

12, 13 e 14
NOVEMBRO

ANAIS

CONGRESSO INTERNACIONAL

ADVOCACIA E CIÊNCIA JURÍDICA



2020

realização:



apoio:



Copyright © 2021 by ESAOABSP

1ª edição (revista)

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada trabalho é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

APRESENTAÇÃO

Esta publicação é fruto da aceitação de trabalhos completos enviados ao 1º Congresso da Advocacia e Ciência Jurídica realizado pela Escola Superior da Advocacia de São Paulo (ESAOAB/SP), nos dias 12, 13 e 14 de novembro de 2020, com o apoio da Universidade de Marília, Universidade Presbiteriana Mackenzie e Centro Universitário de Jales, que contou com carga horária de 19 horas, via videoconferência. Ressalte-se o comprometimento do Diretor da ESAOAB/SP, Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, do Coordenador Geral da instituição, Adriano de Assis Ferreira, do Coordenador Acadêmico, Erik Chiconelli Gomes e dos Pesquisadores do Centro - Regina Célia Martinez, Raíssa Moreira Lima Mendes, Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto, Renata Miranda Lima e João Eberhardt Francisco – para a realização do evento e das demais atividades do Centro de Pesquisa, cuja finalidade essencial é o avanço da Pesquisa e Ensino na/da Advocacia Paulista e nacional.

Para fins de organização, o Congresso contou com três grandes grupos de trabalho baseados em linhas de pesquisa da Escola: Pesquisa e Educação Jurídica (GT1); Direito, Inovação e Tecnologia (GT2); Ciências Sociais, Cultura e Teorias Jurídicas (GT3); divisão que foi respeitada na organização destes anais.

O envio de trabalhos pela comunidade científica interessada incluiu apresentação obrigatória por videoconferência dos trabalhos, inclusa na programação geral do Congresso, assim disposta:

Dias 12, 13 e 14 de Novembro de 2020

Horário: Das 09h às 19h15 (quinta-feira, sexta-feira); 9h às 12h (sábado).

Comissão Organizadora:

Prof. Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
Prof. Dr. Adriano de Assis Ferreira
Profa. Dra. Raíssa Lima Mendes Musarra
Profa. Dra Regina Célia Martinez.
Profa. Dra. Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto
Prof. Dr. João Eberhardt Francisco
Prof. Ms. Erik Chiconelli Gomes
Profa. Ms. Renata Miranda Lima

12 de novembro de 2020

Abertura do evento

Prof. Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
Diretor ESASP

Prof. Dr. Adriano de Assis Ferreira
Coordenador Geral da ESASP

9h00 - 10h00 Conferência de abertura

Advocacia e Educação continuada

Professora Doutora Maria Garcia

10h00 – 11h00 - Módulo 01

Educação Advocatória

Professor Doutor Alysson Mascaro
Professor Doutor Camilo Onoda Caldas

11h00 – 12h00 - Módulo 02

Entre o ensino híbrido, o presencial e o remoto: como engajar estudantes em diferentes ambientes?

Professora Doutora Marina Feferbaum
Professor Doutor Guilherme Klafke

Intervalo 12h00 - 14h00

14h00 – 15h00 - Módulo 03

Panorama do Ensino Superior

Professor Doutor Fernando Herren Aguilar
Professora Doutora Renata Miranda Lima

15h00 – 16h00 - Módulo 04

Modernização do conteúdo programático das disciplinas do curso e educação continuada em Direito

Professor Doutor Edson Ricardo Saleme
Professora Doutora Regina Célia Martinez

Intervalo 16h00 - 16h15

16h15 – 17h15 - Módulo 05

Acesso à justiça e novas tecnologias

Professor Doutor João Eberhardt Francisco
Professora Doutora Isabella Ferrari

17h15 – 18h15 - Módulo 06 – 2ª Conferência

A regulação do trabalho em plataformas digitais

Professor Doutor Antonio Rodrigues de Freitas Júnior

18h15 - 19h15 - Módulo 07

Antropologia e Sociologia do Direito: resultados e métodos

Professora Doutora Ana Lúcia Pastore

Professora Doutora Raíssa Moreira Lima Mendes Musarra

13 de novembro de 2020

9h00 - 10h00 - Módulo 08 - 3ª Conferência

O impacto das novas tecnologias na subordinação e seus efeitos

Professor Augustin Émane

10h00 – 11h00 - Módulo 09

Direito, Inovação e Desenvolvimento

Professora Doutora Hirdan Katarina de Medeiros Costa

Professor Doutor Paulo dos Santos Almeida

11h00 - 12h00 – Módulo 10

Vantagens e desvantagens do teletrabalho a partir da experiência da pandemia

Professor Doutor Juan Raso Delgue

Professora Doutora Martha Elisa Monsalve Cuellar

Intervalo 12h00 - 13h00

13h00 – 14h00 - Módulo 11 – 4ª Conferência

Pandemia, Tecnología y Mundo laboral

Fernando Fita Ortega

14h00 – 15h00 - Módulo 12

Lei Geral de Propriedade de Dados

Professora Doutora Carolina Dalla Pace

Professor Doutor Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho

15h00 – 16h00 - Módulo 13

Transformação social e Teoria Política

Professor Doutor José Garcez Ghirardi
Professor Doutor Adriano de Assis Ferreira

16h00 – 17h00 - Módulo 14

Futuro do Trabalho: capacitação/letramento digital

Professora Doutora Olívia Pasqualetto
Professora Doutora Tatiana Guimarães Ferraz Andrade

17h00 – 18h00 - Módulo 15 – 5ª Conferência

A Liberdade de expressão e as novas mídias

Professor Titular José Eduardo Faria

Intervalo 18h00-18h15

18h15 - 19h15 - Módulo 16

Interseccionalidades entre Direito, Gênero e Etnia

Professora Doutora Eunice Aparecida de Jesus Prudente
Professora Doutora Simone Henriquez

14 de novembro de 2020

Apresentação de Trabalhos com resumos expandidos submetidos pela Comunidade Acadêmica ao Congresso e aprovados pela Organização do Evento. Com formulário de inscrição até 08 de novembro de 2020.

Data da Divulgação da Programação das Aprovações no site da ESA: dia 09 de novembro de 2020

09h00 – 12h00 – Módulo 17

Apresentação de Trabalhos Submetidos ao GT 1

Apresentação de Trabalhos Submetidos ao GT 2

Apresentação de Trabalhos Submetidos ao GT 3

12h00 – Encerramento

Os trabalhos devidamente apresentados, com envio posterior de versões finais escritas completas respeitadas dos prazos e normas do edital, foram aqui sistematizados após revisão e parecer da comissão organizadora.

Assim, é com grande satisfação que tornamos público o resultado de sessões de trabalho tão relevantes, especialmente motivadas pelo ímpeto de realização de pesquisa e desenvolvimento da Ciência Jurídica em momento tão marcante de transformações sociais.

Comissão Organizadora:

Prof. Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho

Prof. Dr. Adriano de Assis Ferreira

Prof. Ms. Erik Chiconelli Gomes

Profa. Dra Regina Célia Martinez

Profa. Dra. Raíssa Lima Mendes Musarra

Profa. Dra. Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto

Prof. Dr. João Eberhardt Francisco

Profa. Ms. Renata Miranda Lima

SUMÁRIO

PESQUISA E EDUCAÇÃO JURÍDICA (GT1)	5
FAKE NEWS, RESPONSABILIDADE CIVIL E A PANDEMIA	6
<i>Adriano Augusto Fidalgo</i>	
PENSAR O DIREITO: EDUCAÇÃO JURÍDICA ALÉM DA LEI	27
<i>Ana Paula Meda</i>	
MULHER, DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS:	41
REFLEXÕES E EXPERIÊNCIAS METODOLÓGICAS SOBRE UM GRUPO DE PESQUISA EM TEMPOS DE PANDEMIA	41
<i>Rhêmora Ferreira da Silva Urzêda</i>	
<i>Daiana Maria Santos de Sousa Silva</i>	
<i>Dayane da Silva Dias</i>	
<i>Luís Felipe Perdigão de Castro</i>	
OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO ENSINO JURÍDICO POTIGUAR: PERIGOS E DESAFIOS QUANTO À VIVÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS	56
<i>Jeissiany Batista Maia</i>	
<i>Aurélia Carla Queiroga da Silva</i>	
O ENSINO DO DIREITO NO BRASIL EM PROGRESSO: AVANÇOS E PERSPECTIVAS NA DIDÁTICA JURÍDICA NACIONAL	72
<i>Lucas do Patrocínio Sobrinho</i>	
<i>Sara dos Santos Neiva</i>	
A IMPORTÂNCIA DAS METODOLOGIAS ATIVAS NO ÂMBITO DOS CURSOS JURÍDICOS	87
<i>Carina Deolinda da Silva Lopes</i>	
DIREITO, INOVAÇÃO E TECNOLOGIA (GT2)	100
A ENTRADA EM VIGOR DA LEI GERAL DA PROTEÇÃO DE DADOS E AS MODIFICAÇÕES NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO	101
<i>Ana Livia Silva Bastos</i>	
<i>Leonina Avelino Barroso de Oliveira</i>	
CIÊNCIAS SOCIAIS, CULTURA E TEORIAS JURÍDICAS (GT3)	136
A INVISIBILIDADE SOCIAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PRESENTES NO CONTO CEMITÉRIO DE ELEFANTES, DE DALTON TREVISAN	137
<i>Douglas Alecsander Watson Gomes</i>	
<i>Raimunda Alves Batista</i>	
A CULTURA PUNITIVA NO BRASIL FRENTE AO CONSUMO DE CANNABIS: ASPECTOS OBJETIVOS ENTRE O CONSUMO E TRÁFICO	153
<i>Rodrigo da Silveira Barcellos</i>	
<i>Pedro Gama Ancona de Faria</i>	
COLONIALISMO E ACUMULAÇÃO POR ESPOLIAÇÃO: PANORAMAS CONCEITUAIS E O CONTEXTO DE TERRAS NO BRASIL	168

Luís Felipe Perdigão de Castro

O ADVOGADO E OUTRAS GARANTIAS NA MEDIAÇÃO POLICIAL NOS NÚCLEOS ESPECIAIS CRIMINAIS DA POLÍCIA CIVIL DE SÃO PAULO 168

Cloves Rodrigues da Costa

Marie Claire Libron Fidomanzo

Patrícia Pacheco Rodrigues

DIREITO E LITERATURA: REFLEXÕES A PARTIR DE TCHEKHOV E STUTCHKA 212

João Guilherme A. de Farias

ENSINO DOMICILIAR E A POSSIBILIDADE DE ROMPIMENTO DO DOMÍNIO ESTATAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO 230

Arthur José Pavan Torres

Paulo Henrique B. Tutiya

A JUDICIALIZAÇÃO DOS “ROLEZINHOS” E A INSUFICIÊNCIA DAS SOLUÇÕES DADAS PELO PODER JUDICIÁRIO: UMA ABORDAGEM COM FUNDAMENTO EM ESTUDOS SOBRE O PLURALISMO JURÍDICO 242

Maria Elisa Cesar Novais

OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO ENSINO JURÍDICO POTIGUAR: PERIGOS E DESAFIOS QUANTO À VIVÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS 260

Jeissiany Batista Maia

Aurélia Carla Queiroga da Silva

REFLEXÕES SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN 275

Valterlei A. da Costa

Vivian Carla da Costa

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO EM CASO DE LESÃO A REPRESENTANTES ESTRANGEIROS EM SERVIÇO NO TERRITÓRIO BRASILEIRO 286

Dante Feitosa Siebra de Holanda

Joana Lúvia da Silva Galdino

Sabrina Oliveira Nascimento

Wesley Gomes Monteiro

TELEOLOGIA DAS COTAS DE CANDIDATURA ELEITORAL: PARIDADE ENTRE OS GÊNEROS COMO DEMOCRACIA POLÍTICA.....301

Jeissiany Batista Maia

Cleuber Iguape Abidu Figueiredo

INSTITUTO DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....319

Luis Ricardo Bykowski dos Santos

Rafael Menguer Bykowski dos Santos

**PESQUISA E EDUCAÇÃO
JURÍDICA
(GT1)**

FAKE NEWS, RESPONSABILIDADE CIVIL E A PANDEMIA

FAKE NEWS, CIVIL RESPONSIBILITY AND THE PANDEMIC

Adriano Augusto Fidalgo¹

Resumo: O texto abordará as chamadas *Fake News* de um modo geral, para depois restringir a análise, considerando aspectos legais, de Educação Digital, especialmente verificando algumas decisões sobre a desinformação e como as instituições vem se pronunciando com o objetivo de minimizar os efeitos das notícias falsas.

