito?

Neste momento da pesquisa há alguns elementos que se apresentam de maneira convergente nessas narrativas: o fluxo de trabalho do judiciário e o tempo dessas decisões. A produção de sentenças, o trâmite do processo, é visto como uma “linha de montagem” por muitos de meus interlocutores, sem podermos falar em algum tipo de consenso generalizante, claro. De maneira mais ou menos crítica, advogados, escreventes, magistrados reconhecem que “não é possível dar conta de todo o trabalho”, “não há nada de artesanal no judiciário”, “é tudo copia e cola” (tanto na produção de muitas peças jurídicas pelos advogados quanto na produção de sentenças e outras decisões). O judiciário desenha-se, assim, como uma linha de montagem, e é encarado como tal. Converte, de certa maneira, a ausência do debate acerca da justiça, da realização dos direitos ali postulados. “É por isso que me desencantei com a advocacia, passamos a maior parte do tempo discutindo egos, empurrando a burocracia, e pouco se discute sobre o conteúdo jurídico das decisões, dos pedidos feitos”, refere-se Z, professora de direito penal que abandonou a advocacia. A justiça e o judiciário, assim, parecem não se confundir para estes grupos que interagem, cotidianamente com a burocracia.

Na dissertação de mestrado, busco pensar os dados que apresento aqui também em termos de performances, rituais de interação na perspectiva de Goffman em que o “eu” é uma imagem montada a partir de eventos que fluem externamente aos indivíduos em determinada situação e em que o “eu” é também um tipo de jogador num “jogo ritual que lida (...)”

diplomaticamente ou não com as contingências dos juízos na situação”.⁴¹ Como escreventes, advogados e magistrados comportam-se nessas interações, como constroem seus papéis, o que falam, o que observam e o que agenciam na hora de estar ao balcão é o que orienta minha dissertação. Códigos de vestir e portar-se se apresentam e são narrados para justificar uma posição, ou para demonstrar conhecimento e poder. Aqueles que vão aos fóruns de terno são (ou sentem-se) “mais respeitados”, mesmo que ainda não sejam advogados formados. O escrevente do plenário do júri ou da sala de audiência veste-se diferente, fica em uma sala separada do restante do cartório, espera-se dele a distinção compatível com a que foi tratado, escolhido para desempenhar uma tarefa distinta.⁴²

Entender como essa burocracia se compõe e ordena, pelas performances, jogos entre grupos, comportamentos parecem não ter como cerne o acesso à justiça. Em palestra proferida no V Encontro de Pesquisa Empírica no Direito (EPED), Bryant Garth, autor, conjuntamente com Mauro Cappelletti da obra “Acesso à justiça”, conhecida como essencial para o estudo do tema no Brasil, expôs sua curiosidade com o fato de que, mensalmente, seu texto é indexado em diversas publicações recentes no Brasil acerca do acesso à Justiça. O autor mostrou-se inquieto, provocado intelectualmente, com quais seriam os sentidos dados ao acesso à justiça no país, e, ainda, qual o sentido de se ampararem os estudos recentes em uma obra sua de 1988, que aparentemente fez tamanho sucesso apenas em nosso país. Neste sentido, em 1988, na referida obra os autores aduziram que:

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.⁴³

O que os autores visualizaram, então, como acesso, e seus entraves – como custas judiciais, diferença de possibilidades de recursos das partes e dificuldade na defesa de interesses coletivos – e suas possíveis soluções, aproximando os tribunais dos “cidadãos comuns”, propondo métodos alternativos de resolução de conflitos, por exemplo, continua em amplo debate em nosso país, com o aprofundamento das Defensorias Públicas, por exemplo. No entanto, o acesso dos grupos técnicos ao judiciário, ainda labiríntico mesmo para aqueles capacitados a acessá-lo, parece não ser perfeitamente englobado pela obra. Pensar o acesso à

⁴¹ GOFFMAN, 2011, p. 37.

⁴² Ressalvando-se, como já se disse anteriormente, os casos em que este trabalho não é um privilégio, mas sim uma punição, a depender do cartório.

⁴³ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13.

justiça daqueles que são justamente treinados para fazê-lo poderia parecer paradoxal, a pesquisa de campo revela, porém, que as diversas nuances deste acesso oferecem ampla gama de reflexões possíveis sobre o funcionamento da “máquina”.

Assim, relacionar o acesso à justiça, a partir dos dados do campo, para pensar os modos de apropriação deste termo nos discursos cotidianos, talvez faça ainda mais sentido a partir da afirmação do autor. O uso discursivo do termo pode ser apreendido a partir da etnografia, e não de indagações jurídicas abstratas sobre o tema. É justamente no funcionamento cotidiano do judiciário que os usos deste termo, “acesso à justiça”, o definem enquanto direito e enquanto argumento na prática. E ainda, o que se revela pelo exposto neste artigo é que, talvez pela ausência deste debate acerca do que é justiça, dos direitos, e do jurídico, nessas interações no cotidiano dos fóruns, é que entendemos como é feita a atividade do judiciário em nosso país e sua complexa interação com a ideia de acesso. Peças que compõem uma linha de produção, indivíduos que empurram a linha de montagem, trabalhadores que pouco ou nada são vistos no aspecto macro dos debates sobre a “justiça” ganham novo protagonismo quando olhados de perto. O cotidiano do judiciário, onde a justiça pouco ou nada é discutida, é aquele que, por meio de suas engrenagens, produz as sentenças e decisões que “fazem justiça”. A relação entre acesso à justiça e cotidiano forense se coloca, assim, de maneira complexa e labiríntica, refletindo, talvez, os caminhos e descaminhos de nosso próprio sistema de justiça.

Referências

ALVES DA SILVA, P. E. (Coord.). *Análise de Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.

ALVES DA SILVA, P. E. et al. *Uma etnografia dos cartórios judiciais*. Estudo de caso em cartórios judiciais do Estado de São Paulo. Relatório de Pesquisa. São Paulo: Cadernos Direito GV, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v. 5, n. 4, 2008.

ALMEIDA, G. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, v. 2, n. 1, p. 83-102, 2012.

BERREMAN, G. D. Etnografia e controle de impressões em uma aldeia do Himalaia. In: ZALUAR, A. (Org.). *Desvendando máscaras sociais* (123-174). Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1975.

BEVILAQUA, C. Etnografia do Estado: algumas questões metodológicas e éticas. *CAMPOS - Revista de Antropologia Social*, v. 3, p. 51-64, 2003. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/campos/issue/view/169>>. Acesso: 01 dez. 2014.

BEVILAQUA, C.; LEIRNER, P. C. Notas sobre a análise antropológica de setores do Estado brasileiro. *Revista de Antropologia*, v. 43, n. 2, p. 105-140, 2000. Acesso em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-77012000000200006>>. Disponível em: 01 out. 2014.

BONELLI, M. G. A competição profissional no mundo do direito. *Revista Tempo Social USP*, v. 10, n. 1, p. 185-214, 1998.

BARRERA, L. *La corte suprema en escena: una etnografia del mundo judicial*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 1989.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 130*, de 28 de abril de 2011. Acrescenta os §§ 3º e 4º ao art. 1º da Resolução nº 88, de 8 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/resolucoes/resolucao_gp_130_2011.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2016.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos. *Revista de Antropologia USP*, v. 53, n. 2, p. 451-473, 2010.

FONTAINHA, F. et al. O concurso público brasileiro e a ideologia concurseira. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 16, n. 110, p. 671-702, 2014.

FONTAINHA, F. C. *Processos seletivos para a contratação de servidores públicos*. Brasil, o país dos concursos? Relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

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

GREGORI, M. F. *Cenas e Queixas*. Um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

GEERTZ, C. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

GOFFMAN, E. On Fieldwork. *Journal of Contemporary Ethnography*, v. 18, n. 2, p. 123-132, 1989.

GOFFMAN, E. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GOFFMAN, E. *Ritual de interação – Ensaio sobre o comportamento face a face*. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

KAFKA, F. *O processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KAFKA, F. *O castelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

KANT DE LIMA, R. Antropologia Jurídica. In: LIMA, A. C. S. (Org.). *Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos* (35-54). Brasília: Editora Contra Capa, 2012.

KANT DE LIMA, R.; LUPETTI BAPTISTA, B. G. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico*, v. I, 2014. Disponível em: <<http://aa.revues.org/618>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

KANT DE LIMA, R. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

LATOUR, B. *The making of law: an ethnography of the Conseil d'Etat*. Cambridge: Polity Press, 2009.

LATOUR, B.; WOOLGAR, S. *A vida de laboratório: a produção dos fatos científicos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

LIPSKY, M. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. New York: Russel Sage Foundation, 2010.

MARCUS, G. E. Ethnography in of the world system: the emergency of multi-sited ethnography. In: MARCUS, G. E. *Ethnography through thick and thin* (Three, 79-104). Princeton: Princeton University Press, 1998.

MEDEIROS, B. (Coord.). *Desburocratização dos Cartórios Judiciais: análise dos juizados especiais do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relatório de Pesquisa*. Brasília/DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Governo Federal, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/151216_relatorio_desburocratizacao.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2016.

MIRANDA, A. P. M. Fisco e cartórios: exemplos de burocracia à brasileira. In: LIMA, A. C. S. (Coord.), *Antropologia e Direito, temas antropológicos para estudos jurídicos* (276-285). Brasília: Editora Contra Capa, 2012.

PEIRANO, M. Etnografia não é método. *Revista Horizontes Antropológicos*, v. 20, n. 42, p. 377-391, 2014.

REID DOS SANTOS, A. F. P. R. Uma introdução à Sociologia das profissões jurídicas. *Revista Prisma Jurídico*, v. 11, n. 1, p. 79-99, 2012.

SANTOS, B. S.; LEITÃO, M. M.; PEDROSO, J. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n. 65, 1995. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contemporâneas.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

SCHRITZMEYER, A. L. Afetos em jogo no tribunal do Júri. *São Paulo em Perspectiva*, v. 21, n. 2, p. 70-79, jul./dez., 2007. Disponível em: <http://produtos/spp/v21n02/v21n02_06.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2016.

A RESOLUÇÃO 163 DO CONANDA COMO MEIO DE TUTELA DAS CRIANÇAS ENQUANTO COLETIVIDADE¹

THE RESOLUTION 163 OF THE NATIONAL COUNCIL FOR THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AS A WAY OF PROTECTION OF CHILDREN AS A COMMUNITY

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau²
Joanna Paixão Pinto Rodrigues³

Resumo

O presente estudo tem como principal objetivo demonstrar que as resoluções de conselhos como, por exemplo, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), podem complementar e integrar o microsistema de tutela dos direitos coletivos. As crianças e os adolescentes são uma coletividade cuja importância vem sendo cada vez mais reconhecida, principalmente após o advento do artigo 227 da Constituição da República de 1988. Para isso, utiliza-se como parâmetro da análise a Resolução 163 do CONANDA, que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. Analisando os efeitos da publicidade infantil e sua influência na saúde das crianças, chega-se à conclusão que a Resolução 163 do CONANDA pode, efetivamente, complementar e integrar o microsistema de proteção dos direitos coletivos, buscando a máxima eficácia da proteção constitucional dada a essa comunidade.

Palavras-chave: Resolução. Sistema integrado de tutela dos direitos coletivos. Publicidade. Obesidade infantil.

Abstract

Children and teenagers are a community whose importance has been increasingly recognized, especially after the introduction of Article 227 of the Republic's Constitution of 1988. This study aims to demonstrate that the resolutions of advice as, for example, National Council for the Rights of Children and Adolescents (CONANDA) can complement and integrate the microsystem of protection of collective rights. For this, is used as an analytical parameter the Resolution 163 of CONANDA, which provides for the unconscionability of advertising targeting and marketing communication to children and adolescents. Analyzing the effects of children's advertising and its influence on children's health leads to the conclusion that Resolution 163 of CONANDA can indeed complement and integrate the microsystem of protection of collective rights, seeking maximum effectiveness of constitutional protection given to this community.

Keywords: Resolution. Integrated system of protection of collective rights. Advertising. Childhood obesity.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor como componentes do microsistema de tutela dos direitos coletivos. 3 Por que anunciar para crianças?. 4 Identidade da publicidade. 5 Publicidade infantil e obesidade. 5.1 Obesidade infantil: uma epidemia. 6 A responsabilidade sobre a alimentação das crianças. 6.1 A responsabilidade da família – os pais. 6.2 A responsabilidade das empresas como parte da sociedade. 6.3 A responsabilidade do Estado. 7 Regulamentação da publicidade versus censura. 8 Publicidade infantil = abuso. 9 A Resolução 163 do CONANDA como meio de tutela da coletividade. 10 Conclusão. Referências. Anexo I.

¹ Artigo originalmente publicado em: THIBAU, TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO; RODRIGUES, JOANNA PAIXÃO PINTO. A Resolução 163 do Conanda como Meio de Tutela das Crianças Enquanto Coletividade. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 12, n. 3, p. 68-86, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2015.v12i5.2875>>. Acesso em: 02/07/2018.

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Associada na Faculdade de Direito da UFMG desde 05/2011 lecionando nos cursos de graduação e pós-graduação. E-mail: tthibau@gmail.com

³ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada pela Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: joannappr@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 possibilitou, como importantes acréscimos ao ordenamento jurídico pátrio, a elevação do direito processual coletivo à norma constitucional e a declaração de absoluta prioridade do direito da criança como absoluta prioridade do Estado e da sociedade, entre outros.

A despeito do grande cabedal normativo hoje existente para proteger os direitos das crianças, estas continuam sendo alvo de diversos desrespeitos à sua condição de pessoa em formação. Um dos aspectos no qual o direito da criança não se encontra com efetividade satisfatória é a publicidade infantil, agressiva e abusiva.

A exposição de crianças à publicidade a elas direcionada acaba por mitigar sua liberdade de escolha, além de influenciar o consumo de alimentos não saudáveis. Este, juntamente ao aumento do sedentarismo – causado por vários fatores, como a violência que impede as crianças de utilizarem os espaços públicos para brincar –, tem contribuído para a elevação dos índices de obesidade infantil, doença que leva a outros problemas de saúde, tanto físicos quanto psicológicos.

Nesse cenário, e buscando cumprir sua competência de proteção ao direito das crianças, o CONANDA editou, em 2014, a Resolução 163. Esta proíbe a veiculação de propaganda com as crianças como público-alvo, além de regulamentar outros aspectos relativos à publicidade infantil.

Ao proteger os direitos das crianças enquanto coletividade, a Resolução 163 acaba por integrar e complementar o microssistema de tutela dos direitos coletivos, a fim de buscar a real efetivação dos direitos da criança.

2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO COMPONENTES DO MICROSSISTEMA DE TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS

Não existe hoje, no Brasil, um código de processo coletivo. Embora existam vários projetos para a consolidação da legislação “coletivista”, nenhum foi transformado em lei até o momento e não há indicativos de que isso venha a ocorrer num futuro próximo.

Nesse contexto, a legislação concernente ao processo coletivo encontra-se disciplinada em diversas leis que, em conjunto, formam o microssistema de tutela dos direitos coletivos ou sistema integrado de tutela coletiva.

Esse microssistema é composto de artigos que regulamentam a tutela da coletividade, os quais constam da Constituição da República de 1988 (CR/88), pelas leis 7.347/85, que regulamenta a ação civil pública, 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), entre outras.

Nesta presente análise dar-se-á ênfase então ao ECA e ao CDC enquanto componentes do microssistema de tutela dos direitos coletivos, a fim de se avaliar a disciplina existente atualmente no Brasil em relação à publicidade infantil.

No ordenamento jurídico brasileiro, tanto a proteção aos direitos dos consumidores (CR/88, art. 5º, XXXII)⁴ quanto de crianças e adolescentes (CR/88, art. 227)⁵ derivam de expresse mandamento constitucional.⁶

O ECA regulamenta a doutrina da proteção integral prevista no suprarreferido art. 227 da CR/88, mas se pode perceber a tutela ao direito da criança em respeito à doutrina da proteção integral também no CDC.

Sobre a inter-relação entre CDC e ECA, estabelecem Leal e Barbosa que a “norma de defesa do consumidor está, ainda, relacionada com toda a estrutura legal do Brasil, que demanda, por força do art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, essa mesma proteção integral.”⁷

Tanto o consumidor quanto a criança recebem tratamento especial do ordenamento jurídico devido à sua, via de regra, vulnerabilidade ou hipossuficiência nas relações jurídico-sociais. Será visto abaixo como essa tutela deve ser especialmente pensada quando se está diante da situação da criança como consumidora.

3 POR QUE ANUNCIAR PARA CRIANÇAS?

Quando se observa, da análise do Código Civil brasileiro de 2002 (CC/02), que a criança é considerada absolutamente incapaz para o exercício dos atos da vida civil (art. 3º, I,

⁴Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL,1988).

⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL,1988).

⁶ GONÇALVES, 2011.

⁷ LEAL; BARBOSA, 2011, p. 45.

CC/02⁸), que o agente capaz é requisito para a validade do negócio jurídico (art. 104, I, CC/02⁹), começa-se a questionar a existência de publicidade infantil. Se ela não pode comprar o produto anunciado, por que produzir uma peça publicitária com crianças como público-alvo?

Buscando uma possível resposta para essa pergunta, pode-se chegar a três possíveis motivos para essa publicidade:

[...] as crianças de sociedades ocidentais dispõem de quantidade considerável de dinheiro para atender seus próprios interesses, o que as qualifica como um grupo importante no mercado primário. [...] as crianças constituem um grupo importante do mercado futuro, pois já foi demonstrado que desenvolvem fidelidade a marcas em uma idade muito precoce e as atividades favoráveis em relação a certas marcas parecem durar até a idade adulta. [...] as crianças são influenciadores importantes, opinando sobre as compras diárias de seus lares.¹⁰

Nota-se, então, que existem motivos relevantes para as empresas investirem em publicidade infantil: atingir a criança como consumidor primário, fidelizar o futuro consumidor e buscar que essa criança influencie os adultos que a cercam para comprar determinado produto.

A fidelização é ainda mais relevante quando se trata do consumidor de alimentos. Os hábitos alimentares “se formam na infância e, cientes disso, as empresas buscam fidelizar desde muito cedo as crianças às marcas, pensando nelas como consumidoras não só no presente como também no futuro [...]”.¹¹

Além do grande âmbito de atuação da publicidade infantil, percebe-se que o direcionamento de estratégias de comunicação mercadológica às crianças tem excelente retorno, pois pesquisas mostram que bastam 30 segundos de exposição à propaganda para uma marca influenciar uma criança.¹²

A criança é, portanto, uma “mina de ouro” para as empresas: são fáceis de se influenciar e possuem grande importância no mercado. Para se ter uma ideia da extensão desse poder infantil, basta considerar que as crianças “influenciam 92% das compras de alimentos, tendo como fatores determinantes, em ordem de colocação: publicidade na TV, personagem famoso e embalagem”.¹³

Observa-se, portanto, que apesar de possuírem grande poder decisório nas compras

⁸ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; (BRASIL, 2002).

⁹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; (BRASIL, 2002).

¹⁰ FIATES; AMBONI; TEIXEIRA, 2006, p. 105.

¹¹ KARAGEORGIADIS, 2011, p. 13.

¹² KARAGEORGIADIS, 2011. ALMEIDA; NASCIMENTO; QUIAIOTI, 2002.

¹³ KARAGEORGIADIS, 2011, p. 17.

familiares, as crianças não são levadas a querer determinado produto por conta de sua qualidade, mas por fatores externos e puramente mercadológicos, como por exemplo as embalagens.

Estudo feito com embalagens de alimentos identificou, entre crianças de 4 a 7 anos que provaram seis pares de alimentos iguais, apenas em embalagens diferentes, que a escolha e a manifestação de preferência foram influenciadas pela presença da marca e, principalmente, dos personagens infantis nas embalagens. Em alguns casos, “os participantes relataram diferenças específicas nas características, por exemplo, a crocância e a doçura dos alimentos que possuíam os personagens associados”.¹⁴

O principal problema na publicidade infantil no que foi visto até o momento não é, portanto, o anúncio de produtos para um cidadão não juridicamente capaz de efetuar a compra, mas a vulnerabilidade das crianças frente às estratégias de *marketing* das empresas.

A vulnerabilidade das crianças enquanto consumidoras manifesta-se até mesmo na identificação de uma peça publicitária, como se verá a seguir.

4 IDENTIDADE DA PUBLICIDADE

Um dos princípios basilares da proteção ao consumidor é o da identidade da publicidade. Isto é, o consumidor deve saber que aquilo que ele está vendo é uma propaganda elaborada por uma empresa com a intenção de auferir lucro. Esse princípio – também conhecido como princípio da identificação da mensagem publicitária – está expressamente previsto no CDC, em seu art. 36.¹⁵

O problema, em relação à identidade da publicidade na seara da publicidade infantil, é que as crianças não conseguem distinguir o que é propaganda do que não é.

Segundo os estudos de Erling Bjurström, de maneira geral, a distinção de anúncios e dos programas televisivos em que eles estão inseridos só acontece entre 6 e 8 anos de idade, e somente aos 10 anos é que todas as crianças são capazes de diferenciá-los. O entendimento de que as mensagens publicitárias possuem caráter persuasivo é adquirido ainda mais tarde, somente a partir dos 12 anos.¹⁶

Tem-se, portanto, que nas propagandas voltadas ao público infantil o princípio da

¹⁴ KARAGEORGIADIS, 2011, p. 18.

¹⁵ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. (BRASIL, 1990c).

¹⁶ KARAGEORGIADIS, 2011, p. 23.

identidade da publicidade não é observado – por impossibilidade fática.

A difusão dessa publicidade possibilita o surgimento ou o agravamento de inúmeros problemas como, por exemplo, o consumismo exacerbado e o desenvolvimento de uma mentalidade segundo a qual o “ter” passa a ser mais importante do que o “ser”.

Outro problema relacionado à publicidade infantil diz respeito à saúde, pois a intensa propaganda de alimentos ultraprocessados, tendo como público-alvo as crianças, contribui para o aumento dos índices de obesidade entre elas, bem como, via de regra, quando se tornarem adultas.

5 PUBLICIDADE INFANTIL E OBESIDADE

Pesquisa da Sophia Mind realizada em 2011 mostrou que, diariamente, 86% das crianças brasileiras consomem cerca de 3,7 horas do seu tempo livre assistindo à televisão.¹⁷ A TV tem espaço destacado no entretenimento e, até mesmo, na instrução das crianças.

Boa parte das referências “que grande parte do público infantil tem sobre alimentação estão diretamente ligadas às que são apresentadas para ela na TV, na internet e em outros meios tecnológicos”.¹⁸

Ora, como visto anteriormente, as crianças não conseguem distinguir a programação da TV da publicidade, o que leva à conclusão de que grande parcela das suas referências sobre alimentação vem das propagandas por elas assistidas.

O Institute of Medicine (IOM) da National Academies, dos EUA, ao desenvolver estudos sobre obesidade infantil, constatou que a publicidade direcionada à criança concorre para a configuração de um ambiente obesogênico.¹⁹

Estabelecida a relação entre a TV e essa publicidade com a obesidade, resta analisar o conteúdo e a frequência da publicidade relativa aos alimentos, para se poder entender o porquê dessa ligação.

A categoria de produtos mais anunciada na televisão brasileira é a de alimentos.²⁰ Dentro dela, quase 60% dos produtos divulgados pertencem ao grupo representado por gorduras, óleos, açúcares e doces na pirâmide alimentar²¹ e 72% são de produtos com altos teores de gorduras, açúcares e sal.²² Foi constatada em pesquisa, também, uma preocupante

¹⁷ SOPHIA MIND, 2011.

¹⁸ ASSOLINI, 2008 *apud* KARAGEORGIADIS, 2011, p. 15.

¹⁹ LEAL; BARBOSA, 2011.

²⁰ PRADO et al., 2011.

²¹ FIATES; AMBONI; TEIXEIRA, 2006.

²² PRADO et al., 2011.

ausência de frutas e vegetais na publicidade infantil.²³

Sobre a propaganda de alimentos não saudáveis e sua influência sobre a alimentação da criança:

Em 2002, Coon & Tucker avaliaram a literatura sobre o assunto desde 1970 e concluíram que alimentos (guloseimas e *fast food*) são os produtos mais frequentemente anunciados nos programas de TV infantis, e que quanto mais horas de TV a criança assiste, maior é a ingestão de energia, gordura, doces, salgadinhos e bebidas carbonatadas, e menor é a ingestão de frutas e vegetais.²⁴

Já foi demonstrado, inclusive, que “o hábito de ver televisão e a preferência infantil por certos comerciais veiculados na televisão têm uma relação direta com o consumo de lanches e outros alimentos adquiridos por crianças na escola”.²⁵ A influência da propaganda na alimentação é, portanto, inegável.

Cabe ressaltar, contudo, que não apenas a publicidade influencia o aumento do peso. Como dito anteriormente, a média de tempo que uma criança brasileira passa parada em frente à televisão é de 3,7 horas. Com tamanha dedicação de tempo à TV não resta muito tempo para se dedicarem a outras atividades – como as físicas –, o que certamente influencia também, de modo negativo, a sua saúde.

Nas propagandas de alimentos para crianças são utilizadas várias estratégias para atingir o público-alvo. Dentre elas, destacam-se o uso de personagens de desenho animado e a distribuição de brinquedos colecionáveis com lanches. “Gunter, Baluch, Duffy e Furnham (2002) relataram em seu estudo que a memória infantil é melhor para recordar propagandas com uso de personagem de desenho animado do que aquelas que não usam os personagens”.²⁶ Há crianças que pedem determinado produto única e exclusivamente por conta do personagem na embalagem, sem sequer considerar o alimento que está envolto naquela embalagem chamativa.²⁷

Quanto à venda de lanches acompanhados de um brinquedo há, além do inegável incentivo ao consumo de alimentos não saudáveis, a venda casada, prática proibida no ordenamento jurídico brasileiro.²⁸

Estabelecido que a “propaganda televisiva influencia no aumento do consumo de

²³ ALMEIDA; NASCIMENTO; QUIAIOTI, 2002.

²⁴ FIATES; AMBONI; TEIXEIRA, 2006, p. 107.

²⁵ FIATES; AMBONI; TEIXEIRA, 2006, p. 107.

²⁶ PRADO et al., 2011, p. 4.

²⁷ MUITO ALÉM DO PESO, 2011.

²⁸ Para mais informações especificamente sobre a utilização de brinquedos colecionáveis na venda de lanches, recomenda-se a leitura do artigo de KARAGEORGIADIS, 2011.

produtos alimentícios e bebidas com altos teores calóricos e baixo teor nutritivo”,²⁹ resta saber o alcance e as consequências da obesidade infantil.

5.1 OBESIDADE INFANTIL: UMA EPIDEMIA

Devido ao elevado número de casos novos e sua rápida difusão³⁰ pode-se dizer que há, na atualidade, uma epidemia de obesidade infantil no país. Pode-se, inclusive, classificar esse evento como uma verdadeira pandemia,³¹ por ser a epidemia de obesidade infantil de grandes proporções, atingindo crianças de vários países.³²

O sobrepeso e a obesidade são encontrados com grande frequência a partir de 5 anos de idade, em todos os grupos de renda e em todas as regiões brasileiras.³³

Ao longo de 34 anos observou-se um aumento do sobrepeso e da obesidade entre crianças de 5 a 9 anos:

[...] em 2008-09, 34,8% dos meninos estavam com peso acima da faixa considerada saudável pela OMS. Em 1989, este índice era de 15%, contra 10,9% em 1974-75. Observou-se padrão semelhante nas meninas, que de 8,6% na década de 70 foram para 11,9% no final dos anos 80 e chegaram aos 32% em 2008-09.³⁴

O crescimento vertiginoso da obesidade infantil no Brasil pode ser notado no gráfico abaixo, o qual retrata a elevação do sobrepeso e da obesidade infantil no Brasil na faixa de 5 a 9 anos de idade.



FIGURA 1 – crescimento do sobrepeso e da obesidade infantil no Brasil
Fonte: PESQUISADORA, 2015.

Esse aumento é um sério problema, pois a obesidade, além de ser uma doença,

²⁹ VASCONCELOS E OUTROS, 2006 *apud* PRADO E OUTROS, 2011.

³⁰ RESENDE, 1998.

³¹ RESENDE, 1998.

³² OLIVEIRA; FISBERG, 2003.

³³ IBGE, 2009.

³⁴ IBGE, 2009.

favorece o aparecimento de várias outras enfermidades, tais como a hipertensão arterial sistêmica,³⁵ o diabetes tipo 2,³⁶ além de complicações articulares e psicossociais.³⁷

Diante dessa realidade, “percebe-se a importância da implementação de medidas intervencionistas no combate e prevenção a este distúrbio nutricional em indivíduos mais jovens”.³⁸ Uma dessas medidas seria, sem dúvidas, o controle da publicidade infantil, com o objetivo de melhorar a saúde das crianças, responsabilidade de todos.

O ideal é que tal controle ocorra de forma prévia, por exemplo, por meio de políticas públicas voltadas especificamente para esse problema, evitando-se a judicialização de situações negativas geradas pela omissão dos responsáveis.

6 A RESPONSABILIDADE SOBRE A ALIMENTAÇÃO DAS CRIANÇAS

Como visto anteriormente, o artigo 227 da CR/88³⁹ estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à saúde.

Analisar-se-á, agora, a responsabilidade de cada um desses agentes, como eles podem contribuir e como estão de fato colaborando para a promoção de uma alimentação saudável para as crianças.

Em que pese a responsabilidade dos pais na determinação e na ciência do tempo a que a criança está exposta às diversas formas de comunicação mercadológica, seja em casa, na escola, demais espaços públicos e também na escolha dos produtos que serão consumidos pelos pequenos, a tutela da infância é encargo compartilhado por todos: pais, comunidade, sociedade e Estado, em uma verdadeira rede de proteção.⁴⁰

6.1 A RESPONSABILIDADE DA FAMÍLIA – OS PAIS

Primeiros responsáveis no tocante à alimentação infantil, os pais na atualidade têm grandes dificuldades para promover uma rotina saudável para seus filhos.

³⁵ SOUZA et al., 2010.

³⁶ RECH et al., 2007.

³⁷ RECH et al., 2007.

³⁸ OLIVEIRA; FISBERG, 2003.

³⁹ Art. 227. É dever da **família**, da **sociedade** e do **Estado** assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à **saúde**, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, **exploração**, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, grifo nosso).

⁴⁰ KARAGEORGIADIS, 2011, p. 21.

O primeiro obstáculo nesse sentido é, sem sombra de dúvidas, a falta de informação adequada. Partindo do pressuposto que os pais se preocupam com o bem-estar e a saúde de seus filhos, conclui-se que o fato de 56% das crianças com menos de 8 anos consumirem 1 garrafa de 200 ml de refrigerante todos os dias⁴¹ deve-se a uma falta de informação nutricional.

Além disso, os pais – quando possuem dados nutricionais minimamente adequados – enfrentam uma situação muito difícil na tentativa de educar o paladar de seus filhos que, especialmente, em razão dos estímulos externos, dão preferência a alimentos menos saudáveis.

No exercício de buscar uma alimentação saudável para seus filhos, os pais devem lutar contra a mensagem publicitária contrária – uma indústria milionária que investe de maneira afrontosa na manipulação da vontade e dos desejos das crianças nesse campo.

Foi revelado, em pesquisa do Datafolha a respeito do impacto da publicidade de *fast food* e alimentos não saudáveis em geral, que 79% dos pais entendem que os comerciais prejudicam os hábitos alimentares de seus filhos. Além disso, a mesma pesquisa divulgou que 76% dos pais verificaram que esses comerciais dificultam seus esforços em educar seus filhos a comerem de forma saudável.⁴²

É extremamente difícil para muitos pais oferecer alimentos saudáveis a seus filhos e competirem com as estratégias do mercado, que promovem alimentos altamente palatáveis e pouco saudáveis. Assim, é preciso que a criança seja preservada da massiva influência publicitária em sua infância para que possa desenvolver-se plenamente e alcançar a maturidade da idade adulta com capacidade de exercer plenamente seu direito de escolha.⁴³

Percebe-se, portanto, um verdadeiro “cabo de guerra” entre pais e empresas promotoras de alimentos. Enquanto um lado se atenta ao bem-estar das crianças, o outro está mais focado no lucro e não se preocupa em explorar e manipular negativamente a saúde e a vulnerabilidade dos pequenos.

A responsabilidade dos pais está clara, mas e quanto às empresas? Seria lícito a elas fazer com que sua atividade prejudicasse a saúde das crianças?

Esse fato não deve passar despercebido e sem solução adequada.

6.2 A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS COMO PARTE DA

⁴¹ UNIFESP, 2011.

⁴² KARAGEORGIADIS, 2011.

⁴³ KARAGEORGIADIS, 2011, p. 22.

SOCIEDADE

As crianças recebem proteção especial do ordenamento jurídico por estarem em fase de desenvolvimento biopsicológico. Esse ordenamento, como visto anteriormente, coloca-as como titulares de proteção integral a ser manifestada com prioridade absoluta pela família, sociedade e Estado.

“Dentro do conceito de sociedade incluem-se as empresas privadas, que têm o mesmo dever de promover a proteção integral das crianças e de se absterem de realizar ações que venham a ofender este princípio”.⁴⁴ Como componente da sociedade, as empresas privadas têm o dever de, juntamente com a família e o Estado, promover a proteção da criança. Não é, contudo, o que se observa na prática.

Com o intuito de auferir lucro, as empresas abusam da vulnerabilidade das crianças ao inserir personagens em embalagens, ao oferecer brinquedos colecionáveis como brinde na compra de lanches ultraprocessados, entre outras ações de *marketing*.

Como já visto, os pais acabam se tornando verdadeiros reféns dessas empresas, graças ao efeito maléfico da publicidade infantil sobre seus filhos.

Com os responsáveis impotentes e as empresas desrespeitando seu papel constitucional de guardiãs dos interesses da criança caberia por fim, ao Estado, providenciar para que os direitos infantis fossem realmente respeitados.

6.3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O Estado brasileiro tem uma postura extremamente leniente em relação à publicidade infantil, conforme demonstrado pelos dados estatísticos até aqui analisados.

Há uma série de projetos de lei em tramitação no Congresso, com o objetivo de restringir ou proibir a publicidade infantil. Um desses projetos, o PL 5921/2001, está há quase 14 anos em tramitação sem ser votado pelo plenário da Câmara.

Ocorre que, como já exaustivamente demonstrado, o Brasil não precisaria de uma nova lei que proibisse a publicidade infantil. A aplicação das leis atuais já garantiria um ambiente mais saudável ou, no mínimo, menos agressivo e usurpador.