Palavras-chave: *Fake News*; Pandemia; Responsabilidade Civil.

Abstract: The text will address the so-called Fake News in general, and then restrict the analysis, considering legal aspects, of Digital Education, especially verifying some decisions about disinformation and how institutions have been pronouncing with the objective of minimizing the effects of false news.

Keywords: Fake News; Pandemic; Civil Responsibility.

“E, afinal de contas, o que é uma mentira? É apenas a verdade mascarada.”

George Lord Byron

“Com o engodo de uma mentira, pesca-se uma carpa de verdade.”

William Shakespeare

1. INTRODUÇÃO

A temática *Fake News* é um dos temas mais palpitantes há alguns anos. Apesar de esta nomenclatura ser genérica e passível de críticas, por esse motivo e pelo seu estrangeirismo impregnado, com autores utilizando outras, como notícias falsas, desinformação, má informação, mentiras e outras, aqui se adotará ela pelo seu uso corrente.

Trata-se de fato que o Judiciário já vem condenando quem propaga *Fake News* como se ilustrará neste breve estudo. O fato novo é entrelaçar essas situações com a Pandemia, situação corrente que enfrentamos e ora especula-se como a Justiça decidirá situações dessa envergadura. Deste modo, convida-se o leitor para tal incursão nestes temas que ora se busca conectar.

¹ Advogado. Mestre em Educação. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/Santana. Especialista em Direito Processual Civil (USF) e Direito Tributário (ESA). MBA em Auditoria (Uninove). Especialista em Computação Forense pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro das Comissões de Direito Digital da OAB/Santana e OAB/Butantã, da *Digital Law Academy* e da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados.

2. HISTÓRIA

Notícias falsas existem desde os primórdios da humanidade, como se noticiou:

O historiador Robert Darnton, que é professor emérito da Universidade Harvard, conta que as notícias falsas são relatadas pelo menos desde a Idade Antiga, do século 6: Procópio foi um historiador bizantino do século 6 famoso por escrever a história do império de Justiniano. Mas ele também escreveu um texto secreto, chamado ‘Anekdotá’, e ali ele espalhou ‘fake news’, arruinando completamente a reputação do imperador Justiniano e de outros. ‘Era bem similar ao que aconteceu na campanha eleitoral americana’, diz Robert Darnton ao jornal Folha de São Paulo².

Há informação recente de que, antes disso, o Faraó Ramsés II (1.279 a 1.213 A.C.) na verdade, por enquanto, foi o mais antigo propagador de Fake News, já que há indícios de que ele se autopromovia sem ser um guerreiro tão importante quanto se imaginava:

Con este antecedente, no es extraño que las dudas empezaran a posarse sobre la figura de Ramsés II, el Grande. Dudas que se han acrecentado con las nuevas evidencias arqueológicas que han aparecido en una excavación situada a 320 kilómetros al este de la frontera con Libia. Dicen los investigadores que lo que ahí han encontrado ‘ayuda a destruir la temible reputación’ de uno de los faraones más famosos de Egipto³.

3. ONU

O assunto *Fake News* preocupa até a ONU, como se nota de notícia de setembro de 2017:

Em meio ao aumento da proliferação de notícias falsas – ‘fake news’, em inglês – e do desafio de discernir entre informações verdadeiras e falsas, um fórum das Nações Unidas discutiu no início desse mês (7) formas de tratar deste complexo assunto. O encontro debateu caminhos para levar aos cidadãos as habilidades e ferramentas necessárias para avaliar a credibilidade de qualquer conteúdo da mídia ou de uma fonte de notícias⁴.

4. O QUE É UMA *FAKE NEWS*

De um modo simples, trata-se daquela notícia falsa que tem a intenção de propagar uma mentira ou induzir em erro os receptores da mensagem, seja ela parcial ou total, buscando algum retorno financeiro ou não. Elas, muitas das vezes, têm um formato que busca ludibriar o leitor, já que dá contornos de seriedade, às vezes misturando um dado real com um fictício, por

² MERELES, Carla. Atualização: 01 Nov. 2017. **Notícias falsas e pós-verdade: o mundo das fake news e da (des)informação**. Disponível em: <http://www.politize.com.br/noticias-falsas-pos-verdade/>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

³ MARULL, David Ruiz. Atualização: 30 Jan. 2018. **Cómo el faraón Ramsés II inventó las ‘fake news’**. Disponível em: <http://www.lavanguardia.com/cultura/20180130/44408488366/ramses-ii-fake-news-egipto-faraon-libia-batalla-de-qadesh.html>. Acesso em: 29 Abr. 2018.

⁴ ONU. Atualização: 11 Set. 2017. **Verificar informações antes de compartilhar é a melhor forma de combater notícias falsas, destaca fórum da ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/verificar-informacoes-antes-de-compartilhar-e-a-melhor-forma-de-combater-noticias-falsas-destaca-forum-da-onu/>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

exemplo. Assim como, a distorção da informação fora da sua data de emissão pode gerar confusões também, por essa situação de assincronia.

Há casos notórios de *Fake News*, como os alertados que ocorreram na campanha eleitoral americana, com os seus subsequentes escândalos⁵. Aqui no Brasil a *Fake News* levou uma mulher a ser morta por moradores do Guarujá, ao ser confundida e “acusada de praticar magia negra com crianças”⁶.

No caso americano, os prejuízos nas eleições foram enormes, já que os impactos no resultado final foram grandes, como exposto:

Tudo começou em junho de 2014, quando o professor Aleksandr Kogan, da Universidade Cambridge, no Reino Unido, criou um teste de personalidade no Facebook com o pretexto de conduzir um estudo psicológico de usuários. Mesmo que só 270 mil pessoas tenham feito o teste de Kogan, o sistema permitiu que sua equipe visse o perfil de 50 milhões de usuários, pois também captava as informações de todos os amigos delas. No ano seguinte, Kogan repassou essa informação à Cambridge Analytica, que então contratou outros especialistas, entre eles Christopher Wylie, que acabou revelando o esquema ao jornal britânico *The Observer* (a versão dominical do *Guardian*) para influenciar a eleição dos EUA⁷.

5. CASOS PRÁTICOS GERAIS

Aqui se relembra alguns casos envolvendo *Fake News*. Vale lembrar outros equívocos noticiados, como sobre a acusação de furto do rapaz que foi tatuado como “ladrão e vacilão”⁸, mas na verdade sequer o furto fora confirmado. No chamado caso da Baleia Azul que causou comoção nacional, com alguns casos de mutilação em SP; entretanto a notícia originária da Rússia era falsa⁹.

Em um determinado programa a TV Globo criou uma notícia falsa de que um paranormal russo que previu que o Brasil ganharia a Copa, com o fito de se estudar o fenômeno

⁵ UOL. Atualização: 20 Mar. 2017. **Empresa acusada de desvio de dados para eleições iniciava operações no Brasil.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/03/20/empresa-que-influenciou-eleicoes-norte-americanas-iniciava-operacoes-no-brasil.htm>. Acesso em: 28. Abr. 2018.

⁶ ROSSI, Mariane. Atualização: 05 Mai. 2014. **Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP.** Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

⁷ MARTÍ, Silas. Atualização: 22 Mar. 2018. **Entenda o escândalo do uso de dados do Facebook.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/entenda-o-escandalo-do-uso-de-dados-do-facebook.shtml>. Acesso em: 28. Abr. 2018.

⁸ AGUIAR, Tiago. Atualização: 19 Fev. 2018. **Homens que tatuaram testa de adolescente são condenados.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/homens-que-tatuaram-testa-de-adolescente-sao-condenados-22411745>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

⁹ BOLDRINI, Angela. Atualização: 09 Mai. 2017. **Baleia azul é ‘fake news’ que virou realidade, diz presidente da Safernet.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1882467-baleia-azul-e-fake-news-que-vice-presidente-diz-presidente-da-safernet.shtml>. Acesso em: 28. Abr. 2018.

*Fake News*¹⁰. Um rapaz criou uma situação que um restaurante ficou muito pontuado como o melhor restaurante londrino, sendo que jamais existiu de fato¹¹. Em 2018 um assistente de um político respondeu por uma *Fake News*, no Espírito Santo, na primeira operação de Busca e Apreensão pela Polícia Federal, nesta temática¹².

Quem não se lembra do caso da Escola Base de São Paulo? Uma notícia falsa de abuso sexual de crianças que destruiu a reputação dos seus proprietários, também levou a escola ao seu encerramento de atividades e, por consequência, diversas pessoas perderam os seus empregos¹³.

No Brasil, na eleição de 2014 várias *Fake News* davam um contorno equivocado de um projeto de lei, por exemplo, com o fim de induzir que o clamor popular fosse contra a tal novidadeira legislação, porém a notícia falsa confundia as pessoas; dentre tantas outras situações envolvendo candidatos¹⁴.

6. PROPAGAÇÃO

Por que as notícias falsas são amplamente divulgadas, pode-se pensar? Pela rápida propagação que ganham na internet, especialmente em grupos do WhatsApp. Talvez tenha explicações psicológicas para o fato das pessoas quererem contar uma novidade, especialmente sobre algo que já se entende previamente como correto, na bolha que se forma em sua proximidade, operando uma espécie de validação digital.

Recentemente foi divulgado que a modalidade de grupos que mais espalha as *Fake News* são os grupos de família¹⁵. Some-se a isso que:

As informações falsas têm 70% mais chances de viralizar que as notícias verdadeiras e alcançam muito mais gente. A conclusão é do maior estudo já realizado sobre a disseminação de notícias falsas na internet, realizado por cientistas do Instituto de

¹⁰ GLOBO. Atualização: 25 Fev. 2018. **Fake news: estudo revela como nasce e se espalha uma notícia falsa na web**. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/02/fake-news-estudo-revela-como-nasce-e-se-espalha-uma-noticia-falsa-na-web.html>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

¹¹ GLOBO. Atualização: 28 Jan. 2018. **Jornalista põe restaurante falso no topo da lista dos melhores de Londres**. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/01/jornalista-poe-restaurante-falso-no-topo-da-lista-dos-melhores-de-londres.html>. Acesso em: 26 Abr. 2018.

¹² DALVI, Bruno. Atualização: 14 Mar. 2018. **PF faz primeira operação de combate a fake news relacionada às eleições**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/pf-faz-primeira-operacao-de-combate-fake-news-relacionada-as-eleicoes-22488623>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

¹³ PAIERO, Denise. Atualização: 13/04/18. **Escola Base: um caso que não pode ser esquecido**. Disponível em: <http://portal.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/artigo/escola-base-um-caso-que-nao-pode-ser-esquecido/>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

¹⁴ LOPES, Gilmar. Atualização: 27 Out. 2014. **20 boatos que circularam durante as eleições de 2014**. Disponível em: <http://www.e-farsas.com/20-boatos-que-circularam-durante-eleicoes-de-2014.html>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

¹⁵ GRAGNANI, Juliana. **Atualização: 20 br. 2018. Pesquisa inédita identifica grupos de família como principal vetor de notícias falsas no WhatsApp**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43797257>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

Tecnologia de Massachusetts (MIT, na sigla em inglês), dos Estados Unidos. A nova pesquisa foi publicada nesta quinta-feira, 8, da revista *Science*¹⁶.

Ademais, vale destacar que os intentos econômicos são evidentes. Muitas das vezes as plataformas que criam os conteúdos lucram com os cliques e a disseminação. Quando você recebe um produto grátis na internet, não se iluda, o produto é você! Além dos aspectos sociológicos sobre os comportamentos, os aspectos educacionais sobre a maciça falta de educação em temas comuns, o que se diga dos aspectos tecnológicos (dos nativos ou dos imigrantes digitais) que provocam uma ruptura (ou *diruptura* ou *dirupção*¹⁷ e não *disruptura* ou *disrupção*)¹⁸ inimaginável!

Nesses tempos sombrios, nota-se que uma pergunta é salutar: Como identificar uma notícia falsa? Responde-se: Verificar a origem, checar em outros portais de mais reconhecida credibilidade se a notícia se repete em detalhes, conferir em portais que investigam boatos (E-farsas, Boatos.org, Fatos & Boatos, Verdades e Boatos e outros)¹⁹, ver se ela tem um caráter de absurdidade que a torne incrível, enfim, na dúvida é melhor não repassar a notícia. Há notícias, inclusive, de fevereiro de 2018, de que as *Fake News* ganharam mais espaço no Facebook, ao passo que o jornalismo profissional perdeu²⁰.

Pergunta-se, então, quais são as principais redes sociais usadas para difundir *Fake News*? Twitter, Facebook, Google e WhatsApp, dentre outras e sem ordem de prevalência.

¹⁶ CASTRO, Fábio. Atualização: 08 Mar. 2020. **'Fake news' têm 70% mais chance de viralizar que as notícias verdadeiras, segundo novo estudo.** Disponível em: <https://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,fake-news-se-espalham-70-mais-rapido-que-as-noticias-verdadeiras-diz-novo-estudo,70002219357>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

¹⁷ **dis.rup.tion n rompimento, fendimento, rachadura, ruptura, fratura, quebra, interrupção.** MICHAELIS. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/busca/ingles-portugues-moderno/disruption/>. Acesso em: 01 Mai. 2018.

¹⁸ Já que a palavra *disruptura* parece ter sido traduzida de modo equivocado, como assim defendido por Strecker (2012): “Uma palavra que vive seu tempo de glória é *dirupção*. Ou ‘*disruption*’, em inglês, termo que vem sendo mal traduzido por ‘*disrupção*’ ou ‘*disruptura*’, já que o verbo em português é ‘*diruir*’ ou ‘*derruir*’, que significa ‘*desmorar*’. A palavra é dita com pompa e orgulho no Vale do Silício, na Universidade Stanford e em toda a chamada nova economia. Mas causa terror nos que estão no outro campo econômico, nas indústrias tradicionais e nos que acreditam no saber cumulativo. Poderíamos falar em ‘*ruptura*’, mas outra tradução seria ‘*ruína*’ ou ‘*derrubada*’, já que *dirupção* é uma ruptura feita à força. Traz noção de colapso, de descontinuidade, de desorganização e de deslocamento. A internet causou e ainda causará muita *dirupção*. *Dirupção* é aquele momento em que um comportamento é totalmente modificado, e o dinheiro muda de mãos. Começou pelos correios, quando a internet introduziu o e-mail décadas atrás.” (STRECKER, Marion. Atualização: 03 Mai. 2012. **A glória da dirupção.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/40666-a-gloria-da-dirupcao.shtml>. Acesso em: 01 Mai. 2018.)

¹⁹ PRASS, Ronaldo. Atualização: 27 Jan. 2018. **Boatos na internet: sites auxiliam a identificar informações falsas espalhadas na rede.** Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/blog/tira-duvidas-de-tecnologia/post/boatos-na-internet-sites-auxiliam-identificar-informacoes-falsas-espalhadas-na-rede.html>. Acesso em: 29 Abr. 2018.

²⁰ PORTINARI, Natália. Atualização: 08 Fev. 2018. **Fake news ganha espaço no Facebook e jornalismo profissional perde.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/fake-news-ganha-espaco-no-facebook-e-jornalismo-profissional-perde.shtml>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

Sendo que, nos grupos de WhatsApp é mais difícil de se mitigar e identificar os criadores, dada a sua criptografia e ser mais reservado o conteúdo a quem pertence a dado grupo.

7. LEGISLAÇÃO

Quais crimes podem ser atribuídos a uma pessoa que cria *Fake News*? A nossa Constituição Federal salvaguarda a liberdade de expressão, contudo, veda o anonimato, de modo que, uma *Fake News* sem um perfil real já tem a sua legitimidade que pode ser contestada de plano, de modo que, por meio de informação a rede social ou portal efetivada pelo(a) ofendido(a), se a empresa que hospeda tiver um plano de *Compliance* pode ser que elimine o conteúdo da página, desde que provocada pelo interessado.

Havendo a negativa deverá o ofendido buscar por medida judicial a retirada do conteúdo e, havendo prova robusta, o Judiciário poderá definir tal exclusão liminarmente, ou seja, bem no início do processo. Diga-se que nesse aspecto o Marco Civil regrediu, pois permite a remoção imediata somente em situações de fotos ou vídeos íntimos, contendo nudez.

De um modo geral, a quem cria uma *Fake News*, serão aplicados o Código Penal, o Código Eleitoral, o Marco Civil e a Constituição Federal²¹, com um julgamento judicial, dependendo do conteúdo incorrerá o criador nos crimes contra a honra de calúnia, injúria e difamação que contem no Código Penal (138 a 140) e os seus correspondentes também no Código Eleitoral (324 a 326).

No âmbito eleitoral, a Lei 12.891/13, em seu artigo 57-H, § 1º, reza que:

Constitui crime a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação, punível com detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Já o seu § 2º: “Igualmente incorrem em crime, punível com detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, com alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), as pessoas contratadas na forma do § 1º.”

Em suma, não há uma legislação específica que penalize as *Fake News*, mas ela pode ser incriminada, caso a caso, de acordo com uma análise sistêmica. Há projetos de lei tramitando

²¹ Exemplo: 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:

(...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)

sobre o assunto no Congresso Nacional. Há juristas que defendem a criminalização²², mas a maioria entende ser muito difícil identificar os criadores e todos os que repassaram a informação, o que tornará a medida punitivista inviável²³.

Resumindo os projetos de lei sobre a temática vale a pena trazer o resumo de Burg e Greggo, deste modo sintetizados:

O Projeto de Lei 6.812/2017, de autoria do deputado federal Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR), pretende instituir como crime a ação de quem ‘divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica’.

Já o Projeto de Lei 473/2017, de autoria do senador Ciro Nogueira (PP-PI), pretende acrescentar ao Código Penal uma nova tipificação de divulgação falsa, consistente em ‘divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público’²⁴.

Neste tópico, por certo, não se esgota o tema, valendo considerar que há inúmeros projetos de lei versando sobre os assuntos abordados neste artigo.

8. FAKE NEWS E PANDEMIA

Sobre as *Fake News* em tempo de Pandemia assim enfrentou Blum, *in verbis*:

A combinação de tempo ocioso, maior exposição às redes sociais, ignorância da doença, das suas consequências e do futuro tem gerado uma disseminação dessas notícias falsas ou imprecisas sobre a Covid-19 e suas implicações sociais e econômicas. Diagnósticos da doença, tratamentos caseiros alternativos, supostos medicamentos para a cura, desenvolvimento de vacinas, qualquer informação ou solução para o novo coronavírus passou a circular e ser compartilhado febrilmente pelos usuários nas redes sociais, gerando desinformação e confusão na população. Esse não é um comportamento identificado apenas no Brasil, sendo possível identificar essa preocupação de forma global com o aumento das notícias falsas sobre a Covid-19²⁵.

A “desinfodemia” também preocupa a UNESCO:

Informações falsas e não confiáveis estão se espalhando por todo o mundo a tal ponto que agora alguns comentaristas estão se referindo à nova avalanche de informações errôneas que acompanhou a pandemia de COVID-19 como uma ‘desinfodemia’. E cresce o medo de que esse fenômeno esteja colocando vidas em risco, levando algumas pessoas com sintomas a tentar medicamentos não comprovados, na esperança

²² BURG, Daniel Allan; GREGGO, Marcela. Atualização: 27 Fev. 2018. **Criminalização das fake news exige a criação de um novo tipo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/opinio-criminalizacao-fake-news-tipo-penal>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

²³ ESTADÃO. Atualização: 23 Jan. 2018. **Criminalizar a prática de Fake News é a solução?** Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/criminalizar-a-pratica-de-fake-news-e-a-solucao/>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

²⁴ BURG, Daniel Allan; GREGGO, Marcela. Atualização: 27 Fev. 2018. **Criminalização das fake news exige a criação de um novo tipo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/opinio-criminalizacao-fake-news-tipo-penal>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

²⁵ BLUM, Renato Opice. Atualização: 30 Mai. 2020. Artigo: **A pandemia e as fake news**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opinio/artigo-pandemia-as-fake-news-24452779>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

de se curarem. A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) está liderando esforços para combater a desinformação e promover os fatos sobre o vírus²⁶.

A situação ficou tão preocupante que diversas instituições nacionais criaram canais para afastar as notícias falsas.

Como por exemplo a Fiocruz²⁷, entidade respeitada na área da saúde no país, que criou uma lista de verificação com informações verdadeiras para refutar situações falsas de tratamentos no combate ao Coronavírus.

O que também levou o Ministério da Saúde²⁸ a criar em seu portal um campo específico de combate as *Fake News* sobre os temas ligados à saúde, o que é fundamental quando se relacionado ao tema Coronavírus, como se explicou:

Para combater as Fake News sobre saúde, o Ministério da Saúde, de forma inovadora, está disponibilizando um número de WhatsApp para envio de mensagens da população. Vale destacar que **o canal não será um SAC ou tira dúvidas** dos usuários, mas um **espaço exclusivo para receber informações virais**, que serão apuradas pelas áreas técnicas e respondidas oficialmente se são verdade ou mentira. Qualquer cidadão poderá enviar gratuitamente mensagens com imagens ou textos que tenha recebido nas redes sociais para confirmar se a informação procede, antes de continuar compartilhando. O número é (61)99289-4640.

Inclusive o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) resolveu, em 2019, criar o Painel de Checagem de *Fake News*, o que denota a importância com que o Judiciário também tem tratado o assunto, a saber:

A desinformação, comumente chamada de *fake news*, é um dos maiores problemas da sociedade mundial. E, no Brasil, não é diferente. Para alertar e conscientizar a população dos perigos do compartilhamento de informações falsas, em 1º de abril de 2019, representantes do CNJ, das associações da magistratura e dos tribunais superiores e da imprensa lançaram o Painel de Checagem de Fake News. Os parceiros do Painel contribuem para o projeto dentro de sua área de atuação e com as ferramentas que dispõem para checar dados e realizar ações de alerta à sociedade sobre o perigo da informação falsa²⁹.