Com a efetivação da proibição da venda casada, seria resolvido o problema relativo aos lanches com brinquedos. Com a efetivação do princípio da identidade publicitária, seria

⁴⁴ KARAGEORGIADIS, 2011, p. 21.

proibida a publicidade para crianças menores de 10 anos. Com a efetivação do disposto no §2º do art. 37 do CDC,⁴⁵ já seriam proibidas praticamente todas as propagandas voltadas ao público infantil.

Há quem misture, no entanto, a regulamentação da propaganda com censura.

7 REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE VERSUS CENSURA

O principal argumento levantado pelos defensores da continuidade da publicidade infantil é o de que a regulamentação dessa publicidade seria atentatória à liberdade de expressão e equivalente, portanto, à censura.

A livre expressão encontra-se disciplinada no inciso IX do art. 5º da CR/88,⁴⁶ que estabelece ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

A publicidade é, antes de tudo, uma atividade empresarial. Pode-se considerar que algumas peças poderiam se encaixar na categoria de atividade intelectual ou artística, mas essas não são suas características principais.

Como ação empresarial destinada a promover o incremento da comercialização de produtos e serviços, a publicidade é regulada pelo CDC, que indica limites para que essa atividade seja considerada lícita.⁴⁷

Tem-se com relação à publicidade, primeiramente, que ela já é regulada pelo CDC sem prejuízos à liberdade de expressão.

A defesa do consumidor é, inclusive, um limite constitucional ao exercício da atividade empresarial, nos termos do art. 170, V, CR/88.⁴⁸ A publicidade, como expressão dessa atividade empresarial, deve ser limitada aos ditames do CDC.⁴⁹

Sobre a diferença entre regulamentação da publicidade e liberdade de expressão, nota-se que “não se confundem, como se vê, regulamentação da publicidade – que trata de uma ação empresarial com o objetivo de vender produtos e serviços e auferir lucro – com

⁴⁵ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...] § 2º É **abusiva**, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, **se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança**, desrespeite valores ambientais, ou que **seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança** (BRASIL, 1990c, grifo nosso).

⁴⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (BRASIL, 1988)

⁴⁷ GONÇALVES, 2011.

⁴⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor. (BRASIL, 1990c).

⁴⁹ GONÇALVES, 2011.

restrições indevidas à liberdade de expressão”.⁵⁰

Esclarecido então que a publicidade não só pode como é regulada pelo CDC, resta demonstrar que o cuidado e, por consequência, a regulação da publicidade infantil devem ser maiores para se atingir a efetividade esperada.

Primeiramente, basta considerar que a CR/88 estabeleceu no art. 227 “absoluta prioridade” para a proteção das crianças. O termo “absoluta prioridade”, vale ressaltar, não é utilizado em nenhum outro artigo da Constituição.

Assim, mesmo que a regulação da publicidade infantil gerasse atrito entre o princípio do melhor interesse da criança e outros como os da liberdade de expressão e livre iniciativa – atrito que não se observa como demonstrado anteriormente –, a proteção à criança deveria prevalecer, tendo em vista a CR/88 ter estabelecido **absoluta prioridade** à defesa dos direitos infantis.

A Convenção dos Direitos da Criança da ONU – no Brasil Decreto 99.710/90 – estabelece, em seu artigo 3,⁵¹ 1, que todas as ações relativas às crianças devem considerar, primordialmente, o seu interesse maior.

Resta claro, portanto, que o ordenamento jurídico nacional e internacional, da maneira em que se encontra hoje, permite a conclusão de que toda publicidade infantil pode ser considerada abusiva.

7 PUBLICIDADE INFANTIL = ABUSO

É considerada abusiva, nos termos do §2º do art. 37 do ECA supracitado, a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, bem como a que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde.

Também é vedado ao fornecedor, nos termos do inciso IV do art. 39 do ECA,⁵² prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade.

Fica evidente, assim, que são abusivas e, portanto, ilegais, as estratégias de

⁵⁰ GONÇALVES, 2011, p. 133.

⁵¹ Artigo 3 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança (BRASIL, 1990a).

⁵² Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, **tendo em vista sua idade**, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; (BRASIL, 1990c, grifo nosso).

comunicação mercadológicas dirigidas ao público infantil.⁵³

Com igual entendimento:

Em outras palavras, resta claro que o direcionamento de publicidade a pessoas com idade inferior a 12 anos de idade reveste-se de intensa abusividade, ferindo não apenas o código consumerista, como a normativa de proteção a crianças e adolescentes.⁵⁴

E ainda:

Entrementes, se toda criança é ser em formação – e não há dúvidas sobre isso –, é possível inferir que toda publicidade dirigida à criança é abusiva e, por tudo, ilegal. Em uma ordem valorativa de nosso sistema normativo, onde a criança foi colocada como absoluta prioridade do Estado, da sociedade e dos cidadãos, não deveria haver publicidade dirigida às crianças.⁵⁵

Claro, portanto, ser a publicidade infantil abusiva, ilegal e, dessa forma, uma atividade a ser combatida no país. Foi isso o que fez a Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, CONANDA, Anexo 1.

9 A RESOLUÇÃO 163 DO CONANDA COMO MEIO DE TUTELA DA COLETIVIDADE

O CONANDA, criado pela Lei 8.242/91, é competente para elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente⁵⁶. Compete a ele, também, zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente em todo o território nacional.

Uma das normas elaboradas pelo CONANDA foi a Resolução 163 (Anexo 1), que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, com a intenção de persuadi-los para o consumo de qualquer produto ou serviço. Sendo extremamente benéfica à coletividade, a referida Resolução não deveria ser editada.

As normas existentes na CR/88, no ECA e no CDC já seriam suficientes para proibir a veiculação da publicidade infantil. Contudo, como mesmo com as normas preexistentes a

⁵³ KARAGEORGIADIS, 2011.

⁵⁴ GONÇALVES, 2011, p. 126.

⁵⁵ LEAL; BARBOSA, 2011, p. 45.

⁵⁶ Art. 2º Compete ao Conanda: I - elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); II - zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; [...] (BRASIL, 1991).

publicidade infantil ainda era comum no país, a Resolução 163 do CONANDA veio integrar o ordenamento jurídico brasileiro para resguardar os direitos da criança.

Grande parte dos que se levantaram contra o conteúdo da Resolução 163 foram, como esperado, os que lucram com a exploração mercadológica da vulnerabilidade da criança.

Maurício de Sousa, criador das revistinhas da Mônica, chegou a afirmar que seria “burrice” proibir a propaganda para crianças.⁵⁷ Sobre a opinião do cartunista cabe ressaltar, por oportuno, que “a 'Maurício de Sousa Produções' tem mais de três mil itens licenciados entre macarrão, salsicha, fralda e brinquedos”.⁵⁸ Assim, parece fácil compreender a opinião do empresário.

Há, também, os que alegam que a criança deve ter a liberdade e a autonomia de assistir às propagandas e escolher os produtos que gostaria de consumir. Ocorre que, na realidade, a supressão da publicidade infantil tem o potencial de ampliar e não suprimir a liberdade das crianças.

Uma pessoa é autônoma somente se tem uma variedade de escolhas aceitáveis disponíveis para serem feitas e sua vida se torna o resultado das escolhas derivadas destas opções. Uma pessoa que nunca teve uma escolha efetiva, ou, tampouco, teve consciência dela, ou, ainda, nunca exerceu o direito de escolha de forma verdadeira, mas simplesmente se moveu perante a vida não é uma pessoa autônoma.⁵⁹

Diante dos relevantes efeitos que a Resolução 163 do CONANDA promoveu, parece correto afirmar que as resoluções de Conselhos podem ser consideradas como complemento do microssistema de tutela de direitos coletivos, quando versarem sobre direitos de alguma coletividade, como é o caso das crianças, neste texto analisado.

Com o incremento das normas que compõem esse microssistema, espera-se que os direitos das coletividades sejam cada vez mais respeitados e resguardados – administrativa ou judicialmente, no caso de descumprimento dos comandos preexistentes.

10 CONCLUSÃO

A tutela dos direitos da criança, constitucionalmente reconhecida enquanto absoluta prioridade, extrapola os limites do ECA e do CDC quanto à regulamentação do acesso (ou não) das crianças à propaganda publicitária voltada à venda de alimentos prejudiciais à sua

⁵⁷ FREITAS, 2014.

⁵⁸ MENDES, 2014.

⁵⁹ RAZ, 1986, p. 191 *apud* PIOVESAN, 2006, p. 10.

saúde.

A obesidade infantil atingiu índices alarmantes no país, creditando-se tal fato, dentre outras circunstâncias, ao estímulo publicitário voltado para o consumo de alimentos pouco saudáveis.

A família, a sociedade e o Estado, responsáveis pela saúde dos pequenos, impotentes diante do poder devastador da propaganda – para além dos instrumentos legais já existentes –, tiveram que buscar apoio na Resolução 163 do CONANDA enquanto meio de aperfeiçoamento dos instrumentos de proteção e defesa de crianças e adolescentes.

Referências

ALMEIDA, S. S.; NASCIMENTO, P. C. BD; QUAIOTI, T. C. B. Quantidade e qualidade de produtos alimentícios anunciados na televisão brasileira. *Revista Saúde Pública*. São Paulo, v. 36, n. 3, p. 353-355, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/rsp/v36n3/10500.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

ASSOLINI, P. J. O Eatertainment: alimentando as crianças na sociedade de consumo. In: *Comunicação Mercadológica: uma visão multidisciplinar*. São Paulo: Metodista, 2008 apud KARAGEORGIADIS, Ekaterine. Lanches acompanhados de brinquedos: comunicação mercadológica abusiva dirigida à criança e prática de venda casada. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. IV, n. 14, p. 11-39, jun. 2011.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 22 nov. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 13 fev. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 06 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2015.

BRASIL. Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 12 out. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 fev. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 27 set. 1990b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 13 fev. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 12 nov. 1990c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 13 fev. 2015.

FIATES, G. M. R.; AMBONI, R.D.M.C; TEIXEIRA, Evanilda. Marketing, hábitos alimentares e estado nutricional: aspectos polêmicos quando o tema é o consumidor infantil. *Alimentos e Nutrição*, Araraquara, v.17, n. 1, p. 105-112, jan./mar. 2006.

FREITAS, A. Proibir propaganda para crianças seria “burrice”, diz Maurício de Sousa. *Portal Uol*, 2014. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/12/11/proibir-propaganda-para-criancas-seria-burrice-diz-mauricio-de-sousa.htm>. Acesso em: 16 fev. 2015.

GONÇALVES, T. A. A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. IV, n. 14, p. 121-147, jun. 2011.

IBGE. *Desnutrição cai e peso de crianças brasileiras ultrapassa padrão internacional*. 2009. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=1699&busca=1&t=pof-20082009-desnutricao-cai-peso-criancas-brasileiras-ultrapassa-padrao-internacional>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

KARAGEORGIADIS, Ekaterine. Lanches acompanhados de brinquedos: comunicação mercadológica abusiva dirigida à criança e prática de venda casada. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. IV, n. 14, p. 11-39, jun. 2011.

LEAL, L. M. M.; BARBOSA, R. A. S. A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. IV, n. 14, p. 41-61, Curitiba, jun. 2011.

MENDES, V. Maurício de Sousa usa rede social para defender publicidade voltada às crianças. *Site Uai*, 2014. Disponível em: <http://sites.uai.com.br/app/noticia/saudeplena/noticias/2014/04/11/noticia_saudeplena,148277/mauricio-de-souza-usa-rede-social-para-defender-publicidade-infantil.shtml>. Acesso em: 16 fev. 2015.

MUITO ALÉM DO PESO. Direção: Estela Renner. São Paulo: Maria Farinha Filmes, 2011. 84min, cor, censura livre. Disponível em: <www.muitoalemdopeso.com.br>. Acesso em: 03 jan. 2015.

OLIVEIRA, C. L; FISBERG, M. Obesidade na infância e adolescência – uma verdadeira epidemia. *Arquivos Brasileiros de Endocrinologia e Metabologia*, São Paulo, v. 4, n. 2, 2003. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0004-27302003000200001>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

RAZ, J. *Right-based moralities*. New York: Oxford University Press, 1986 apud PIOVESAN, F. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RECH, R. R. et al. Obesidade infantil: complicações e fatores associados. *Revista Brasileira Ciência e Movimento*. v. 15, n. 4, p. 111-120, 2007. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RBCM/article/viewFile/782/784>>. Acesso em: 09 fev. 2015.

RESENDE, J. M. Epidemia, Endemia, Pandemia. *Epidemiologia. Revista de Patologia Tropical*, v. 27, n. 1, p. 153-155, jan-jun. 1998.

SOPHIA MIND. *Crianças passam 3,7 horas por dia assistindo televisão*. 2011. Disponível em: <<http://www.sophiamind.com/pesquisas/criancas-passam-37-horas-por-dia-assistindo-televisao/>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

SOUZA, M. G. B et al. Relação da obesidade com a pressão arterial elevada em crianças e adolescentes. *Arquivos Brasileiros de Cardiologia*, São Paulo, v. 94, n. 6, 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0066-782X2010005000039>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

UNIFESP. Departamento de Comunicação Institucional. *Crianças com doenças de adultos*. 2001. Disponível em: <<http://dgi.unifesp.br/sites/comunicacao/index.php?c=Noticia&m=ler&cod=4696df04>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

ANEXO I: RESOLUÇÃO 163 CONANDA, DE 13-3-2014, (DOU DE 4/4/2014)

Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, no uso de suas atribuições estabelecidas na Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991 e no Decreto nº 5.089, de 20 de maio de 2004 e no seu Regimento Interno,

Considerando o estabelecido no art. 227 da Constituição Federal;

Considerando o disposto nos arts. 2º, 3º, 4º e 86 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

Considerando o disposto no § 2º do art. 37, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

Considerando o Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, especialmente o objetivo estratégico 3.8 - "Aperfeiçoar instrumentos de proteção e defesa de crianças e adolescentes para enfrentamento das ameaças ou violações de direitos facilitados pelas Tecnologias de Informação e Comunicação",

Resolve:

Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, em conformidade com a política nacional de atendimento da criança e do adolescente prevista nos arts. 86 e 87, incisos I, III, V, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

§ 1º Por 'comunicação mercadológica' entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.

§ 2º A comunicação mercadológica abrange, dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas.

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;

II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;

III - representação de criança;

IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;

V - personagens ou apresentadores infantis;

VI - desenho animado ou de animação;

VII - bonecos ou similares;

VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e

IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

§ 1º O disposto no caput se aplica à publicidade e à comunicação mercadológica realizada, dentre outros meios e lugares, em eventos, espaços públicos, páginas de internet, canais televisivos, em qualquer horário, por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto.

§ 2º Considera-se abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de creches e das instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos.

§ 3º As disposições neste artigo não se aplicam às campanhas de utilidade pública que não configurem estratégia publicitária referente a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social.

Art. 3º São princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes:

I - respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais;

II - atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente e sua condição de pessoa em desenvolvimento;

III - não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior;

IV - não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;

V - não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço;

VI - não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades ilegais.

VII - não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;

VIII - a qualquer forma de degradação do meio ambiente; e

IX - primar por uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina;

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

MIRIAM MARIA JOSÉ DOS SANTOS

p/Conselho

IMPASSES AO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO À LUZ DA PRÁTICA JURÍDICA¹

IMPASSES TO THE RIGHT TO GENDER IDENTITY IN THE LIGHT OF JURIDICAL PRACTICE

Júlia Silva Vidal²

Daniella Monteiro de Lima Borges³

Vivian Carolina Rodrigues Lopes⁴

Resumo

O direito à identidade de gênero de travestis e transexuais foi alvo, nos últimos anos, de disputas significativas sobre o procedimento necessário para sua efetiva conquista. O presente artigo relata, a partir da atuação conjunta entre a Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CdH/UFMG) e a Divisão de Assistência Judiciária (DAJ), o percurso adotado para garantir a retificação de registro civil de pessoas trans. A partir do relato da atuação estratégica em âmbito micro e macro, bem como das conquistas recentes sobre o procedimento de alteração de registro, iremos pontuar criticamente esse percurso na tentativa de lançar reflexões futuras sobre a questão. Tem-se que o empenho e atuação litigante, nesse contexto, é extremamente relevante, não apenas pelo potencial de movimentação crítico em instâncias múltiplas de justiça, como, e sobretudo, pela contribuição na formação prática de alunos e futuros profissionais do direito.

Palavras-chave: Identidade de gênero. Prática jurídica. Pessoas trans.

Abstract

The right to gender identity of trans people has been the target, in recent years, of significant disputes over the procedure necessary for their effective conquest. This article reports, from the joint action between the Human Rights Clinic of the Federal University of Minas Gerais (CdH / UFMG) and the Judicial Assistance Division (DAJ), the course adopted to ensure civil registry rectification of trans people. From the report of the strategic action in micro and macro scope, as well as the recent achievements regarding the registry change procedure, we will critically point out this path in the attempt to launch future reflections on the issue. It is argued that the commitment and litigation in this context is extremely relevant, not only for the potential of critical movement in multiple instances of justice, but, above all, for the contribution in the practical training of students and future law professionals.

Keywords: Gender identity. Law practice. Trans people.

¹ Artigo inédito. Enviado em: 20 jul. 2018.

² Mestranda em Direito pela UFMG. Graduada em Direito pela mesma instituição. Orientadora da Clínica de Direitos Humanos da UFMG (CdH/UFMG). Pesquisadora do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT (Nuh/UFMG). *E-mail:* jusvidal@gmail.com.

³ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Estagiária da Divisão de Assistência Judiciária (DAJ) e da (CdH/UFMG). *E-mail:* daniella.lima15@gmail.com.

⁴ Graduada em Direito pela UFMG. Estagiária da CdH/UFMG. *E-mail:* viviancrlopes@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CdH/UFMG) é um programa interdisciplinar de pesquisa e extensão, com ações de advocacia estratégica e análise de casos paradigmáticos, que atua na consolidação e promoção dos direitos humanos por meio da articulação entre comunidade acadêmica e sociedade civil. Estrutura-se em eixos temáticos de trabalho, sendo um desses núcleos voltado para o estudo, assessoramento e patrocínio de causas associadas a questões de Gênero e Sexualidade.

A CdH/UFMG conta com integrantes discentes e docentes que possuem formação complexa e interdisciplinar em direitos humanos, suas formas de proteção, tanto no âmbito nacional quanto internacional, e suas vertentes específicas, como a da assessoria jurídica a casos que envolvam a população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT). A CdH/UFMG atua conjuntamente com a Divisão de Assistência Judiciária da UFMG (DAJ) no atendimento desses casos, cujas demandas são as mais variadas.

Especificamente no que toca ao atendimento individual a travestis e transexuais, a CdH/UFMG e a DAJ desenvolveram um extenso trabalho de assistência jurídica com vistas à retificação de nome e gênero no registro civil dessas pessoas. O atendimento e judicialização desses casos, tendo em vista a complexidade da questão, levou à reflexão sobre formas de atuação em esferas micro e macro. A busca pela materialização do direito à identidade de gênero nos múltiplos locais de atuação dos programas impôs, assim, uma série de desafios e estimulou a elaboração de estratégias⁵ específicas para a prática jurídica.

De modo a ilustrar o percurso adotado no presente trabalho, perpassaremos os seguintes pontos: a) apontamentos sobre o procedimento judicial de alteração de nome e gênero de pessoas trans⁶ em Belo Horizonte e a atuação adotada pela CdH/UFMG para a efetivação desse direito; b) desdobramentos da questão após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 pelo Supremo Tribunal Federal (STF); e c) projeções futuras para os direitos de pessoas trans após a recente regulamentação do procedimento pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

2 IMPASSES NA BUSCA PELO RECONHECIMENTO DO DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO: O CASO DE BELO HORIZONTE E A ATUAÇÃO DA CDH/UFMG

⁵ Para um relato distinto dessa atuação ver (NICÁCIO; BASTOS; VIDAL, 2017).

⁶ No presente artigo, utilizaremos o termo "pessoas trans" em referência às experiências transexuais e travestis de forma indistinta.

A possibilidade de alteração de nome e gênero de travestis e transexuais, durante muitos anos, foi baseada unicamente no ajuizamento de ação judicial, procedimento que causava sofrimento para as pessoas que buscavam uma adequação dos documentos em consonância com a expressão que tinham de si.

No contexto desse procedimento judicial de adequação, podemos mencionar a importância indevida dada aos discursos biomédicos na fundamentação das decisões judiciais. As categorias, lógicas e normas médicas recebiam *status* de verdade inquestionável, na medida em que eram vistos como produtos de uma série de procedimentos científicos, oriundos de saberes sacralizados e manipulados por poucos, e, portanto, questionáveis por poucos. Em breve síntese, pode-se dizer que o diagnóstico e descrição de sintomas de uma doença eram mencionados nas decisões como base jurídica autorizativa para alteração dos documentos pessoais, naturalizando, por consequência, a transexualidade enquanto doença, noção patologizante que será exemplificada ao longo deste trabalho.

Para além da argumentação problemática utilizada no âmbito de referidas ações, foi possível constatar, com o atendimento a casos individuais, que o primeiro impasse para a retificação de nome e gênero no caso de Belo Horizonte se relacionava com divergências sobre a competência para seu processamento. Em Minas Gerais, a lei que versa sobre a organização e a divisão judiciárias é a Lei Complementar nº 59/2001 (atualizada pela Lei Complementar nº 135/2014), que estabelece como competências da Vara de Família:

Art. 60 – Compete a Juiz de Vara de Família processar e julgar as causas relativas ao estado das pessoas e ao Direito de Família, respeitada a competência do Juiz de Vara da Infância e da Juventude.

E como competência da Vara de Registros Públicos:

Art. 57 – Compete a Juiz de Vara de Registros Públicos:

I – exercer as atribuições jurisdicionais conferidas aos Juízes de Direito pela legislação concernente aos serviços notariais e de registro;

II – exercer a incumbência prevista no art. 2º da Lei Federal nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

III – processar e julgar as ações relativas a usucapião.

Sendo o nome mera informação registral, a competência para analisar e julgar ações exclusivamente de retificação de nome civil seria indiscutivelmente da Vara de Registros Públicos. Entretanto, a competência para o processamento das ações de retificação de gênero no caso de travestis e transexuais era o cerne das discussões jurisprudenciais.

Aqueles que defendiam a competência da Vara de Registros Públicos se debruçaram sobre a previsão do art. 54 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), que estabelece, dentre outros requisitos, que o assentamento do nascimento deverá conter o “sexo” do registrando, seu nome e prenome. Nessa lógica, o gênero seria visto como mais um elemento integrante do registro civil das pessoas naturais, sendo a alteração registral, com base no princípio da publicidade, apenas a forma de tornar conhecida por terceiros a já existente e consolidada situação jurídica do registrando no plano fático-social.

Por sua vez, a maioria que entendia pela competência da Vara de Família afirmava que o gênero não tem caráter apenas registral, na medida em que está atrelado ao “estado da pessoa”, conforme previsão do art. 60 da supracitada lei. Isso porque a alteração do gênero demandaria, em tese, modificação ou constituição de um novo estado.

Dessa forma, a determinação da competência à luz de referidos casos perpassava necessariamente pela pergunta: “gênero é ou não uma questão de estado?”. Conforme conceituação de Silvio Venosa, ações de estado são aquelas que têm por finalidade “criar, modificar ou extinguir um estado, conferindo um novo a pessoa, como, por exemplo, a ação de separação judicial entre cônjuges, a ação de divórcio etc”.⁷ A partir de uma interpretação mais elucidativa, ações de estado seriam aquelas relacionadas a uma esfera individual e privada do indivíduo, em que o Estado deve intervir ou tutelar, em prol da segurança jurídica e do bem-estar social.

À luz dos casos em questão, a segurança jurídica era usada para fundamentar a premissa de que as retificações civis de gênero de transexuais e travestis poderiam promover, em situações futuras, consequências jurídicas inalteráveis, como lesões a terceiros – até mesmo familiares –, oriundas de relações fraudulentas e/ou pautadas em erro. A título de exemplificação, cita-se a seguinte decisão:

Nessa ordem de ideias, caso venha ser acolhida a pretensão deduzida pelo apelante, por certo que esse fato poderá trazer sérios e graves transtornos a toda a sociedade, ou ao menos a parte dela. É que, por exemplo, seria possível ao apelante, até mesmo, contrair núpcias com alguém que desconhecesse a sua realidade, e que, então, poderia ser enganado porque o apelante jamais poderá gerar filhos, já que, do ponto de vista genético, é masculino e não feminino.⁸

Resta claro, portanto, que referido argumento se pautava em resultados hipotéticos, que ocorreriam, portanto, em um tempo futuro e incerto. Isso provocava um efeito inequívoco: o “deslocamento do objetivo central de se reconhecer a identidade de gênero reivindicada naquele

⁷ VENOSA, 2013, p. 170.

⁸TJMG, 2010.

momento pelo(a) requerente tran-sexual, para uma ocorrência futura cuja certeza é apresentada como inquestionável",⁹ mas que não o é.

Em suma, tal argumento, por se pautar em consequências meramente hipotéticas, não serve de fundamentação jurídica para fixar a competência para processamento de ações de retificação de gênero de pessoas trans na Vara de Família.

Nessa seara, pode-se afirmar, ainda, que:

A tutela [judicial] das transidentidades [...] se revela enquanto violação da privacidade e da intimidade pessoal. Não há real chancela de direitos ou busca da manutenção e seguridade da ordem pública, mas ingerência na esfera privada e na definição do que é ser “transexual de verdade”. Isso porque, em diversos julgados que defendem a declinação de competência para ou a competência absoluta da Vara de Família, preo-cupa-se mais com a repercussão daquela alteração na sociedade do que com a sua imprescindibilidade do ponto de vista do reconhecimento das experiências travestis e transexuais. Nesse sentido, **a mitigação da autonomia e do direito à identidade de gênero contribui [para] reiterar uma concepção patologizante da transexualidade, segundo a qual a autodeterminação deve ser relativizada e tutelada em prol da segurança jurídica** (grifos nossos).¹⁰

A partir da reprodução dessa visão patologizante, importa salientar que esse entendimento majoritário, que estabelecia a Vara de Família como competente para julgar as ações de retificação de gênero de pessoas trans, provocou o desenvolvimento de práticas judiciais capazes de institucionalizar graves violações ao direito à identidade de gênero.¹¹

Com o fim de exemplificar tais violações frequentes, descreve-se brevemente caso, acompanhado pela CdH/UFG e DAJ, de ação de retificação de nome e gênero de mulher transexual, ajuizada conjuntamente na Vara de Registros Públicos.

Em razão de a ação dizer respeito, pelo menos em parte, a questão de estado, o juízo declinou a competência para a Vara de Família. No âmbito de referida Vara, foi deferido pedido de produção de provas documentais e testemunhais, sendo determinada, ainda, prova pericial médica, “para verificar a condição fisiológica declarada pela parte autora”. Apesar de se tratar de mulher transexual, foi designado um médico como perito, que, além de desrespeitar o nome social da requerente durante o atendimento, realizou exames introduzindo um funil no canal vaginal da autora, no intuito de identificar seu diâmetro e espessura.

A designação de perícia, em decisão do ano de 2017, e a própria perícia, além de estarem em dissonância com o contexto jurídico no qual estão inseridas, em que a cirurgia de redesignação sexual não era mais vista como condição para a retificação de gênero de pessoas

⁹ LIMA, 2015, p. 141.

¹⁰ NICÁCIO, BASTOS, VIDAL, 2017.

¹¹ O reconhecimento das identidades de gênero no Brasil deve ser compreendido enquanto direito fundamental, consubstanciado nos valores de dignidade da pessoa humana, liberdade, autonomia e igualdade, e também direito humano, a partir da leitura de diversos instrumentos e decisões de tribunais internacionais de direitos humanos.

trans,¹² se configuram claramente como graves violações a direitos previstos constitucional e internacionalmente, como os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que têm caráter de supralegalidade.¹³ Em tais casos, princípios como autonomia e liberdade são completamente esvaziados de sentido, e o certo e errado "para a pessoa transexual são determinados pela norma médica institucional, respaldada pela norma legal, e não pelo próprio sujeito".¹⁴

Nesse contexto de violações e, no âmbito de seus casos individuais, a CdH/UFGM, juntamente com a DAJ, utilizou-se da litigância estratégica¹⁵ para ajuizamento das ações de retificação, de modo a alcançar resultados capazes de mudar paradigmas na proteção de direitos da população trans e beneficiar o maior número de jurisdicionados possível.

Assim, para efetivamente garantir o direito à identidade de gênero, optou-se, em primeiro lugar, pelo ajuizamento da ação de retificação de nome, endereçada à Vara de Registros Públicos. Somente após julgamento procedente da referida ação, seria proposta a ação de retificação de gênero. Partia-se do pressuposto de que a prévia retificação do nome, deferida no âmbito da Vara de Registros Públicos, levaria ao deferimento da retificação do gênero também na Vara de Registros Públicos, devido à conexão entre as ações, conforme conceito previsto no art. 55 do Código de Processo Civil de 2015.¹⁶

As ações ajuizadas seguindo essa estratégia foram exitosas, restando demonstrado, portanto, que a competência para o processamento dessas ações deve ser a Vara de Registro Públicos. Afinal, a indicação do gênero no registro civil ocorre da mesma forma e simultaneamente à do nome, além do fato de a mudança de gênero de uma pessoa trans se tratar de reconhecimento de uma realidade já existente, ao contrário das ações na Vara de Família, que visam a alterar a realidade fática (como a ação de investigação de paternidade).

¹² Tal entendimento era utilizado, na época, com base nos enunciados da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2014, especificamente os enunciados 42 e 43 que respaldam o entendimento da desnecessidade de cirurgia para alteração dos registros civis.

¹³ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), ou Pacto de San José da Costa Rica, integrada ao direito interno por meio do Decreto 678/92, prevê, em seu art. 11, que todas as pessoas têm direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade, de modo que o Estado deve se abster de condutas arbitrárias ou abusivas na vida privada de seus jurisdicionados. Afasta-se, aqui, a exigência da realização de intervenções cirúrgicas como requisito essencial de reconhecimento de direitos fundamentais.

¹⁴ VENTURA, 2010, p. 112.

¹⁵ "A ideia deriva de método típico da Administração, o chamado "planejamento estratégico", que considera as mais diversas variáveis quando da elaboração de um plano. De forma semelhante, portanto, a litigância estratégica incentiva a consideração dessas variáveis quando do tratamento de um litígio" (ALEIXO; AMARAL; THIBAU, 2017).

¹⁶ Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

Nesse sentido, a partir da advocacia estratégica,¹⁷ a Clínica de Direitos Humanos, em âmbito regional, apresentou recomendação ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), pontuando considerações sobre o porquê de a Vara de Registros Públicos ser a competente para julgar as ações de retificação de gênero, em conexão com a ação de retificação de nome.

Em âmbito nacional, por sua vez, visando superar a já mencionada concepção patologizante das experiências de pessoas trans, foi também apresentado *amicus curiae*¹⁸ endereçado ao Supremo Tribunal Federal (STF), em sede do Recurso Extraordinário nº 670.422, que versava sobre a possibilidade ou não de alteração de nome e gênero de pessoas transexuais sem prévia realização de cirurgia de redesignação sexual. As discussões levantadas no âmbito desse recurso foram essenciais para o posterior julgamento da ADI 4275, a qual será tratada mais detalhadamente a seguir.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4275: CONQUISTAS E DESAFIOS

Contra todas as expectativas, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 1º de março de 2018, proferiu decisão histórica para o avanço dos direitos das pessoas trans, permitindo-lhes a alteração de nome e de gênero no assento de registro civil, independentemente da realização de procedimento de transgenitalização. Referida decisão se deu no bojo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), a fim de que fosse dada interpretação conforme à Constituição ao artigo 58¹⁹ da Lei 6.015, de 1973, no sentido de ser possível a alteração de prenome e gênero no registro civil mediante averbação no registro original, sem a exigência de procedimento cirúrgico.

A desnecessidade de cirurgia, laudos ou hormonização para a retificação de nome e de gênero, aliada à possibilidade de fazê-lo em cartório, estando dispensada qualquer decisão judicial, representa um avanço significativo ante o histórico de abusos judiciais que se apresentou alhures.

¹⁷ Metodologia em que intervenções em processos de elaboração normativa, dentre outros, são essenciais para a modificação de uma conduta estatal desde o seu cerne, com vistas à aprovação de normativas mais condizentes com parâmetros de proteção e promoção dos direitos humanos (ALEIXO; AMARAL; THIBAU, 2017).

¹⁸ A expressão refere-se à função exercida por quem, não sendo parte no processo, solicita autorização ou é convocado pelo tribunal para apresentar argumentos fáticos e jurídicos relevantes à discussão do caso, com a intenção de ampliar a visão da corte e subsidiar decisão mais justa do julgador. (BUENO, 2012).

¹⁹ “Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998)(Vide ADIN Nº 4.275) Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público”.

Com a ADI 4275, desenhava-se, pois, um cenário um pouco mais promissor na luta pelo direito à identidade de gênero. Ocorre, no entanto, que, a despeito das auspiciosas conquistas que enunciava a decisão, no que concerne à retificação de nome e gênero, poucas foram as mudanças efetivadas nos três meses que sucederam ao julgamento.

Sabe-se que alguns cartórios passaram a realizar a alteração no assento do registro civil tão logo foi proferida a decisão do STF, notadamente no Estado da Bahia. Tem-se ainda notícia de que alguns Estados formularam, por vias diversas, a regulamentação do procedimento para retificação de nome e gênero, como se deu em São Paulo, Rio Grande do Sul, Pará e Rio Grande do Norte.²⁰ Segundo relato de um assistido da CdH/UFMG e da DAJ, que teve o gênero retificado em cartório, em Minas Gerais, o Registro Civil Durval de Barros, em Ibirité, cidade onde nasceu, estava realizando o procedimento mediante exigência de dois documentos de identificação com foto e o preenchimento de um requerimento com firma reconhecida. Já em Belo Horizonte, nenhum dos cinco cartórios de registro civil estava efetivando a retificação, ora sob o argumento de que estavam aguardando a publicação do acórdão da ADI 4275, ora sob a alegação de que não poderiam fazê-lo sem regulamentação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ou do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

O certo é que, não obstante o alcance nacional da decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a efetivação do procedimento de retificação de nome e gênero para pessoas trans restou paralisada, dependente de vontades e preconceitos locais. Atribui-se a isso, primeiramente, a morosidade na publicação do acórdão, que até o presente momento não foi realizada²¹, mesmo sendo de 60 dias o prazo para publicação, conforme determina o regimento interno do STF. A esse respeito, importante o estudo “O Supremo e o Tempo”,²² realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), no qual se verificou que o tempo médio para a publicação dos acórdãos proferidos em ADIs é de 367,6 dias. Embora o referido relatório demande atualização, é inquestionável, ainda hoje, a lentidão na publicação e os prejuízos dela advindos, sendo certo que a garantia da prestação judicial em tempo razoável alcança igualmente as ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Se por um lado a decisão na ADI 4275 vai no sentido de se reconhecer e efetivar os direitos das pessoas travestis e transexuais, por outro lado, a ausência de regulamentação leva à perpetuação da violência simbólica e jurídica contida na negação do direito à identidade de

²⁰ Para leitura completa das notícias, verificar, respectivamente: ARPEN-SP, 2018; G1 RS, 2018; ANTRA, 2018be ANTRA, 2018c.