Vale consignar que em interessante artigo que mira além dos limites da lei, Flumignan assim pontuou:

A remoção de notícias falsas envolvendo saúde pública não pode decorrer somente de uma determinação judicial como prega o Marco Civil da Internet, visto que a demora

²⁶ UNESCO. Atualização: 14 Abr. 2020. **Notícias falsas sobre coronavírus colocam vidas em risco, diz UNESCO**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/noticias-falsas-sobre-coronavirus-colocam-vidas-em-risco-diz-unesco/>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

²⁷ FIOCRUZ. Atualização: 17 Mar. 2020. **Fiocruz esclarece informações falsas**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-esclarece-informacoes-falsas>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

²⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde sem Fake News**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/fakenews>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Checagem de Fake News**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/painel-de-checagem-de-fake-news/>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

em sua retirada pode ocasionar danos sociais enormes. Não há razões para que não seja retirada *fake news* envolvendo saúde pública pelo provedor de internet após notificação extrajudicial dos usuários, do próprio Ministério da Saúde ou até mesmo das Secretarias da Saúde, visto que o fator tempo é extremamente importante neste tipo de ilícito³⁰.

Desta forma, concorda-se com o referido autor, de modo que o artigo 19³¹, da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), deve ser interpretado de modo sistêmico, garantindo a prevalência de direitos fundamentais como a saúde e a dignidade da pessoa humana.

9. RESPONSABILIDADE CIVIL

Vale trazer à baila o conceito que segue com análise etimológica sobre a responsabilidade civil:

A responsabilidade civil, nós a diferenciamos da obrigação, surge em face do descumprimento obrigacional. Realmente, ou o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta sua vida. A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano.

A palavra *responsabilidade* descende do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do direito quirítário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*; ou seja, prometes me dar um cento? Prometo)³².

Sobre os pressupostos do dever de indenizar destacou Tartuce:

De qualquer forma, ainda prevalece o entendimento pelo qual a culpa em sentido amplo ou genérico é sim elemento essencial da responsabilidade civil, tese à qual este autor se filia. Desse modo, pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do

³⁰ FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. Atualização: 28 Mar. 2020. **Fake news, coronavírus e o atual cenário brasileiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/wevertton-flumignan-fake-news-coronavirus-atual-cenario-brasileiro>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

³¹ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

³² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. Volume II. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 223.

dever de indenizar, reunindo os doutrinadores aqui destacados:

- a) conduta humana;
- b) culpa genérica ou *lato sensu*;
- c) nexo de causalidade;
- d) dano ou prejuízo.

Parte-se, separadamente, ao estudo de tais elementos da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar³³.

Desta forma, a propagação de *Fake News*, que gere dano a um sujeito de direitos, seja pessoa física ou jurídica, deverá ser indenizado, preenchidos os requisitos legais.

E quem compartilha também pode sofrer punições? Na esfera cível sim. Atualmente há entendimentos que se dividem se é ou não crime, mas se entende que não, em caso de simples compartilhamento ou curtida, como bem defendido por Rosa³⁴. A legislação que tramita busca contemplar tal hipótese. Contudo, com base na legislação atual, quem curte e compartilha *Fake News* poderá responder no âmbito cível, há vários decisórios nesse sentido já emitidos.

Adotou-se no modelo brasileiro a supremacia do direito de liberdade de manifestação do pensamento, com o controle *a posteriori* dos eventuais abusos de quem excede tal direito, deste modo concordando-se com Barreto:

É certo que a arquitetura da Internet impossibilita às ferramentas de busca o controle prévio pesquisado por cada usuário. Por outro lado, o combate às fake news não pode ser um risco a liberdade de expressão dos seus usuários sob a alegação de intrincar a difusão de conteúdo ilícito ou ofensivo.

O controle de eventuais abusos cometidos por meio da desinformação na grande rede mundial de computadores deve ser realizado *a posteriori* e não previamente, atribuindo a devida responsabilidade nas esferas cível, penal e administrativa. Não obstante, é necessário que a remoção de conteúdo ilícito ou abusivo seja medida oportuna e eficaz na mitigação de eventuais danos causados pela divulgação de notícias falsas³⁵.

Neste sentido, profundamente importantes as pontuais considerações da doutrina a seguir destacada:

A Liberdade de Expressão é o Direito Fundamental que possibilita a todo indivíduo a busca de seu desenvolvimento e afirmação, bem como a concretização da democracia. Entretanto, este direito ainda que guarde uma posição de preferência, pode sofrer limitações quando colidir com outros Direitos Fundamentais, conforme consolidado pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No ambiente virtual, que tem como uma de suas estruturas a internet, o indivíduo ganhou um meio aberto para expor suas opiniões e pensamentos. Corroborando com a construção constitucional da proibição da censura no Brasil, a internet tornou-se o meio fácil para a propagação de todo tipo de opinião. O cidadão comum, que outrora era apenas sujeito passivo da informação,

³³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. Volume II. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 259.

³⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Atualização: 10 Nov. 2017. **Curtir e compartilhar publicações ofensivas nas redes sociais é crime?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-10/limite-penal-curtir-compartilhar-publicacoes-ofensivas-redes-sociais-crime>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

³⁵ BARRETO, Alesandro Gonçalves. **Fake News e desindexação de conteúdo nas ferramentas de busca**. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovanni Celso. Organizadores. **Combate às Fake News. Doutrina e prática (a visão do Delegado de Polícia)**. São Paulo: Editora Posteridade, 2019, p. 130-146.

tornou-se produtor de conteúdo. No espaço virtual, mais notadamente a internet, através de seu Marco Civil (Lei 12.965/2014), foi privilegiada a Liberdade de Expressão do seu usuário, responsabilizando os provedores apenas em casos específicos e de forma subsidiária. Porém, mesmo com a proteção da Liberdade de Expressão, não se encontra imune aos conteúdos que produz ou opiniões que emite. Conforme a teoria do prior restraint doctrine, não haverá censura, mas a devida responsabilização pelos extravasamentos dos limites do seu direito. É o caso da fake news. Toda notícia que possuir caráter fraudulento, ou seja, com a intenção de causar prejuízo a alguém, poderá gerar a reponsabilidade de seu criador e propagador. É a responsabilização à posteriori. Pode-se, então, concluir que Liberdade de Expressão na Internet sim! Responsabilização pelos danos causados, também!³⁶

Desta forma, não há dúvidas de que atacados os direitos a honra, reputação, imagem ou violem a dignidade da pessoa humana, por intermédio da ocorrência de *Fake News*, o agredido deverá ser indenizado. Por analogia, o que se opera também quando a temática envolver *Fake News* ligada a Pandemia.

10. DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJ/SP)

Seguem algumas decisões (cinco) colhidas do TJ/SP³⁷. Como se infere nenhuma delas observa a situação da Pandemia, mas vale uma breve observação de seus conteúdos, pois, como o isolamento social é contemporâneo, bem como os efeitos da COVID-19 são recentes, em breve é possível que saltem decisões específicas.

A jurisprudência colhida e selecionada é apenas do TJ/SP, de modo que não se incluirá de outros tribunais ou do Superior Tribunal de Justiça, pois, ainda que se tenha localizado alguns apontamentos, não se localizou nada mais substancial, o que, entende-se, demandaria um artigo específico.

Na primeira decisão que segue houve condenação de Vereador que acusou um candidato a Governador, em R\$ 40.000,00:

1085652-32.2018.8.26.0100
Classe/Assunto: Apelação Cível / Indenização por Dano Moral
Relator(a): Galdino Toledo Júnior
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 31/03/2020
Data de publicação: 31/03/2020
Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Ofensa à honra subjetiva do autor, quando pré-candidato ao Governo do Estado de São Paulo, causada por massiva difusão e compartilhamento na mídia eletrônica (Facebook e Instagram), bem como por meio

³⁶ PINTO, Felipe Chiarello de Souza Pinto; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra. Limites da liberdade de expressão no espaço virtual: a questão fake news. In: LÓSSIO, Claudio Joel Brito *et al.* **Organizadores. Cibernética Jurídica: Estudos sobre Direito Digital**. Campina Grande-PB: Editora da Universidade Estadual da Paraíba, 2020, p. 142-154.

³⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Jurisprudência**. As numerações dos processos, nomeação dos Relatores e Órgãos Julgadores constam nas ementas selecionadas. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

de aplicativo de mensagens instantâneas do WhatsApp, de textos e notícias cunho ofensivo e calunioso, que teria sido perpetrado por Camilo Cristofaro Martins Junior, Vereador do município de São Paulo - Sentença de procedência parcial, com imposição deste de se retratar nas referidas mídias eletrônicas, sob pena de multa, sem prejuízo na condenação no valor de R\$ 90.000,00, a título de danos morais - Inconformismo exclusivo do réu - Verossimilhança do ilícito praticado diante da prova coligida nos autos da prática de "Fake News" - Defesa que não negou as ofensas desferidas na rede social e, tampouco, da infundada acusação de que o ofendido estaria respondendo a processo criminal, com vias de ser preso, sem qualquer comprovação, fato a configurar o animus caluniandi do ofensor - Fragilidade da contraprova produzida - Invocação de imunidade parlamentar e o seu direito à liberdade de expressão - Desvirtuamento deste princípio que impõe reprimenda judicial, antes os efeitos deletérios do ato inconsequente e irresponsável do ofensor - Abalo psicológico configurado - Dever de indenizar reconhecido - Redução, contudo, no caso específico, do édito condenatório por danos morais de R\$ 90.000,00 para R\$ 40.000,00, por ser mais apropriado aos objetivos da lei - Verba honorária mantida (Súmula 326, STJ) - Recurso provido em parte.

Na segunda decisão se observa que a emissora de TV apontou romance inexistente entre jogador de futebol e cantora famosa, redundando em condenação de R\$ 25.000,00:

1048131-58.2015.8.26.0100
Classe/Assunto: Apelação Cível / Direito de Imagem
Relator(a): Mônica de Carvalho
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 10/04/2019
Data de publicação: 10/04/2019
Ementa: DANO MORAL – Emissora de televisão – Afirmação, em programa vespertino da apelada, de que o autor, jogador de futebol de renome, estaria envolvido em romance com cantora também famosa – Autor recém-casado - Afirmação feita por preposto da emissora – *Responsabilidade civil* caracterizada – Inteligência dos artigos 186, 932, III e 933, do CC – Necessidade de a emissora checar a veracidade dos fatos antes de divulgá-los - Irrelevância de retratação e pedido de desculpas no dia seguinte – Programas que obtém público graças à divulgação de escândalos – Necessidade de combate severo às chamadas *fake News* - Indenização estimada em R\$ 25.000,00, considerando a gravidade da conduta e a capacidade econômica da ofensora – Recurso provido em parte.