²¹ Artigo submetido à publicação em 20 de julho de 2018.

²² CHAVES; FALCÃO; HARTMANN, 2014.

gênero, o que contribui para o cenário maior de exclusão e violências que circunda a experiência social da travestilidade e da transexualidade no Brasil.²³

Diante disso, o CNJ, em sede de Pedido de Providências formulado pela Defensoria Pública da União, a fim de que fosse expedida orientação aos cartórios de registro de todo o país para a retificação do registro de nome e gênero de pessoas travestis e transexuais, elaborou, em abril de 2018, uma proposta de regulamentação. Referido documento, no entanto, ia de encontro não só ao que foi decidido no âmbito da ADI 4275, mas violava igualmente múltiplas obrigações internacionais assumidas pelo Estado Brasileiro.

Por esse motivo, a Clínica de Direitos Humanos da UFMG protocolou, em 16 de maio de 2018, petição na condição de *amicus curie* em referido processo de pedido de providências, indicando os pontos da Resolução do CNJ que não possuíam amparo jurídico e, por conseguinte, não deveriam subsistir, bem como afirmando seu entendimento de que deveria ser adotada a proposta de regulamentação construída em audiência pública promovida pela Defensoria Pública da União em 07 de maio de 2018. Na petição, foram enfrentados seis pontos flagrantemente problemáticos da Resolução do CNJ, os quais serão sintetizados nos parágrafos seguintes.

Primeiramente, entende-se patologizante a proposta de redação do Conselho Nacional de Justiça, ao estabelecer como necessários laudo médico e parecer psicológico “atestando” a transexualidade/travestilidade do requerente, bem como laudo médico que comprove a realização de cirurgia de redesignação sexual “com o fim de conferir segurança ao procedimento”. Essa exigência afronta a decisão do Supremo que determinou, por unanimidade, que não será necessária qualquer intervenção cirúrgica para a alteração registral de pessoas trans e, por maioria, que não serão exigidos laudos ou pareceres médicos e/ou psicológicos.²⁴

Conforme pontuado anteriormente, o procedimento de retificação é forma de expressão da identidade e, como tal, deve depender única e exclusivamente da vontade do requerente. Nessa toada, o voto condutor da ADI 4275, proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio Mello, foi expresso no sentido de que a alteração do prenome e gênero no assento de registro civil não pode ser obstado por exigências outras que o consentimento livre e informado do solicitante. Por esse motivo, é descabido o condicionamento da retificação à ausência de ações em andamento ou pendências de natureza cível ou criminal, tal qual proposto pelo artigo 4, §6, da Resolução do CNJ.

²³CDH/UFMG, 2018.

²⁴CDH/UFMG, 2018.

Na mesma lógica, há de se convir que, aos cartórios, cabe “tão somente o reconhecimento de uma realidade que lhes é externa, mediante o preenchimento dos requisitos formais, e jamais o juízo de valor acerca do *animus* do solicitante”.²⁵ O artigo 6º²⁶ da proposta confere ao agente cartorário a prerrogativa de valorar o desejo do requerente, indo de encontro não apenas à decisão do STF, mas também à presunção de boa-fé, à escusa de uma pretensa salvaguarda da segurança jurídica. Referido dispositivo torna discricionário e subjetivo um ato que deve estar condicionado exclusivamente ao preenchimento de requisitos formais, deixando o requerente exposto a toda sorte de preconceitos e discriminações, abrindo uma brecha para tornar judicial um procedimento concebido para ser administrativo.

Além dos referidos pontos, entende-se ainda problemática a possibilidade trazida pelo artigo 7º e seu Parágrafo Único²⁷ da redação proposta pelo CNJ, de acesso físico ou eletrônico aos documentos que devem ser apresentados para que se proceda à retificação. Isso porque os referidos documentos estão em desconformidade com a identidade de gênero auto-identificada, constituindo, portanto, violação ao direito à intimidade, à honra e a vida privada.²⁸ Entende-se que todo o procedimento, enquanto exercício de um direito personalíssimo, deve ser feito de maneira sigilosa, resguardando o requerente de exposições e preconceitos futuros.

Cabe ainda a análise de dois pontos cruciais ao exercício do direito à identidade, quais sejam, a gratuidade e a celeridade do procedimento de retificação. Nesse sentido, é certo que, embora a alteração do prenome e/ou gênero nos assentos de nascimento de travestis e transexuais se opere por meio de averbação (art. 29, I, F, da Lei no 6.015/1973), se assemelha ao registro originário de nascimento, uma vez que tal documento promove a conciliação entre uma realidade existencial e uma situação jurídica, a partir da qual se possibilita originariamente o exercício ao direito à identidade.²⁹ Por esse motivo, é essencial que seja feito gratuitamente, nos moldes garantidos ao registro civil de nascimento e óbito, de modo a viabilizar e não restringir o exercício do direito à identidade.

Além disso, frisa-se que, ante a essencialidade do direito ao nome, como expressão primeira da identidade e requisito básico ao exercício de direitos, essencial a celeridade do

²⁵ CDH/UFGM, 2018.

²⁶ Assim dispõe o artigo 6º: “Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação quanto ao desejo real da pessoa requerente, o registrador fundamentará a **recusa** e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local” (grifo nosso).

²⁷ Assim dispõe a proposta do CNJ: “Art. 7º Todos os documentos referidos no art. 4º deste provimento deverão permanecer arquivados de forma física ou eletrônica, tanto no ofício em que foi lavrado originalmente o registro civil, como no ofício em que se lavrou a alteração, se diverso do assento original. Parágrafo único. O registrador deverá manter índice em papel e/ou eletrônico de forma que permita a localização do registro tanto pelo nome originariamente registrado quanto pelo nome alterado”.

²⁸ CDH/UFGM, 2018.

²⁹ CDH/UFGM, 2018.

procedimento de retificação, compreendidos aqui não somente no tocante à alteração no assento do registro civil, mas também à emissão de todos os documentos de identificação do requerente que requeiram a atualização do registro retificado.

Por fim, questiona-se o artigo 8º da Resolução proposta pelo CNJ, cuja redação faculta aos descendentes a submissão de seus registros de nascimento à alteração realizada pelo solicitante. É certo que a retificação do nome e do gênero no assento do registro civil vem apenas reconhecer uma realidade fática, mas é necessário o registro documental dessa alteração, que não pode se restringir aos documentos do requerente, mas deve alcançar também os de seus descendentes, sob o risco de haver divergências registrais, bem como de se violar o exercício da identidade de gênero ao condicioná-lo à anuência de terceiros.

4 E AGORA, PODEMOS FALAR EM DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO?

A indeterminação sobre o procedimento necessário para a alteração de nome e gênero de pessoas trans perdurou por três meses, período em que vários cartórios da capital se negavam a realizar o procedimento, com as escusas diversas, como mencionado em tópico anterior. Diante desse impasse, surgiram alguns movimentos para pautar o tom da regulamentação em questão nos cartórios, para além do supracitado Pedido de Providências formulado pela Defensoria Pública da União. Como exemplo, em âmbito nacional, o movimento de maior destaque foi feito pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), que iniciou uma campanha³⁰ denominada *#meunomeimporta*, para expor as dificuldades que travestis e transexuais estavam enfrentando para ter seu direito efetivado. A campanha foi um exemplo de mobilização política para fazer valer da melhor forma possível o que foi decidido no Supremo e mostrar a importância de uma regulamentação que não impedisse o exercício de um direito supostamente já garantido.

No dia 29 de junho de 2018, finalmente, o CNJ regulamentou o procedimento de alteração de nome e gênero nos documentos de pessoas trans. A regulamentação veio pelo provimento nº 73³¹ e se baseou não apenas na decisão do STF, do último 1º de março, como igualmente, e sobretudo, pela disputa protagonizada pelos movimentos sociais acerca dos sentidos em torno do exercício “oficial” da identidade de gênero.

³⁰ ANTRA, 2018a.

³¹ O inteiro teor do provimento foi disponibilizado por ANOREG-SP, 2018.

A elaboração do provimento, na esteira dos tratados internacionais,³² teve como plano de fundo a estreita observância ao princípio da autodeterminação, que preconiza a supremacia do sentimento que o indivíduo possui de si mesmo; em outras palavras, a aplicação radical desse princípio implica no reconhecimento da capacidade que tem o sujeito de se autodeterminar, exercer o direito de decidir os rumos de sua própria vida e desenvolver sua personalidade livremente.³³ A autonomia está ligada ao exercício de suas vontades e faculdades de maneira empoderada e emancipada, sem ingerências arbitrárias do Estado ou da sociedade. Tais decisões abrangem, sem dúvida, o desenvolvimento pessoal do gênero com o qual o indivíduo se identifica.

Segundo o provimento, as pessoas trans maiores de 18 anos interessadas em alterar o seu nome e gênero poderão realizar o procedimento diretamente nos cartórios de Registro Civil, mediante declaração de vontade. Assim dispõe a redação final:

Art. 4º O procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar, perante o registrador do RCPN, a vontade de proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos.

A averbação, ainda, poderá ser feita em cartório diverso do que foi lavrado o assento de nascimento inicial (art. 3º). Referida previsão representa, particularmente, um grande avanço para a efetivação de direitos das pessoas trans, tendo em vista a constante migração que essas pessoas, na maioria dos casos, fazem ao longo da vida. Segundo pesquisa³⁴ feita pelo Núcleo de Direitos Humanos da UFMG (NUH), em média, apenas 3,60% das pessoas trans residem na mesma cidade desde o seu nascimento. No caso das travestis e mulheres transexuais, o alto índice de migração, sobretudo nos centros urbanos, se relaciona com o próprio mercado sexual.³⁵

Como requisito para a realização da alteração, é necessária a apresentação de 17 (dezessete) documentos (§6, art 4º), sendo eles: certidão de nascimento, comprovante de endereço, múltiplas certidões de quitação com a justiça, cópia de RG, CPF, dentre outros. A falta de algum dos documentos listados impede o procedimento. Ainda, deverão ser

³²CORTE IDH., 2017, par. 87.

³³ CDH/UFMG, 2016.

³⁴ A pesquisa, inédita no Brasil, foi feita com travestis e transexuais de Belo Horizonte e região metropolitana e buscou traçar um perfil socioeconômico dessa população. Em relação aos dados de migração, tem-se, ainda que 17,27% das travestis e transexuais residiam há menos de um mês; 24,46% estavam de um mês até seis meses na cidade; 8,63% estavam de seis meses até um ano; 8,63% estavam de um ano até três anos; 11,51% de três anos até dez anos; 12,23% estavam de dez anos até vinte anos na cidade; e 13,67% (19) estavam há mais de vinte anos (NUH, 2018).

³⁵NUH, 2015.

apresentadas certidões de protestos, mas a presença de eventuais débitos não obsta a realização da alteração (§9, art 4º).

A despeito do caráter inovador do provimento, consideramos que existem algumas "brechas" em sua redação, que podem representar óbice para a sua devida efetivação. O ponto de maior polêmica encontra-se disposto no §7 do art. 4º:

§ 7º Além dos documentos listados no parágrafo anterior, é facultado à pessoa requerente juntar ao requerimento, para instrução do procedimento previsto no presente provimento, os seguintes documentos:

I – laudo médico que ateste a transexualidade/travestilidade;

II – parecer psicológico que ateste a transexualidade/travestilidade;

III – laudo médico que ateste a realização de cirurgia de redesignação de sexo.

A mera menção a tais documentos, ainda que, à primeira vista, em caráter facultativo, se relaciona diretamente com o histórico dessa experiência à luz de disciplinas como a Psicologia, Psiquiatria e Psicanálise (“categorias psi”). Como essas ciências são vistas pelo senso comum como saberes neutros – como a medicina, já mencionada anteriormente - e capazes de descrever a natureza como ela é, tais disciplinas não somente contribuíram para a patologização da transexualidade, como também possibilitam a construção de um conceito fixo de transexualidade, “uma identidade transexual universal”.³⁶

Em relação a isso, Berenice Bento problematiza a generalização da experiência da transexualidade proposta pelo conceito, já que esta não leva em consideração as subjetividades dos próprios sujeitos e de suas narrativas:

O saber médico, ao dizer “transexual”, está citando uma concepção muito específica do que seja um/a transexual. Esse saber médico apaga a legitimidade da pluralidade, uma vez que põe em funcionamento um conjunto de regras consubstanciado nos protocolos, que visa a encontrar o/a “verdadeiro/a transexual”. O ato de nomear o sujeito transexual implica pressuposições e suposições sobre os atos apropriados e não-apropriados que os/as transexuais devem atualizar em suas práticas.³⁷

Não é por outro motivo que até 2018 a transexualidade "era" considerada uma patologia, isto é, perdurava o entendimento de que ser transexual constitui um distúrbio que necessitava de tratamento para se “restaurar a normalidade”. Referida concepção constituiu historicamente um obstáculo à efetivação de direitos dessa população, tendo em vista o constante questionamento sobre a sanidade e vontade "real" dessas pessoas como condição para acessar os direitos mais básicos, sendo o mais fulcral exemplo dessa reverberação interdisciplinar no campo jurídico.

³⁶ARÁN; MURTA; LIONÇO, 2008.

³⁷BENTO, 2006, p. 47.

Tem-se que a menção a tais documentos no provimento vai na contramão da própria concepção da Organização Mundial de Saúde (OMS),³⁸ e, sobretudo, do que fora decidido pelo próprio STF. Nos parece, portanto, que não patologizar as experiências transexuais é incoerente com a previsão de que tais pessoas podem apresentar laudos, se quiserem. Referida menção poderá causar, no mínimo, confusões na hora do registro.

Outro ponto frágil que cabe destacar diz respeito à possibilidade de o registrador recusar o pedido. Assim dispõe o art.6º do provimento: “suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação quanto ao desejo real da pessoa requerente, o registrador do RCPN fundamentará a recusa e encaminhará o pedido ao juiz corregedor permanente”.

Apesar de considerarmos razoável tal previsão, não podemos deixar de pontuar que o percurso histórico de vivência das pessoas trans aponta para as diversas vicissitudes e violências a que tais pessoas são submetidas cotidianamente. A permanente dúvida quanto às suas experiências de gênero, relativas a um certo "desejo real" de expressão de gênero, é constante no trato das instituições com essas pessoas. Tal situação poderá ensejar, por exemplo, a negativa de alteração de nome de um homem transexual que não seja masculino o "suficiente", e vice e versa. Ora, será que a convicção do registrado do RCPN acerca do que é "mulher" e "homem" não será fundada na convenção social de gênero? E essa convenção, pautada em estereótipos do que vem a ser o feminino e o masculino, não ensejará normatizações e impedimentos na efetivação desse direito?

5 CONCLUSÃO

A leitura sistemática do disposto no provimento nº 73 do CNJ, relativo à alteração de nome e gênero de pessoas travestis e transexuais, nos permite concluir que a sua elaboração e entrada em vigor representa, a longo prazo, um avanço significativo no acesso a direitos de parcelas da população até então privadas do próprio nome.

A falta de conhecimento e discriminação relativa à experiência dessas pessoas por parte das instituições que compõem o sistema de justiça, contudo, evidencia que devemos acompanhar esse trâmite com cautela, lembrando cotidianamente o histórico de violações perpetradas no âmbito do Poder Judiciário, no período em que se imputava necessário o ajuizamento de ações judiciais para referida retificação de assentamento no Registro Civil.

³⁸ Para uma incursão no tema, SEXUALITY POLICY WATCH, 2018.

Tem-se que a retificação documental, sem dúvidas, proporciona a materialização do direito à identidade de gênero, mas os desafios para a prática jurídica na lida diária com esses casos foram apenas atualizados.

O empenho e a atuação litigante de forma estratégica por parte das assessorias e clínicas jurídicas universitárias, nesse contexto, torna-se extremamente relevante. Não apenas pelo potencial de movimentação crítico em instâncias múltiplas de justiça, mas também, e, sobretudo, pela contribuição na formação prática de alunos e futuros profissionais do direito, no intuito de torná-los capazes para solucionar problemas jurídicos a partir da análise transdisciplinar da realidade social e da identificação de violações de direitos humanos e fundamentais, formação essa que se configura como um dos pilares essenciais à revolução democrática da justiça.³⁹

Referências

ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Provimento nº 73 do CNJ regulamenta a alteração de nome e sexo no Registro Civil*. 2018. Disponível em: <<https://www.anoregsp.org.br/noticias/32433/provimento-n-73-do-cnj-regulamenta-a-alteracao-de-nome-e-sexo-no-registro-civil>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ANTRA). *Campanha Meu Nome Importa*. 2018a. Disponível em: <<https://antrabrasil.org/2018/04/29/campanha-antra-meu-nome-importa/>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ANTRA). *Decisão do STF regulamentada no Pará*. 2018b. Disponível em: <<https://antrabrasil.org/2018/06/12/decisao-do-stf-regulamentada-no-para/>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ANTRA). *Rio Grande do Norte regulamenta decisão do STF*. 2018b. <<https://antrabrasil.org/2018/05/28/rio-grande-do-norte-regulamenta-decisao-do-stf/>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela; LIONÇO, Tatiana. Transexualidade e saúde pública no Brasil. *Ciência saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n.4, ago., 2009.

ALEIXO, Letícia; AMARAL, Lorena; THIBAU, Tereza. Ferramentas “clínicas” na advocacia estratégica em direitos humanos. In: DRUMMOND, Amanda Naves; ALEIXO, Letícia Soares Peixoto (orgs.). *Clínicas de direitos humanos e ensino jurídico no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. Cap. 3.

ASSOCIAÇÃO DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO (ARPEN-SP). *Provimento da CGJ/SP Normatiza Alteração de Nome e Sexo no Registro Civil*. 2018. Disponível em:

³⁹SANTOS, 2008.

<<http://www.arpensp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw%3D%3D&in=Njc3NDA%3D#.WwNGX42x2tQ.facebook>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BASTOS, Sophia; VIDAL, Júlia Silva. STF e direito à identidade de gênero: fragilidades, disputas e projeções em um campo incerto. Manuscrito, 2018.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CdH/UFGM, Clínica de Direitos Humanos da UFGM. *Amicus curiae*, Recurso Extraordinário nº 670.422/RS. 2016. Disponível em: <www.clinicadhufmg.com>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CdH/UFGM, Clínica de Direitos Humanos da UFGM. *Amicus curiae*, Pedido de providências nº 0005184-05.2016.2.00.0000. 2018. Disponível em: <www.clinicadhufmg.com>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CHAVES, Vitor P.; FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Alberto. *III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). *Opinión Consultiva OC-24/17*, de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018.

G1 RS. *Norma oficial para alterar nome e sexo de transgêneros nos documentos passa a valer no RS*. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/norma-oficial-para-alterar-nome-e-sexo-de-transgeneros-nos-documentos-passa-a-valer-no-rs.ghtml>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

LIMA, Luiza Ferreira. *A “verdade” produzida nos autos: uma análise de decisões judiciais sobre retificação de registro civil de pessoas transexuais em Tribunais brasileiros*. 2015. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós Graduação em Antropologia Social, São Paulo.

NICÁCIO, Camila; BASTOS, Sophia.; VIDAL, Júlia Silva. Transexualidade e Litigância Estratégica em Direitos Humanos. In: DRUMMOND, Amanda Naves; ALEIXO, Letícia Soares Peixoto (orgs.). *Clínicas de direitos humanos e ensino jurídico no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. Cap. 6.

NUH. *Direitos e violência na experiência de travestis e transexuais na cidade de Belo Horizonte: construção de um perfil social em diálogo com a população*, 2015. Disponível em: <http://www.nuhufmg.com.br/gde_ufmg/index.php/projeto-trans>. Acesso em: 12 jul. 2018.

NUH. *Gráfico 15 – Percentual do Tempo de Moradia das Participantes na Cidade Declarada na Entrevista*. [2018]. Disponível em: <http://www.nuhufmg.com.br/gde_ufmg/index.php/resultados/moradia-migracao/graf15>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2008.

SEXUALITY POLICY WATCH. *OMS deixa de designer a transexualidade como doença*. 2018. Disponível em: <<https://sxpolitics.org/ptbr/oms-deixa-de-designar-a-transexualidade-como-doenca/8564>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4275*. Voto do Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4275*. Voto do Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/ADI4_275VotoEF.pdf>. Acesso em> 12 jul. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (TJMG). *Apelação Cível nº 1.0024.09.672096-6/001*. Relator: Alvim Soares. Julgamento em: 27 abr. 2010. Publicação em: 18 jun. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, Parte Geral. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENTURA, Miriam. *A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2010.

NOVOS CONTORNOS DA TEORIA DA CAUSA MADURA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO¹

NEW CONTEXTS OF THE CAUSA MADURA THEORY IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE: ITS IMPACT IN THE LABORPROCEDURAL LAW

Luiz Ronan Neves Koury²

Resumo

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 trouxe nova abrangência para a teoria da causa madura, cuja aplicação no Direito Processual do Trabalho já se destaca na tradição interpretativa.

Palavras-chave: Código de Processo Civil/2015. Teoria da causa madura. Direito Processual do Trabalho.

Abstract

The Brazilian Code of Civil Procedure of 2015 brought new scope to the *causa madura* theory, whose application in the Labor Procedural Law already stands out in the interpretative tradition.

Keywords: Brazilian Code of Civil Procedure/2015. *Causa Madura* theory. Labor procedural law.

¹ Artigo inédito. Enviado em: 16 ago. 2018.

² Desembargador Aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos. *E-mail:* ronankoury@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A teoria da causa madura ganhou notável abrangência com o Código de Processo Civil vigente, superando a regulamentação legal anterior, em que apenas tinha aplicação na hipótese de extinção do processo sem apreciação do mérito, como previsto no artigo 515, §3º, do CPC/73.

A causa madura, como teoria, segue em permanente processo evolutivo em termos de tratamento legal, ou seja, nasceu como uma exceção ao efeito devolutivo previsto no *caput* do art. 515 do CPC/73 para se tornar verdadeira técnica de efetivo acesso à justiça e meio para se atingir o desejado prazo razoável de duração do processo.

Como representou verdadeira mudança de paradigma em relação ao efeito devolutivo, a resistência em sua aplicação, até hoje presente, revelou-se bem acentuada apesar de toda evolução existente em sua previsão legal.

Tem o objetivo de dar efetividade ao processo sem retornos desnecessários às fases anteriores, o que está em compasso com o chamado sentimento constitucional, que deve se disseminar por todos os ramos do direito e, em especial, no processo.

É tema representativo do permanente diálogo do processo civil com o direito constitucional na medida em que procura concretizar os seus princípios em tema processual, com a busca incessante da celeridade, sem incidir em contrariedade ao devido processo legal.

A sua aplicação ganha reforço com a previsão contida nas normas fundamentais do Código de Processo Civil (art. 4º), no sentido de que se deve sempre chegar a uma decisão de mérito para garantir a satisfatividade da pretensão.

É uma firme opção do legislador, na medida em que retrata o espírito da exposição de motivos do CPC vigente na busca por um processo de resultados, o que se traduz na exigência da utilização de todas as técnicas e/ou procedimentos para se atender à promessa de efetividade da jurisdição.

Dentro da coerência que o legislador processual se impôs, fica evidente que as normas fundamentais, a par de estabelecerem o necessário diálogo com os princípios processuais inscritos na Constituição da República, também fixaram as diretrizes a serem observadas nos demais dispositivos do Código de Processo Civil, a exemplo dos artigos que serão mencionados ao longo deste trabalho.

No dispositivo específico, que trata da teoria da causa madura (art. 1013, §3º, do CPC), estão delineadas as hipóteses de aplicação, com aperfeiçoamento em relação à previsão anterior no tocante à sua limitação à extinção do processo sem resolução do mérito como

também a novidade de sua imposição ao órgão jurisdicional, o que fica evidenciado com a utilização do verbo "deve".

As demais hipóteses previstas nos incisos do referido dispositivo legal guardam uma lógica que justifica a aplicação da teoria da causa madura, além de fixar o embasamento jurídico para sua utilização.

Prevê também, no § 4º do art. 1013 do CPC, hipótese defendida pela doutrina no exame do art. 515, §3º, do CPC/73, como passível de aplicação sob a sua égide, ao argumento de que o legislador disse menos do que desejava dizer ao interpretar a própria finalidade da norma por ele construída.

Apesar de toda a sua evolução, a teoria da causa madura tem pouca aplicação prática, muito menos por argumentos contrários à sua utilização e muito mais por questões de ordem prática, dado o volume de processos que assoberbam os Tribunais.

É como se os Tribunais fixassem uma espécie de jurisprudência defensiva ao adotar o entendimento de que há ofensa ao duplo grau de jurisdição quando não se determina o retorno do processo à 1ª instância.

Toda essa resistência não tem qualquer substrato jurídico que possa se opor à construção teórica realizada em torno da causa madura, pois o duplo grau de jurisdição não é obrigatório e sequer tem previsão constitucional.

O respaldo constitucional da referida teoria, reforçado também pela previsão infraconstitucional contida no Código de Processo Civil, são mais do que suficientes para não encontrar impedimento em argumentos muito mais pragmáticos do que propriamente jurídicos.

Como exercício de argumentação se poderia dizer que, com a ênfase dada pelo legislador processual ao contraditório, a teoria da causa madura não poderia mais prevalecer. Ocorre que o contraditório está presente em todos os momentos de tramitação do processo, de seu início e até por ocasião da aplicação da referida teoria.

É que o pressuposto da teoria da causa madura é de que no 1º grau todas as questões já teriam sido discutidas e as provas também já deveriam estar produzidas. Quando se fala da necessidade do contraditório, é de que tenha havido discussão sobre os vários temas e não decisão sobre eles. Evidentemente que, com a chegada do recurso ao Tribunal, todos os temas do recurso já foram objeto de manifestação das partes.

No Direito Processual do Trabalho, não há dúvida quanto à aplicação da teoria da causa madura em razão também dos princípios constitucionais e da aplicação supletiva/subsidiária do Código de Processo Civil.

A própria construção principiológica do processo do trabalho, agregada ao contexto de sua atuação na instrumentalização do direito do trabalho, bem como a estruturação de seu procedimento, impõem a aplicação da teoria causa da madura em seus âmbitos.

Neste aspecto, é importante fazer menção ao art. 10 do CPC, ao se referir expressamente a "fundamento" como fator indispensável de discussão e ciência das partes a fim de que possa servir de objeto da decisão.

Quando se decide com base na causa madura, tais aspectos já foram observados e a novidade fica por conta apenas do mecanismo processual que autoriza a desnecessidade do retorno dos autos à origem.

Em outras palavras, a ausência de decisão surpresa no caso é dada pelo próprio legislador, ao prever, em seu art. 1013, §3º, do CPC, as hipóteses de imediato julgamento pelo Tribunal.

2 HISTÓRICO

A devolutividade da matéria nos recursos é da sua essência, considerado o efeito devolutivo como consequência natural de sua interposição e necessária decorrência do princípio dispositivo.

A sua previsão constou inicialmente do art. 515 do CPC/73, *caput*, servindo como balizamento ao Tribunal para análise de recurso em 2º grau, que deveria se ater à matéria impugnada e cujos limites são dados pelas partes.

Araken de Assis, depois de ensinar que devolução significa algo que foi submetido ao Tribunal e não necessariamente tudo, comenta sobre a impropriedade do termo devolutividade no Estado Constitucional, informando que foi sugerida a expressão "efeito de transferência" por Alcides de Mendonça Lima.³

Esclarece o autor anteriormente mencionado que, como o efeito devolutivo tem origem no princípio dispositivo, não há que se falar no chamado "benefício comum", que transfere ao Tribunal, para reexame, toda a matéria controvertida apenas por força do recurso interposto com proveito para o vencedor naquilo que lhe foi desfavorável, o que aqui apenas se menciona como forma de melhor explicitar o verdadeiro significado e a extensão do efeito devolutivo.⁴

³ASSIS, 2008, p. 227-228.

⁴ASSIS, 2008, p. 229-230.

Os seus dois parágrafos, 1º e 2º, antes da introdução do § 3º, já representavam uma evolução no sentido de relativizar a devolutividade. E, principalmente, de não se ater o Tribunal à literalidade do que já tinha sido objeto de impugnação.

Em outras palavras, embora mantendo a devolutividade como parâmetro de julgamento no que se refere à extensão, permitiu ao Tribunal o exame de matéria não apreciada em todos os seus aspectos, ou seja, um aprofundamento desta extensão.

Ítalo Menezes de Castro, mesmo antes da previsão contida no § 3º do art. 515, com base em entendimento doutrinário, já noticiava a possibilidade de o Tribunal prosseguir no julgamento quando reformava a sentença, com fulcro no art. 267 do CPC/73.⁵

É que, para o aludido autor, tratava-se da aplicação dos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC, que não restringiam a profundidade do efeito devolutivo ao que foi discutido, mas a todo material cognitivo.

Como foi dito anteriormente, o próprio legislador infraconstitucional incumbiu-se de atenuar a regra da devolutividade vinculada à impugnação realizada pela parte, com impactos no duplo grau de jurisdição, pois admitiu que o Tribunal poderia examinar toda a matéria existente no processo, independentemente de seu exame na sentença, desde que objeto de impugnação.

Para alguns, constitui verdadeira norma de ordem pública, o que autoriza o seu exame de ofício. Para outros, é a ampliação do efeito devolutivo em extensão; e, ainda, há quem entenda que é uma decorrência do efeito translativo do recurso.

Araken de Assis ensina que "a extensão da devolução (total ou parcial) prende-se à iniciativa da parte; a profundidade da devolução, ao invés, em larga medida permite a atuação *ex officio* do órgão judiciário".⁶

Verifica-se, assim, que havia até então uma observância rigorosa e literal da devolutividade das matérias porque vinculada à iniciativa da parte, apenas restando relativizada quanto à profundidade de seu exame que era dado pela lei, o que representava uma flexibilização quanto ao exame dos fundamentos da pretensão.

Neste contexto normativo é que surge o § 3º do art. 515 do CPC, como consequência da jurisprudência que se formava em torno da chamada causa madura. Embora Ítalo Menezes de Castro dê notícia de norma de mesmo teor nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título LXVIII, citando Estêvão Mallet.⁷

⁵ CASTRO, 2016, p. 1298.

⁶ ASSIS, 2008, p. 232.

⁷ CASTRO, 2016, p. 1296.

De acordo com Ben-Hur Silveira Claus, o dispositivo legal anteriormente mencionado surge no contexto das reformas do CPC/73, que passaram a ser conhecidas como minirreformas.⁸

Ensina o referido autor que a introdução da "teoria da causa madura no sistema recursal do processo comum ocorre mediante a edição da Lei 10.352/2001, diploma legal que acrescenta o § 3º do art. 515 do CPC. Aduz que a novidade legislativa consiste em não se considerar como nulidade processual a hipótese de supressão de instância, ou seja, houve legitimidade na supressão de instância, com a eliminação da declaração de sua nulidade.⁹

Ainda comentando a novidade representada pelo acréscimo do parágrafo 3º ao art. 515, Ben-Hur Silveira Claus esclarece que no sistema anterior o Tribunal não poderia julgar o mérito da causa se o juízo de 1º grau não o tivesse feito. Tratava-se de uma imposição contida no *caput* do art. 515, que limitava a atuação do Tribunal à matéria impugnada, o que implicava em violação ao duplo grau de jurisdição com a declaração de nulidade do julgado.¹⁰

Na mesma linha de entendimento do autor mencionado anteriormente, Ítalo Menezes de Castro refere-se à lei que acresceu o § 3º ao art. 515 do CPC/73 como pertencente à segunda onda de reforma do processo civil brasileiro, com o objetivo de tentar solucionar a morosidade existente na tramitação dos processos na fase recursal.

Esclarece que a referida alteração legislativa normatizou a teoria da causa madura, como assim restou reconhecido na doutrina, tratando-se de uma escolha do sistema que optou pela celeridade processual em detrimento do duplo grau de jurisdição, citando José Roberto dos Santos Bedaque.

O autor arremata a sua posição sobre o tema, dizendo que a responsabilidade inscrita na norma legal representou "nítida restrição ao duplo grau de jurisdição, permitindo ao órgão *ad quem* proceder ao *iusnovorum*".

E, de forma incisiva, assevera que a restrição ao duplo grau de jurisdição é "perfeitamente válida, pois ele não possui envergadura constitucional por não decorrer da cláusula do devido processo legal, podendo o legislador definir e, inclusive, restringir os seus contornos".¹¹

3 A TEORIA DA CAUSA MADURA NO CPC/73

⁸CLAUS, 2017.

⁹CLAUS, 2017, p. 928.

¹⁰CLAUS, 2017, p. 930.

¹¹CASTRO, 2016, p. 1296-1297.

Para Ben-Hur Silveira Claus, o acréscimo legal representado pelo § 3º implicou uma real mudança de paradigma teórico dos recursos na medida em que se adotou a "técnica do denominado recurso *per saltum*, com novo conceito de supressão de instância".¹²

A previsão contida no § 3º do art. 515 do CPC trouxe inegavelmente inúmeros questionamentos quanto à sua aplicação, extensão e procedimento.

A primeira questão que se apresentou, antes mesmo de se debruçar sobre a literalidade da norma e seu alcance, é verificar se efetivamente importou em ofensa ao duplo grau de jurisdição.

Em resumo de obra já publicada sobre o tema,¹³ cabe esclarecer que nas Constituições da República não há previsão expressa do duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, deduzindo-se a sua existência da organização do Poder Judiciário, com a previsão de Tribunais que têm competência recursal.

Apenas na Constituição do Império, mais especificamente no art. 158, é que havia sua previsão expressa, sendo entendido como garantia absoluta.

É uníssona a doutrina em reconhecer que não se trata de uma garantia constitucional absoluta a impedir que o legislador infraconstitucional flexibilize os efeitos inerentes à devolutividade da matéria impugnada, permitindo que o julgamento seja prolatado por uma única instância.

Por todos, cite-se Dinamarco ao dizer que não há uma garantia ao duplo grau de jurisdição em nossa ordem constitucional, mas a Constituição apenas prestigia o duplo grau como princípio, ao fixar a competência dos Tribunais, impondo uma ressalva a ele quando enumera as hipóteses de competência originária dos Tribunais.¹⁴

Cabe aqui citar o chamado dissídio de alçada, fixado no art. 2º da Lei nº 5584/70, em que há restrição ao duplo grau de jurisdição, exigindo-se que a matéria seja constitucional a fim de que se tenha acesso ao duplo grau de jurisdição, não havendo que se falar em sua inconstitucionalidade.

Também no estudo mencionado constou que se outro for o entendimento, ou seja, que o duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional, é certo que, na hipótese, trata-se de um conflito de princípios, estes últimos representados pela efetividade da jurisdição, na forma inscrita no art. 5º, XXXV (acesso à justiça), e no prazo razoável de duração dos processos, presente no art. 5º, LXXVIII.

¹²CLAUS, 2018, p. 931.

¹³KOURY, 2003, p. 179.

¹⁴DINAMARCO in: NERY; WAMBIER, 2015, p. 38.

E, também, como foi dito naquela oportunidade, havendo conflito de princípios, com densidade valorativa inegável, deve-se optar pelo que traduz a melhor a intenção do legislador constituinte que, no caso, se evidencia pela efetividade da jurisdição, com os corolários de celeridade e de entrega expedita da jurisdição.

Enfrentado esse aspecto que gerou controvérsia quando do surgimento da norma, cabe agora proceder à sua leitura, considerando a literalidade em que se encontra vazada, sem perder de vista os objetivos do legislador por ocasião de sua edição.

A primeira questão que surgiu, à época, é se havia limite às decisões que não apreciavam o mérito ou se poderia o julgador avançar sobre o mérito também quando o resultado do julgamento em 1º grau dizia respeito ao mérito processual, no reconhecimento, por exemplo, da prescrição e decadência.

Prevaleceu uma interpretação ampliativa da referida norma, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois se era permitido o julgamento quando a decisão não era de mérito, com muito mais razão se justificava a apreciação de mérito quando este já tinha sido examinado em 1º grau. Aqui se entendeu que o legislador disse menos do que queria dizer com a norma.

No tocante à expressão "o Tribunal pode desde logo julgar a lide se a causa versa questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento", em trabalho realizado anteriormente, já citado, desenvolvemos o raciocínio abaixo.

O que importa, portanto, é que a matéria seja de direito, relacionada apenas com a aplicação do dispositivo legal pertinente e que o feito esteja em condições de julgamento no sentido de não ser mais necessária a produção de qualquer outra prova.

É certo também que se se encontram presentes as condições para julgamento, com o preenchimento dos requisitos exigidos no dispositivo processual, impõe-se ao Tribunal que proceda ao imediato julgamento da lide.

É que a expressão "desde logo" leva a esse entendimento e empresta um caráter imperativo ao tipo legal, considerando também os valores que o legislador objetivou concretizar, que se inscrevem como de interesse público na medida em que visam à satisfação de princípios constitucionais, não podendo ficar a critério do intérprete a decisão quanto ao julgamento imediato da lide.

Para Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, que faz referência aos vários aspectos polêmicos do art. 515, § 3º, do CPC/73, "a nova regra tem a mesma abrangência e a finalidade

prevista no art. 330, I, do CPC/73, podendo ser denominada de julgamento antecipado da lide no âmbito recursal".¹⁵

O autor esclarece que se as provas já foram produzidas com a causa madura para julgamento, não há o chamado direito subjetivo de produzir provas desnecessárias ou irrelevantes para o julgamento do processo, com o retorno dos autos à instância de origem.

Afirma também que o Tribunal pode, de imediato, julgar o mérito do pedido, sem que haja pedido da parte, porque representa, juntamente com os demais parágrafos, uma exceção à regra do *caput* do art. 515 do CPC, "pelo qual o recurso tem o condão de devolver a matéria impugnada".

Em complemento ao raciocínio acima, diz que para aplicação dos parágrafos do art. 515 do CPC basta a existência de apelação, independente de requerimento das partes para sua aplicação.

Por último, assevera que a norma em comento pode promover a *reformatio in pejus*, mas que é uma hipótese prevista legalmente, ou seja, trata-se de uma situação em que a *reformatio in pejus* tem expressa autorização legal.

Traduzindo bem o significado da norma em comento, Ben-Hur Silveira Claus, citando José Roberto dos Santos Bedaque e Júlio César Bebbber, diz que a técnica do recurso *per saltum*, originário da teoria da causa madura, procura equilibrar os valores de segurança e celeridade com a obtenção do resultado desejado pelo direito material, como também representa uma medida de política legislativa, com a finalidade de enfrentar os males do tempo do processo.¹⁶

O que se verifica, portanto, é que a positivação da causa madura, pela primeira vez no CPC/73, teve o objetivo de dar respaldo a procedimento já adotado na jurisprudência e procurou concretizar a promessa constitucional do mais amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF).

Também representou uma exceção à regra imposta quase como dogma de que o Tribunal deveria se ater à matéria impugnada na apreciação do recurso, admitindo que, nas condições nele previstas, o mérito do recurso poderia ser julgado sem a necessidade de retorno do processo à 1ª instância.

A norma em comento representou, sobretudo, um momento de afirmação da teoria da causa madura na medida em que a sua previsão legal teve o sentido de legitimar

¹⁵OLIVEIRA, 2006 in: FUX; NERY JÚNIOR; WAMBIER, 2006, p. 1007 e 1008.

¹⁶CLAUS, 2017, p. 932-933.

procedimentos até então adotados, que eram alvo de polêmica e de declaração de nulidade, cuja controvérsia ainda persiste apesar de sua incorporação ao ordenamento processual.

4 A TEORIA DA CAUSA MADURA E O CPC/2015

Verifica-se, com o novo tratamento dado à teoria da causa madura no CPC vigente, que o legislador procurou retirar de sua regulamentação as questões objeto de controvérsia, presentes no CPC/73, e reforçar a necessidade de sua adoção com base no sistema eleito pelo novo ordenamento processual.

No próprio art. 1013, § 3º, do CPC, com a redação aperfeiçoada como anteriormente mencionado, aspecto que será analisado mais adiante, isso fica bem evidenciado, expungindo-se matéria objeto de intensa polêmica constante da previsão legal anterior. Também se verifica a ampliação das hipóteses de sua aplicação nos incisos de I a IV do referido parágrafo e § 4º do mesmo artigo.

Muito mais do que isso, o CPC vigente, coerente com o objetivo fixado em sua Exposição de Motivos de se atingir um processo de resultados, trouxe inúmeras disposições que retratam essa preocupação em todas as fases do processo e, em especial, no âmbito recursal.

Cabe, inicialmente, fazer a necessária referência ao art. 4º do Capítulo I das Normas Fundamentais do Processo Civil, que prevê o direito das partes de obter, em prazo razoável, a solução integral de mérito, incluída a atividade satisfativa.

Como já anotamos em outro trabalho sobre o referido dispositivo legal, o legislador teve a preocupação de dialogar com o direito constitucional no sentido de concretizar o mandamento previsto no art. 5º, LXXXVIII.

O referido dispositivo infraconstitucional faz expressa referência ao prazo razoável de solução de mérito dos processos, ou seja, a sua solução integral com a entrega do bem da vida e não um desfecho meramente processual.¹⁷

E, coerente com as normas fundamentais como a acima mencionada, o legislador processual procurou-lhe dar concretude através das normas processuais subsequentes como forma também de manter a coerência do sistema e da própria ideologia adotada.

A teoria da causa madura, prevista no art. 1013, § 3º, do CPC, enquadra-se nessa diretriz fixada em norma fundamental pelo legislador, na medida em que tem por finalidade a obtenção de uma decisão de mérito sem recuos desnecessários a um grau de jurisdição.

¹⁷KOURY, 2017, p. 137-138.

No mesmo diapasão de se promover o exame do mérito de forma mais expedita possível, tem-se a ampliação dos poderes do relator que, na direção do processo, tem a iniciativa, inclusive, no que se refere à produção de prova e homologação de acordo entabulado entre as partes, como se vê do art. 932/CPC.

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira refere-se à previsão contida no referido dispositivo legal, esclarecendo que as atribuições do relator foram indiscutivelmente ampliadas no tocante à previsão do procedimento abreviado de julgamento, hipóteses de não conhecimento do recurso, provimento e desprovimento e de decisão do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, instaurado originalmente perante o Tribunal.¹⁸

O autor anteriormente mencionado, ao chamar a atenção para o procedimento informal e, com o objetivo de prestigiar o mérito recursal, também se refere ao art. 938, § 1º, do CPC vigente, que permite sejam sanados os vícios dos atos processuais, bem como o art. 76, que autoriza a concessão de prazo para regularização da representação na fase recursal.¹⁹

Na mesma linha de viabilizar a decisão de mérito, de forma imediata, cabe mencionar a previsão relativa ao recurso ordinário para o STF e STJ, prevista no art. 1027 do CPC, em que a aplicação da teoria da causa madura encontra guarida expressa em seu parágrafo 2º.

Em todos os dispositivos mencionados anteriormente, o que se tem é um reforço na exigência de uma decisão de mérito, assim como a teoria da causa madura, seja pela repetição de norma já existente no ordenamento processual anterior (art. 938, § 1º), ou então pelas novas disposições legais que abreviam o procedimento para se chegar à decisão de mérito.

Na comparação específica entre a norma existente no CPC anterior (art. 515, § 3º) e a do CPC atual (art. 1013, § 3º), fica evidente a diferença no tratamento da teoria da causa madura no próprio § 3º e a ampliação das hipóteses de sua utilização nos incisos que se seguem.

Para permitir a ampliação das hipóteses em que pode ser usada a teoria da causa madura, o legislador não repetiu a expressão "nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito", substituindo-a por forma mais abrangente e genérica, relativa ao momento em que o processo estiver em condições de imediato julgamento.

Além de autorizar a utilização de forma ampliada da teoria em comento, encerrou a discussão que surgiu na doutrina sobre a sua limitação, principalmente em confronto com as hipóteses em que havia reforma da decisão e extinção do processo com julgamento de mérito

¹⁸PEREIRA, 2016, p. 223-224.

¹⁹PEREIRA, 2016, p. 2224.

que, sem qualquer dúvida, justificam muito mais o julgamento imediato pelo 2º grau de jurisdição.

A alteração legislativa relacionada com o pressuposto para utilização da causa madura, fixando-se na hipótese de preenchimento das condições para imediato julgamento, além de retratar bem o que seria uma causa madura para o legislador, evita a questão altamente complexa relacionada com a distinção entre a matéria de fato e de direito e, mais do que isso, a separação delas no momento de se proceder ao julgamento.

E, por fim, a substituição do verbo "pode" pelo verbo "deve" retrata a imperatividade da previsão legal no tratamento da matéria, em se exigir o imediato julgamento nas hipóteses enquadradas nos incisos de I a IV do § 3º do art. 1013 do CPC.

Dessa forma, a polêmica instaurada, se se tratava de faculdade do julgador, ou se o "pode" constante da norma era um poder-dever, perdeu todo o sentido com a utilização do verbo "deve", atingindo o legislador o seu objetivo de "enxugar" a redação da norma, excluindo tudo aquilo que até então tinha sido objeto de polêmica sobre o tema.

Ben-Hur Silveira Claus, na mesma linha do que foi dito anteriormente no tocante à restrição imposta no CPC/73, ensina que neste ponto o CPC vigente adotou a jurisprudência do STJ ao exigir apenas que a causa esteja madura para permitir o seu imediato julgamento pelo Tribunal.²⁰

Acrescenta, ainda, o autor acima mencionado, que a interpretação estrita foi provocada pela disposição restritiva da norma legal inscrita no art. 515, § 3º, do CPC/73.²¹

Na mesma linha de entendimento, no que se refere à exclusão da expressão "questões de direito", Ítalo Menezes de Castro afirma que com a vibrante expressão "condições de imediato julgamento, se estabeleceu verdadeiro diálogo com as disposições acerca do julgamento antecipado de mérito, previstas no art. 355, do CPC vigente".²²

O inciso I do art. 1013, § 3º, do CPC constitui-se em um desdobramento do art. 515, § 3º, e, com outras palavras, diz a mesma coisa, ou seja, que caberá o imediato julgamento do mérito quando o Tribunal reformar a sentença fundada nas hipóteses do art. 485, que se referem às decisões prolatadas sem apreciação do mérito.

As novas situações que justificam a aplicação da teoria da causa madura iniciam-se pelo inciso II, § 3º, do art. 1013 do CPC, ao se referir à decisão que teve a sua nulidade decretada por não ser congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir.

²⁰CLAUS, 2017, p. 946.

²¹CLAUS, 2017, p. 947.

²²CASTRO, 2016, p. 1307.

Como se sabe, a decisão deve guardar simetria com o pedido e a causa de pedir, que servem de balizamento para a sentença, tratando-se da positivação do chamado princípio da congruência em sede de teoria da causa madura.

Dissertando sobre o tema, Ítalo Menezes de Castro ensina que a hipótese prevista no inciso II do § 3º, do art. 1013 do CPC, refere-se à decisão proferida além ou fora do pedido ou da causa de pedir.

O mesmo autor assevera que, em se tratando de decisão além do pedido, *ultra petita*, não havia maiores controvérsias sobre o tema, entendendo pela sua nulidade e supressão do excedente sobre o tema. Esclarece que, neste caso, não havia necessidade de se aplicar a teoria em comento, mas de declaração da nulidade da parte excedente.

Quanto à decisão fora do pedido, *extra petita*, o autor explica que a sua nulidade é pacífica e, havendo divergência neste caso, se aplica a teoria da causa madura, com posicionamento favorável por parte do STJ, acrescentando que, com a nova norma, é possível até mesmo o seu julgamento imediato por força de recurso do réu.²³

No inciso III do § 3º do art. 1013 do CPC, não se tem a hipótese de nulidade como no inciso anterior, mas de analisar pedido apresentado que não foi apreciado na decisão recorrida, que incorreu em flagrante omissão.

Aqui também tem-se a situação em que o juiz não observa os pedidos apresentados em sua integralidade, decidindo aquém do pedido, prolatando com isso decisão incompleta e eivada de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Segundo a doutrina, a hipótese é de interposição de embargos de declaração para que a decisão seja completada, a teor do art. 1022, II/CPC. E, em decorrência de sua oposição, a omissão poderá ser sanada ou, em caso contrário, suscitada em recurso.²⁴

Independentemente da interposição de embargos de declaração, é possível suscitar a irregularidade do julgado em sede de recurso, quando então o processo deveria ser devolvido à origem para o seu complemento, o que hoje se torna desnecessário com a norma em comento, podendo o Tribunal sanar a omissão.

O inciso IV, por sua vez, traz a hipótese do decreto de nulidade da decisão por ausência de fundamentação, o que classicamente importava em retorno dos autos à origem pelo desatendimento do princípio constitucional da motivação (art. 93, IX, da Constituição Federal) e dos arts. 832/CLT e 282/CPC, hoje, 319.

²³CASTRO, 2016, p. 1312-1313.

²⁴CASTRO, 2016, p. 1314.

A nova previsão legal permite que o Tribunal, ao invés de determinar o retorno dos autos ao 1º grau, profira desde logo nova decisão com a sua respectiva fundamentação, sanando a irregularidade presente na decisão de 1º grau.

Grande parte da doutrina entende que o referido dispositivo legal guarda relação com o art. 489, § 1º, IV, do CPC, no tocante aos requisitos formais exigidos para prolação da sentença no sentido de que deve enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

É diverso o nosso entendimento, porquanto o dispositivo legal relacionado com a teoria da causa madura refere-se à fundamentação no sentido de que deve haver a explicitação dos motivos que serviram de base para a conclusão adotada, sem que haja necessidade de apreciação de todos os argumentos deduzidos no processo.

Não significa, com isso, que a fundamentação referida no art. 1013, § 3º, inciso IV, do CPC, esteja diretamente relacionada com as exigências formais e rígidas previstas no referido art. 489 do CPC, no tocante aos requisitos necessários de uma determinada decisão. Neste aspecto, não há que se falar em vinculação ou diálogo dos referidos dispositivos legais.

Quanto ao § 4º do art. 1013 do CPC, é certo que apenas veio corrigir a redação restritiva da norma anterior, que apenas se referia às decisões que extinguiriam o processo sem exame do mérito, descurando de outras decisões que, embora fossem formalmente de mérito, não passavam do mérito processual, como no caso da declaração da prescrição ou decadência.

Em estudo sobre o tema, ainda sob a égide do art. 515, § 3º do CPC, que se reveste de atualidade na hipótese, tivemos a oportunidade de fazer as considerações abaixo mencionadas.

Assim, como já restou mencionado anteriormente, a disposição contida no art. 515, § 3º, do CPC autoriza o julgamento imediato da lide também naqueles casos em que se verifica a extinção do processo com julgamento do mérito, seja em razão do princípio constitucional da efetividade da jurisdição embutido na referida norma, ou mesmo em razão dos métodos de interpretação sistemático e teleológico na aplicação das normas jurídicas, tratando-se, como se viu, de uma lacuna de regulação.

Não obstante, referida interpretação se impõe até mesmo por uma razão de ordem lógica, porquanto se se admite o julgamento da lide quando ocorre a extinção do processo sem julgamento do mérito, com maior razão deve ser admitido o imediato julgamento quando se trata de questão que já teve o mérito apreciado.²⁵

²⁵KOURY, 2018, p. 181.

5 A TEORIA DA CAUSA MADURA E O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Não há qualquer dúvida quanto à aplicação da teoria da causa madura ao processo do trabalho, desde a sua positivação no art. 515, § 3º, do CPC/73, pois se compatibiliza com o direito material e também processual do trabalho no tocante às características e efetividade do procedimento, possibilitando maior rapidez em se chegar ao mérito da pretensão.

Em outra oportunidade, afirmamos que a omissão de norma com este conteúdo e a evidente compatibilidade - dada a celeridade que deve ser imposta aos feitos trabalhistas, referenciados que são ao direito material do trabalho, que versa sobre crédito alimentar - justificam a sua aplicação ao processo do trabalho, restando atendida, portanto, a disposição contida no art. 769/CLT. Ilustrativa deste pensamento é a posição adotada pelo TST em utilizar a referida teoria em seus julgados.

A mesma evolução da teoria da causa madura no processo civil, com a sua ampliação, como verdadeira decorrência do sistema adotado, vinculada às normas fundamentais e com uma série de dispositivos legais que reforçam a sua aplicação, repercute também no processo do trabalho.

Neste último, como foi dito anteriormente, a par de sua compatibilidade, a consolidação da teoria da causa madura como integrante do sistema processual, com origem nas normas fundamentais e a sua aplicação em outras situações não previstas anteriormente, apenas contribui para tornar realidade a sua adoção.

Nesta linha de entendimento, foi editada a Instrução Normativa 39/2016, que autoriza a aplicação da teoria da causa madura ao processo do trabalho sem fazer qualquer exclusão no que se refere ao art. 1013, § 3º, do CPC.

Por todas, tem-se a referência feita por Ben-Hur Silveira Claus sobre essa matéria no sentido de que "é interessante observar que a Instrução Normativa nº 39/2016 não exclui nenhum dos incisos do art. 1013 do novo CPC desta aplicação subsidiária. Tampouco estabelece a necessidade de adaptação do preceito ao Processo do Trabalho. A necessidade de adaptação foi explicitada quando o TST a reputou necessária para preservar a especialidade e a autonomia científica do Direito Processual do Trabalho. É o caso dos arts. 5º, 6º e 7º da Instrução Normativa nº 39/2016. Nesses preceitos, o TST houve por bem estabelecer que a respectiva aplicação deve ocorrer com as necessárias adaptações que assegurem a incolumidade do Direito Processual do Trabalho. Significa dizer que se aplica ao Processo do

Trabalho a integralidade do art. 1013 do CPC, de acordo com a referida Instrução Normativa. Essa aplicação subsidiária tem cabimento em relação a todos os incisos do art. 1013.²⁶

A alteração legislativa trazida pelo CPC vigente também repercutiu no entendimento sobre o efeito devolutivo em extensão e profundidade dos recursos, com modificação na redação da Súmula 393/TST, adotando-se, de forma irrestrita, a aplicação do art. 1013, § 3º.

Neste sentido, comentando também sobre a controvérsia existente no âmbito dos Tribunais, Ricardo Wagner Rodrigues de Carvalho afirma que “(...) Colendo TST, cuja função precípua é a de uniformizar a jurisprudência trabalhista, sinalizou, em face das modificações perpetradas na Súmula 393 do TST, que deverá ser aplicado 'in totum' o comando normativo constante do art. 1013 do CPC (...).”²⁷

É certo que vários dos desdobramentos da teoria da causa madura são objeto de intensa polêmica na Justiça do Trabalho, como as que se referem à relação de emprego e, em especial, às consequências jurídicas quando o Tribunal se recusa a aplicar a teoria nos casos enquadrados no art. 1013, § 3º, do CPC.

Na última hipótese mencionada, há divergência se teria cabimento o mandado de segurança ou a correção parcial, ou seja, se se trata de direito líquido e certo a um imediato julgamento ou se se trata de desvio do procedimento previsto legalmente.

Também não se pode desconhecer a realidade de que há uma resistência muito grande dos Tribunais em adotar a multicitada previsão contida no art. 1013, § 3º, do CPC, em grande medida pelo volume de processos existentes e até mesmo porque representa um *plus* de trabalho para os respectivos gabinetes, aspecto que, de forma alguma, justifica o descumprimento da norma legal em comento.

6 CONCLUSÃO

Na análise da evolução do efeito devolutivo dos recursos, como a matéria a ser submetida ao Tribunal, tem-se a percepção de uma tendência evolutiva em sua relativização.

Inicialmente com a possibilidade de que os limites de apreciação do recurso sejam dados pela matéria impugnada pelas partes e a análise em profundidade dos temas impugnados seja determinada pela lei.

²⁶CLAUS, 2017, p. 962-963.

²⁷CARVALHO, 2017, p. 164.

Nesse contexto, surge o § 3º do art. 515 do CPC anterior, em decorrência das minirreformas com a Lei 10.352/2001, como consequência da jurisprudência que se formou em torno da teoria da causa madura, trazendo a novidade de não se considerar a supressão de instância como nulidade processual.

O entendimento prevalecente é o de que a introdução da referida norma, em nosso ordenamento, teve o objetivo de solucionar a morosidade existente na tramitação dos processos na fase recursal, em detrimento do duplo grau de jurisdição, que não se insere como cláusula do devido processo legal.

Analisando-se o art. 515, § 3º, do CPC, em sua literalidade, verifica-se que o legislador disse menos do que queria dizer, limitando o alcance da norma às decisões que extinguem o processo sem apreciação do mérito, quando se sabe que as decisões processuais que extinguem o processo com apreciação do mérito, com muito mais razão, deveriam ser incluídas na norma.

Também no art. 515, § 3º, do CPC há referência à matéria de direito, de difícil conceituação e, especialmente, pela dificuldade de sua separação da matéria de fato, o que representou óbice à aplicação da teoria da causa madura quando a prova já tinha sido produzida e a matéria muitas vezes não se elevava à condição estrita de matéria de direito.

A utilização do verbo "poder" ao invés de "dever" foi outro aspecto alvo de intensa polêmica, presumindo-se que cabia ao Tribunal decidir pela aplicação do dispositivo processual em comento.

O objetivo do legislador do CPC vigente foi exatamente retirar os pontos polêmicos contidos na regulamentação anterior, ampliando as hipóteses de aplicação da teoria da causa madura, dizendo que teria guarida quando a causa estiver em condição de julgamento e, de forma imperativa, impondo a sua adoção pelo Tribunal e não como faculdade deste.

Houve um reforço legal no tratamento da teoria da causa madura na medida em que o legislador previu, como norma fundamental, a necessidade de se obter uma decisão de mérito, acrescentando inúmeros dispositivos com este mesmo desiderato, tais como os arts. 76, 932, 938, § 1º, e 1027.

O dispositivo contido no CPC vigente, art. 1013, § 3º, incisos I a IV, procura garantir que seja prolatada decisão de mérito no âmbito do Tribunal, sem que o processo retorne à origem, quando se extingue o processo sem resolução de mérito e também nas hipóteses de nulidade das decisões que ultrapassem o pedido, estejam fora dele ou mesmo aquém da pretensão apresentada ou quando se verifica a ausência de fundamentação.

No § 4º do art. 1013 do CPC, também se tem, como motivação para sua adoção, a hipótese de afastamento da prescrição e decadência reconhecida em 1º grau, passando-se ao exame do mérito propriamente dito.

A ampliação das hipóteses de aplicação da teoria da causa madura evidencia o objetivo do legislador em atacar a morosidade do processo e concretizar a promessa constante do art. 4º das Normas Fundamentais do Processo Civil, de que se deve sempre buscar a prolação de decisão de mérito nos processos.

No processo do trabalho não há dúvida quanto à mais ampla aplicação do art. 1013, § 3º, incisos I a IV, do CPC, porquanto a celeridade imposta ao processo com o objetivo de se chegar a uma decisão de mérito compatibiliza-se com o espírito da norma processual trabalhista.

Ilustrativa deste entendimento é a previsão contida nos arts. 5º, 6º e 7º da Instrução Normativa nº 39/TST, embora haja uma resistência muito grande na adoção da teoria da causa madura pelos Tribunais.

Cabe dizer, por fim, que a teoria da causa madura se enquadra no espírito dos sistemas constitucional e processual no tocante à busca incessante de se dar efetividade aos processos, tratando-se de procedimento que procura concretizar o princípio da decisão de mérito, com origem em norma fundamental do processo.

Referências

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Ricardo Wagner Rodrigues de. Súmula 393 do TST sob a perspectiva do Novo Código de Processo Civil. In: FARIA, Fernanda Nigri et al. (coord.) *Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho: estudos avançados*. São Paulo: LTr, 2017.

CASTRO, Ítalo Menezes de. A Teoria da Causa Madura no Novo Código de Processo Civil: Considerações sobre os Impactos no Processo do Trabalho. In: CORREIA, Élisson Miessa Henrique. *O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho*. 2ª ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. A Teoria da Causa Madura e o Direito Processual do Trabalho. In: CORREIA, Élisson Miessa Henrique. (org.). *Estudos Aprofundados da Magistratura do Trabalho*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KOURY, Luiz Ronan Neves. Aplicação do art 515, § 3º do CPC na hipótese de extinção do processo com julgamento do mérito. *Revista do TST*, Brasília, v. 69, n. 02, jul./dez., 2003.

KOURY, Luiz Ronan Neves. Normas Fundamentais do Processo Civil: Desdobramentos no Processo do Trabalho. In: FARIA, Fernanda Nigri et al. (coord.) *Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho*: estudos avançados. São Paulo: LTr, 2017.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Novos Contornos do Efeito Devolutivo do Recurso de Apelação. In: FUX, Lemos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.) *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. A Admissibilidade dos Recursos Trabalhistas e o Novo Código de Processo Civil. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. (coords.) *Novo CPC e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

PROFESSORA, COMO SE APRENDE ISSO?¹

PROFESSOR, HOW DO WE LEARN THIS?

Mônica Sette Lopes²
Mário Colombi Gava³

“Ainda que as palavras estejam fundadas na fala, a escrita, tiranicamente, as trancafia para sempre na imagem”⁴

Resumo

Como se aprende como lidar com a comunicação oral do direito? Um jovem estudante de direito descreve tudo que sente na primeira vez que observa audiências na Justiça do Trabalho. As questões que propõe revolvem o que ouve, o que vê, o que cheira, o que toca com sua imaginação e sua vontade de compreender. E, à medida em que faz o relato, ele revela a enorme quantidade de movimentos desconhecidos que são relevantes no que diz respeito à epistemologia do direito.

Palavras-chave: Oralidade. Letramento. Epistemologia jurídica. Narrativa.

Abstract

How can one learn about how to deal with the oral communication of law? A young law student describes everything he feels at the first time he sees hearings in the Labor Court. His questions evolves what he hears, he sees, he smells, he touches with his imagination and his will of learning. And, as he does so, he reveals the enormous amount of unknown movement that are relevant on what concerns law epistemology.

Keywords: Orality. Literacy. Law epistemology. Narrativity.

¹ Artigo originalmente publicado em: LOPES, Mônica Sette; GAVA, Mário Colombi. Professora, como se aprende isso?. *Revista LTr. Legislação do Trabalho*, v. 80, p. 1316-1326, 2016; e LOPES, Mônica Sette; GAVA, Mário Colombi. Professora, como se aprende isso?. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; LOPES, Mônica Sette; NICÁCIO, Camila Silva. (Org.). *Eficiência, eficácia e efetividade: velhos desafios ao novo Código de Processo Civil*. 1.ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2016, p. 269-295.

² Professora Associada da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargadora (aposentada) do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Doutora em Filosofia do Direito. *E-mail*: msl@ufmg.br.

³ Advogado em Belo Horizonte. *E-mail*: mcolombigava@gmail.com.

⁴ ONG, 2002, p. 12.

A ideia da pesquisa de iniciação científica era fazer do aluno um observador. Pode isso parecer coisa *pouco científica*, mas a professora fez uma aposta consigo mesma: ele se espantaria ao ver o muito que escapava dos manuais que lhe tinham sido apresentados até o 5º período do curso de direito em que se encontrava então. Ele se espantaria ao sentir a força da palavra antes de ser trancada na imagem. A hipótese era de que ele se surpreenderia com o cenário vivo da sala de audiências que lhe seria injetado pela vivência do imediato delas e, principalmente, de que perceberia o muito da oralidade que não tem espaço na teoria jurídica. Na transformação da fala das audiências no extrato das atas perdem-se parcelas relevantes da emoção que faz parte da dinâmica efetiva do Processo e dos processos. O alimpamento da abstração da lei parece ser perseguido também no resíduo da realidade que cabe nos autos e que resvala na tradução teórica. Não se lhe pediu uma análise jurídica (processual ou trabalhista) dos acontecimentos, mas que ele expusesse as suas sensações a partir do que ocorresse nas várias audiências. Que fizesse um diário, um pequeno *caderno de campo* transvestindo-se em um antropólogo da *sensorialidade* do processo judicial. A experiência deu-se em 2012 e desde então os dados-anotações repousam num arquivo do computador à espera de transcrição impregnando-se da potencialidade das alterações introduzidas com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Trancafiadas no texto inconcluso, as vozes agora se transmudam na imagem da letra impressa. E o objetivo dessa narrativa de miscelâneas é expressar a tradução escrita das observações do aluno, sempre em torno da pergunta que foi ponto de fusão da trama que ele armou na conjunção dos relatos: “Professora, como se aprende isso?”

O aluno sabia que não era na faculdade. De lá, ele vinha com as bases da teoria do processo, de lá ele vinha com a lei, já sabedor da direção dada pelos princípios da ampla defesa e do contraditório. Mas ele viu, ouviu, apalpou o ato que a potência dos conceitos e dos princípios não esgota. Era mais do que o princípio da oralidade. Era a oralidade como meio essencial da comunicação humana.⁵ E suas anotações vieram carregadas de perguntas:

O que fazer caso não se saiba na hora sobre alguma lei ou jurisprudência citada? São tantas leis, artigos, súmulas, OJs... Dá um frio na barriga e um medo enorme de falhar. Devem-se treinar improvisações ou isso vem com a experiência?

⁵ Este texto segue a temática iniciada com LOPES, 2012 e, ainda que se tenha feito a deliberada (e arriscada) opção de não expor a base teórica que o lastreia, para além do ritmo da crônica, o confronto entre oralidade e letramento funda-se em ONG, 2002 e em GOODY, 2010.

A resposta de um professor que tenha acumulado vivências do direito em ato talvez seja que ele procure uma resposta embebida da consciência de que há uma margem para afastar erro possível quando se tratar do juiz. Ele poderá sempre consultar a lei e a jurisprudência sumulada. Poderá sempre voltar atrás e acertar o curso dos fatos, desde que o faça antes da sentença. Não há demérito em reconhecer o equívoco, mas é preciso cautela para não errar demais, de modo a espalhar uma imagem de insegurança que pode interferir na condução da audiência. A professora disse a ele sobre a necessidade de aprender a ouvir o silêncio, de deixar para depois as decisões mesmo interlocutórias em que há dúvida.

Mas seria preciso enunciar também o cuidado que ele deveria que ter se fosse advogado. No Processo do Trabalho, dá-se na audiência a consumação do prazo para a defesa, que deve ser antecipadamente juntada ao PJe, com os documentos, formando a lide. O momento para a impugnação de documentos também pode esgotar-se na audiência. A preclusão incide para aquele que não ressaltou a irregularidade do cartão, a falta do pagamento da verba, a falta da assinatura no recibo, a impropriedade do documento.

O aluno se viu em cada jovem advogado. Percebeu como eles se postam encostados à parede, espreitando como o juiz está naquele dia. Flagrou o advogado da empresa estudando o caso na sala de audiência, antes de ser chamado. Pareceu-lhe que ele falou como se tivesse decorado, citando por inteiro o número de outro processo. Ele se identificou também na discussão que se trava sobre um processo com as mesmas partes. Percebeu que a juíza acalmou a situação, definindo conexão/continência/prevenção. E se colocou no lugar dela, reconhecendo que não saberia o que fazer. E perguntou se também acontece com os juízes de não saber.

A professora pensou em dizer-lhe que sabia cada vez menos. E ele provavelmente não entenderia essa resposta vinda de alguém que àquela altura já exercia o ofício há mais de 20 anos. Como não saber quando se decide a vida de alguém, quando se decidem várias vidas de tantas pessoas, de tantas empresas e das pessoas que as compõem todos os dias. Não é um *não saber* qualquer, esse que ela não sabia. Era um *não saber* diante da impossibilidade, da imprevisão, do infinito, do excessivo. Diante de contingências que pareciam não interessar a ninguém.

A professora viria a perceber o esforço da mediação/conciliação absorvido da expressão inteira do Código de Processo Civil de 2015. Mesmo sabendo disso e reconhecendo o discurso laudatório para as possibilidades do concerto do dissenso, substituindo o julgamento, ela preservaria a dúvida sobre se seria possível vivenciar isso sem afundar no risco das audiências em sucessão, se avolumando dia após dia num automatismo que tende a tornar tudo o mesmo.