Na terceira decisão se abordou a nomenclatura *Fake News* e a sua ligação com a eventual ofensa à dignidade da pessoa humana, porém afastou a responsabilidade civil, por ausência de indicação de provas pelo Requerente:

1008170-24.2018.8.26.0127
Classe/Assunto: Apelação Cível / Responsabilidade Civil
Relator(a): Rômolo Russo
Comarca: Carapicuíba
Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 10/07/2020
Data de publicação: 10/07/2020
Ementa: Obrigação de fazer. Remoção de conteúdo reputado ofensivo (blog com propagação de *fake news*). Site removido. Esvaziamento do interesse de agir no curso do feito. Perda de objeto. Extinção sem resolução de mérito. Exegese do artigo 200, caput, do CPC/15. Manutenção. Sentença omissa, contudo, com relação ao pleito indenizatório moral. Provedores de internet não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais. Conteúdo considerado abusivo

não individualizado. Pleito de danos morais baseado em alegação genérica de "fake news". Notícias sequer trazidas aos autos. Danos morais. Não caracterização. A chave funcional do dano moral está no princípio constitucional e fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Ausência de real penetração de eventual conduta ilícita sobre a personalidade humana. Situação que não produzira nenhum vexame, humilhação ou depreciação da figura humana do autor. Honradez não atingida. Omissão suprida. Pedido improcedente. Ônus sucumbencial. Imposição da carga de sucumbência integralmente ao autor. Cabimento. Princípio da causalidade. Aplicação. Aquele que dá causa à propositura da demanda deve responder pela sucumbência, crivo que decorre diretamente do alcance do princípio da causalidade. Extinção do pleito cominatório e improcedência do pedido indenizatório. Autor derrotado. Verba sucumbencial devida. Recurso parcialmente provido.

Na quarta decisão se verificou indícios de *Fake News*, sobre um vídeo veiculado, com áudio alterado, de modo que se atribuiu multa diária:

2165160-19.2018.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento / Direito de Imagem

Relator(a): Francisco Loureiro

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 04/09/2018

Data de publicação: 06/09/2018

Ementa: TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. Ação ajuizada por suposta vítima de vídeo com conteúdo ofensivo e áudio alterado, com pedido liminar de retirada do ar do link de acesso ao vídeo. Deferimento inaudita altera parte do pedido de remoção do vídeo da plataforma YOUTUBE, ao argumento de que haveria indícios de que se trata de "fake news". Manutenção. Publicação de vídeo com conteúdo supostamente ofensivo e falso envolvendo a pessoa do agravado. Inicial que coloca em dúvida a veracidade do conteúdo do vídeo, que apresentaria montagens e alteração da fala do autor, de modo que a edição teria sido feita para desabonar a boa imagem do demandante e sua marca. Para fins de concessão de tutela provisória de urgência, a dúvida fundada sobre a veracidade do conteúdo justifica a vedação de acesso à publicação, com vistas a evitar que eventual montagem se propague e cause danos irreparáveis ou de difícil reparação à imagem do autor. Oportunamente, será realizada prova pericial para avaliar a veracidade do conteúdo, ou se houve manipulação. Manutenção da multa diária, à razão de R\$ 3 mil reais, que incidirá apenas na hipótese de eventual descumprimento da obrigação imposta e não se revela excessiva, à vista das circunstâncias do caso concreto. Recurso desprovido.

Na quinta decisão, observou-se a ocorrência de *Fake News*, com notícias em blog, acusando indevidamente um escritório de advocacia. Assim, a condenação foi de apenas R\$ 7.000,00:

1035589-06.2018.8.26.0002

Classe/Assunto: Apelação Cível / Indenização por Dano Moral

Relator(a): Rodolfo Pellizari

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 02/07/2020

Data de publicação: 02/07/2020

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação de Reparação por Danos Morais c.c. Obrigação de Fazer" - Ofensas decorrentes de artigos veiculados no blog "Diário do Centro do Mundo" – *Fake News* - Sentença de improcedência – Insurgência dos autores, o escritório de advocacia Nelson Wilians & Advogados Associados e seu CEO, Nelson Wilians – Acolhimento em parte – Alegação de que 05 matérias divulgadas no blog

mantido pelos apelados no decorrer do ano de 2018, teriam acarretado ofensa moral, por envolver o nome dos apelantes a esquemas de corrupção e fraude junto a políticos, pessoas públicas e entidades da Administração Pública – Parte das publicações que, de fato, reproduz de forma distorcida, notícias antigas divulgadas em veículos de grande porte, sem que o desfecho dos casos fosse atualizado pelos apelados, dando a entender que os apelantes teriam se beneficiado indevidamente na assinatura de contratos públicos não precedidos de licitação, além de se envolverem com a formação de "caixa dois" relativo a campanha de candidatos a cargos, o que não retrata a realidade - Ato ilícito configurado - Danos morais, por ofensa à honra objetiva e subjetiva dos apelantes, igualmente caracterizados – Indenização que, à luz do porte do blog em que publicada a afirmação, do grau de reprobabilidade da conduta dos apelados, da extensão dos danos sofridos pelos apelantes e do porte socioeconômico das partes, fica estipulada em R\$ 7.000,00 – Publicação desta decisão no blog mantido pelos apelados, bem como exercício de direito de resposta com divulgação de carta a ser redigida pelos apelantes que se mostram impertinentes, tendo em vista o decurso de mais de 01 ano desde a veiculação da matéria em comentário (05.06.2018), o que torna as medidas inócuas à finalidade a que se destinam – Sentença reformada, com julgamento de parcial procedência do pedido inicial – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Destarte, o assunto *Fake News* ainda ganhará muita atenção dos tribunais, nos próximos anos, notadamente pelas desavenças observadas constantemente nas redes sociais.

Imagine um inimigo que levemente acusa um desafeto, figura pública, de ter sido contaminado pela COVID-19, sendo tal fato mentiroso. Entende-se que isso lhe causa prejuízos potencialmente indenizáveis, pois, como veiculado, a referida doença pode gerar sequelas. Além do mais, trata-se de direito ligado à intimidade e a privacidade que somente o titular poderia divulgar.

Nesta ordem de ideias, imagine-se que a informação de um paciente que tem COVID-19 é divulgada, um falso positivo, sem autorização, por um laboratório, ou por um hospital, ou por um médico ou por um enfermeiro. Situação grave, considerando os aspectos éticos da profissão, bem como, a nossa relativamente nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/18.

Em tese, imagina-se inclusive que, poderá ser indagada a responsabilidade de instituição ou pessoa física que reiteradamente indique tratamentos sem eficácia comprovada, inclusive figuras públicas, considerando questões de Responsabilidade Social, Governança Corporativa, *Compliance* e dever de lisura que isso poderá chegar aos tribunais em algum momento.

Outra situação hipotética que ora se veicula é a das chamadas *Deep Fakes* e de aplicativos que alteram ou copiam as vozes, chamado “photoshop” de vozes. E, como estamos próximos a período eleitoral, que surjam vídeos e áudios de figuras públicas invocando assuntos atrelados à Pandemia. Se tais discursos fossem reais gerariam deveres de indenizar.

Portanto, as questões de responsabilidade civil atreladas as Pandemia ainda que não detenham doutrina e jurisprudência específicas, no momento, tem grande potencial de ocorrência em breve, o que se pode imaginar por predição pelos fatos aqui apontados.

12. CIDADANIA DIGITAL

Fiquei feliz em localizar que já há escolas ensinando as crianças a identificarem notícias falsas³⁸. Inclusive também o faço participando do Projeto OAB vai à Escola, na Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Santana, em São Paulo.

Cada vez mais cedo é importante suscitar a cidadania digital ou cibercidadania. E os desafios são flagrantes, como destacado por Bastiani, Pellenz, Santos e Fernandes em artigo:

Portanto, confirma-se a hipótese de pesquisa que trata como real a modificação do conceito de Cidadania a partir das condições da globalização e encurtamento de distâncias por meio do impulso tecnológico. O que ocorre é que há uma ampliação do espaço democrático possibilitador do esclarecimento e da participação mais incisiva dos cidadãos em questões de interesse coletivo. A Cibercidadania, neste contexto pode ser encarada como uma realidade, mas que ainda carece de adequações, pois ainda há empecilhos na questão do acesso de todos aos novos espaços de socialização. Diante disso, ainda há um caminho a percorrer para que as novas características sociais do exercício da Cidadania por meio do ambiente virtual ocorram para todos. Neste sentido, já há sinais evidentes de uma Cibercidadania, mas que, assim como qualquer alteração de concepção, enseja esforços humanos, estatais e jurídicos, bem como um espaço temporal para que se consolide como algo relevante e que deva ser tratado como tal³⁹.

O que um cidadão pode fazer caso seja vítima de *Fake News*? Vale tentar um contato prévio com o portal que noticiou a informação falsa de modo informal, no próprio canal deste, senão por notificação extrajudicial em um segundo plano, pleiteando a desindexação do que fora veiculado equivocadamente, pois irreal ou descontextualizado.

Após isso, sem êxito, buscar o Judiciário por medida judicial pleiteando que a aludida notícia ou informação injusta seja suprimida. Dependendo do conteúdo isso poderá ser buscado na órbita cível ou criminal.

Tem a prerrogativa o(a) ofendido(a) de além de tirar tal conteúdo de circulação com um pedido de remoção, dos locais que puder identificar, de buscar a apuração de quem é o agressor, para que este responda criminalmente, se for o caso, ou civilmente indenizando, além de lhe ser assegurado o direito de retratação a ser custeado pelo ofensor.

³⁸ PALHARES, Isabella. Atualização: 09 Mar. 2018. **Escolas ensinam a identificar notícias falsas**. Disponível em: <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,escolas-ensinam-a-identificar-noticias-falsas,70002219946>. Acesso em: 02 Mai. 2018.

³⁹ BASTIANI, Ana Cristina Bacega De; PELLENZ, Mayara; SANTOS, Daniela dos; FERNANDES, Sérgio Ricardo Aquino. **A cibercidadania como novo espaço de interação pública global**. Disponível em: <http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/34366/33213>. Acesso em: 02 Mai. 2018.

Em ano próximo ao período eleitoral quais os cuidados que o eleitor deve ter? Cabe a cada eleitor ter Educação Digital, ou seja, saber filtrar as informações que são verdadeiras das falsas, com critérios, pois, conforme os escândalos que saltaram das eleições americanas, as *Fake News* são um inimigo real da democracia.

Tanto é assim que, em 2018, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2018) ⁴⁰ criou uma força tarefa com o objetivo de monitorar as eleições brasileiras, composta pela Associação Brasileira de Inteligência (ABIN), Exército e Polícia Federal, inclusive com consultoria do FBI⁴¹. Cabendo a eles agirem rapidamente para combater as incidências e esclarecer os eleitores sobre situações pontuais de repercussão.

Deste modo, trata-se de situação elementar que cada eleitor, em pleno exercício de cidadania, seja crítico e ponderar sobre a veracidade de uma notícia recebida. Especialmente considerando que há mecanismos tecnológicos de ponta capazes de reproduzir áudios⁴² e vídeos⁴³ falsos com qualidade difícil de ser distinguida por leigos, o que deixará ainda mais sofisticado esse embate entre o real e o falso, infelizmente, fazendo com que entremos em fase nova e preocupante⁴⁴.