E ainda que o Código de Processo Civil de 2015 proclame a prevalência da solução negociada, a professora desconfiava do seu sucesso quando em nada se avaliou a concretude da experiência da Justiça do Trabalho. Quando não se afundou numa pesquisa minuciosa sobre esses fazeres recônditos que escamoteiam acontecimentos cotidiano do direito no seu mais fundo sentido relacional: o que envolve as pessoas juntas à volta da mesa da sala de audiências. Talvez um reflexo da apreensão subliminar do peso das audiências trabalhistas em sucessão esteja no §12 do art. 334 do CPC/2015. Ao prever que a pauta das audiências de conciliação/mediação deve ser organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 minutos entre o início de uma e o início da seguinte, preserva-se o tempo do diálogo para o acerto das diferenças e evita-se a sobrecarga e o excesso de tensão pelo fluir do tempo. Não é muito como registro da experiência, mas é um dado relevante.

A professora não se esquecia da sala de audiências, mesmo estando longe dela por tantos anos. No visceral das soluções tramadas pelo Processo do Trabalho, aquele era o ponto central para a tradução da voz na imagem marcada no papel. E ela lia as páginas da prova, ao examinar os recursos, com a sensação da cor, do tom, da voz, do cheiro da sala de audiência.

E sabia bem que se o aluno quisesse ser juiz, não lhe bastaria a aprovação no concurso. Não lhe bastaria o envaidecido do reconhecimento de saber que levava à classificação. Seria preciso que ele recomeçasse a aprender todos os dias o que ninguém lhe ensinaria como fazer.

No jornal O Globo, de 07.09.2013, a manchete da página 8, declama o espantoso da notícia que virá a seguir. *Bahia: concurso para juiz do Trabalho reprova todo mundo*. No corpo do texto, para além do lide carregado de números (número de inscritos, 2600; número de etapas do concurso: 5; remuneração inicial: R\$14.000,00; taxa de inscrição: R\$217,00), a notícia exala perguntas: Será que a prova estava difícil demais? Será que os candidatos eram fracos? Será que eles não estudaram? Por que ninguém passou? A resposta poderia vir como na propaganda do cartão de crédito na referência a algo que não tem preço, que não se alcança pela matemática, que não se paga para saber: ter experiência do direito como acontecimento na realidade, dominar o corpo no contato com outros corpos na sala de audiências exige a clara noção da imponderabilidade. Lá onde tudo pode acontecer reside a essência do processo vivo de aplicação do direito. É de lá que vêm também as histórias que se devem contar para evolver uma parte relevante do direito como um acontecimento cheio de nuances e desvios.

Como se relacionam os sentidos na oralidade em que o direito se expressa nos encontros e nos desencontros nas salas de audiência para onde conflitos são transportados para buscar solução jurídica?

E na extensão de suas perguntas vem a perspectiva de um direito recontado na primeira pessoa em que francamente as dúvidas se expusessem para uma epistemologia em que juízes, advogados, servidores pudessem fazer a crônica de seu cotidiano cheio de sentidos. E a professora pensou em como diria ao aluno que faltava essa crônica, faltava a coragem de sair da casca protetora da teoria em abstrato e descer ao rés-do-chão e relatar os dias numa despreensão de primeira pessoa do singular que navega na percepção dos que veem e vivem apenas miudezas. A professora tentou dizer isso. Tem tentado. E, por isso, abre-se a exposição para a crônica. E então ensaia-se com arte do dizer miúdo. Reitera-se a seriedade dos cronistas numa teoria, transposta em relato, que poderia verter-se na *crônica da rotina das salas de audiência* que não se importa com o desprezo das grandes verdades, porque sabe o lugar deste relato que dá texto e contexto às invisibilidades com a aparência de despreensão que caracterizam a escrita na surpresa:

Um cronista de segunda, gato vira-lata da vida literária, mete a língua onde não é chamado e passa o dia lambendo as palavras, as cultas e as das calçadas, na frente de todo mundo. Nem aí ao que vão pensar. Gato sem dono, o cronista mostra os dentes quando querem lhe colocar a coleira da ordem vernacular. Ele quer a liberdade de fazer do seu jeito. Coçar num adjetivo, morder as partes de um verbo composto, bocejar diante de um advérbio e balançar o rabo para uma expressão oral, gostosa, que não via há muito tempo na sua rua – mas ele não diria isto na frente para crianças numa sala de aula. Mexer com a língua de um lado para o outro, principalmente para o errado, é diversão adulta.⁶

E, então, se percorrem as anotações feitas pelo aluno naqueles dias já remotos em que transitou pelas salas de audiência do foro da Justiça do Trabalho em Belo Horizonte como se fosse a rua e se propõe fazer delas essa crônica breve, com a leveza que apenas os incautos acham que combina com as coisas do direito, no sem compromisso com o certo e o errado ou com a seriedade dos artigos que tem a pretensão de escandir o direito como objeto de ciência. Saber das relações corpo a corpo na sala de audiência é diversão adulta, para quem não tem medo de falar de coisas proibidas:

Um cronista gosta de fingir que não tem compromisso com o certo e o errado que movem a seriedade dos artigos das outras páginas. Anda de bermudas pelo pátio dos verbos, zoando das concordâncias de cartola que o espreitam pela fresta das janelas, todas muito branqueadas e invejosas da liberdade que ele tem em se locupletar ao sol pagão das carnes suculentas do verbo popular.⁷

⁶ SANTOS, 2011, p. 10.

⁷ SANTOS, 2011, p. 10.

Trata-se, portanto, de um *assumido andar de bermudas* pelo pátio da ciência do direito com reconhecido interesse no locupletamento daquilo que, do direito, o tempo engoliu na poeira estranha que se perde nas frestas das janelas. O relato abre-se para um encontro de primeiras-pessoas que tornam o verbo personalíssimo. O texto camufla essa pessoalidade absoluta e tenta usar a crônica para impor o distanciamento que não há. Aluno e professora falam do que sentem.

Na versão de Massaud Moisés, a crônica é uma modalidade literária “sujeita ao transitório e à leveza do jornalismo”, que sobrevive

quando logra desentranhar o perene da sucessão anódina de acontecimentos diários, e graças aos recursos de linguagem do prosador. Sucedendo tais circunstâncias, afigura-se que a inspiração do escritor apenas se materializou em crônica por uma feliz coincidência entre o fato passageiro e as matrizes de sua faculdade criadora.⁸

Mais adiante o autor fala do caráter *menor* da crônica como *produto literário*.⁹ Mas em que pese esta posição, que não é apenas dele, quando se trata da assimilação entre direito e literatura, a crônica assume papel de vulto, porque pode permitir, pelo relato, uma abertura para temas que são invisíveis para a teorização ou para a ciência do direito. Um deles é, certamente, essa dinâmica concreta da atividade nas salas de audiência, envolvendo juízes, advogados, partes ou, de modo mais incisivo, a corporeidade de sensações e relações que se consideram não-jurídicas ou juridicamente-irrelevantes, mas que integram o processo de interpretação e aplicação do direito porque são inerentes na casuística em que ele se realiza (ou não). Daí a intenção de exercitar a valorização da *sucessão anódina de acontecimentos diários* e do *fato passageiro* como elementos fundamentais da epistemologia do direito e da difusão de seu conhecimento como realidade em movimento. Tudo isso ganha mais pertinência quando se investe numa mudança da cultura do processo que se volta toda ele para a busca do consenso (art. 3º, §3º do CPC/2015).

Esta face (invisível) da realidade e da vivência do direito deve ser desvendada a partir do entendimento da oralidade como meio de comunicação que sobrevive ainda que na convergência necessária com o meio escrito-impresso e mesmo com o meio digital.

E assim, o aluno começa o relato da primeira audiência:

Entram as partes. Faz-se uma brincadeira inicial com as balinhas de camomila que estão em cima da mesa. Será que o advogado brincalhão, ao fazer uma piada inicial, já ganha alguma atenção especial do juiz? E com relação ao advogado sisudo: será que o juiz o teme de alguma maneira?

⁸ MOISÉS, 1974, p. 133, verbete *crônica*.

⁹ MOISÉS, 1974, p. 133.

A sisudez ou a simpatia do advogado para os fatos colaterais normalmente interferem pouco no fluxo da audiência. Importa mais a forma como age e reage na dinâmica dos atos que interessam na margem dos ritos. A polidez, a rapidez e a exatidão das colocações, a ausência animosidade artificial, a atenção para o que é essencial indagar às testemunhas à vista dos limites da lide e da prova já feita, a disponibilidade para entender o percurso da tratativa de acordo, tudo isso interfere na qualidade dos resultados obtidos. O Código Civil de 2015 introduziu a urbanidade como dever do juiz no tratamento das pessoas em audiência (art. 360, inciso IV). É como se a norma berrasse a necessidade de possibilitar, pela leveza do contato entre todos os presentes, a abertura para a oitiva, para visão, para a percepção das informações. No entanto, conter a expansão emocional durante a audiência nem sempre é fácil.

E o relato prossegue. A falta de acordo leva à apresentação de defesa. O advogado do reclamante impugna na hora os documentos juntados. O aluno o vê reforçando os pedidos da inicial. Mas ele pressente que pode ser difícil fazer algo ali, no imediato do tempo, somente pela voz, com a responsabilidade de estabelecer o último elo relevante na formação da lide. “Na faculdade não se aprende isso.”

Ele não sabe que o desejo maior da professora era dar um curso intitulado *Como impugnar documentos em audiência*. Um curso improvável, que não interessaria a ninguém, no comecinho da processualidade. Porque o aluno pode intuir, mas não tem a noção exata do que é para o juiz se silenciar diante da impugnação que ele sabe equivocada, ou longa demais, ou irrelevante.

O aluno se pergunta se são *chatas* as conversas triviais na sala de audiência. Ele presenciou algumas, como a curiosidade de uma juíza sobre o relógio da advogada, iniciada enquanto a ata da audiência que consignava a ausência do reclamado, a incidência do art. 844 da CLT, a designação da data de publicação da sentença era impressa. Ele sente que a figura de autoridade se desconstruiu naquele momento deixando-se substituir pela presença de uma mulher vaidosa e curiosa pela beleza do relógio.

A indagação é posta no relatório:

Há alguma importância nas conversinhas cotidianas, nos convencionalismos sociais em uma sala de audiência? Ou isso é, na verdade, muito chato?

Talvez isso que ele chama de *conversinhas*, que podem ocorrer ou não, que dependem do estado de espírito de todos os presentes, que depende, até, de uma história deles (as outras

audiências que fizeram, a reiteração das presenças e da atividade comum), seja uma revelação do que há de ordinário ou de convergente na convivência humana na sala de audiência. Está-se ali em função de um rito processual, do cumprimento de uma passagem relevante do procedimento, mas são as pessoas que levam para aquele tempo em que estão juntas, trabalhando, os fatores mais diversos de sua humanidade. Entre gentileza, alegria, beligerância e agressividade há toda uma escala de emoções, ações e omissões que interfere mais ou menos no resultado da audiência.

O aluno percebe esses desvãos dos relacionamentos nos movimentos da conciliação.

Num dia, ele lança no relatório: “Realizada a conciliação. 3 parcelas de R\$600,00.” Não é o valor, porém, que chama sua atenção. O advogado da reclamada usa um excêntrico paletó verde e oferece o valor. E ele vai remontando a história. É o segundo emprego de carteira assinada da reclamante. Deve ser a primeira vez que ela vem a juízo na Justiça do Trabalho. Seus movimentos corporais são muito reveladores. Na hora em que ela escutou a proposta de acordo balançou a cabeça afirmativamente e sua respiração acelerou. Dava para ver nitidamente o tórax em expansão e contração. O paletó verde, a respiração da empregada, um valor que é proposto. O aluno não tem como aferir o que representa a proposta na realidade vivida pela autora. Ele não pode dimensionar a aritmética de direitos e de deveres. Mas o que ele guardou foi a adesão dela à proposta, como se fosse ao mesmo tempo o esperado e inesperado. Um susto vivenciado na materialização de um direito que ela julgava ter. E que poderia ter uma expressão maior ou menor.

Mas era apenas uma audiência. Mais uma entre tantas. No dia seguinte, ele percebeu um enredo diverso. O processo de conciliação se arrastava na audiência. Na exaltação da mesa de debates, a reclamada oferece R\$3.500,00. O advogado do autor fala em R\$3.760,00. Uma diferença pequena, ele reconhece. Nas vozes que negociavam o aluno sentiu sarcasmo, ironia. As situações vividas caminharam pela sala numa minúcia que a voz reforça. A questão do uso carro. A história da furadeira que não foi devolvida. Tudo num novelo de realidade que o acordo não parecia desatar. Ao final, ele se concretiza, mas o aluno intui que as questões continuarão abertas no tempo dos personagens.

Ele percebe que a sentença, tampouco, põe fim à questão e presencia audiências de tentativa de acordo na execução. Parece-lhe estranha essa constatação de uma inefetividade concreta da autoridade da coisa julgada, cuja força é reprisada em vários dispositivos e de que se trata com tanta certeza nos manuais. O vetor da execução forçada, no solo da sala de audiência, parece uma falácia. Nada acontece por encanto.

Há, às vezes, uma dificuldade na compreensão do que foi julgado. A coisa julgada tem um conteúdo que é imagístico, porque não se materializa com facilidade na execução forçada. Pode ser difícil quantificar o decidido. Pode ser difícil (quase sempre é) transformar os números em dinheiro que satisfaça o dever de cumpri-la. O aluno vê que a reclamante-exequente está abrindo mão de valores em prol de uma solução mais segura quanto ao tempo. A reclamada não quer aceitar, ao fundamento singelo de que não tem dinheiro para pagar (3 x de R\$1.300,00 sendo a 1ª parcela em 10 dias). A representante da empresa usa de sarcasmo: “Estranho não ter descontado o que ela já trabalhou”. E a juíza responde com muita raiva: “Você está na pior posição possível. Lembre-se bem disso!” A reclamada continua resistindo ao acordo, sem ouvir o próprio advogado que a orienta no sentido das vantagens dele. A juíza perde a paciência e pede para autora e advogado se retirarem. Eles se retiram. Ela então volta a falar com a reclamada sobre sua situação. Uma condenação. A execução forçada que seguirá até que a satisfação do crédito venha. O benfazejo que é organizar a forma de quitar o débito. O aluno percebe que, na tentativa do argumento persuasivo, ela muda o tom de voz. E fala de maneira acolhedora e maternal, ainda que sua raiva seja facilmente perceptível.

Talvez não seja raiva, mas fadiga ou um desespero diluído no saber imposto por algo que não está nos livros e que o juiz não pode fingir: de nada adianta louvar a sanção como elemento da norma jurídica se a execução forçada é permeada sempre tanto esforço e tanta frustração. Em cada audiência de tentativa de conciliação que se abre para uma solução retemperada de propostas, cada juiz se indaga sobre o muito de desinteresse que há em penetrar as cercanias do direito tal como se lhe apresenta cotidianamente.

E o acordo é fechado. Na percepção do aluno, a certeza de que a juridicidade dos fatos é apreendida de forma diferente a depender da parte. Nas pequenas empresas, a compreensão tem mais entraves. Ele se lembra da sala de aula, a professora falando sobre essa distinção que a teoria do direito nega. Ele retém o esforço da juíza para que o acordo fosse firmado. E para que aquele processo tivesse uma chance de chegar ao fim. Ainda que apenas num futuro projetado a tempo determinado a partir daquela audiência.

O aluno compreende que há um saber entramado na dinâmica da conciliação.

Numa outra audiência, ele continua a vislumbrar as filigranas do processo de negociar e a se perguntar sobre o momento de aprendê-lo. O advogado da reclamante, sentado à mesa, não parecia lidar muito bem com a situação. Era visível o seu desconforto. Sua contraproposta inicial à proposta de R\$1.000,00 foi de R\$1.200,00. Naquele exato momento, interveio um advogado que estava em pé, logo atrás dele. Era um advogado mais velho que tinha uma

naturalidade impressionante nos gestos. Era como se aquele trabalho fosse a coisa mais normal e mais fácil do mundo. Ao mesmo tempo em que ele participava da audiência, ele conversava com um conhecido (um terceiro advogado sentado ao lado do aluno). No momento em que ele interveio, puxou uma cadeira e sentou-se à mesa. Falou da seguinte maneira para o advogado *negociador*: Pede R\$1.500,00 que ela (a advogada da empresa) aceita. A advogada ainda relutou, mas a confiança que o advogado mais experiente demonstrou era tão grande que se fechou o acordo em R\$1.500,00.

Será que R\$1.500,00 foi um bom valor? Será que a capacidade de negociação do advogado foi mesmo um motivo determinante para se alcançar tal valor?
Como treinar essa negociação na conciliação?
Como o juiz aprende a conduzir/mediar uma negociação? Simplesmente soma os valores da proposta e da contraproposta, dividindo por 2? Acho que é mais complexo do que isso...

A experiência que vem da idade é notada em outras audiências. Mesmo que não haja acordo.

O aluno vê a diferença entre o advogado do autor, mais velho, e os dois advogados das duas empresas no fulgor da juventude. As duas prepostas eram também jovens e muito bonitas. Observando a cena como espectador, parece a ele uma briga entre a *velha guarda* e a *jovem guarda*.

A professora talvez pudesse contar-lhe a sensação que é ver o envelhecimento de advogados que começaram jovens com ela e como ela. Ela se assusta ao vê-los mais calvos, com os cabelos brancos, com mais rugas. Ela se assusta ao ver neles sinais do tempo que são também seus. É com afeto quase que recebia os mais idosos, às vezes já doentes. Não que isso alterasse o resultado da ação. Mas essa sensação do tempo e de seu esgotamento, igual para todos, sempre pareceu a ela um dado emocional densamente relevante das salas de audiência.

O aluno vê que o advogado faz a defesa de uma das reclamadas oralmente. Enquanto ele pensa em como treinar isso, a professora pensa em como evitar isso. Ela sabe que a defesa oral nunca é bem-feita, que ela toma um tempo maior do que o devido e acaba impondo atraso ao ritmo das audiências. Ela sabe que o melhor dos advogados se perderá nos argumentos. E é interessante que ele tenha percebido a tensão que se instala quando se anuncia que a defesa será feita oralmente. A autorização da lei, na versão originária da CLT, não é suficiente para naturalizar o procedimento sempre arriscado para a exercício qualificado do direito de defesa.

O aluno vai ouvindo a prova. Causa-lhe espanto que o advogado não pergunte diretamente às partes e às testemunhas. O quadro é diferente dos filmes. Há uma lentidão, uma redundância que traz comicidade para quem assiste uma audiência pela primeira vez.

Qual a dificuldade para o juiz em reduzir a termo um depoimento? Existem técnicas para isso ou é só por experiência mesmo? Será que ao reler o depoimento futuramente, no papel, o juiz consegue recordar os sentimentos que experimentou naquele instante? Melhorando a pergunta: Quanto de recordação um juiz consegue ter ao reler o documento? Quais seriam as deturpações mais comuns em se reduzir a termo?

O aluno percebeu que é preciso saber o que, quando, como perguntar. O juiz ou o advogado podem *espantar a prova*, podem impedir que a cena fática relevante circule no processo. E esse é mais um risco que o aprendizado não previne com sua incompletude perene. Tudo depende de cada dia, ainda que a experiência vá trazendo um arquivo de historicidade pessoal que pode tender a minorar os riscos.

Como o cronista no relato de suas primeiras entrevistas:

Um dia eu cheguei para o Roberto Carlos e, com a soberba natural dos jovens que sabem tudo, disse: Bicho, você é grande o suficiente. Por que não muda o repertório e canta os grandes compositores da MPB, que adorariam fazer músicas para você? Eu estava na casa do Rei, na Urca. Ele me olhou compreensivo. Deu uma pitada no cachimbo e fez aquelas reticências dele, cheias de risinhos. Deixou que a sabedoria dos tempos emprestasse inteligência e educação ao jovem repórter.¹⁰

O aluno percebeu que era o tempo dilatado que traria a percepção das coisas. Essa *sabedoria do tempo* é uma constatação aleatória, que pode se revelar até mesmo na facilidade com que, relendo a prova, o juiz venha a constatar que errou. Não comparou o depoimento com os documentos, não observou a controvérsia. Não fez a pergunta certa.

O aluno vê a advogada que traz a folha de papel com muitas perguntas. Ele se indaga se isso seria a expressão de um caso bem estudado ou se seria a demonstração de insegurança.

A professora não lhe falou do frio na espinha que qualquer juiz sente quando vê o advogado com uma folha de mil perguntas preparadas de antemão, as quais pretende fazer sem analisar o que é necessário provar, sem analisar a influência das provas já feitas. Uma após outra, ela ia fazendo as perguntas propostas pela lista do advogado num automático em que a razão é suspensão, para evitar o conflito de dizer não, mesmo sabendo que tudo já estava lá provado. Ela ia fazendo as perguntas, constando a resposta e pensando no tempo perdido, mas com medo de derrubar o advogado na insegurança inicial em que o papel é seu ponto de apoio. Nessas quando o diretor de secretaria costumava abrir a porta e fechar. Só de olhar para ela

¹⁰ SANTOS, 2010b, p. 8.

sabia que faltava só a gota d'água. Era melhor deixar passar aquela audiência. Era melhor deixar que acabasse a folha inteira das perguntas infinitas.

O aluno esconde-se num canto da sala de audiências. Ele é um espectador insignificante que observa e vê no entrecortado do depoimento as advogadas a se comunicarem com o olhar, diante de cada frase do preposto. É apenas uma das sobrelhas que se levanta, mas ele sente que um diálogo se estabelece no mudo entre elas. O aluno se pergunta se a juíza percebe as sobrelhas que se levantam no não verbal dos contatos. Ele quer saber se isso interfere na condução do processo.

Pode ser que sim, pode ser que não. Tudo depende do que o acaso permite ao juiz saber. Tudo depende do modo como o contato influi no ambiente geral. E isso não se pode ensinar. O tempo de aprender é, portanto, o tempo paradoxal da complexidade. E não há como demonstrar essas contingências pela transformação em conceito ou em abstração. Por isso, a dimensão da crônica talvez possa reestabelecer a multiplicidade que explode no cotidiano de tempos tão disformes.

Porque o tempo não se suspende para oralidade. Não há como desmanchar a palavra dita. Não há como remover o gesto visto. Não há como apagar o cheiro sentido. Não há como desfazer o sentido do toque ou do tapa. Não há como tirar da boca o amargo e o doce.

O aluno relatou a espera de 5 horas para uma audiência de 10 minutos.

Num outro dia, ele assiste à maior audiência. Marcada para as 11h, ela só começou 14h16 e terminou às 16h45. Nela, à falta de acordo, anuncia-se uma sucessão de depoimentos pessoais e de testemunhas. A sala está cheia e ainda assim as pessoas conversam, tumultuando o espaço. Reclamatória de motorista de caminhão, estão lá as discussões sobre comissões e jornada de trabalho.

Os atritos entre o advogado do reclamante (que fez a maioria das perguntas) e a juíza se sucedem. Em um certo momento, o advogado insiste em indagar algo. A juíza não consegue compreender o que o advogado quer seja perguntado. Ele foi percebendo a naturalidade com que esses embates se colocam e como, ao mesmo tempo, há uma modulação na voz da juíza que parece absorver o modo de falar das testemunhas. Seu linguajar está mais coloquial do que o normal. Ela inclusive dá um sorrisinho de canto de boca quando faz/escuta/reduz a termo algumas perguntas.

O aluno se indaga se houve cerceamento de defesa quando a juíza diz que o advogado deveria escolher suas melhores testemunhas porque não ouviria todas (“se não conseguiu provar até agora, não vai ser com mais testemunhas. Não vou ficar aqui escutando várias testemunhas falando a mesma coisa”). Ele percebeu também que os depoimentos foram praticamente

idênticos. E o bate-boca entre a juíza e o advogado geralmente ocorre nas mesmas perguntas. Ela as vai indeferindo e simplesmente fala: “Próxima!”

O cansaço da juíza é perceptível. Ela recosta a cabeça na cadeira e respira fundo. Não é o único relato de cansaço, de desgaste, de tédio. Ele percebe a sisudez, o distanciamento, o corpo que às vezes desmorona sem que as palavras possam enchê-lo de energia. Quando se fala da emoção do juiz, da influência dela na decisão, muito raramente se considera o desgaste que vem ao fim de um dia carregado de muitas e longas audiências. A decisão normalmente se dá já no espaço da pressão por prazos, mas longe da imposição de convivência e de reação ao diálogo necessariamente expresso na voz e no corpo a corpo. A tensão da sala de audiências e a disponibilidade de quem ali está para o convívio são fatores que interferem na produção da prova e na concentração necessária para o acordo. Não se trata de um ato isolado do juiz. O advogado que insiste na pergunta já feita, que não tem noção dos limites da lide, que traz uma relação grande de questões e as faz mecanicamente impõe um desgaste que não tem medidas e impede a fruição da dialética de plena comunicação. O advogado que trata o colega como um inimigo e discute com ele ríspidamente amordaça a fruição da dialética de opostos que caracteriza o processo em contraditório. O juiz que não ouve, que trata as pessoas com desprezo ou com arrogância impede a ampla dialética do contraditório. A participação no processo é de todos.

Não há como narrar todas essas emoções sem reservas que exalam do momento-chave em que, no Processo do Trabalho, as portas da sala de audiência se abrem. Não há um lugar para o exercício da liberdade de mostrar o que sente. A palavra vai muito além dos limites da técnica fundada na lei.

E o aluno faz-se de observador como personagem. No seu relato, intérprete aleatório, ele não tem papel definido. É cronista e é leitor.

Foi só a crônica, como gênero, que me escancarou a porta para um leitor intruso. A crônica é em essência uma maldita conversa pública em voz alta. Percebi rapidamente que havia, em todos os aspectos, dos temas às formas, uma “etiqueta” de cronista, um código de civilidade e de boas maneiras que está na alma da nossa vida em comum e que a crônica absorve quase que por osmose, exigindo obediência estrita – era isso que o fantasma renitente do leitor me lembrava.¹¹

O aluno está incumbido do imprevisto que é dizer o que vê e, assim, vai revelando a importância da concreção e sua expressão na audiência que continua. Entre verdades e mentiras.

¹¹ TEZZA, 2016, p. 184.

Nos depoimentos das testemunhas trazidas pela empresa, as respostas foram praticamente opostas às respostas das testemunhas do autor. A juíza vai alertando que perguntas genéricas não levam a nada, que não adianta repetir perguntas já feitas. Ele percebe que a juíza altera a pergunta: de *sabe-dizer-se-os-trabalhadores-revezavam* para *você-já-viu-o-reclamante-revezando*. Na síntese, ele registra que a contraposição absoluta nos termos dos depoimentos faz com que tudo pareça combinado como se fosse um teatro.

E, no final das contas, ele acabou por entender a tom de irritação da juíza e a define como muito boa. Embora tratasse os advogados com uma certa animosidade, ela tinha uma concentração muito atenta em tudo o que estava se passando naqueles minutos em que todos estavam reunidos para cumprir uma etapa formal do processo. Tentava extrair o essencial de tudo, com foco, sem dispersar o que interessava, ainda que estivesse bem atrasada no relógio que pelos horários da pauta-nossa-de-cada-dia.

Se eu fosse o advogado da mesa estaria pensando a mesma coisa ou também a consideraria “mal-educada”? Quando a gente se coloca na posição do outro, com alteridade, muitas vezes perdoamos seus atos, já que enxergamos as mesmas dificuldades que teríamos.

Não parece que o aluno tenha considerado que terminada a audiência, depois de um dia inteiro de intercorrências que levaram ao atraso, ela teria que juntar aquele processo aos outros que esperavam decisão na sua pilha e/ou na dos assistentes, conforme o caso e a disponibilidade.

O confronto da contradição entre os depoimentos com a necessidade de resolver a demanda e de julgar escapa ao tempo visível da audiência e se agrega aos múltiplos fatores que se somam na solução pelo direito indo da busca de justiça à litigiosidade artificial. Resolver com o direito não é, portanto, coisa singela. Não é aritmética. E a resposta escapa à lógica pura de uma atração imaginada do fato pela lei para desdobrar-se numa versão corriqueira de minúcias que pode ser revelada apenas por um relato que é dos ditos, que é dos silêncios, que é dos sentidos. E que exige a transposição na imagem da escrita multiplicada pelos acasos que vai ficar para o sempre delimitado que é o da duração dos acervos e da lembrança dos vivos que a viveram. Fazer essa tradução é coisa que não se ensina na totalidade e que o tempo vai demonstrando no melhor quando se pode voltar e rever.

Acontece também com o cronista, a se lembrar dos arroubos do jovem jornalista que ele fora:

“Um dia eu fiz uma extensa matéria de capa com Joãozinho Trinta, um personagem que sempre tinha boas declarações para os repórteres. No penúltimo parágrafo da matéria, coloquei uma dessas frases entre aspas do carnavalesco. O parágrafo final, no entanto, era uma frase minha, um brilhareco engraçadinho com pretensões de

estilo. Elio Gaspari, o editor, cortou. A estrela da matéria, explicou com sua infinita paciência com os focas, era o Joãozinho. Só ele tinha o direito ao último holofote e ao fecho de ouro do show”.¹²

Definir o que dizer, como se comportar, o que perguntar depende de uma observação entre erro e acerto. E a professora se lembra dos alunos a lhe pedirem que desse uma aula inteira só contando os casos de sua vida. Ela prometeu que sim. Uma aula em que eles poderiam perguntar tudo o que tiveram vontade de perguntar, mas que não tiveram até ali coragem. Talvez seus jovens alunos não consigam perceber como ela se sente exatamente como eles. Como, no rememorar, ela se vê no que eles são.

E o aluno se identifica com uma das muitas juízas que viu: a mais nova dentre todas aquelas cujas audiências ele assistiu. E ele se reconhece nela enquanto ela conduz uma audiência na qual a empresa, um petshop, comparece sem advogado. O reclamante (ele sim com uma procuradora) pede insalubridade em grau médio por umidade excessiva e excesso de calor.

Insalubridade em um petshop? Será que é realmente devido? Parece mais que está forçando a barra. Bem, não posso fazer esse julgamento *a priori*. Não fui eu quem viveu a realidade do trabalho.

A empresa parece querer se livrar logo do processo. Aceita a proposta de conciliação do reclamante.

Será que se a empresa tivesse um advogado aceitaria a proposta da mesma forma?

A juíza deixou a conciliação transcorrer naturalmente. No entanto, quando a advogada do reclamante falou em reflexo, ela interveio dizendo que o valor estava excessivo:

Parece que um advogado realmente está fazendo falta para a empresa. Quais são as vantagens e desvantagens de uma Justiça em que a presença de advogado é facultativa? Os juizados especiais ampliaram o acesso à justiça. Será mesmo que se trata de uma ampliação?

¹² SANTOS, 2010a, p. 10.

Juíza desabafa com a advogada do reclamante. Fala da sobrecarga de processos e que não há como toda sentença sair correta. E confessa: “Às vezes a gente se sente uma máquina. Ainda bem que existem as instâncias superiores para que vocês (advogados) possam recorrer”.

O aluno acha a frase perigosa.

O problema do judiciário brasileiro (e de todos os outros) também é um problema de gestão. Como inserir adequadamente essa temática nos cursos de Direito?

A pauta segue no horário. E o aluno sente como isso é quase suficiente para desanuviar as tensões.

O clima de hoje está consideravelmente mais leve do que ontem. Caminhar corretamente com o horário da pauta parece ser de extrema importância.

A professora fica imaginando o que ele guardaria dela se a visse conduzindo uma audiência como fazia antes. Ela se lembra sempre da xícara de chá, que entrava no meio da manhã, pela abertura da porta, nas mãos do servidor querido e pousava na mesa e esquentava a alma. A infusão deliciosa do chá era uma poção poderosa de ar para respirar de novo. E a voz se recompunha. E o pensamento acalmava do gosto e do calor. Talvez ninguém percebesse o afago na alma, mas a memória guarda inteira a sensação que tem nenhuma relevância para o aprendizado do direito, mas que a punha de novo em alerta para seguir o dia até o fim.

A professora quis falar ao aluno dos seus servidores, que não tinham espaço nos relatos para a compreensão do processo.

Ela se lembrava do colega do norte do Brasil que lhe contara que, todas as vezes em que abria a porta, no meio da audiência, via sua funcionária. Pérola. Nada disso importaria se a história não tivesse sido contada num curso de ética e se ele não se tivesse coberto de emoção para reviver os dias e recobrar do invisível a servidora adoecida, diagnosticada com esclerose lateral amiotrófica. Seu corpo ia definhando nos movimentos que ela levada todos os dias para a secretaria da Vara, enquanto sua racionalidade se expandia em sentires que iam além de qualquer julgamento. O juiz, abrindo a porta da sala de audiências para a secretaria, escancarava sua pequenez.

E na fala, na história contada, faz-se a crônica dos dias a testemunhar o cotidiano do direito na miscelânea dos sentidos. O olfato. A audição. A visão. O paladar. O tato.

No tempo recortado, a professora se lembra do outro juiz que, um dia, numa mesa de conversa, silenciou todos contando que vira seus presos orando. Ele descreveu detalhadamente a impressão de um momento que foi um átimo de vida. O reconhecimento de cada preso e de

seu crime. A mulher que matou o pai. O traficante que matou o inimigo. O estuprador. O ladrão. A chegada na hora em que o pastor iniciava a oração. A impossibilidade de esquecer o som daquilo, o eco das vozes pedindo a Deus por suas vidas. E ele ganhando a convicção de que nunca mais iria ali naquela hora.

Essas dores não saem no jornal. Muitas dores não fazem manchete nem no noticiário, nem nas páginas remotas do conhecimento do direito. São como se não pertencessem ao direito e a seu fazeres. Na ética dos riscos cotidianos, cada escolha é uma história de reconhecimento. É um retorno ao ponto originário da busca pela justiça no caso. E para ela não basta o prescritivo que faz a forma do direito. É preciso a resiliência de reprisar o descritivo sem escamotear a *acontecência* das prescrições e a vida que é sua matéria prima. É preciso a constância no além da lei que perpassa o sujeito intérprete nas suas variadas dimensões e nas relações múltiplas e intercalares que fazem a trama do direito e que se enovelam nas vozes que se calam ou explodem nas salas de audiência. Entre o rotineiro, o costumeiro e o inusitado, o extraordinário. O aluno percebeu o que era assimilado como comezinho, mesmo que o surpreendesse.

A que horas se aprende a dizer sim e não?

A juíza concedeu um prazo de 48 horas para que o reclamado juntasse alguns documentos (cartão de ponto e ficha financeira). O aluno pergunta se isso pode. Se isso está na lei. Quando o advogado fez o requerimento, ela demorou cerca de 4 segundos para responder. Pareceu que foi condescendente.

A professora quis dizer a ele sobre os acertos que se fazem na audiência para aliviar os efeitos do contraditório. A juíza poderia ter dito não. Mas quando diz sim, ela abre a porta da ampla defesa e da informação e possibilita a vinda aos autos de documentos que podem facilitar o julgamento. No trânsito das informações, ela dará vista ao autor e analisará a extensão da lide no momento da conclusão da instrução do processo.

Enquanto a ata é impressa, ele constata, todos conversam à mesa. Quase como se fosse uma mesa familiar, uma roda de amigos. Acontece com frequência esse sopro de alívio. O tema, na trivialidade conexão das relações de trabalho, é uma paralisação decorrente de greve. Parece ser um outro mundo, na naturalidade de uma conversa em torno de uma mesa.

No trivial do processo arquivado pela ausência do reclamante, o aluno entreouve do procurador a alegação de haver visto o advogado dele na sala de espera e a insinuação de que ele deve ter ido propositalmente embora. No enredo circular da lei, o art. 844 prevê a extinção

do processo sem resolução do mérito na configuração do pressuposto que é a ausência. Isso não impede a indignação jocosa da preposta e a frase que ele anota no literal do *entre aspas*: “Fica difícil quando a gente sai de Contagem nesse sol. Dá vontade de cometer um crime!”. Não, ela não vai cometer o crime. Mas a frase saiu com tanta força e naturalidade que todos se assustaram. A violência das palavras é surpreendente.

Ele vivencia como uma onda de choque pelo inesperado da profecia para um desfecho corriqueiro na sua técnica: ausência-arquivamento-ausência-arquivamento-ausência-arquivamento.

O aluno vai assimilando o transe entre silêncio e fala, sempre com o significado.

Ele sai um minuto e quando volta a audiência seguinte já terminou. No entretempo entre essa audiência e a seguinte, ele percebe que a juíza olha o seu celular o tempo todo. Ele já havia tocado 3 vezes. E ele pensa na vida dela fora dali. O telefone da juíza toca pela segunda vez. O telefone da juíza toca pela terceira vez. A audiência é rápida. Apenas a homologação do acordo. O aluno percebe que a juíza vive várias vidas.

A professora lembra-se de atender o marido no meio do ciclo das audiências, nas suas necessidades. Ela sempre explicava para os advogados que ele estava em casa, já idoso, e não conseguia fazer funcionar o controle remoto da televisão e fica mais sozinho sem ela. Não é jurídico. Os advogados poderiam entender ou não. Ela nunca saberá. Mas isso foi num tempo outro. Já foi. Passou. Na cabeça da professora, havia a certeza de que nos tempos do marido-juiz, ele não aceitaria que uma ligação tão frugal interrompesse suas audiências. Mas ela sabia também que seria impossível não cuidar dele.

De algum modo, o silêncio dos minutos que antecedem o pregão da audiência seguinte lhe parecem ser mais leves, quase reconfortantes. Ele se dá conta da diferença em relação ao silêncio ao longo de uma audiência, enquanto as partes aguardam a impressão do documento, por exemplo. Nesse vazio aparente de som paira uma energia e as pessoas devem, de alguma forma, manter uma postura. Há uma expectativa de que algo pode destampar o embate das palavras, pode entornar a animosidade que se imporá sem retornos. E assim o silêncio. Assim se calam todos.

No jogo de cena, os advogados avançam e recuam na argumentação para fixar o embate da audiência. Na rapidez do verbo aberto em som, o advogado sinaliza para a fragilidade do argumento que contraria matéria sumulada. A juíza e a advogada da autora rechaçam a afirmativa. O aluno lembra do caso do advogado lendário que inventava leis na hora da audiência. Para não se passar de desentendido, o juiz e advogado adversário simplesmente acatavam. E indaga: “Será lenda urbana ou verdade?”

O saber não é uma medida uniforme. E o aluno acha graça dos acasos. Ele presencia a cena que deixava a professora muito nervosa: quando dois advogados resolvem representar concomitantemente a parte em audiência. Normalmente são advogados iniciantes que desconhecem os ritos e querem se apoiar um no outro seus não saberes. Ele não acha que isso possa ser motivo suficiente para a irritação da juíza. Mas é. Os dois advogados simultâneos são geralmente sinal de insegurança e as perguntas são também geralmente pouco objetivas e tumultuam a instrução.

Os depoimentos se contradizem. A testemunha do autor diz que era possível fazer *login* com a senha de outra pessoa, fato negado pela testemunha da empresa. O aluno avalia a prova com perplexidade:

Agora a juíza tem dois depoimentos contrários. O que fazer?

Nunca se sabe. Mas ela decidirá. Num sentido ou em outro. E tentará dizer porquê.

Quando a autora está propondo as perguntas, a advogada da segunda ré dá uma terceira e última levantada de sobrelance para a amiga. E dessa vez o aluno consegue fazer uma leitura labial: “Ela tá tentando fazer prova com nossa própria testemunha”.

O aluno talvez não alcance que a troca de olhares entre as partes e seus advogados tem relação com a comparação entre os fatos provados e a realidade vivida, quem mente e quem diz a verdade. Mas ele fica na dúvida sobre a qualidade do depoimento, sobre o paradoxo entre o contentamento da juíza por não ter que ouvir mais uma testemunha e a certeza dos fatos:

A juíza claramente se mostrou contente. Não precisaria ouvir a mesma ladainha de novo. Será que sua convicção já havia se formado? Será que realmente uma segunda testemunha é dispensável? Não há perigo de, mais para frente, no momento de julgamento, quando o sentimento da audiência já se tiver dissipado e somente há um papel frio na frente, ser pouco uma única testemunha?

Ele sabe, porém, que ela chegará a *uma verdade* que vai usar para decidir. Ele já sabe que ela não pode se arvorar ao conhecimento inteiro e que ela vai criar uma história a partir dos dados que são acessíveis. E assim vai julgar. A verdade é um desejo inconfessável de quem tem que decidir. A crônica dos dias guardará a marca do que fixar como a verdade no caso. Que pode ser. Que pode não ser. Que pode ser o costumeiro. Que pode ser o surpreendente.

E o juiz nem sempre poderá fazer o relato daquilo que as partes viveram. E ele sabe que, se ainda não há uma máquina do tempo que permita modificar o passado, algo aconteceu. O empregado bateu ou não o cartão. O chefe agrediu ou não o empregado. E o juiz tampouco pode

viajar no tempo para ver o que ocorreu. Ele não pode ir aos fatos. E ele nem pode fazer a crônica de suas dúvidas e de suas certezas:

Uma vez um amigo que trabalhava num jornal de São Paulo me contou que, anos atrás, o mais antigo assinante, um senhor do interior, cancelou a assinatura. Houve certa comoção por causa disso, e o jornal pediu a seu representante na área que fosse conversar com o assinante, para saber o que o desagradara tanto. Resposta? Nada. Apenas ele se aposentara e vendera a quitanda. Assinava aquele jornal, especificamente, porque era o que tinha o maior número de páginas e dava para embrulhar mais coisas. Não sei se a história é verdadeira, mas me foi passada como tal.¹³

A história de cada questão deduzida pode ter inúmeras vertentes que nunca serão escandidas pela formalística do processo. Mas que é passada como tal. Será que há histórias inteiras que ficam por detrás dos processos na potência de serem conhecidas e de fazerem sentido?

O aluno fica invisível na sala e tenta ouvir os não ditos, os subliminares. Os sussurros. Ele aprendeu que a desistência é possível e que ela implica extinção do processo sem resolução do mérito. Mas ele percebe que há sempre um motivo, uma estratégia, um estratagema.

Enquanto o advogado do reclamado conversava alguma coisa com o digitador, o próprio reclamado confidenciou-lhe baixinho, como a um amigo sincero, olhando e erguendo os braços para cima: “A verdade prevalece”. Era visível sua sensação de alívio. Um processo realmente tem um peso. O aluno tem dúvidas. Nem sempre a verdade prevalece. E o reclamado não entendeu que a desistência implica apenas a extinção do feito sem resolução do mérito. Aquela verdade talvez não prevaleça para sempre. Pode haver outro processo.

Numa outra audiência, ele sentiu que a desistência do autor veio como uma solução na surpresa. Ter que a pedir não agradou seu advogado. Ele ouve na voz baixa o cliente dizendo ao advogado: “Foi aquilo que eu te falei”. E o procurador não se lembra da história: “Falou? Acho que não...”. E deixa a conversa para lá fora. Ali era só a audiência.

Ele percebe os labirintos do diálogo entre advogado e cliente. Há muitos não saberes. E mais uma vez se pergunta em que hora aprenderá todos os passos desse processo de conversação sobre o conflito.

A professora lembra-se da primeira cliente numa separação judicial litigiosa. Lembra-se de como só soube de fatos relevantes diante do juiz. Lembra-se das coisas que ouviu do marido de sua cliente, da intimidade dos vínculos que descobriu na hora da audiência numa dimensão muito mais larga do que gostaria.

¹³ RONAI, 2011, p. 12.

O aluno não entende o porquê de uma ação de consignação em pagamento cujo único objetivo é a assinatura de um termo de rescisão. A consignada veio de Mariana para isso. Ele se pergunta se a litigiosidade diminuiria se houvesse mais conhecimento do direito.

Pode ser.

Ele não sabia ainda que essas ações de consignação envolvem alegações de justa causa que vão ser discutidas em outras ações, numa cadeia de litigiosidade, mas intuiu que as formalidades do direito do trabalho, por vezes, impõem ritos excessivamente protocolares e que se tornam mais complexos ainda pela ação das partes e de seus procuradores.

A audiência é adiada. O autor está internado em clínica devido a dependência química. As correlações do mundo da vida com o direito não se fazem no milimétrico de um destino que é sempre imprevisível. O aluno ouve a súplica do advogado do autor ao advogado da empresa para que se resolva logo o caso. No entanto, ele compreende que o procurador da empresa a representa sem qualquer autonomia. A solução da questão trabalhista e da questão humana lhe escapam. O aluno pergunta:

Qual a graça de se trabalhar como advogado se não houver autonomia?

E, de uma audiência a outra, ele vai constatando que autonomia é também conhecimento.

No finalzinho da instrução de um processo, com duas empresas-rés, a procuradora da segunda ré faz uma pergunta sobre alimentação. Advogada da primeira ré pensa em voz alta: “Nossa, o mais importante eu esqueci!” O aluno fica na dúvida: teria sido mesmo o mais importante ou foi força de expressão? Como se pode esquecer o mais importante depois de fazer tantas perguntas?

As partes e os advogados começam a discutir questões não pertinentes ao processo *stricto sensu*. A juíza pede para que não façam isso na audiência. Partes e advogados voltam a discutir. Com isso a magistrada fala nervosamente: “Eu disse para vocês não discutirem esse assunto na audiência. Se quiserem, discutam isso lá fora, após a audiência!”

Valeria a pena deixar os litigantes resolverem suas “questões extras”? Ou isso geraria somente um tumulto sem sentido?

Às vezes, as pessoas só querem ser ouvidas. O empregado quer desabafar as dores que sentiu do tratamento do empregador. O empregador quer desfilar os malfeitos do empregado.

Mas não há tempo para esse exercício recíproco de exposição de perspectivas. E o juiz nem sempre está preparado para se deixar levar ao sabor das expectativas de justiça que cada parte carrega dentro de si.

Talvez seja por isso, para se distanciar, que aquela juíza dificilmente olhe nos olhos das partes e das testemunhas. Talvez seja por isso que ela possua a fisionomia mais fechada de todas as juízas que ela já assistiu. Isso, porém, não quer dizer nada. Quem vê cara, não vê coração. A seriedade da juíza pode ser apenas mais uma estratégia para conseguir impor-se o ritmo dos dias.

Na audiência adiada, ele vê as testemunhas presentes entrando e sendo intimadas da nova data em que deverão comparecer:

Já é difícil deixar a rotina para ir depor em um processo. Eles devem estar com uma certa indignação por terem ido lá a toa. E pior, terão que retornar outro dia.

São pessoas diferentes que vem de todas partes da cidade para se encontrarem ali. Trazem suas histórias guardadas. Contam-nas no ritmo atribulado dos depoimentos que se transformam na fala inscrita no papel, na fala exposta na escrita iluminada da tela do computador.

E de repente ele se surpreende quando a preposta é uma freira. Um inesperado. Por mais que lhe fosse dito da diversidade dos atores do direito, ver uma freira na Justiça do Trabalho é um impensável. Um mesmo conjunto de normas gerais e abstratas regem uma sociedade plural. Uma freira é preposta de uma escola. E abre-se mais uma audiência. E outra. E outra. Até o fim.

Na diversidade das pessoas, o aprendizado vai se fazendo pelo mistério do múltiplo, pela impossibilidade de se descrever na concisão o que é a dimensão de cada processo como contingência, como inesperado, como imprecisão.

E entre todas as audiências, entre todas as perguntas, o aluno afirma que há uma história de que ele nunca se esquecerá. Porque doeu nele a vivência do demasiadamente humano que ele apreendeu na inteireza dos sentidos e que sabia ser intraduzível na passagem entre ilicitude e licitude.

Foi numa última audiência de uma sexta-feira qualquer. O clássico triângulo juiz-autor-réu estava montado e tudo pronto como ordinariamente se espera. O reclamante era um ex-empregado como ordinariamente acontece. A reclamada era um bar, desses que se encontram ordinariamente nas esquinas das cidades. Acima deles (literalmente), uma juíza cansada, ladeada por uma digitadora de audiência também cansada. À volta dela, compondo uma espécie

de público, alguns advogados que aguardavam a chance de conversar com a juíza e um estudante de direito, o aluno, que registrava os acontecimentos para um projeto de iniciação científica de sua faculdade. Era uma audiência una: não havendo conciliação, a empresa apresentaria sua contestação, as testemunhas seriam inquiridas e a juíza posteriormente sentenciaria conforme o princípio do livre convencimento motivado. O processo de conhecimento tinha ali suas linhas mestras ordinariamente estabelecidas. E, realmente, assim aconteceu, como não poderia deixar de acontecer. O desconforto reside justamente nisso.

A pretensão do autor era reconhecer a existência de horas extras e trabalho nos fins de semana. O argumento da defesa era de que o reclamante ajudava na condução dos negócios, mas constantemente ficava bêbado e, por isso, o proprietário o deixava dormir por lá.

Na última audiência de uma sexta feira, essa era a situação que se submetia ao conhecimento da juíza para decisão: um dono de bar e um ex-empregado que aparentemente trabalhava, vivia e dormia no estabelecimento.

E então foram sendo chamadas as testemunhas, todos eles frequentadores do bar. Por serem amigos do reclamante, foram ouvidos na condição de informantes. E a sala se impregnou do cheiro forte de bebida. E a todos se impôs a respiração daquele hálito que exalava o odor de álcool, o odor da *água-de-vida* que adoece a vida. E a juíza, visivelmente cansada, repreendeu-os por estarem naquele estado. Perguntou a um deles, se ele ia sempre ao bar. E obteve como resposta que ele passava por lá todos os dias às 6h ou 7h para tomar umas doses. A juíza ficou assustada e disse, com um tom agressivo, que isso era doença. Ele deveria se tratar, discursando alguns minutos sobre o problema. E a testemunha, sabedora de si, respondeu: “Doutora, se eu não tomar uma bebida pela manhã, não consigo começar o dia. Desculpa.” A resposta soou sincera. A voz da testemunha era sofrida. A juíza suavizou a expressão de raiva. E pareceu ter pena. E cansaço.

A sensação que ficou foi de um abismo entre as partes/testemunhas e a juíza/digitadora. Dois mundos distintos que se cruzaram.

Foi assim. Há coisas que não há como ensinar. Há coisas que simplesmente se aprendem. Ou não.

Referências

GOODY, Jack. *Myth, ritual and the oral*. New York: Cambridge University, 2010.

LOPES, Mônica Sette. A formação do juiz para a oralidade: relato, memória e pedagogia do direito não escrito. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Maurício Godinho,

PRADO, Ney, ARAÚJO, Carlos (Coord.). *A efetividade do direito e do Processo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 137-185.

MOISES, Massaud. *Dicionário de termos literários*. São Paulo: Cultrix, 1974.

ONG, Walter. *Orality and literacy: the technology of the word*. London: Routledge, 2002.

RONAI, Cora. Barbante, sal, orquídeas. *O Globo*. Segundo Caderno, 2011, p. 12.

SANTOS, Joaquim Ferreira dos. Da caixa postal: Leitores podem mais histórias do velho homem de imprensa. *O Globo*. Segundo Caderno, 2010a, p. 10.

SANTOS, Joaquim Ferreira dos. Um dia na vida de um repórter: senta que lá vem história do velho homem de imprensa. *O Globo*. Segundo Caderno, 2010b, p. 8.

SANTOS, Joaquim Ferreira dos. ‘Nós num pega os peixe’: aqui não se falam essas coisas na frente das crianças. *O Globo*. Segundo caderno, 2011, p. 10.

TEZZA, Cristóvão. *A máquina de caminhar*. Rio de Janeiro: Record, 2016.

PROGRAMA POLOS DE CIDADANIA: CONTRIBUIÇÕES PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO DIGNO POR MEIO DE PRÁTICAS EXTENSIONISTAS VOLTADAS PARA O COOPERATIVISMO E A QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL¹

THE POLOS DE CIDADANIA PROGRAM: CONTRIBUTIONS TO THE ACCOMPLISHMENT OF THE RIGHT TO DIGNIFIED WORK THROUGH UNIVERSITY EXTENSION PRACTICES FOCUSED ON COOPERATIVISM AND PROFESSIONAL QUALIFICATION

Sielen Barreto Caldas de Vilhena²
Ana Laura Gschwend Monteiro³
Barbara Franciele Oliveira Gualberto⁴
Luísa Bergara de Souza⁵

Resumo

Este artigo trata sobre práticas de extensão universitária para a efetivação do direito fundamental ao trabalho digno de trabalhadores com trajetórias de vulnerabilidade social organizados em uma cooperativa de trabalho (COOPMULT). Será apresentado breve debate sobre a extensão universitária no Brasil e como o Programa Polos de Cidadania se posiciona em prol de uma extensão emancipadora. Através da pesquisa-ação, o projeto Direito ao Trabalho Digno e População em Situação de Rua atua, desde 2016, com a COOPMULT em diversas ações que contribuem para a formação profissional e política dos trabalhadores e viabilização do empreendimento, por meio de atividades como preparação e acompanhamento dos cooperados em cursos de qualificação profissional, assessoria jurídica e psicossocial. Por fim, serão analisados os impactos que essas práticas extensionistas provocaram nos trabalhadores, seja no incentivo à escolarização, no fortalecimento da COOPMULT e na geração de trabalho e renda para os cooperados, elementos essenciais para a efetivação do direito fundamental ao trabalho digno.

Palavras-chave: Direito ao Trabalho Digno. Extensão Universitária. Cooperativismo. Qualificação Profissional.

Abstract

This article is about university extension practices for the effectiveness of the fundamental right to dignified work of workers with social vulnerabilities organized as a work cooperative (COOPMULT). A brief debate about university extension programs in Brazil will be presented, among with the way the Polos de Cidadania Program positions itself towards an emancipating extension model. Through action-research, the Right to Dignified Work and Homeless People acts since 2016 besides COOPMULT in many actions that contribute to the workers' professional and political education and the formalization of the cooperative, using activities such as preparation and monitoring of the cooperates through professional qualification courses and legal and psychosocial advisory. At last, the impacts that those extension practices made with the workers will be analyzed, regarding the incentive to schooling, the strengthening of COOPMULT and the generating of work and income to the cooperates, essential elements for the effectiveness of the right to dignified work.

Keywords: Right to Dignified Work. University Extension Programs. Cooperativism. Professional Qualification.

¹ Artigo inédito. Enviado em: 25 set. 2018.

² Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFMG. Coordenadora geral e acadêmica do Programa Polos de Cidadania da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG. *E-mail:* sielencaldas@gmail.com

³ Graduada em História na UFF. Graduanda de Direito da UFMG. Extensionista bolsista do Programa Polos de Cidadania da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG. *E-mail:* lauragschwend@gmail.com.

⁴ Graduanda de Psicologia da UFMG. Extensionista bolsista do Programa Polos de Cidadania da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG. *E-mail:* babifranciele@hotmail.com.

⁵ Graduanda de Psicologia da UFMG. Extensionista bolsista do Programa Polos de Cidadania da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG. *E-mail:* luisabergaras@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo trata de práticas de extensão universitária para a efetivação do direito ao trabalho digno de trabalhadores em vulnerabilidade social por meio, especialmente, da organização pela via do cooperativismo e da educação profissionalizante. Tais ações têm sido desenvolvidas pelo Programa Polos de Cidadania (Polos), programa transdisciplinar de pesquisa social aplicada e extensão da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG),⁶ em parceria com a Cooperativa de Trabalho e Serviços Múltiplos (COOPMULT), especializada na prestação de serviços de reparo e manutenção prediais.

A COOPMULT é formada por 11 trabalhadores, sendo que a maioria já esteve em situação de rua. Há anos afastados do mundo do trabalho formal e em intensa exclusão social, em 2015, decidiram se unir pela via do cooperativismo para gerar trabalho e renda de forma democrática e coletiva.

Da relação entre o Polos e a COOPMULT, realizada por meio do projeto Direito ao Trabalho Digno e População em Situação de Rua, pautada, sobretudo, pela metodologia da pesquisa-ação, serão destacados: a) o processo de organização dos trabalhadores, por meio de intensa assessoria psicossocial e jurídica, para a consolidação da Cooperativa, prestada diretamente pelo Polos; e b) a formação profissionalizante, especialmente a partir da participação dos cooperados no Curso Intensivo de Preparação de Mão de Obra Industrial (CIPMOI), programa de extensão da Escola de Engenharia da UFMG.⁷ A principal forma de levantamento de dados sobre esta experiência foi a realização de entrevistas semiestruturadas, metodologia que permitiu a escuta atenta dos cooperados.

Por meio da análise dessas ações, espera-se demonstrar o modo de atuação do Polos, que se fundamenta no paradigma de extensão emancipatória, pautado no processo interdisciplinar, educativo, cultural, político e científico que promove a interação transformadora entre a universidade e outros setores da sociedade.⁸

Dentre os resultados que serão apresentados, destacam-se o desenvolvimento profissional, a ampliação do número de clientes captados pela COOPMULT e a melhoria da capacidade de gestão democrática e autônoma da Cooperativa, indicando êxito no processo de conquistas de direitos, como o direito ao trabalho digno.

⁶ Para informações complementares sobre o Programa Polos de Cidadania, acesse: <<http://polosdecidadania.com.br/>>.

⁷ Disponível em: <<http://www.cipmoi.eng.ufmg.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

⁸ FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, 2012, p.28.

2 O PROGRAMA POLOS DE CIDADANIA E SUA PARCERIA COM A COOPMUL T POR MEIO DE PRÁTICAS EXTENSIONISTAS EMANCIPATÓRIAS

Um dos objetivos de trazer a experiência que o Polos tem com a COOPMUL T é ressaltar a importância da extensão para a universidade e, consequentemente, para toda a comunidade direta e indiretamente atingidas.

Para isso, será feita uma breve exposição da compreensão do Polos sobre extensão universitária à luz da concepção atual proposta pela Política Nacional de Extensão Universitária elaborada pelo Fórum de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras - FORPROEX⁹ e como práticas extensionistas emancipatórias se dão, na perspectiva dessa teoria adotada, no projeto com a COOPMUL T.

2.1 COMO O PROGRAMA POLOS DE CIDADANIA PENSA A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA

No Brasil, as atividades extensionistas são marcadas tradicionalmente pela prestação de serviços e realização de cursos e conferências,¹⁰ limitadas muitas vezes pela transmissão unilateral de conhecimento acadêmico voltado à melhoria das condições de vida da comunidade.

Na construção de outro paradigma, destaca-se a atuação do movimento estudantil, que entre o fim de 1950 e o início de 1960, teve grande contribuição na definição de práticas extensionistas, antes mesmo de sua formalização, com o viés de forte compromisso social com metodologias que possibilitam a reflexão sobre a prática.¹¹ Em meados dos anos 1970, a Coordenação das Atividades de Extensão (CODAE) estabelece que a extensão deve voltar-se ao “atendimento das organizações e populações, com sentido de retroalimentação e troca de saberes acadêmico e popular”.¹² Por meio dessa concepção, as camadas populares passariam então a serem consideradas como sujeitos da ação extensionista, e não mais mero objeto.

O período de redemocratização no Brasil foi o contexto do crescente movimento de questionamento ao caráter assistencialista da extensão universitária. A partir dessa crítica, a

⁹ FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, 2012.

¹⁰ FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, 2012, p. 12.

¹¹ FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, 1998, p. 1.

¹² FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, 2012, p. 13.

noção preconizada no I Encontro dos Pró-Reitores das Universidades Públicas Brasileiras, em 1987, entende a Extensão como processo educativo, cultural e científico indissociável e articulado ao Ensino e à Pesquisa, por meio do qual se viabiliza a relação transformadora entre a universidade e a sociedade, “favorecendo a visão integrada do social”.¹³

Essa visão tem sido confirmada e aprimorada nos Encontros Nacionais do Fórum de Pró-Reitores de Extensão que ocorrerem semestralmente, sendo adotadas atualmente as seguintes diretrizes:

Interação Dialógica; Interdisciplinaridade e Interprofissionalidade; Indissociabilidade Ensino-Pesquisa-Extensão; Impacto na Formação do Estudante; Impacto e Transformação Social.¹⁴

Entende-se que tal orientação encontra-se em perfeita consonância com o artigo 207 da Constituição Federal de 1988, que estabelece a “indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.¹⁵

Mas, apesar dessa previsão constitucional e dos avanços no entendimento sobre extensão, conforme demonstrado, a universidade brasileira ainda a relega a um papel secundário na estruturação do conhecimento científico e em relação ao investimento de recursos. Conforme explicita Santos, a valorização da pesquisa como “ciência pura em busca da verdade” gerou uma hierarquização entre teoria e prática.¹⁶

Ao contrário disso, para a prática de uma extensão emancipatória, o Polos busca alinhar-se às diretrizes do Plano Nacional de Extensão Universitária,¹⁷ coadunando os saberes acadêmicos, populares e tradicionais e funcionando como instrumento no processo dialético entre teoria e prática e de transformação social. Afinal, como alertam Carretta e Lobato,¹⁸ a extensão tem que ser capaz de produzir conhecimento e gerar soluções transformadoras através do diálogo entre todos os atores, como o que se dá entre o Polos e a COOPMULT.

2.2 O POLOS E SUA RELAÇÃO COM A COOPMULT PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO

¹³FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, 1987 *apud* FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, 2012, p. 15.

¹⁴FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, 2012

¹⁵BRASIL, 1988, art. 207

¹⁶SANTOS, 1989, p. 24.

¹⁷FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS, 2012.

¹⁸CARRETTA; LOBATO, 2010.

Os trabalhadores da COOPMULT se uniram em 2015 em um contexto de vulnerabilidades sociais, incluindo a trajetória de rua. À época, a maioria estava desempregada e sobrevivendo de pequenos serviços informais (bicos), de modo que a união para a criação da Cooperativa foi a maneira encontrada para a reinserção social e no mundo do trabalho.

A parceria entre o Polos e a COOPMULT foi estabelecida em 2016, a partir da própria demanda do grupo de trabalhadores, sendo todas as ações do Programa realizadas por meio de uma equipe interdisciplinar, formada por pesquisadores extensionistas das áreas de Direito, Psicologia e História.

O Programa realiza com os cooperados, pela metodologia da pesquisa-ação,¹⁹ assessoria jurídica e psicossocial, para o desenvolvimento da Cooperativa, e ações para a formação profissional desses trabalhadores, com vistas a contribuir para a efetivação do direito ao trabalho digno.²⁰

Desde seus primeiros projetos sobre o cooperativismo de trabalho, nos anos 2000, o Polos entende que uma das formas de se efetivar o direito ao trabalho digno, especialmente para trabalhadores vítimas de intensa exclusão social, se dá por meio do cooperativismo de trabalho autêntico, sociedade marcada por princípios como a autonomia e a gestão democrática, regulada atualmente pela Lei n. 12.690/2012.

Para a compreensão do direito ao trabalho digno, adota-se a concepção proposta por Delgado, que o fundamenta no “referencial axiológico da dignidade da pessoa humana”,²¹ que, conforme Sarlet, revela a própria condição humana, apresentando-se no gênero humano sem fronteiras.²²

A Constituição de 1988 consagra, em seu art. 1º, a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, estabelece o trabalho como direito fundamental, incluindo-o no rol do artigo 6º da Constituição Federal de 1988.²³ A partir dessa constatação, Delgado conclui com lucidez que:

Se o trabalho é um direito fundamental, deve pautar-se na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, implicitamente já está compreendido que o trabalho valorizado pelo texto constitucional é o trabalho digno.²⁴

¹⁹ THIOLENT, 2005.

²⁰ ANTUNES, 2011, p. 94.

²¹ DELGADO, 2006, p. 203.

²² SARLET *apud* DELGADO, 2006, p. 203.

²³ BRASIL, 1988.

²⁴ DELGADO, 2006, p. 209.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), da Organização das Nações Unidas (ONU), o direito ao trabalho também está explicitamente protegido nos artigos XXIII e XXIV. No primeiro, estabelece-se que toda “pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho (...)” e que o trabalhador “(...) tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana (...)”.²⁵

Em sentido oposto à proteção legal do trabalho digno, a reestruturação neoliberal brasileira das últimas décadas, a desregulamentação da economia e a supressão das seguridades sociais por parte do Estado contribuíram para o avanço do desemprego e da precarização das relações de trabalho, agravando as instabilidades das condições de existência, especialmente das classes vulnerabilizadas.²⁶

Ainda assim, a centralidade do trabalho na vida do ser humano extrapola a função que assume no capitalismo, de manutenção econômico-financeira do trabalhador e alienação do seu produto. Pois, o trabalho possui também papel estrutural na formação da identidade pessoal e na construção do reconhecimento social, ou seja, na delineação do próprio sentido da vida dos sujeitos.²⁷ Segundo Antunes, ele pode ser, ainda, instrumento “de uma efetiva emancipação humana (...), em um processo de emancipação simultaneamente do trabalho e pelo trabalho”.²⁸ Nesse contexto é que o Polos compreende a relevância estratégica da defesa do direito fundamental ao trabalho digno por meio do cooperativismo, para o respeito da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais.

A partir dessas diretrizes, as atividades realizadas pelo Polos com a COOPMULT estão comprometidas com a produção de conhecimento para a superação de necessidades e resolução de problemas a partir dos saberes de todos os sujeitos envolvidos, por meio de uma relação de confiança entre a equipe e os cooperados.

Essa relação, pautada na horizontalidade e na troca de saberes, ocorre nos encontros cotidianos e informais que acontecem na Faculdade de Direito entre a equipe do Programa e os trabalhadores. Também há a criação de espaços formais de construção de conhecimento, como reuniões, rodas de conversa, dinâmicas de grupo, oficinas e cursos sobre a temática do cooperativismo e em relação à formação técnico-profissional dos cooperados.

²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948.

²⁶ ANTUNES, 2011.

²⁷ BARROS; NOGUEIRA, 2007, p. 2.

²⁸ ANTUNES, 2011, p. 94.

3 PRÁTICAS EXTENSIONISTAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO DIGNO DOS TRABALHADORES DA COOPMULT

Nesta seção, serão apresentadas e analisadas ações extensionistas promovidas pelo Polos para a consolidação da COOPMULT e, conseqüentemente, para a efetivação do direito ao trabalho digno de seus trabalhadores.

3.1 ACOMPANHAMENTO JURÍDICO E PSICOSSOCIAL DOS TRABALHADORES DA COOPMULT

Dentre as razões que motivaram a parceria com o Polos, destacam-se as demandas do grupo por acompanhamento jurídico para registro da cooperativa nos órgãos competentes e apoio para a viabilidade do empreendimento.

Para isso, foram realizados, entre 2016 e 2017, com a COOPMULT, grupo de estudos sobre direito cooperativo e oficinas para elaboração do Estatuto. Para auxílio na discussão sobre as questões administrativas e contábeis que envolvem as sociedades cooperativas, foram feitas parcerias com o Programa de Educação Tutorial de Administração da FACE-UFMG (PET-Administração/UFMG) e com contadores experientes.

A assessoria jurídica do Programa também envolve demandas pessoais dos trabalhadores, que vão desde orientações para a efetivação de direitos à moradia, à saúde e previdência social até o auxílio em demandas judiciais, no âmbito trabalhista e de família, por exemplo. Para isso, conta-se com o apoio da Divisão de Assistência Judiciária (DAJ) da Faculdade de Direito da UFMG, que acompanha algumas dessas ações.

O acompanhamento psicossocial dedica-se a auxiliar a organização do grupo para a gestão do empreendimento e realização dos serviços a cada cooperado em demandas pessoais e familiares, muitas vezes relacionadas às trajetórias de vulnerabilidade desses sujeitos.

Para a viabilização do empreendimento, também são realizadas atividades voltadas para a melhoria da comunicação social, tais como: acompanhamento das redes sociais e produção de cartões de visita e uniformes. O Polos entende que a reunião dessas ações gera condições para a efetividade do direito ao trabalho digno de trabalhadores marcados por extrema exclusão social, como os que integram a COOPMULT.

Todavia, com o desenvolvimento dessas ações, concluiu-se, após vários debates com os trabalhadores, que a formalização da COOPMULT deveria ser precedida pela geração de renda regular e suficiente para o sustento dos membros e seus familiares, processo que ainda

está em desenvolvimento. Assim, busca-se evitar a onerosidade excessiva desses trabalhadores em vulnerabilidade social, em consequência, sobretudo, dos custos de manutenção da Cooperativa após a formalização.

3.2 ACOMPANHAMENTO DA PARTICIPAÇÃO DOS TRABALHADORES NOS CURSOS DO CIPMOI

Destacam-se aqui as ações voltadas à profissionalização dos trabalhadores da COOPMULT. Em 2017, houve a participação de 7 cooperados no Curso Intensivo de Preparação de Mão de Obra Industrial (CIPMOI). O CIPMOI, vinculado à Escola de Engenharia da UFMG, um dos mais antigos programas de extensão da Universidade, oferece os cursos de Mestre de Obras, Eletricista Predial de Baixa Tensão, Desenhista/Cadista para Construção Civil e Tecnologia da Soldagem. Com duração referente ao ano letivo da Universidade, as aulas são ofertadas de segunda a sexta-feira, no período noturno. Os cursos têm foco na qualificação profissional teórica de trabalhadores, preferencialmente, com experiência prática em áreas da construção civil.²⁹

O interesse nos cursos também foi demanda dos cooperados, quando um deles viu, no final de 2016, um cartaz do CIPMOI afixado no abrigo institucional onde residia. A questão da ausência ou desatualização do grupo quanto à formação técnica aparece, desde o início do projeto, constantemente nos relatos desses trabalhadores, tanto por julgarem a profissionalização fundamental à sua (re)inserção no mundo do trabalho quanto pelo efeito psicossocial, apresentando-se como um elemento de insegurança para realizar os trabalhos.