Atualmente empresas prestam assessorias com robôs para se promover e rebaixar concorrentes⁴⁵, o que é um mal a ser mitigado, pois, a verdade deve prevalecer. A Ética Digital prima por passagem! Além do aspecto moral, de reputação digital das pessoas físicas, as jurídicas estão atreladas à ferramentas de gestão como a Governança Corporativa, *Compliance* e Sustentabilidade Empresarial, sob pena de seu perecimento ou prejuízos enormes como os

⁴⁰ BRANDÃO, Eduardo. Atualização: 19 Jan. 2018. **TSE cria força tarefa para combater notícias falsas no período eleitoral.** Disponível em: <http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/tse-cria-forca-tarefa-para-combater-noticias-falsas-no-periodo-eleitoral/?cHash=84eecaf465840ed210ff9da33c5a683a>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

⁴¹ TSE. Atualização: 05 Mar. 2018. **FBI expõe ao TSE sua experiência no combate às fake news.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/fbi-expoe-ao-tse-sua-experiencia-no-combate-as-fake-news>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

⁴² ROCHA, Caroline. Atualização: 08 Nov. 2016. **Novo programa da Adobe consegue imitar qualquer voz.** Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/novo-programa-da-adobe-consegue-imitar-qualquer-voz/63760>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

⁴³ ROOSE, Kelvin. Atualização: 10 Mar. 2018. **Esqueça as notícias falsas – os vídeos falsos estão chegando.** Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/nytiw,esqueca-as-noticias-falsas-os-videos-falsos-estao-chegando,70002219201>. Acesso em: 28 br. 2018.

⁴⁴ ALMEIDA, Virgílio; DONEDA, Danilo; LEMOS, Ronaldo. Atualização: 08 Abr. 2018. **Com avanço tecnológico, fake news vão entrar em fase nova e preocupante.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/04/com-avanco-tecnologico-fake-news-va-entrar-em-fase-nova-e-preocupante.shtml>. Acesso em: 02 Mai. 2018.

⁴⁵ COSTA, Machado da. Atualização: 16/08/18. **Estudo revela como funciona a indústria de “fake news” no mundo.** Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/estudo-revela-como-funciona-industria-de-fake-news-no-mundo/>. Acesso em: 29 Abr. 2018.

percebidos recentemente pelo Facebook! Inicialmente que fora estimado na faixa dos 60 bilhões de dólares⁴⁶.

CONCLUSÕES

A Cidadania Digital deverá prevalecer, conforme Schwartz:

A diversidade de perspectivas revela que além da tecnologia e da economia, há questões ontológicas (o que é um objeto real, quais as formas pelas quais é possível fomentar e organizar a emergência de espaços e tempos híbridos entre analógico e digital, real e virtual) e deontológicas (dimensões éticas da tomada de decisões com base em informação incompleta, natureza dos direitos que se almeja como fins e limites ao uso de diferentes tecnologias como meios para acessar esses direitos) subjacentes à definição das agendas da nova cidadania digital⁴⁷.

Uma preocupação da ONU também, já que o direito a informação é um direito humano fundamental, fazendo parte da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, conforme Piovesan e Muñoz:

Ao mesmo tempo, marcos jurídicos têm sido aprovados com a ambição de estabelecer parâmetros, princípios, garantias, direitos e deveres no mundo digital. Se os avanços da tecnologia da informação e das comunicações podem ameaçar e violar direitos, também têm a potencialidade de promover e fortalecer esses mesmos direitos.

Direitos humanos offline devem ser também protegidos on-line. Daí a relevância de identificar ações, programas e políticas inovadoras e estratégicas para utilizar o potencial digital para a promoção de direitos — foco do seminário internacional da Unesco, que fomentou o diálogo intercultural e o intercâmbio de experiências e práticas inspiradoras e exitosas no acesso à informação, no uso crítico de novas tecnologias e na promoção de direitos na era digital.

Na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, os estados-membros reconheceram a importância da expansão das tecnologias da informação, das comunicações e da interconexão mundial, destacando a necessidade de enfrentar as profundas desigualdades digitais e desenvolver as sociedades do conhecimento, com base em uma educação inclusiva, equitativa, não discriminatória, com respeito às diversidades culturais.

Na sociedade global da informação, emergencial é incorporar o enfoque de direitos humanos por meio de uma educação e cidadania digitais inspiradas nos valores da liberdade, igualdade, sustentabilidade, pluralismo e respeito às diversidades⁴⁸.

Como exposto brilhantemente por Severino, a ética e a política estão entrelaçadas, nas suas palavras:

Desse modo, na filosofia contemporânea, a ética se entrelaça, necessariamente, com a política, entendida esta como a área de avaliação dos valores que atravessam as relações sociais que interligam os indivíduos entre si. Mas a política, por sua vez, está

⁴⁶ GOEKING, Weruska. Atualização: 20 Mar. 2018. **Facebook perde US\$ 60 bilhões após escândalo com uso indevido de dados de usuários.** Disponível em: <http://www.infomoney.com.br/negocios/grandes-empresas/noticia/7340088/facebook-perde-bilhoes-apos-escandalo-com-uso-indevido-dados-usuarios>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

⁴⁷ SCHWARTZ, Gilson. Atualização: março de 2016. **Conhecimento e Reinvenção Digital da Cidadania – Emancipação Social e Trabalho Criativo na “Cidade do Conhecimento”.** Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rce/article/download/112278/110255>. Acesso em: 29 Abr. 2018.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia; MUÑOZ, Lucien. **Internet e direitos humanos.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-internet-direitos-humanos/>. Acesso em: 01 Mai. 2018.

intimamente vinculada à ética, pois ela não pode ater-se exclusivamente a critérios técnico-funcionais, caso em que se transformaria numa ética totalitária que sufocaria as pessoas, destruindo sua identidade e sua dignidade.

Em se tratando, pois, de avaliar uma ação do ponto de vista ético, não basta se perguntar até que ponto ela fere um valor individual do sujeito: é preciso perguntar ainda até que ponto essa ação interfere na distribuição do poder entre os homens, ou seja, se ela aumenta ou diminui o índice de opressão e de dominação entre as pessoas. Isso porque a dignidade das pessoas não se circunscreve apenas a sua posição individual, mas também a sua relação no tecido social⁴⁹.

Desta forma, trata-se de situação inarredável que a Ética seja exaltada ao patamar que sempre merece e mereceu, pois carregada por milênios nos braços da Filosofia, mostra-se fundamental. Os desafios são enormes, de modo que se precisa para isso entender e usar os mecanismos tecnológicos de modo eficaz, inclusive os algoritmos, conscientizar a todos pelo uso consciente e colocar valores para pautar o uso tecnológico, sempre prevalecendo o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal, para que a informação chegue de modo correto para a análise inteligível dos cidadãos, especialmente no pleito que se aproxima, deste modo, o combate às *Fake News* é essencial, pelo todo exposto.

Entende-se que a Educação Digital é o melhor caminho, para conscientizar as pessoas, ensinar sobre as responsabilidades, para prevenir litígios, por isso é fundamental que as instituições públicas e privadas detenham políticas de atualizações e educação permanentes, concedendo aprendizagem aos seus cidadãos ou colaboradores. Porém há situações que não haverá outra forma de solucionar os litígios senão por via da interferência do Poder Judiciário, como demonstrado acima.

Assim, cumpre destacar que, quando alguém transgredir a órbita privada, sendo a vítima um indivíduo ou uma empresa lesados, comprovados com o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, por meio de uma *Fake News* de modo amplo, ou que envolva assuntos atrelados à Pandemia, este poderá se socorrer do Judiciário, com o fito de buscar a responsabilidade civil do emissor da *Fake News*, pleiteando as indenizações e medidas de estilo, inclusive possíveis lucros cessantes e danos emergentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Tiago. Atualização: 19 Fev. 2018. **Homens que tatuaram testa de adolescente são condenados.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/homens-que-tatuaram-testa-de-adolescente-sao-condenados-22411745>. Acesso em: 28 Abr. 2018.
- ALMEIDA, Virgílio; DONEDA, Danilo; LEMOS, Ronaldo. Atualização: 08 Abr. 2018. **Com avanço tecnológico, fake news vão entrar em fase nova e preocupante.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/04/com-avanco-tecnologico-fake-news-va-entrar-em-fase-nova-e-preocupante.shtml>. Acesso em: 02 Mai. 2018.

⁴⁹ SEVERINO, Antonio Joaquim. **Filosofia no ensino médio.** São Paulo: Cortez, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. Volume II. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 223.

BARRETO, Alesandro Gonçalves. **Fake News e desindexação de conteúdo nas ferramentas de busca**. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovani Celso. Organizadores. *Combate às Fake News. Doutrina e prática (a visão do Delegado de Polícia)*. São Paulo: Editora Posteridade, 2019, p. 130-146.

BASTIANI, Ana Cristina Bacega De; PELLEZZI, Mayara; SANTOS, Daniela dos; FERNANDES, Sérgio Ricardo Aquino. **A cibercidadania como novo espaço de interação pública global**. Disponível em: <http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/34366/33213>. Acesso em: 02 Mai. 2018.

BLUM, Renato Opice. Atualização: 30 Mai. 2020. **Artigo: A pandemia e as fake news**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-pandemia-as-fake-news-24452779>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

BOLDRINI, Angela. Atualização: 09 Mai. 2017. **Baleia azul é ‘fake news’ que virou realidade, diz presidente da Safernet**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1882467-baleia-azul-e-fake-news-que-virou-realidade-diz-presidente-da-safernet.shtml>. Acesso em: 28. Abr. 2018.

BRANDÃO, Eduardo. Atualização: 19 Jan. 2018. **TSE cria força tarefa para combater notícias falsas no período eleitoral**. Disponível em: <http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/tse-cria-forca-tarefa-para-combater-noticias-falsas-no-periodo-eleitoral/?cHash=84eecaf465840ed210ff9da33c5a683a>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

BURG, Daniel Allan; GREGGO, Marcela. Atualização: 27 Fev. 2018. **Criminalização das fake news exige a criação de um novo tipo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/opiniao-criminalizacao-fake-news-tipo-penal>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

CASTRO, Fábio. Atualização: 08 Mar. 2020. **‘Fake news’ têm 70% mais chance de viralizar que as notícias verdadeiras, segundo novo estudo**. Disponível em: <https://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,fake-news-se-espalham-70-mais-rapido-que-as-noticias-verdadeiras-diz-novo-estudo,70002219357>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Checagem de Fake News**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/painel-de-checagem-de-fake-news/>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

COSTA, Machado da. Atualização: 16/08/18. **Estudo revela como funciona a indústria de “fake news” no mundo**. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/estudo-revela-como-funciona-industria-de-fake-news-no-mundo/>. Acesso em: 29 Abr. 2018.

DALVI, Bruno. Atualização: 14 Mar. 2018. **PF faz primeira operação de combate a fake news relacionada às eleições**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/pf-faz-primeira-operacao-de-combate-fake-news-relacionada-as-eleicoes-22488623>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

ESTADÃO. Atualização: 23 Jan. 2018. **Criminalizar a prática de Fake News é a solução?** Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/criminalizar-a-pratica-de-fake-news-e-a-solucao/>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

FIOCRUZ. Atualização: 17 Mar. 2020. **Fiocruz esclarece informações falsas**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-esclarece-informacoes-falsas>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. Atualização: 28 Mar. 2020. **Fake news, coronavírus e o atual cenário brasileiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/wevertton-flumignan-fake-news-coronavirus-atual-cenario-brasileiro>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

GLOBO. Atualização: 25 Fev. 2018. **Fake news: estudo revela como nasce e se espalha uma notícia falsa na web.** Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/02/fake-news-estudo-revela-como-nasce-e-se-espalha-uma-noticia-falsa-na-web.html>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

GLOBO. Atualização: 28 Jan. 2018. **Jornalista põe restaurante falso no topo da lista dos melhores de Londres.** Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2018/01/jornalista-poe-restaurante-falso-no-topo-da-lista-dos-melhores-de-londres.html>. Acesso em: 26 Abr. 2018.

GOEKING, Weruska. Atualização: 20 Mar. 2018. **Facebook perde US\$ 60 bilhões após escândalo com uso indevido de dados de usuários.** Disponível em: <http://www.infomoney.com.br/negocios/grandes-empresas/noticia/7340088/facebook-perde-bilhoes-apos-escandalo-com-uso-indevido-dados-usuarios>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

GRAGNANI, Juliana. Atualização: 20 br. 2018. **Pesquisa inédita identifica grupos de família como principal vetor de notícias falsas no WhatsApp.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43797257>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

LOPES, Gilmar. Atualização: 27 Out. 2014. **20 boatos que circularam durante as eleições de 2014.** Disponível em: <http://www.e-farsas.com/20-boatos-que-circularam-durante-eleicoes-de-2014.html>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

MARTÍ, Silas. Atualização: 22 Mar. 2018. **Entenda o escândalo do uso de dados do Facebook.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/entenda-o-escandalo-do-uso-de-dados-do-facebook.shtml>. Acesso em: 28. Abr. 2018.

MARULL, David Ruiz. Atualização: 30 Jan. 2018. **Cómo el faraón Ramsés II inventó las 'fake news'.** Disponível em: <http://www.lavanguardia.com/cultura/20180130/44408488366/ramses-ii-fake-news-egipto-faraon-libia-batalla-de-qadesh.html>. Acesso em: 29 Abr. 2018.

MERELES, Carla. Atualização: 01 Nov. 2017. **Notícias falsas e pós-verdade: o mundo das fake news e da (des)informação.** Disponível em: <http://www.politize.com.br/noticias-falsas-pos-verdade/>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

MICHAELIS. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/busca/ingles-portugues-moderno/disruption/>. Acesso em: 01 Mai. 2018.

ONU. Atualização: 11 Set. 2017. **Verificar informações antes de compartilhar é a melhor forma de combater notícias falsas, destaca fórum da ONU.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/verificar-informacoes-antes-de-compartilhar-e-a-melhor-forma-de-combater-noticias-falsas-destaca-forum-da-onu/>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde sem Fake News.** Disponível em: <https://www.saude.gov.br/fakenews>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

PAIERO, Denise. Atualização: 13/04/18. **Escola Base: um caso que não pode ser esquecido.** Disponível em: <http://portal.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/artigo/escola-base-um-caso-que-nao-pode-ser-esquecido/>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

PALHARES, Isabella. Atualização: 09 Mar. 2018. **Escolas ensinam a identificar notícias falsas.** Disponível em: <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,escolas-ensinam-a-identificar-noticias-falsas,70002219946>. Acesso em: 02 Mai. 2018.

PIOVESAN, Flávia; MUÑOZ, Lucien. **Internet e direitos humanos.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-internet-direitos-humanos/>. Acesso em: 01 Mai. 2018.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza Pinto; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra. Limites da liberdade de expressão no espaço virtual: a questão fake news. In: LÓSSIO, Cláudio Joel Brito *et al.* Organizadores. **Cibernética Jurídica: Estudos sobre Direito Digital.** Campina Grande-PB: Editora da Universidade Estadual da Paraíba, 2020, p. 142-154.

PORTINARI, Natália. Atualização: 08 Fev. 2018. **Fake news ganha espaço no Facebook e jornalismo profissional perde.** Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/fake-news-ganha-espaco-no-facebook-e-jornalismo-profissional-perde.shtml>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

PRASS, Ronaldo. Atualização: 27 Jan. 2018. **Boatos na internet: sites auxiliam a identificar informações falsas espalhadas na rede.** Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/blog/tira-duvidas-de-tecnologia/post/boatos-na-internet-sites-auxiliam-identificar-informacoes-falsas-espalhadas-na-rede.html>. Acesso em: 29 Abr. 2018.

ROCHA, Caroline. Atualização: 08 Nov. 2016. **Novo programa da Adobe consegue imitar qualquer voz.** Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/novo-programa-da-adobe-consegue-imitar-qualquer-voz/63760>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

ROOSE, Kelvin. Atualização: 10 Mar. 2018. **Esqueça as notícias falsas – os vídeos falsos estão chegando.** Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/nytiw,esqueca-as-noticias-falsas-os-ideos-falsos-estao-chegando,70002219201>. Acesso em: 28 br. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. Atualização: 10 Nov. 2017. **Curtir e compartilhar publicações ofensivas nas redes sociais é crime?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-10/limite-penal-curtir-compartilhar-publicacoes-ofensivas-redes-sociais-crime>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

ROSSI, Mariane. Atualização: 05 Mai. 2014. **Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP.** Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

SCHWARTZ, Gilson. Atualização: março de 2016. **Conhecimento e Reinvenção Digital da Cidadania – Emancipação Social e Trabalho Criativo na “Cidade do Conhecimento”.** Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rce/article/download/112278/110255>. Acesso em: 29 Abr. 2018.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Filosofia no ensino médio.** São Paulo: Cortez, 2014.

STRECKER, Marion. Atualização: 03 Mai. 2012. **A glória da dirupção.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/40666-a-gloria-da-dirupcao.shtml>. Acesso em: 01 Mai. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil.** Volume II. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 259.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Jurisprudência.** As numerações dos processos, nomeação dos Relatores e Órgãos Julgadores constam nas ementas selecionadas. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

TSE. Atualização: 05 Mar. 2018. **FBI expõe ao TSE sua experiência no combate às fake news.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/fbi-expoe-ao-tse-sua-experiencia-no-combate-as-fake-news>. Acesso em: 28 Abr. 2018.

UNESCO. Atualização: 14 Abr. 2020. **Notícias falsas sobre coronavírus colocam vidas em risco, diz UNESCO.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/noticias-falsas-sobre-coronavirus-colocam-vidas-em-risco-diz-unesco/>. Acesso em: 26 Ago. 2020.

UOL. Atualização: 20 Mar. 2017. **Empresa acusada de desvio de dados para eleições iniciava operações no Brasil.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/03/20/empresa-que-influenciou-eleicoes-norte-americanas-iniciava-operacoes-no-brasil.htm>. Acesso em: 28. Abr. 2018.

PENSAR O DIREITO: EDUCAÇÃO JURÍDICA ALÉM DA LEI

PENSAR EL DERECHO: EDUCACIÓN JURÍDICA MÁS ALLÁ DE LA LEY

Ana Paula Meda¹

RESUMO: O presente estudo trata do ensino jurídico brasileiro sob um viés crítico e humanizado, na tentativa de investigar a crise da educação jurídica, talvez pela preponderância do ensinamento legal, do direito positivado e informado, de matriz *civil law*, sem maiores aprimoramentos zetéticos e éticos, em tempos líquidos, o que tende a prejudicar a compreensão e aplicação do Direito como um todo, sistematizado e não fragmentário. Dentro da problemática central levantada, busca-se entender as contemporâneas características da educação jurídica, sem olvidar a regência procedimental e tecnicista de apenas “conhecer” o texto legal, mas não interpretar e construir a norma, sobretudo, como um instrumento de transformação social, a tutelar vidas, e não somente ler a lei como uma carta de intenções simbólicas. Objetiva-se, também, exemplificar possíveis caminhos metodológicos e iniciativas articuladas com outras faces da realidade, como a história, a arte e a cultura, a fim de aprofundar o contexto jurídico de ensino-aprendizagem, tornando a didática mais dinâmica às complexas e constantes mudanças. Embora incipiente este estudo acerca da educação jurídica no Brasil, depreende-se inicialmente pela existência de um vácuo entre o ensino do Direito e o “pensar o Direito”, sem, muitas vezes, questionar-se o *status quo* dentro da educação acadêmica, bem como em sua aplicação diária. Para desenvolver este ensaio e atingir a finalidade proposta, o trabalho está delimitado seguindo o método dedutivo e histórico, além das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Ensino do Direito; Zetética; Letra da Lei.

RESUMEN: Este estudio aborda la educación jurídica brasileña bajo un sesgo crítico y humanizado, em un intento de investigar la crisis de la educación jurídica, talvez por la preponderancia de la enseñanza jurídica, el derecho positivo e informado, de la matriz del derecho civil, sin más mejoraszetéticas y éticas, em tiempos de liquidez, lo que tiende a perjudicar la comprensión y aplicación del Derecho em su conjunto, sistematizado y no fragmentario. Dentro de la cuestión central planteada, buscamos comprender las características contemporâneas de la educación jurídica, sin olvidar las reglas procedimentales y técnicas de solo “conocer” el texto legal, pero sin interpretar y construir la norma, sobre todo, como instrumento de transformación social, para proteger vidas, y no solo leer la ley como una carta de intención simbólica. También pretende ejemplificar posibles caminos e iniciativas metodológicas articuladas com otros aspectos de la realidad, como la historia, el arte y la cultura, com el fin de profundizar em contexto jurídico de la enseñanza y el aprendizaje, dinamizando la didáctica a la completa y constante cambiso. Si bien este estudio sobre la educación jurídica em Brasil es incipiente, inicialmente es evidente que existe um vácuo entre la enseñanza del derecho y “pensar em el derecho”, sin cuestionar a menudo el status quo dentro

¹ Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogada.

da educação acadêmica, además de como em tu aplicación diaria. Para desarrollar este ensayo y lograr el propósito propuesto, el trabajo se delimita siguiendo el método deductivo e histórico, además de las técnicas de investigación documental y bibliográfica.

Palabras clave: Enseñanza del Derecho; Zetethics; Letra de la Ley.

1. INTRODUÇÃO

Repensar paradigmas tem sido uma constante na sociedade hodierna, marcada por transformações rápidas e, também, por mudanças gradual e historicamente crescentes, em um movimento que influi na reflexão acerca de várias temáticas, inclusive no aspecto jurídico, em especial, no processo ensino-aprendizagem dos cursos de Direito brasileiros que são mais de 1.500 em todo o país².

Propõe-se por intermédio deste estudo, o questionamento e o (re)pensar do ensino jurídico além do positivismo estático, para dar azo a uma aprendizagem mais crítica e humanizada, voltada ao dinamismo das complexas relações que se formam no plano fático, visto que o Direito não é apenas um saber procedimental, mas possui uma totalidade zetética e dogmática em simbiose.

Objetiva-se compreender como o estudo do Direito no Brasil tem se mostrado, por vezes, incapaz de transpor as convenções tecnicistas e mecanizadas de “entregar” ao estudante um aporte teórico e legal pronto, posto, positivado, ao invés de ser construído, pensado e questionado para erigir uma educação jurídica mais humanizada e reflexiva.

Diante dessa premissa, este trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro deles preocupa-se em contextualizar os “tempos líquidos” a partir dos ensinamentos de Zygmunt Bauman. Em um segundo momento são apontados marcos históricos, filosóficos e jurídicos que indicam um caminhar do estudante e do profissional do Direito voltado para uma formação mais axiológica do que predominantemente positivista.

Continuamente, no terceiro capítulo, tenta-se apresentar metodologias interdisciplinares e de vertente prática que posicionam o aluno como protagonista de sua história de aprendizado. Não se tratam de respostas aos questionamentos levantados, são, na verdade, ideias que podem contribuir para incentivar métodos díspares, a serem conjugados com práticas teóricas mais tradicionalistas, sem esquecer a proposta progressista de pensar o Direito em tendência flexível e inovadora.

² **Dado obtido no site Jota, na seção Carreira.** Disponível em: <<https://www.jota.info/carreira/brasil-tem-mais-de-1-500-cursos-de-direito-mas-so-232-tem-desempenho-satisfatorio-14042020>>. Acesso em: 1 dez. 2020.