No entanto, a aprovação na seleção foi o primeiro desafio para esses trabalhadores. O processo seletivo do CIPMOI para os cursos de 2017 teve duas etapas. A primeira, de caráter classificatório, composta de provas escritas de Matemática, Comunicação e Relações Humanas, além de prova específica para cada curso. Para Mestre de Obras, escolha da maioria, o exame consistiu em Interpretação de Projetos. Na segunda etapa, realizaram-se entrevistas individuais com os classificados.

Além disso, a impossibilidade de arcarem com os custos para a realização dos cursos, como transporte e alimentação, eram grandes obstáculos para esses trabalhadores. Assim, o processo seletivo gerou preocupação entre os cooperados, que também não acreditavam na aprovação. Parte deles, em média há 20 anos sem estudar, não completou o Ensino Fundamental.

²⁹ VIEIRA, 2013.

Diante dos desafios, o Polos e os cooperados começaram a buscar formas de oportunizar essa participação nos cursos. Dessa maneira, foi criado pela equipe do Programa um curso de preparação para a seleção do CIPMOI, o *Pré-CIPMOI*, que se realizou entre 12 de dezembro de 2016 e 20 de janeiro de 2017, com carga horária de 48 horas. A educação dialógica de Freire³⁰ foi a metodologia utilizada, tornando possível a elaboração conjunta do conteúdo programático e da sua abordagem pelos cooperados e membros do Programa, levando-se em conta as experiências e saberes que cada trabalhador possuía nas temáticas. Os estudos sobre Interpretação de Projetos foram realizados com a colaboração de um dos cooperados, que já havia cursado o CIPMOI. Com isso, dos oito cooperados que tentaram o processo seletivo, apenas um foi reprovado na segunda etapa. Dos aprovados, seis ingressaram no curso de Mestre de Obras e um no de Eletricista Predial.

Para viabilizar a participação dos aprovados no CIPMOI, o Polos captou recursos via termo de doação intermediado pelo MPT-MG. Por meio do valor arrecadado, foram custeados transporte e alimentação dos ingressantes no CIPMOI e adquiridos uniformes, ferramentas e equipamentos de proteção individual (EPIs), além da realização de ações de divulgação da COOPMULT.

Durante os cursos, a equipe do Polos acompanhou os estudos dos cooperados, conforme a demanda de cada trabalhador. Como resultado imediato da trajetória de profissionalização desses trabalhadores no CIPMOI, tem-se que todos os matriculados concluíram os cursos, apesar de apenas três terem sido aprovados, além de um aluno de Eletricidade Predial de Baixa Tensão que ingressou na COOPMULT no decorrer do curso. Um dos aprovados conseguiu ingressar no CIPMOI novamente em 2018, no curso de Elétrica Predial de Baixa Tensão. Outros dois cooperados voltaram à Educação Básica em 2018, na modalidade de Educação de Jovens e Adultos (EJA). Além disso, cinco cooperados realizaram o curso NR10 – Segurança em Instalações e Serviços em Eletricidade, oferecido pelo Programa de Estudos em Engenharia, Sociedade e Tecnologia (Progest) do CEFET-MG, aos sábados, durante dois meses do segundo semestre de 2017.

No início de 2018, a equipe do Polos realizou entrevistas individuais com todos os cooperados que participaram do CIPMOI para refletir sobre os impactos dessa formação em suas vidas. A partir da análise dos dados levantados, percebe-se que o CIPMOI assumiu diversos significados e que, no geral, representou uma experiência positiva para todos. Estar novamente em sala de aula, ter acesso a novos conhecimentos que teriam aplicação prática no

³⁰ FREIRE, 1987.

trabalho da Cooperativa, fazer novas amizades e estar inserido no âmbito universitário foram os fatores que mais apareceram nos relatos como destaque positivo:

Entrevistadora: E você se imaginava estudando novamente?

1.: Não, nunca. Nossa, foi uma experiência ‘pra’ mim, uma experiência muito gratificante. Jamais imaginei que um dia eu ia voltar pra sala de aula, de segunda a sexta-feira, das sete às dez e quinze ‘da na aula’, digamos assim, quatro horas de relógio dentro de uma sala de aula, um intervalo de 15 minutos ‘pro’ lanche, rápido. Nunca passou pela minha cabeça, jamais, nunca, nessa idade que eu já ‘tô’, nunca mais. [...], foi muito difícil me adaptar às matérias, principalmente matemática que eu sempre fui fraco em matemática, e depois de 20, sei lá, 30 anos, sem entrar em uma sala de aula, voltar pra sala de aula e ter que reaprender as matérias que eu já conhecia [...]

2.: Imaginava sim estudando novamente, portanto já estou estudando, fazendo EJA. Quero concluir meus estudos se for possível e espero que sim, seja, né?! Mas... É... Voltar a estudar foi meu maior sonho, e ‘tô’ gostando muito.

Entrevistadora: E você tem vontade de fazer algum outro curso?

3.: Eu tô pensando seriamente em fazer o ENEM de novo, que eu já fiz dois, e começar a graduação. Mas dá um certo desânimo (risos), porque um ano demorou a passar (risos).

Além disso, os cooperados também destacam a socialização que o CIPMOI propiciou: o contato próximo com professores e colegas, inclusive com aqueles que “quem sabe podem fazer parte da cooperativa no futuro”, como afirmou um dos cooperados (4). O curso também permitiu que os cooperados passassem mais tempo juntos em um contexto fora do trabalho, fortalecendo laços de amizade entre eles e o sentimento de pertencimento à Cooperativa.

A partir das entrevistas, é possível perceber que frequentar as aulas e ter contato com a universidade pode ter influenciado alguns cooperados a retomarem os estudos, seja através da EJA, de outros cursos profissionalizantes ou almejando ingressar no Ensino Superior.

Quanto aos desafios narrados para a realização do curso, os trabalhadores enfatizam os seguintes pontos: adaptação a uma rotina de estudos diária; conciliação do estudo com o trabalho e com as próprias demandas pessoais e familiares; tempo gasto com o deslocamento até o *campus* da UFMG; e a compreensão dos conteúdos ministrados, sobretudo para os de menor nível de escolaridade e com idade mais avançada.

Para a melhor compreensão dessas barreiras, seguem alguns relatos dos trabalhadores:

Entrevistadora: Qual foi o seu maior desafio?

1.: Agora, o meu grande desafio, como eu falei, era ir pra escola, porque às vezes dava desânimo, dava preguiça. Eu achava também que eu não ia conseguir chegar até o final, mas eu encarei isso como um desafio [...] Ver se o 1. ainda tem condições, ainda é capaz de frequentar a sala de aula depois de 30 anos, encarar 8 meses, né?

2.: O desafio pra mim foi, é... A frequência mesmo, e porque eu moro longe [...] Eu não sei explicar direito, mas assim, ‘cê’ manter aquele horário, aquele horário durante o ano. É muito, muito cansativo e ‘tal’ mas deu ‘pra’ fazer, foi excelente.

A vivência dessas dificuldades impossibilitou à grande maioria dos cooperados um aproveitamento completo dos cursos, gerando certa decepção. Nesse sentido, a única cooperada do grupo destaca que a sua responsabilidade com os cuidados da mãe adoecida e dos quatro filhos dificultou ainda mais seu desempenho no curso de Mestre de Obras, dado que não lhe sobrava tempo para os estudos.

As falas transcritas explicitam como o formato, a carga horária e exigência de frequência do CIPMOI podem representar obstáculos para a formação do próprio público alvo que almeja alcançar: trabalhadores da construção civil, muitas vezes com baixa instrução formal e jornadas de trabalho excessivas. Apesar disso, os cooperados se mostraram satisfeitos com os aprendizados viabilizados pelo curso, sobretudo em razão da possibilidade de aplicação do conhecimento adquirido na prática, na realização dos serviços que prestam via COOPMULT:

4.: O maior desafio é aplicar realmente os conhecimentos né?! Não deixar que isso se perca, porque conhecimento tem que ser aplicado... [...] e o objetivo é aplicar na cooperativa né?! [...] Coisa que já está acontecendo [...]. Conhecimento, ele é valioso [...] contribuir com outras pessoas, por exemplo, se tiver um companheiro como que 'tá' vindo agora que é o L., que ele não fez o curso, a gente já tem um embasamento que a gente pode de alguma forma modestamente contribuir com o outro né?! [...].

3.: O que eu mais gostei foi do aprendizado, né?! [...] a gente tinha um conhecimento prático, né?! E agora com o teórico vem só somar.

Os trabalhadores concordam que o curso trouxe maior domínio das etapas de trabalho, pois o que se realizava pautado apenas no conhecimento prático, agora possui também certo embasamento teórico, experiências que se complementam para aperfeiçoar os serviços da Cooperativa. Percebe-se que todos mostraram satisfação e orgulho em relação à participação nos cursos ofertados pela UFMG.

Enfim, também se realizou por meio dessa experiência de formação profissional, um importante instrumento para a superação da exclusão social e realização do direito fundamental ao trabalho digno dos integrantes da COOPMULT.

3.3 RESULTADOS DA PARCERIA ENTRE O POLOS E A COOPMULT QUE INDICAM ÊXITO NO PROCESSO DE REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO

O aumento do número de clientes e, conseqüentemente, o acréscimo de trabalho e renda, pode ser apontado como um dos principais resultados das atividades desenvolvidas conjuntamente pelo Polos e a COOPMULT, conforme apresentado nos itens anteriores.

Em 2018, até o mês de setembro, a Cooperativa realizou 15 orçamentos, dentre os quais oito produziram a contratação desses trabalhadores em serviços de pintura e acabamento, eletricidade, hidráulica e de manutenção estrutural. Estes números são expressivos quando comparados com o que ocorreu em anos anteriores. Em 2017, foram realizados nove orçamentos que resultaram em cinco contratações, um avanço considerável em relação a 2016, quando os cooperados foram contratados apenas uma vez, por uma apoiadora do grupo, para realização de um serviço em seu condomínio.

Neste ano, também se percebeu que os cooperados têm demandado menos do Polos em relação à captação de novos clientes e à produção de orçamentos, fatores que indicam desenvolvimento no processo de autoconfiança, autonomia e emancipação desses trabalhadores. Além disso, houve a entrada de dois novos cooperados, em 2017 e 2018, o que contribuiu para a diversificação dos saberes e serviços ofertados pela Cooperativa e demonstra a potencialidade do empreendimento de agregar trabalhadores em vulnerabilidade social.

Com a participação nos cursos ofertados pelo CIPMOI e CEFET-MG, os resultados extrapolam a melhoria na qualificação profissional, pois indicam também aumento da autoestima e de pertencimento à sociedade, sentimentos que dão mais confiança e esperança aos trabalhadores.

A vontade e a tentativa de concluir a Educação Básica por alguns dos cooperados por meio da EJA, com o apoio do Programa, também é um resultado relacionado ao processo de efetivação do direito ao trabalho digno que merece ser destacado.

4 CONCLUSÃO

A extensão pode ter um papel fundamental na efetivação do direito ao trabalho digno, quando a atuação da universidade se dá pautada por valores democráticos. Espera-se ter demonstrado que a relação entre o Polos e a COOPMULT se dá nessa direção.

O levantamento de dados, baseado especialmente no relato dos cooperados por meio das entrevistas, rodas de conversa e oficinas e nas trocas de saberes cotidianas, em razão do emprego da metodologia da pesquisa-ação, demonstra que a extensão universitária é um instrumento essencial para a construção de conhecimento transdisciplinar e com relevante impacto no cotidiano de trabalhadores excluídos.

A partir de tais práticas extensionistas relatadas, é possível perceber que a parceria entre o Polos e a COOPMULT contribuiu para mudanças pessoais desses trabalhadores e nas suas relações com a Cooperativa, capazes de subsidiar a efetivação do direito ao trabalho digno pela via da geração de trabalho e renda e da formação profissional, com destaque aos processos que ocorreram em relação à participação no CIPMOI.

Assim, apesar dos desafios no percurso formativo dos cooperados em 2017 - como em relação à preparação para o processo seletivo, a necessidade de recursos materiais para frequentar os cursos e as dificuldades com a rotina e o conteúdo -, o período representou um momento importante de desenvolvimento pessoal e profissional desses trabalhadores.

Conforme relataram, os trabalhadores adquiriram novas habilidades úteis para os serviços da COOPMULT, se socializaram, puderam realizar o desejo de voltar a estudar e melhoraram a autoestima, resultados tão fundamentais quanto a geração de trabalho e renda e o desenvolvimento da formação educacional de seus membros, pois também representam a efetivação de outros direitos humanos desses sujeitos. Por todos esses fatores, é imperioso concluir que os trabalhadores da COOPMULT estão superando uma série de dificuldades, vivenciando um exitoso, mas ainda longo, processo de conquista do direito fundamental ao trabalho digno.

Referências

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho?* Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho. 15 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

BARROS, Vanessa Andrade; NOGUEIRA, Maria Luisa Magalhães. Identidade e Trabalho: reflexões a partir de contextos precarizados e excludentes. *Educação & Tecnologia*, [S.l.], v. 12, n. 3, 2007. Disponível em: <<https://periodicos.cefetmg.br/index.php/revista-et/article/view/108/110>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

CARRETTA, Regina Yoneko Dakuzaku; LOBATO, Beatriz Cardoso. A experiência de um projeto de extensão multidisciplinar no fomento à geração de renda cooperativa e solidária: a contribuição da Terapia Ocupacional. *Revista Cultura e Extensão USP*, São Paulo, v. 4, p. 89-97, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rce/article/view/504/503>>. Acesso em: 15 set. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: Ltr, 2006.

FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS. *Plano Nacional de Extensão Universitária*. Extensão Universitária, v. 1. Belo Horizonte: Editus, 1998.

FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS. *Política Nacional de Extensão Universitária*. Extensão Universitária, v. 7, Manaus, 2012.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 14 set. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Da Ideia de Universidade à Universidade de Ideias. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 27/28, p. 11-62, jul., 1989.

VIEIRA, Devair Lucas. Novos horizontes de aprendizado. *Interfaces - Revista de Extensão da UFMG*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 79-83, jul./nov., 2013.

DA NATUREZA MANDAMENTAL DA TUTELA PROVISÓRIA CAUTELAR¹

THE MANDATORY NATURE OF PROVISIONAL PROTECTIVE MEASURES

Renata Christiana Vieira Maia²
Fernando Gonzaga Jayme³

Resumo

No presente artigo procuramos demonstrar que, pela técnica diferenciada da entrega da prestação jurisdicional, o cumprimento da decisão proferida quando presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência de natureza cautelar, não há necessidade de instaurar o procedimento incidente de cumprimento provisório de sentença. Uma vez que, a decisão do juiz é de natureza mandamental e deve ser cumprida da forma como determinada, devendo o magistrado, na decisão concessiva da tutela cautelar, já determinar medidas adequadas para evitar possíveis danos a situação jurídica em discussão no processo. Concluímos que a decisão concessiva da tutela cautelar é mandamental, até porque, seria um contrassenso dar um poder geral de cautela ao magistrado, de um lado, e, de outro, limitar a efetividade, a exequibilidade da ordem do mandamento contida em sua decisão. Logo, a decisão concessiva da tutela provisória cautelar traz em si a carga de mandamentalidade e, portanto, auto executiva. E não sendo esta cumprida, incidirão os ônus impostos pelo magistrado tais como são as medidas indutivas, coercitivas e mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Técnicas de Tutelas Diferenciadas. Tutela de Urgência Cautelar. Ordem Mandamental.

Abstract

In this paper, we aim to demonstrate that, due to a judicial technique called *técnicas de tutelas diferenciadas*, when all legal standards required for an urgent injunctive relief are present, it is not necessary to initiate an incidental provisional judgement execution. Since a judge's decision has a mandatory nature and must be observed as determined, the magistrate must, in his decision that grants a protective custody, determinate adequate measures to avoid possible impairs to the legal situation discussed in the case. We conclude that the decision which defers a protective measure has a mandatory nature, since it would be contradictory to render the magistrate a general protective power by one side and, by the other, to limit the effectiveness of his decision. Therefore, this decision is mandatory and has the capacity to be self executed. If not observed, there will be legal consequences imposed by the judge, like *inductive*, coercive and mandatory or subrogatory measures, needed to ensure the compliance of the judicial order.

Keywords: Access to Justice. *Técnicas de Tutelas Diferenciadas*. Injunctive relief. Mandatory order.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Tempo – Celeridade, Duração Razoável do Processo. 2.1 Da Tutela provisória como espécie de tutela diferenciada. 2.2 Da adequação da tutela provisória de urgência no CPC/2015. 3 Da Tutela Provisória de Natureza Cautelar. 3.1 Da referibilidade. 3.2 Dos Requisitos para a concessão da tutela provisória baseada na urgência. 4. Da Decisão da Tutela Provisória. 4.1 Da força executiva da decisão provisória. 5 Conclusão. Referências.

¹ Artigo originalmente publicado como capítulo de livro em: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira. Da Natureza Mandamental da Tutela Provisória Cautelar. In: MAIA, Renata C. Vieira; JAYME, Fernando Gonzaga; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; LANNA, Helena. (Org.). *Inovações e Modificações do Código de Processo Civil - Avanços, desafios e perspectivas*. 1ed. v. 1. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2017, p. 203-218.

² Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Graduada e Mestra em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professora Adjunta da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Diretora da DAJ – Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. Conselheira-Geral do IDPro – Instituto de Direito Processual. E-mail: renatacvmaia@hotmail.com

³ Diretor da Faculdade de Direito da UFMG. Professor Associado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado. Conselheiro Seccional da OAB/MG. Membro do Comitê Técnico Científico do Parque Tecnológico BHTEC. Membro do Conselho Estadual de Direitos Humanos. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999 e 2003). E-mail: fjaymeadv@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

O tempo de duração do processo, além de ser universal, é uma preocupação multissecular.⁴ O tempo é um fator crucial para o processo, sobretudo, nos dias atuais em que as distâncias são encurtadas pelos meios tecnológicos. O *e-mail* e o *WhatsApp*, por exemplo, exterminaram os velhos meios de comunicação. Os atuais meios tecnológicos permitem contato em tempo real por pessoas que se encontram separadas até mesmo por continentes. E, não obstante a evolução dos meios de comunicação, que permitem conversas em tempo real e respostas em tempo real, o mesmo não ocorreu com o processo, que continua moroso, em que não é raro encontrar processos que já tramitam por longos e exaustivos anos. O que causa maior angústia em plena era tecnológica.

O homem sempre se esforçou por controlar o tempo,⁵ refletindo-se no Direito a necessidade de superá-lo, como forma de atenuar e minorar suas angústias, suas dores e sua impotência, para ter a tão almejada felicidade e paz. E o processo moroso agrava ainda mais a dor dos inocentes, como afirmava Piero Calamandrei.⁶

As técnicas de tutelas diferenciadas surgem como forma de atenuar o tempo que leva o transcurso do processo até a efetiva e plena satisfação do direito. Por meio delas é possível, através da cognição sumária, assegurar, ainda que provisoriamente, o resultado útil equivalente da pretensão discutida no processo, tal como é a tutela provisória de urgência e de evidência prevista no vigente Código de Processo Civil – CPC/2015 (Lei 13.105/2015).

A tutela provisória baseada na urgência (cautelar e a antecipada) e na evidência busca minimizar, atenuar, expurgar os males que o tempo de duração do processo podem causar à parte que tem razão,⁷ mas cujo acerto do direito ou a exigência da obrigação ainda não é possível. Razão porque a decisão proferida pelo juiz em grau não exauriente assume uma carga de exequibilidade, por antecipar ou assegurar a efetiva satisfação do direito, antes mesmo do provimento final.

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise desta carga de coercibilidade e mandamentalidade inerente à decisão provisória proferida pelo juiz, procurando verificar o sentido do que se encontra disposto no parágrafo único do artigo 297 do CPC/2015, da qual para a efetivação da tutela provisória serão observados, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença. Analisar-se-á se, para a efetivação da tutelar cautelar,

⁴ MOREIRA, 2004, p. 29.

⁵ CARNELUTTI, 2006, p. 51.

⁶ CALAMANDREI, 2006, p. 97.

⁷ “O processo, portanto, é instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem”. MARINONI, 2002, p. 17-18.

é preciso requerer o cumprimento da decisão de tutela provisória por meio do cumprimento provisório.

2 TEMPO – CELERIDADE, DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Um ponto se tornou consenso entre os processualistas, qual seja: “não se pode reconhecer como processo devido aquele excessivamente demorado”.⁸ E tanto é que, não obstante a previsão constitucional (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição) de que a todos, seja no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, restou consignado no artigo 4º do CPC/2015 que as partes, no processo, têm o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do seu direito, incluída a atividade satisfativa.

E, procurando evitar que o tempo do processo cause danos à parte que, ainda que em grau de probabilidade, tenha razão, é que existem as tutelas diferenciadas, sejam as baseadas na urgência, como as na evidência, cujo propósito é “evitar os prejuízos da demora da prestação jurisdicional e assegurar a efetividade da tutela jurídica prometida pela Constituição”.⁹

A principal finalidade das tutelas diferenciadas, tal como é a tutela provisória, é a de evitar, abrandar, minimizar, atenuar os malefícios que o tempo de duração do processo possa trazer ao jurisdicionado, proporcionando e garantindo a efetividade da jurisdição.¹⁰

2.1 DA TUTELA PROVISÓRIA COMO ESPÉCIE DE TUTELA DIFERENCIADA

É tutela provisória porque contrapõe a tutela definitiva. E, portanto, não há se confundir provisoriedade com temporário. “*Temporário*, em verdade, é o que dura determinado tempo. *Provisório*, porém, é o que, por algum tempo, serve até que venha o ‘definitivo’”.¹¹

⁸ THEODORO JR., 2008, p. 130.

⁹ THEODORO JR., 2008, p. 135.

¹⁰ Nesse sentido: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 567; THEODORO JR., 2015, p. 597; MITIDIERO, 2011 in: JAYME; FARIA; LAUAR, 2011, p. 82.

¹¹ COSTA, 1953, p. 10. Dando como exemplo os andaimes que são temporários, e que também seriam definitivos, porque nada viria a substituí-los, ao passo que barracas utilizadas pelos desbravadores dos sertões seriam provisórias, porque serão substituídas, até melhor habitação. Afirmando que: “o provisório é sempre trocado por um definitivo”.

A tutela provisória, que não se confunde com temporária,¹² é uma tutela que será substituída ou não pela definitiva, o que vai depender do julgamento definitivo da demanda, que pode confirmá-la ou não, justificando-se a necessidade de que a tutela provisória não seja concedida quando houver possibilidade de sua irreversibilidade (§3º, art. 300, CPC/15).

A tutela provisória é espécie de tutela diferenciada, que é toda aquela que visa, por meio de técnicas¹³ e mecanismos¹⁴ próprios, eliminar os danos causados pelo tempo do processo. “A verdade de que não se pode fugir é a da necessidade de lutar contra os males do tempo sobre o processo, pelas vias da tutela diferenciada”.¹⁵ Ela é diferenciada porque é uma técnica que visa, em contraposição ao procedimento comum, que é de cognição plena e exauriente, assegurar o gozo de um bem ou direito, ou salvaguardar o seu gozo futuro por meio de uma cognição que se realiza de forma sumária ou não exauriente.

Dentre as técnicas diferenciadas, destacam-se no vigente Código de Processo Civil as tutelas provisórias de urgência (cautelar e antecipada) e evidência, a ação monitória (baseada na evidência), dentre outras técnicas que visam inverter o *iter* procedimental, visando solucionar a crise do direito processual. No CPC/2015, tais técnicas se mostram mais evidentes e em grande número.

O papel da tutela diferenciada, como mecanismo de aceleração do procedimento, tem por objetivo solucionar a crise da demora da prestação jurisdicional, por meio de decisão provisória e não exauriente que tem por meta resguardar o direito lesado ou o seu proveito útil, porque visa suprir, eliminar, obstar, expurgar, atenuar, minorar, evitar, ainda que “provisoriamente os efeitos indesejáveis da demora na solução da tutela de urgência. Sua característica maior para com a celeridade, seria a provisoriedade, em contraposição à definitividade própria da tutela principal”.¹⁶

2.2 DA ADEQUAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA NO CPC/2015

¹² Nesse mesmo sentido, ver MITIDIERO, 2011 in: JAYME; FARIA; LAUAR, 2011, p. 75.

¹³ “Tanto urgência quanto evidência são aspectos considerados pelo legislador para construir técnicas processuais destinadas à adoção de determinadas medidas, cuja finalidade outra não é senão conferir maior efetividade à tutela final, na maioria das vezes sem solucionar a crise de direito material. Provisórias, portanto.” (BEDAQUE, 2015, p. 50)

¹⁴ “Tutelas diferenciadas” significa, em última análise, pensar na predisposição de mecanismos, no processo, que o tornem apto a cumprir, com maior eficiência, seu papel”. (ARMELIN, 1992, p. 45).

¹⁵ THEODORO JR., 2008, p. 146.

¹⁶ THEODORO JR., 2008, p. 131.

Dentre as muitas novidades do CPC/2015, foi louvável a unificação do provimento cautelar e antecipado num mesmo livro (Livro V da Parte Geral). Até porque, como bem há muito já advertira Cândido Rangel Dinamarco, “cautelares e antecipatórias são as duas faces de uma moeda só: elas são dois irmãos gêmeos ligados pelo veio comum que é o empenho em neutralizar os males do tempo-inimigo, esse dilapidador de direitos que falou Francesco Carnelluti”.¹⁷

Na doutrina pátria, há doutrinadores¹⁸ que reconhecem como válido e atual o entendimento de Piero Calamandrei,¹⁹ que não via qual o vício da tutela cautelar em assumir tanto a função conservativa como a antecipada, a depender do provimento concedido. José Roberto dos Santos Bedaque²⁰ e José Carlos Barbosa Moreira²¹ sempre defenderam o tratamento processual unitário entre as tutelas cautelares e antecipatórias.

Tal discussão doutrinária acabou despicienda, sobretudo depois que a Lei 10.444/2002 inseriu o § 7º ao art. 273 do CPC/1973, consagrando a fungibilidade²² entre providências cautelares e antecipatórias. Tanto que Humberto Theodoro Júnior²³ reconheceu à época que, desde a inserção da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipação da tutela, “patenteou-se desde então a ausência de diferença substancial entre as duas modalidades da tutela de urgência, tanto que, por iniciativa do juiz, o pedido inadequadamente formulado pela parte em face de seus requisitos específicos pode ser acolhido com apoio em satisfação dos requisitos de outra modalidade preventiva”.

Se, desde a citada lei de 2002, tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada foram alçadas, por força legal, a espécies de um mesmo gênero, não haveria razão para que o Código de Processo Civil de 2015 as tratasse de forma diferente. E, em boa hora e por meio da técnica adequada, ambas as tutelas provisórias, tanto a de urgência (cautelar²⁴ e antecipada) como a de evidência, mereceram um tratamento unitário. E a razão para que tal se desse é dada por José Roberto dos Santos Bedaque,²⁵ um dos membros integrantes da comissão que ajudou na elaboração do anteprojeto da lei do Código de Processo Civil, qual seja: “eliminar discussões acadêmicas sobre a natureza da antecipação provisória de efeitos da tutela jurisdicional”.

¹⁷ DINAMARCO, 2009, p. 49.

¹⁸ Nesse sentido ver, BEDAQUE, 2003, p. 303 e MOREIRA, 2003.

¹⁹ CALAMANDREI, 1936.

²⁰ BEDAQUE, 2003.

²¹ MOREIRA, 2003, p. 257-258. Nos anos 90, citado doutrinador expressou sua preocupação ao ver que a doutrina pátria procurava a todo custo distinguir a tutela provisória cautelar e a tutela provisória satisfativa. Para ele, “a preocupação, intensa em setores doutrinários, de estabelecer critérios rigorosos de distinção entre as medidas cautelares e as antecipatórias” seria exagerada.

²² Fungibilidade esta que também se encontra presente no CPC/2015 (§ único, artigo 305).

²³ THEODORO JR., 2008, p. 136.

²⁴ A cautelar, com o CPC/2015, deixou de ser um terceiro gênero, como assim era disciplinado no CPC/1973.

²⁵ BEDAQUE, 2015, p. 137.

A opção legislativa²⁶ foi a de unificar as tutelas de urgência de natureza cautelar e antecipada, como espécies do gênero: tutela provisória, de cognição não exauriente, superficial, limitada ou parcial. As tutelas provisórias (tanto as de urgência, como de evidência) visam antecipar os efeitos da tutela definitiva e se dividem em satisfativas, que pode ser concedida com base na urgência (art. 294 e arts. 303 e ss. do CPC/2015) ou na evidência (art. 294 e art. 311 do CPC/2015); e cautelares, conservativas, em que sempre será necessária a demonstração da urgência (arts. 294, 300 e 301 do CPC/2015).

De acordo com a definição de Kazuo Watanabe,²⁷ a tutela provisória é aquela em que prevalece, no plano horizontal, em que se analisa a extensão da cognição, a sua sumariedade, ao contrário da decisão definitiva, que é plena. E, no plano vertical, em que se analisa a profundidade da cognição, a tutela provisória se enquadra como superficial, enquanto as definitivas são exaurientes.

3 DA TUTELA PROVISÓRIA DE NATUREZA CAUTELAR

No vigente Código de Processo Civil, como acima visto, embora a opção do legislador tenha sido a de unificar as tutelas provisórias como parte de um único gênero, prevaleceu a sua distinção em espécies, tutelas de urgência (cautelar e antecipada) e evidência, embora sejam elas caracterizadas pela provisoriedade, sumariedade e precariedade. O traço distintivo entre as tutelas provisórias baseadas na urgência (cautelar e antecipada) reside não só no seu objeto,²⁸ como no fato de que a tutela cautelar tem uma característica que lhe é peculiar, qual seja, a referibilidade.

A tutela provisória de urgência de natureza cautelar visa assegurar o direito, jamais satisfazê-lo (como é o caso das antecipadas, satisfativas). A cautelar visa assegurar a eficácia futura do provimento definitivo da tutela satisfativa, mas com esta não se confunde, vez que tem ela a finalidade de assegurar o resultado útil do direito acautelado; sua finalidade é meramente conservativa.

²⁶ Note-se que a opção legislativa, no entanto, não consagrou o entendimento esposado por José Carlos Barbosa Moreira e José Roberto dos Santos Bedaque, preferindo fazer uma distinção das tutelas provisórias baseadas na urgência em cautelares, que mantêm a sua finalidade conservativa, e as antecipadas, satisfativa. O que não se dá em alguns dos países europeus, como Itália, França e Portugal, como bem demonstrado por Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JR., 2015, p. 601-602).

²⁷ WATANABE, 1999, p. 37.

²⁸ Não se olvida que ainda persiste um problema, não foi excluída “a possibilidade de depararmos hipóteses situadas numa “zona cinzenta”, ou faixa de fronteira, onde se torna difícil saber com precisão em que território se está pisando. A ciência processual — melhor dizendo: a ciência jurídica — precisa aceitar o fato de que, em alguns assuntos, não lhe é dado fixar marcos de perfeita nitidez entre áreas limítrofes. E, às vezes, não é útil sequer tentar fazê-lo” (MOREIRA, 2003, p. 260).

A tutela de natureza cautelar tem por objetivo “assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso”.²⁹ Não é ela satisfativa, por não ser capaz de prestar ou satisfazer o direito, ela tem o condão de apenas assegurar, de conservar a tutela ao direito. Desse modo, as cautelares “se limitam a conservar bens ou direitos, cuja preservação se torna indispensável à boa e efetiva prestação final, na justa composição do litígio”.³⁰

A tutela provisória baseada na urgência de natureza cautelar, diversamente da antecipada, visa conservar bens ou direitos, evitando-se que, pelo decurso do tempo, venham a se perder ou se tornarem inúteis para o fim a que se prestam. Ou seja, a tutela provisória urgente de natureza cautelar previne, obsta, impede, em caráter provisório, que a situação jurídica em disputa no processo comum de conhecimento, ou mesmo que deva ser preservada para atingir os efeitos no processo executivo, deixe de existir, tornando-se inócuo o provimento a ser proferido ao final pela ausência, perda ou dissipação do bem ou do direito no curso do processo.

A função primordial é de conservação, de prevenção, evitando-se que possíveis atos realizados pela parte contrária possam frustrar a efetividade da tutela satisfativa. Logo, equivocado dizer que a cautelar é instrumento do processo. Ela não se presta ao processo, mas sim para conservar, assegurar, a situação jurídica ou o direito que vem sendo objeto de análise no processo de conhecimento ou executivo.

3.1 DA REFERIBILIDADE

Afirmou-se acima que um dos traços característicos que distingue a tutela cautelar da tutela antecipada (que é satisfativa), além do seu objeto, é sua referibilidade.

Por referibilidade,³¹ entende-se aquilo que se refere. E não poderia ser diferente, porque a tutela cautelar é uma medida conservativa. Logo, se o provimento cautelar visa conservar, prevenir ou mesmo impedir a dissipação ou a perda do bem ou direito a que se busca acautelamento, a medida não se exaure em si, mas se refere à viabilidade da obtenção da tutela do direito ou a uma situação jurídica tutelável a que se pretende ver conservada, prevenida ou impedida, ou seja, a situação acautelada.

²⁹ MARINONI, 2010, p. 23.

³⁰ THEODORO JR., 2015, p. 596.

³¹ “O conceito de referibilidade advém da ideia de ligação assegurativa da tutela cautelar à tutela do direito.” (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 38).

A ausência da referibilidade do direito acautelado, ou mesmo a ausência do direito a se buscar acautelar, permite assegurar a ausência de cautelaridade.³² Tanto é que em sendo requerida a tutela provisória urgente de natureza cautelar em caráter antecedente (art. 305, CPC/2015), há a necessidade, como requisito da petição inicial, da indicação da lide e seu fundamento, como a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar. Ao passo que, na petição inicial do pedido de tutela provisória de natureza antecipada requerida em caráter antecedente, pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final (art.303, CPC/2015).

3.2 DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA BASEADA NA URGÊNCIA

O CPC/2015 unificou e simplificou os requisitos para a concessão da tutela baseada na urgência, exigindo-se a demonstração da probabilidade do direito à tutela pretendida mais o perigo do dano, ou, como consta da redação do CPC/2015, o “risco ao resultado útil ao processo”.

Para Mario Dini,³³ no campo de tutela cautelar, “não basta que o interesse advenha de um estado de perigo, é necessário demonstrar que o perigo é iminente, de modo que o provimento tenha característica de urgência, em que seja demonstrado o dano potencial que poderia tornar-se ineficaz em caso de retardamento do provimento final”.³⁴

E, quanto ao que se denominou chamar de *periculum in mora*, não há confundi-lo com o perigo de dano jurídico, mas sim ao perigo do dano marginal³⁵ que poderá ser causado em caso de retardamento na prolação da sentença, diante da lentidão e morosidade pelo *iter* do procedimento comum ou executivo.

Nesse sentido, reconhecem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³⁶ que “o perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar

³² MARINONI; ARENHART, 2010, p. 38, para quem: “A falta de referibilidade é evidência da existência de satisfatividade e, assim, de ausência de cautelaridade”.

³³ DINI, 1957, p. 31. Tradução livre do texto: “non basta chel’interesse ad agire nasca da uno statodipericolo, ma occorre ancora cheilpericolo sia imminente, in modo cheilprovvedimentoabbia carattere d’urgenza, tanto da doversiritenerecheildannopotenzialepotrebbe divenireeffettivo, se ilprovvedimento retardasse”.

³⁴ DINI, 1957, p. 31.

³⁵ Essa foi uma expressão cunhada por Enrico Finzi, em comentário a uma decisão da Corte de Apelação de Florença no ano de 1925. Ver MITIDIERO (2011, p. 73). É muito utilizada por Andrea ProtoPisani e Mario Dini.

³⁶ MARINONI; ARENHART, 2010, p. 28.

periculum in mora, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano”.

4 DA DECISÃO DA TUTELA PROVISÓRIA

Em sendo demonstrado pelo requerente³⁷ a presença da probabilidade do direito invocado mais o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, deverá o juiz conceder a medida buscada. Não se trata de um ato discricionário do juiz, porque estando presentes os requisitos para concessão da tutela provisória há de ser esta concedida. Porque embora o provimento buscado seja um direito da parte, a tutela provisória visa salvaguardar a efetividade do próprio provimentobuscado.

Afinal, “o que está em jogo na atividade própria da tutela de urgência é o interesse público do Estado na preservação da efetividade de sua função jurisdicional”.³⁸ Sobretudo quando a tutela provisória de natureza cautelar tem a função de salvaguardar “o *imperium judicis*, ou seja, a de impedir que a soberania do Estado, em sua mais alta expressão, que é a da justiça, limite-se a ser uma tardia e inútil expressão verbal”.³⁹ Desse modo, a medida cautelar se encontra predisposta e a serviço, antes mesmo de atender aos interesses das partes, da própria administração da justiça.⁴⁰

Se presentes a probabilidade do direito e a urgência que deve ser demonstrada pelo perigo de dano ou a possibilidade de risco ao resultado útil do processo, queda inofidável a necessidade da concessão da medida, que se apresenta como o poder de cautela concedido ao magistrado, que tem o dever-poder, por meio da cognição sumária, impedir, prevenir ou obstar que maiores danos sejam causados para a situação a que se visa ver acautelada.

É dever do juiz, por meio da decisão devidamente fundamentada,⁴¹ evitar que danos ocorram à situação jurídica em discussão no processo, sendo-lhe concedido o poder geral de cautela (art. 297, CPC/2015) para determinar toda e qualquer medida que considerar adequada para a efetivação da medida.

A opção legislativa foi dar amplo poder ao juiz, sem limitação, para que determine a melhor e mais eficaz medida para efetivação da tutela provisória. Competirá ao juiz, diante do

³⁷ Observe-se que o CPC/2015, no artigo 299, deixou antever que não será possível a concessão da tutela provisória *ex officio*, como constava no CPC/1973, em que o artigo 797 concedia ao juiz essa possibilidade. Nesse sentido, ver THEODORO JR., 2015, p. 624.

³⁸ THEODORO JR., 2015, p. 688.

³⁹ CALAMANDREI, 1936, tradução livre de MARINONI; ARENHART, 2010, p. 104.

⁴⁰ Assegurava Calamandrei que: “le misure cautelari sono predisposte, più che nell’interesse dei singoli, nell’interesse dell’amministrazione della giustizia, di cui garantiscono il buon funzionamento ed anche, si potrebbe dire, il buon nome” (CALAMANDREI, 1936, p. 144).

⁴¹ E essa é uma exigência do CPC/2015, artigo 11 c/c §1º, art. 489.

caso concreto, determinar as medidas que entender adequadas para que seja atingida a finalidade útil equivalente a conservar, prevenir ou obstar os danos aos bens ou direitos. No caso da cautelar, o legislador trouxe como rol exemplificativo (art. 301, CPC/2015) de que esta pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

4.1 DA FORÇA EXECUTIVA DA DECISÃO PROVISÓRIA

Seria um contrassenso dar um poder geral de cautela ao magistrado, de um lado, e, de outro, limitar a efetividade, a exequibilidade da ordem do mandamento contido em sua decisão. Esta decisão, portanto, traz em si a carga de mandamentalidade, de ordem a ser observada para a efetivação da tutela. A decisão provisória é autoexecutiva.⁴²

Tal se deve porque no campo da tutela provisória, sobretudo a de natureza cautelar, o provimento é tanto cognitivo como executivo,⁴³ em que as decisões judiciais “correspondem a verdadeiras injunções, que tendem a impor prestações imediatas aos sujeitos processuais, tanto positivas (fazer ou dar alguma coisa) como negativas (não fazer ou abster-se de impedir que a outra parte faça o que lhe permitiu a decisão cautelar)”.⁴⁴

A decisão provisória cautelar deve assegurar, ainda que provisoriamente, os efeitos necessários para garantir a utilidade do provimento final. Esta é a finalidade instrumental do provimento cautelar, assegurar os efeitos da decisão de mérito a ser proferida, assegurando a futura execução da decisão definitiva. Ou seja, o resultado útil a que se almeja com a decisão cautelar. A tutela provisória “entra logo no plano da execução e pode, em alguns casos, até mesmo dispensar o uso da fatura *actioiudicati*”.⁴⁵

O que se busca com a cautelar é a imediata exequibilidade do provimento conservativo, logo, não há como admitir que, para a efetivação da decisão judicial, fosse necessária uma execução,⁴⁶ ainda que provisória, porque para sua efetivação não há necessidade de instaurar uma execução forçada, por força da carga injuncional⁴⁷ e

⁴² Nesse sentido, THEODORO JR., 2015, p. 686.

⁴³ Nesse sentido, reconhece Mitidiero, firme na lição de Liebman, também reconhece que o “o provimento cautelar é uma unidade”, porque no provimento cautelar há inegável mistura entre a cognição e a execução (MITIDIERO, 2011 in: JAYME; FARIA; LAUAR, 2011, p. 71).

⁴⁴ THEODORO JR., 2008, p. 13.

⁴⁵ THEODORO JR., 2015, p. 686.

⁴⁶ THEODORO JR., 2015, p. 687.

⁴⁷ “Mais do que qualquer outro processo, as decisões judiciais, no campo cautelar, assim como no antecipatório, correspondem a verdadeiras *injunções*, que tendem a impor prestações imediatas aos sujeitos processuais, tanto positivas (fazer ou dar alguma coisa) como negativas (não fazer ou abster-se de impedir que a outra parte faça o que lhe permitiu a decisão cautelar).” (THEODORO JR., 2015, p. 688).

mandamental inerente das decisões provisórias, em que o cumprimento da determinação do juiz se faz de forma forçada.⁴⁸

Para tanto, em caso de descumprimento da decisão provisória, o juiz pode e deve se valer das medidas de apoio, determinando, em caso de não cumprimento da ordem, a aplicação da multa, bem como, exemplificativamente, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, até mesmo, caso preciso, solicitar a força policial (art. 536, §1 c/c art. 537 do CPC/2015). Sem contar que, em não cumprindo a parte a determinação judicial, com exatidão, ser ela punida pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça, com multa que pode chegar a até 20% (vinte por cento) do valor da causa corrigida (§§1º e 2º, art. 77 do CPC/2015).

Logo, em sendo concedida a tutela provisória, não será necessário valer-se do cumprimento de sentença, porque a decisão provisória, por sua natureza, visa prevenir, conservar ou obstar a realização de atos que, se realizados pela parte contrária, poderiam resultar numa ineficácia da própria decisão definitiva. E, portanto, não se concebe, pela urgência do cumprimento da medida, que tal se faça, ainda que seja por meio da execução provisória.

E, quando o parágrafo único do artigo 297 do CPC/2015 consigna que, para a efetivação da tutela provisória, serão observadas, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, não se revela uma impropriedade e nem uma contradição à mandamentalidade contida no provimento de tutela provisória cautelar.

A leitura do parágrafo único do artigo 297 do CPC/2015 deve ser interpretada de acordo com o *caput* do artigo 297 e o artigo 301. E, em hipótese alguma, pode ser a de que a decisão provisória será cumprida por meio da execução provisória, mas sim a de que o juiz pode, nas hipóteses possíveis, adotar todas as medidas provisórias necessárias⁴⁹ para que seja efetivada a tutela provisória concedida, inclusive medidas executórias sub-rogatórias como coercitivas para assegurar sua efetivação.

5 CONCLUSÃO

⁴⁸ Daniel Mitidiero também reconhece que “a efetivação da decisão antecipada (seja cautelar ou satisfativa) obedece, para concretizações de fazer, não fazer e para a realização do direito à coisa, a um sistema atípico de técnicas processuais executivas”. Dando exemplo de que para um fazer, não-fazer ou abster-se o juiz impõe a astreinte, determinando-se cumprimento da decisão, e para que se cumpra uma decisão cautelar, como por exemplo o desfazimento de obras, remoção de pessoas ou coisas, utiliza-se de força policial, para que seja atingido, assegurado o resultado prático equivalente ao da determinação imposta no provimento de tutela provisória (MITIDIERO, 2011 in: JAYME; FARIA; LAUAR, 2011, p. 92).

⁴⁹ Nesse sentido: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 590; CÂMARA, 2015, p. 157.

O tempo de duração do processo é um problema a ser enfrentado pelos processualistas. As técnicas e os mecanismos das tutelas diferenciadas são utilizados para minimizar os impactos causados pelo decurso do tempo do processo até a efetiva e satisfativa entrega da prestação jurisdicional.

Dentre as técnicas diferenciadas adotadas pelo Código de Processo Civil, destacam-se a tutela provisória baseada na urgência (cautelar e antecipada) e a de evidência, que visam resguardar, antecipar, obstar, impedir, conservar o bem ou direito tutelado, mas que ainda não é possível de ser entregue em definitivo ao jurisdicionado.

A tutela provisória, que se contrapõe à definitiva, é uma tutela concedida em grau não exauriente e superficial, guardando em si certa precariedade. Mas, ainda que a decisão proferida em apreciação do pedido de tutela provisória seja precária, sumária e superficial, é mandamental, e, portanto, autoexecutiva.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve o poder geral de cautela do juiz ao determinar que ele não só pode como deve impor, determinar, qualquer medida para que a decisão por ele concedida seja efetivada e, em caso de não cumprimento da ordem judicial pela parte contrária, nada obsta que o juiz determine a aplicação das medidas de apoio e a busca do resultado útil equivalente, ao determinar a aplicação da multa, bem como, exemplificativamente no caso da cautelar, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, até mesmo, caso preciso, solicitar a força policial. Sem prejuízo da multa pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça.

Para o cumprimento da decisão de concessão da tutela provisória, não será necessário requerer a sua execução por meio do cumprimento de sentença, ainda que provisória, porque, se o objetivo da decisão é prevenir, obstar, conservar bem ou direito, o seu não cumprimento voluntário pode resultar em uma ineficácia da própria decisão definitiva. E, por tal razão, o parágrafo único do artigo 297 do CPC/2015 consigna que, para a efetivação da tutela provisória, serão observadas, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, permitindo-se que sejam adotadas todas as medidas provisórias necessárias para que seja efetivada a tutela provisória concedida, inclusive medidas executórias sub-rogatórias como coercitivas para assegurar sua efetivação.

Referências

ARMELIN, Donaldo. Da tutela Jurisdicional Diferenciada. *Revista de Processo—RePro*, Editora Revista dos Tribunais, v. 65, p. 45-55, jan./mar., 1992.

BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumária e de urgência*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. Tutela provisória. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXV, n. 126, mai., 2015.

BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. Tutela provisória. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n. 41, p. 43-51, jul./set., 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101576/tutela_provisoria_bedaque.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádua: CEDAM, 1936.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Trad. Héctor Fix-Zamudio. Lima: Ara Editores, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho – Seis meditaciones sobre el Derecho*. Lima: Ara Editores, 2006.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas – medidas preparatórias – medidas de conservação*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1953.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual*, v. 2, 10ª ed. Salvador: JusPodium, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 3ª ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINI, Mario. *I provvedimenti d'urgenza nel Diritto Processuale Civile*, 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1957.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo–RePro*, Editoria Revista dos Tribunais, São Paulo, v.121, p. 11-37, mar., 2005.

JAYME, Fernando Gonzaga. Obstáculos à tutela jurisdicional efetiva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 399, p. 95-109, set./out., 2009.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 7ª ed. v. III, Torino: Giappichelli, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de Tutela*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado* – parte incontroversa da demanda. 5ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Processo Cautelar*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coords.). *Processo Civil Novas Tendências* – em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duração dos Processos: Alguns dados comparativos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil* – RDCPC, v. 29, mai./jun., 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* – PGE-RJ, Revista de Direito, v. 57, 2003.

REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Breves linhas sobre a tutela provisória. In: THEODORO JR., Humberto (coord). *Processo Civil Brasileiro* – Novos Rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

THEODORO JR., Humberto. O cumprimento das medidas cautelares e antecipatórias. *Revista de Processo* – RePro, Editoria Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 139, p. 7-27, 2006.

THEODORO JR., Humberto. *Tutela antecipada*. Evolução. Visão Comparatista. Direito Brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo* – RePro, Editoria Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 157, p. 129-146, 2008.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.I, 56ª rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas e Central de Publicações Jurídicas, 1999.

HOMENAGEM AO PROF. JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO¹

Alberto Deodato Maia Barreto Filho²

Pode-se dizer de um autor de obras jurídicas que ele sabe transmitir o pensamento de outros ou que ele próprio é pensador jurídico. Cria e defende doutrinas e teorias.

O Prof. José Olympio de Castro Filho foi isso tudo. Buscava soluções jurídicas nos grandes clássicos e modernos do Direito Processual e as transmitia com maestria. Quando deles discordava propunha novas soluções, aduzindo argumentos.

Nascido em Belo Horizonte, em 12-04-1915, era filho de José Olympio de Castro e Luíza das Chagas Ferreira. Casou-se com Helena Gonçalves de Souza. O casal teve um filho, que é o nosso colega Fábio Gonçalves de Souza Castro que com ele trabalhou desde que ingressou no primeiro ano da Universidade. Fábio casou-se com Ângela Maria dos Santos Castro e o casal deu ao homenageado dois netos: Fábio, também colega de escritório, e Eduarda. Esse o seu “time” doméstico.

Sempre elegante nas palavras e nos gestos, ensinava com simplicidade e clareza. Juntava a tudo a busca do sentido prático da advocacia que viveu intensamente até falecer.

Além de ter sido seu aluno, na Faculdade de Direito da UFMG, fui seu colega no magistério da mesma disciplina.

Funcionando, vez por outra, como advogado da outra parte, pude senti-lo como um profissional completo e temível. Não se contentava em cumprir o seu dever. Descia a fundo na defesa quanto ao processo e na defesa quanto ao mérito.

Em sua “Prática Forense”, em dois volumes, com cinco edições, livro ao qual transporta o seu “dia-a-dia” profissional lança aquela genial reflexão:

Não basta saber, e refazer, incessantemente, o Direito, inclusive o Processo Civil; é preciso saber realizá-lo.

E completa seu pensamento com palavras de Angel Ossorio (em “El Abogado”):

Ninguém é obrigado a ser advogado, mas, se assim resolve, há de ter presente aquela máxima com que começa o “Tratado de Crotologia”, ou seja, a arte de tocar

¹ Texto publicado originalmente na Revista da Faculdade de Direito da UFMG, no ano de 1994: FILHO, Alberto Deodato Maia. *Homenagem ao Professor José Olympio de Castro Filho*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 34, p. 311 - 316, 1994. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1081>> Acesso em 07/11/2018.

² Professor aposentado da Faculdade de Direito da UFMG.

castanholas; “*Se puede tocar e no tocar las castanuelas; pero ya de tocarlas, tocarlas bien...*”

Continuo, até hoje, a buscar suas lições contidas em livros, em teses, em dissertações.

Em “Agravos no Auto do Processo” - Imprensa Oficial - Belo Horizonte - 1949 que é uma Monografia para concurso com o qual obtive, em 1950, a Livre Docência de Direito Judiciário Civil, defende teses que até hoje tem importância no atual “agravo retido”.

Como se sabe o CPC de 1939 continha, em seu art. 851, o recurso de Agravo no Auto do Processo para decisões interlocutórias expressamente nominadas.

O Agravo no Auto do Processo só seria julgado por ocasião do julgamento da apelação.

No atual CPC o agravo, em sua forma de “retido”, também será julgado por ocasião do julgamento da apelação. Apenas, atualmente, os casos de agravo não estão nominados na lei. Cabe o recurso contra qualquer decisão interlocutória.

Mas o ilustre professor já insistia, por exemplo, na possibilidade do agravo verbal (pág. 53); na irrelevância do chamado “termo de agravo”, (pág. 54); no âmbito dentro do qual o Juiz pode reconsiderar a decisão agravada (pág. 60 e segs.); na autonomia do agravo em relação à própria apelação (págs. 72 e segs.); e tantos ensinamentos aplicáveis até hoje no caso do “agravo retido”, considerando-se, apenas, os aspectos diferenciais entre os dois recursos.

“Abuso do Direito no Processo civil”, 1ª ed., 1955, Imprensa Oficial - com 2ª ed. Forense, em 1960. Monografia com a qual conquistou a cadeira de Direito Judiciário Civil. Incedível até hoje, no tema de que trata. De consulta obrigatória quando se quer versar sobre o assunto em trabalhos forenses ou não.

O abuso do direito ocorre diferentemente no direito processual. Não tem as mesmas características com que se apresenta no direito privado, ensina.

Mostra que no processo a questão sempre foi tratada (e, infelizmente, até hoje) com as mesmas noções gerais elaboradas para o direito privado. Por isso aparece com tanta timidez nas normas processuais.

Notando que o processo civil nasce normalmente do conflito de interesses, diz o homenageado às págs. 26 e segs.:

Ele se forma, via de regra, quando já não existe a harmonia de vontades e interesses, que se encontra, muito comumente, no direito privado, como, por exemplo, na formação dos contratos, ou na execução dos atos jurídicos em geral. E se desenvolve, também geralmente, como uma luta de interesses, em que cada um procura, sobretudo, vencer.

Daí não ser de estranhar-se que cada contendor procurasse vencer a demanda de qualquer forma e por qualquer maneira, ainda que à custa do direito alheio.

Outros elementos peculiares ao processo são a necessidade de certeza e de rapidez, a existência de incidentes e o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, que “é usado para prejudicar a outrem, ou para obter resultados ilícitos e inatingíveis sem o concurso do mesmo Estado”.

A existência dos advogados, por meio dos quais as partes se manifestam em Juízo, é outro aspecto que a monografia considera. Depois de fazer um estudo histórico e comparado, de examinar as diversas formas de abuso no processo, faz sugestões e termina com a advertência de que:

A pretexto de reprimir o abuso, o processo não deve se transformar em instrumento de iniquidade, de surpresas e de maldade. E, no que diz respeito a isso, o papel mais difícil, e por isso mesmo, o mais edificante e o mais belo, cabe aos Juizes.

No volume X da coleção da Editora Forense, de “Comentários ao código de Processo Civil”, com três edições a partir de 1976, coube-lhe comentar os artigos “Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição voluntária”, do CP de 1973.

Inicia por explicar a controvertida distinção entre “jurisdição voluntária” e “jurisdição contenciosa”; estuda o papel do Ministério Público, e do Juiz; recursos; eficácia da sentença ou decisão, que não faz coisa julgada mas tem que ser estável, salvo alteração dos fatos e tudo aquilo que constitui a última palavra a respeito da “jurisdição voluntária” e os respectivos procedimentos, específicos ou inespecíficos.

Representando a Faculdade de Direito da UFMG, durante o seu tempo de magistério, por seu mérito e comum consenso de seus colegas de disciplina, comparecia aos congressos e conferências nacionais e internacionais, sempre levando sua contribuição escrita e participação ativa.

Acompanhei-o em várias oportunidades, desde a histórica reunião de professores de Direito Processual Civil em Campos do Jordão, S. Paulo, para exame do Anteprojeto do Código de Processo Civil do Prof. Alfredo Buzaid, que foi o grande embrião do C.P.C. atualmente vigente. Sou testemunha de sua excelente atuação.

Fruto dessa atividade congressional encontramos no “Ensino de Prática do Direito”, Comunicação à Segunda Conferência das Faculdades Latino-Americanas. Lima, Peru, 1961.

Nesse trabalho propunha a complementação da aprendizagem, com os métodos de exame do caso concreto; elaboração de atos e fórmulas judiciais; exame de processos findos, selecionados pelo Professor; Clínica Jurídica; participação do estudante em atividades públicas, jurídicas, como estágios em departamentos jurídicos, em escritórios de advogados, delegacias, visitas a Juízes e tribunais, etc.

É relevante dizer que nesta época era ele um dos pioneiros no ensino prático que ministrava pessoalmente, desde que começou a lecionar, a seus alunos em aula, aos sábados, separadamente das aulas teóricas.

Em 1958 criou o DAJ da Faculdade de Direito da UFMG, em local acanhado obtido no antigo prédio do “Fórum Lafayette”. Na época vieram professores de outras escolas do País para conhecer o seu funcionamento. Depois o mestre conseguiu mudá-lo para o prédio da Faculdade. Por mais de dez anos exerci, como professor, a orientação aos alunos que freqüentava o DAJ. Eu e Marcos Afonso de Souza. Mas sempre sob a orientação do homenageado. Depois o DAJ evoluiu e foi reconhecido pela Universidade. De Departamento de Assistência Jurídica passou a Divisão de Assistência Judiciária.

No esquema idealizado pelo mestre, o aluno lida diretamente com o cliente, que é o pobre. Ouve suas queixas. Descobre suas amarguras. Sente seu drama na sociedade. Leva suas impressões, estuda e elabora as petições necessárias. Inicia a ação ou a defesa. Segue a tramitação. Participa das audiências. Tudo sob a supervisão do advogado assistente.

Outros trabalhos decorrentes da sua presença em Congressos e Conferências são: “O Problema da Lentidão dos Processos e sua Solução”, V. Jornada Latino-Americanas de Derecho Processual, Bogotá, junho de 1970, publicado na Revista Forense, vol. 233, p. 347; “O Despacho Saneador no Anteprojeto do Código de Processo Civil Brasileiro” - “Comunicação às IV Jornadas Latino-Americanas de Derecho”; “Unidade de Jurisdição e Justiça Administrativa” - Relatório Geral ao Congresso Internacional de Processo civil”, México, 1972 (edições em português, francês e inglês e também em revistas especializadas do Chile e da Colômbia); “O Estágio Profissional e o Ensino de Prática Forense”, Comunicação ao Seminário para o Estudo da Reforma do Ensino Jurídico e Preparo Profissional do Advogado, promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, 1971.

Mas não ficaram aí as obras. Além de dois discursos de paraninfo publicou um número enorme, sobre assuntos vários, sobretudo ligados ao Processo Civil. Versou com maestria, sobre a audiência de instrução e julgamento, a conciliação no processo civil, a responsabilidade civil, as sociedades anônimas, as tarifas na concessão do serviço de utilidade pública, a organização judiciária, a ação popular, o mandado de segurança, a “Lei de Imprensa”, a produção da prova, as inovações no C.P.C. de 73, a revista, a revelia, a declaração incidente, as medidas cautelares, o prejudicado, etc.

No magistério, de 50 a 71, foi sempre considerado expoente da matéria, fazendo parte obrigatória da banca examinadora de quase todos os concursos para professor de processo civil, seja para livre docente, seja para titular, em Belo Horizonte, Rio, S. Paulo e Goiânia até 1992.

Representou a Congregação da Faculdade de Direito, no Conselho Universitário da UFMG em dois mandatos sucessivos.

Em 1976 foi declarado Professor Emérito pela mesma Congregação. São poucos os agraciados com tal título. Tive a enorme honra de saudá-lo em nome da Congregação.

Quando ainda estudante, conta-nos seu filho Fábio, nas vésperas da formatura, um jornalista do “Diário de Minas” promoveu uma “enquete” na turma, indagando a cada um o que pretendia ser. Muitos queriam ser políticos. Outros Magistrados. Outros Promotores. Havia os que pretendiam continuar a ser comerciantes ou funcionários públicos. O Professor José Olympio de Castro Filho respondeu: “pretendo ser advogado e voltar a esta Faculdade como professor catedrático”, o que lhe valeu a “gozação” de muitos colegas.

O homenageado sintetizava o grande professor e o grande advogado. Conselheiro seccional e federal, por várias vezes, membro do Tribunal de Ética Profissional, advogou intensamente, sendo advogado e consultor jurídico do Banco Real S.A., da Usiminas, de S. A. Estado de Minas, da Companhia Litorânea de Imóveis do Banco Bandeirantes S.A., do Estado de Minas Gerais, chegando a ser seu Procurador Geral.

Sua atuação foi amplamente reconhecida por diversas condecorações e medalhas, tendo-lhe sido conferida a “Medalha do Mérito Judiciário”, em 1985, concedida pela primeira vez a advogado, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Modéstia, mas perseverança, tenacidade, determinação, conhecedor das leis, estudioso da doutrina, atualizando-se a todo momento, honestidade em gastos, idéias e opiniões, independência, crença no Direito e na Justiça como ideal a ser lapidado permanentemente, e a figura humana, são todas as qualidades que deve ter o advogado e que, em grande dose, o Prof. José Olympio de Castro Filho tinha, motivo pelo qual ficou como exemplo de profissional para as atuais e as próximas gerações.

Belo Horizonte, fevereiro de 1994.

NOTA: PREMIAÇÃO PROF. JOSÉ OLYMPIO DE CASTRO FILHO

Foi aprovada pela Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da UFMG, no presente ano, a criação do prêmio Prof. José Olympio de Castro Filho, instituído pela Divisão de Assistência Judiciária; destinado a "galardoar o mérito do membro discente, docente e/ou funcionário técnico-administrativo, pelos relevantes serviços prestados ou por excepcional dedicação ou contribuição à prática jurídica de assistência judiciária, enquanto meio de acesso à justiça"¹, nos termos da proposta enviada pela DAJ e posteriormente referendada.

A premiação assume o nome do histórico fundador da Divisão de Assistência Judiciária - outrora designada Departamento de Assistência Judiciária - D.A.J. - o professor José Olympio de Castro Filho, cujo legado é sempre enaltecido pelas antigas gerações da instituição, e poderá ter a forma de medalha ou de placa e estojo.

Os primeiros condecorados serão os professores Paulo Edson de Sousa e Humberto Agrícola Barbi, bem como a servidora técnico-administrativa Euza Antônia dos Santos, em homenagem póstuma a ser realizada no evento em comemoração aos 60 anos da DAJ, em 21 de novembro de 2018. Seus nomes foram reconhecidos por unanimidade e ecoam entre distintas gerações de *dajtianos* diante de suas inesquecíveis figuras e do inestimável trabalho desenvolvido na DAJ ao longo de vários anos.

Equipe editorial.

¹ Termos da *Proposta de criação da "Premiação Prof. José Olympio de Castro Filho"*, enviada como anexo ao ofício DAJ 047/2018 à diretoria da faculdade e submetida à aprovação da Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da UFMG, no dia 26 de setembro de 2018.

SOBRE OS AUTORES

ABOUT THE AUTHORS

Dispostos em Ordem Alfabética / *Arranged in alphabetic order*

ADRIANA LETÍCIA SARAIVA LAMOUNIER RODRIGUES

Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais em cotutela com a Universidade de Roma II “Tor Vergata”. Advogada em Direito Coletivo do Trabalho no escritório Caldeira Brant Sociedade de Advogados.

E-mail: adrianalsr@yahoo.com.br.

ALBERTO DEODATO MAIA BARRETO FILHO

Professor aposentado da Faculdade de Direito e de Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais.

ALINE FERREIRA GOMES DE ALMEIDA

Graduada em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mediadora. Facilitadora de práticas restaurativas. Advogada em Almeida Mourão Marra Malta Sociedade de Advogadas – ALMMA.

E-mail: alinefgalmeida@gmail.com.

ANA LAURA GSCHWEND MONTEIRO

Graduanda de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Extensionista bolsista do Programa Polos de Cidadania da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em História na Universidade Federal Fluminense.

E-mail: lauragschwend@gmail.com.

BARBARA FRANCIELE OLIVEIRA GUALBERTO

Graduanda de Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais. Extensionista bolsista do Programa Polos de Cidadania da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais.

E-mail: babifranciele@hotmail.com.

CAROLINE STÉPHANIE FRANCIS DOS SANTOS MACIEL

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestra em Direito, com bolsa do CNPq, pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com formação complementar na *University of Leeds*. Advogada vinculada à Divisão de Assistência Judiciária em Direito Tributário e Civil.

E-mail: carolinedossantos3@gmail.com.

DANIELA BICALHO GODOY

Pós-graduanda em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG (ESA-OAB/MG). graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada orientadora e Co-fundadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CdH-UFGM). Advogada orientadora da Divisão de Assistência Judiciária da Universidade Federal de Minas Gerais (DAJ-UFGM).

E-mail: danibgodoy@gmail.com.

DANIELLA MONTEIRO DE LIMA BORGES

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Estagiária da Divisão de Assistência Judiciária (DAJ) e da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CdH/UFGM).

E-mail: daniella.lima15@gmail.com.

DIEGO MANENTI BUENO DE ARAÚJO

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado e Orientador da Divisão de Assistência Judiciária em Direito do Trabalho.

E-mail: diego.manenti@yahoo.com.br.

ELISA BORGES MATOS

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Estagiária acadêmica da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais e da Divisão de Assistência Judiciária (DAJ-UFGM).

E-mail: borges.elisa.m@gmail.com.

FABIANA DE MENEZES SOARES

Professora Associada II da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora residente no IEAT/UFGM. Coordenadora do grupo de pesquisa Observatório para a Qualidade da Lei e do Núcleo de Inclusão Digital da Clínica de Direitos Humanos.

E-mail: fabimz@icloud.com.

FERNANDO GONZAGA JAYME

Diretor da Faculdade de Direito da UFGM. Professor Associado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito e de Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais. Conselheiro Seccional da OAB/MG. Membro do Comitê Técnico Científico do Parque Tecnológico BHTEC. Membro do Conselho Estadual de Direitos Humanos. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

E-mail: fjaymeadv@uol.com.br

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da UNESA. Bolsista de Produtividade do CNPq. Pesquisador da FAPERJ. Coordenador do Laboratório Interdisciplinar de História do Direito.

E-mail: gustavosiqueira@uerj.br.

HUMBERTO AGRÍCOLA BARBI

Ex-procurador da República em Minas Gerais. Professor aposentado da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor orientador da Divisão de Assistência Judiciária. Falecido no presente ano, em 08 de outubro de 2018.

JANAÍNA DANTAS GERMANO GOMES

Professora da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Graduada em Antropologia Social pela Unicamp.

E-mail: janadgg@gmail.com

JOANNA PAIXÃO PINTO RODRIGUES

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada pela Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais. Foi Vice-Diretora Adjunta e estagiária na Divisão de Assistência Judiciária da Universidade Federal de Minas Gerais – DAJ.

E-mail: joannappr@gmail.com

JÚLIA SILVA VIDAL

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Orientadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CdH/UFMG). Pesquisadora do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT (Nuh/UFMG).

E-mail: jusvidal@gmail.com.

LETÍCIA SOARES ALEIXO

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi advogada orientadora da Divisão de Assistência Judiciária da Universidade Federal de Minas Gerais (DAJ-UFMG) e Co-fundadora e orientadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CdH-UFMG). Coordenadora operacional do Projeto Diálogos Comunitários junto ao MPMG no Caso Samarco/Rio Doce.

E-mail: leticiapaleixo@gmail.com.

LUÍSA BERGARA DE SOUZA

Graduanda de Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais. Extensionista bolsista do Programa Polos de Cidadania da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais.

E-mail: luisabergaras@gmail.com.

LUIZ RONAN NEVES KOURY

Desembargador Aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais.

E-mail: ronankoury@hotmail.com.

MÁRIO COLOMBI GAVA

Advogado em Belo Horizonte.

E-mail: mcolombigava@gmail.com.

MÔNICA SETTE LOPES

Professora Associada da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais. Desembargadora (aposentada) do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Doutora em Filosofia do Direito.

E-mail: msl@ufmg.br.

RAFAELLA RODRIGUES MALTA

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista pela CAPES. Monitora de Pesquisa e Extensão Ciranda de Justiça Restaurativa. Foi Vice-Diretora Adjunta e

Advogada-orientadora na Divisão de Assistência Judiciária da Universidade Federal de Minas Gerais – DAJ.

E-mail: rafaellarodriguesmalta@gmail.com.

RENATA CHRISTIANA VIEIRA MAIA

Professora Adjunta da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais. Diretora da Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais – DAJ. Conselheira-Geral do Instituto de Direito Processual – IDPro. Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestra em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos.

E-mail: renatacvmaia@hotmail.com

SIELEN BARRETO CALDAS DE VILHENA

Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenadora geral e acadêmica do Programa Polos de Cidadania da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais.

E-mail: sielencaldas@gmail.com

TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU

Professora Associada na Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

E-mail: tthibau@gmail.com

THIAGO MOREIRA GONÇALVES

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Estagiário acadêmico da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais (CdH-UFMG).

E-mail: thiagom93@yahoo.com.br.

VIVIAN CAROLINA RODRIGUES LOPES

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Estagiária da Clínica de Direitos Humanos (CdH/UFMG).

E-mail: viviancrlopes@gmail.com

ZILDA MANUELA ONOFRI PATENTE

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Estagiária acadêmica da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Minas Gerais.

E-mail: zildaonofri@gmail.com.