O aluno protagonista é alguém que ao conseguir entender a teoria e conhecer os dogmas é impulsionado a contestá-los frente à realidade vivida e captada. Seria o aluno que aprende e apreende o estudo e o mundo à sua volta, sem perder de vista o procedimento, mas, sobretudo, ter a coragem de sentir o Direito, conforme aduz Eduardo Carlos Bianca Bittar.

Para o desenvolvimento das ideias apresentadas é empregado o método dedutivo, vez que se acredita que a modernidade líquida, em razão da fluidez dos vínculos e interações sociais, também influencia e fomenta a superficialidade do conhecimento e da propagação de informações sem aprofundamentos, de modo a influir no formato dos cursos de Direito no país. Por isso, como premissa específica, busca-se propor atividades de formação mais sensibilizadoras e de percepção, não apenas como um excesso teórico ou mais informações despejadas.

2. INFORMAÇÃO, CONHECIMENTO E LIQUIDEZ

Estudar Direito no Brasil contemporâneo, ainda corresponde, com preponderância, a estudar o texto da lei, memorizá-lo e aplicá-lo nas provas bimestrais e semestrais. Não há um problema em si nessa metodologia de ensino, caso não fosse uma das únicas utilizadas para ensinar Direito, talvez se consolidando a impressão, assim como uma busca rápida feita pelo localizador do Google, tendente a ser um “Direito *fast-food*”³, que aponte para um Direito lido, dado, informado, mas não (re)pensado.

Mais do que saber qual é o direito positivado, quase como o efeito da educação bancária⁴ exposto por Paulo Freire, é preciso compreender, estudar e interpretar o direito posto, apreender o Direito como um todo, imbuído de complexas nuances e diferenciações ocorridas na realidade fática que exigem um raciocínio jurídico para além da lei.

Contudo, a mercantilização dos cursos de Direito, graduação que não exige laboratórios e aparelhos caros, tem demonstrado que o próprio Direito, em muitos momentos, tem tido um papel reduzido, voltado para “passar” no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ou em concursos públicos.

Na abordagem de Paulo Freire em *Pedagogia da Autonomia* (2015, p. 53), o processo de ensino e aprendizagem é construído e não repassado, dado ou informado, a considerar a presença do aprendiz no mundo não como a de alguém que nele se adapta, “mas a de quem nele

³ Analogia à expressão “conhecimento *fast food*, utilizada por Lênio Streck no artigo “**Conhecimento fast food, Homer Simpson e o Direito**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-24/senso-incomum-conhecimento-fast-food-homer-simpson-direito>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

⁴ O educando, quando aprendiz de uma educação bancária, tende a ser visto na relação ensino e aprendizagem como um “depósito de informações” ao receber, de maneira passiva, as informações que lhes são “depositadas”.

insere”, ou seja, é a visão de sujeito da própria história, perfazendo os bancos universitários e compreendendo o estudo do Direito como algo que também lhe diz respeito e o afeta como indivíduo em vivência, com abordagem crítico-reflexiva atinente às suas subjetividades em relação ao externo.

O conhecimento das leis em um país de matriz *civil law* é necessário e faz parte da cultura jurídica historicamente alicerçada, como é o caso do Brasil, porém, esta característica é somente ponto de partida e não linha de chegada, como se o próprio Direito não tivesse um propósito maior e o texto da lei fosse o todo que se espera do ideário de justiça.

Os artigos de lei, com cabível utilização no desempenho jurídico, são texto de lei, ao passo que a norma é o conteúdo extraído desse texto e que não se confunde com sua forma. A norma, nascida do intento legislativo, transpassa a evidência do texto e é salutar no processo de superação e atualização do próprio Direito. Pensar o Direito, portanto, não é apenas ler, transcrever ou saber a lei.

Descortinar o texto legal da realidade econômica, política ou social do país é torná-lo abjeto em sua mesmice ao reduzir o sistema de Direito às leis, em amplo normativismo que culmina em possível ineficácia, alijando até mesmo o papel criativo de quem se propõe a trabalhar no campo jurídico.

Referido cenário, entretanto, não é aleatório ao que se vive no mundo globalizado, pelo contrário, é produto da lógica fluida, vaga e veloz de se obter resultados, formar vínculos e interações superficiais, absorver o conhecimento em contagem regressiva e consumir, cada vez em maior escala, informações, conhecimentos rasos e bens materiais. O Direito, portanto, é vendido e consumido como produto, mas negligenciado enquanto ciência e estudo metafísico de suas próprias contradições e do que ele é e vem a ser.

Não por acaso, essa liquefação da contemporaneidade é intitulada por Zygmunt Bauman como “tempos líquidos”, “modernidade líquida”, em que o fluxo de incertezas e liquidez atinge proporções elevadas de estranhamento social e intolerâncias, confortavelmente homogeneizadas e naturalizadas, somando-se o consumismo exacerbado como fonte de suprimento e como “tampão” da esvaziada essência humana, perdida para o que lhe é externo.

O jogo despropositado de informações, as *fake news*, a rapidez e a liquidez entre os conteúdos difundidos, caso não trabalhados sob um paradigma crítico em ambientes acadêmicos de formação profissional, tende mais a alienar, ao cair na aceitação de uma concepção definida da realidade do que informar e esclarecer, isso porque pode alimentar incoerências naturalizadas pouco contestadas.

No ideário individualista, consumista e controlador dos tempos líquidos, depreende-se que:

O ensino jurídico mercadurizado, tornado objeto de fetiche consumista, ou como forma de ascensão social rápida, se converteu em um ensino forjado a partir das exigências da heteronomia de mercado. Por isso, sua função preparatória (formativa) se minimiza em uma função instrutória (deformativa). Faculdade de Direito se tornam, não raro, fábricas de adestramento. No lugar da preparação para a emancipação, pratica-se adestramento (que se faz com rato de laboratório por condicionamento) aos imperativos do mercado, às exigências imediatistas⁵.

Clarifica-se que há uma crise na educação jurídica que também parece estar vinculada a uma influência do período globalizado em que se vive, pois embora o acesso à informação e a democratização do estudo sejam mais amplas, os tempos líquidos contribuem para a fluidez e a superficialidade na construção do aprendizado, quando desprovido de aprofundamentos interdisciplinares e do próprio resgate de seu sentido.

Contraditoriamente, o avanço tecnológico aproxima a humanidade de perguntas cada vez mais simples e menos complexas que continuam desprovidas de respostas mesmo com a mais sofisticada inteligência artificial e a velocidade das informações.

Em analogia, se as redes sociais, por exemplo, permitem uma gama de possibilidades de conhecer pessoas e se relacionar, por que o ser humano continua a se sentir solitário? No ensino jurídico, se hoje existe o acesso rápido a inúmeros artigos científicos, *e-books*, bem como às leis promulgadas, com professores *online*, à disposição do aluno, por que a educação jurídica não tem conseguido formar um profissional questionador, pensador do Direito e não apenas seu conhecedor?

São perguntas para as quais não existem respostas prontas, inacabadas e definitivas e que não conjugam perspectiva única. Essas indagações podem ser articuladas e estudadas sob enfoques distintos.

Para Sócrates, por meio do método maiêutico, talvez fosse possível alcançar essa resposta com mais perguntas. Assim, pensar um ensino jurídico mais humanizado e reflexivo, que carregue significado, seja apenas mais um ponto de partida, assim como o conhecimento das leis, ou seja, não se trata de uma resposta, mas do início de uma forma de abordagem, de um questionamento.

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Crise da ideologia positivista: por um novo paradigma pedagógico para o ensino jurídico a partir da Escola de Frankfurt. In: **XV Congresso nacional do CONPEDI**, 2007, Florianópolis. Sociobiodiversidade e soberania na Amazônia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/eduardobittar/bittar_crise_ideologia_positivista.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.

3. EDUCAÇÃO JURÍDICA REFLEXIVA E HUMANIZADA

Em 5 de outubro de 1988, o constituinte originário adotava uma nova ordem jurídica no cenário brasileiro. Era a promulgação da Constituição Federal de 1988 a inaugurar direitos inéditos no plano positivo, orquestrar princípios irradiantes para todo o sistema e aprimorar um rol de direitos e garantias fundamentais em solo nacional.

A Constituição de 1988 trouxe uma nova ordem, bem como uma releitura para direitos historicamente individuais, como é o caso do direito de propriedade, interpretado sob a égide da função social, em aspecto coletivo. Percebe-se com isso a necessidade de se olhar para o estudo jurídico como algo além da lei, compromissório de discussões sociais e respeito à conquista de direitos, gradualmente transformados e repensados quanto à sua interpretação e ao contexto vivenciado quando de sua criação.

A norma constitucional preocupa-se com a dignidade da pessoa humana, com a razoável duração do processo, com o acesso à justiça, sem contar outros tantos direitos e garantias que denotam uma finalidade do Direito que está além do texto legal, da subsunção simples e formalista no tratar das lides.

Nesse viés, uma educação jurídica reflexiva e humanizada tende a ser questionadora e propulsora de inquietações teóricas, empíricas e técnicas, pois busca o Direito sem perder de vista outros sistemas que o influenciam. Historicamente, a Segunda Guerra Mundial marca a consolidação dos direitos humanos e uma inquietação de proteger as pessoas das arbitrariedades dos Estados, colocando limites advindos da lei, mas de caráter interpretativo mais amplo que elas próprias.

Por este seguimento, pode-se mencionar a superação do positivismo para o pós-positivismo e, conseqüentemente, para o chamado neoconstitucionalismo, direcionado para a realização do Estado Democrático de Direito, por meio da efetivação dos direitos fundamentais e da natureza transformadora das Constituições modernas que servem de direção para mudanças sociais⁶.

Destarte, uma educação jurídica voltada para “pensar o Direito” em um viés mais reflexivo e humano não se trata de balela ou discurso utópico, mas de colocar em prática valores muito antes positivados pela Constituição Federal de 1988 e pelos acontecimentos históricos que modificaram a conjuntura legal e principiológica de conceber o Direito.

⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico. São Paulo: Almedina, 2016, p.28.

No entendimento de Ronaldo Porto Macedo Júnior, “a concepção de um ensino jurídico ancorada numa tradição formalista, retórica e excessivamente orientada para o estudo da legislação e dos códigos”⁷ é um importante desafio a ser superado, pois assim como o mundo globalizado compõe problemas complexos que envolvem conhecimentos múltiplos, aquele que trabalha com o Direito também precisa desenvolver habilidades além da técnica convencional.

Porém, não se trata apenas de ter conhecimentos, habilidades e informações, mais do que isso, é preciso articulá-las em meio a um saber experiencial, reflexivo e humanizado que consiga notar as sutilezas da realidade e se atente para celeumas cotidianas da vida individual e em coletividade.

Nesse sentido, é preciso trabalhar o resgate do sentido do Direito, vez que ele não é um fim em si mesmo e, por isso, também, não deve quedar-se refém de seus próprios dogmas, sem contar o compromisso do estudante e do profissional em viver e sentir o conhecimento jurídico como experiência significativa de vida⁸.

Para Macedo Júnior⁹ resgatar o ensino jurídico é buscar o sentido da vida nos espaços universitários que relegaram essa discussão para livros de auto-ajuda ou de fé, racionalizando ao extremo, consoante aponta a verdade weberiana, que desnuda um estudante e conseqüente profissional apático e “sem propósito” do próprio conhecimento jurídico em sua vida. Desse modo:

Oferecer um ensino jurídico capaz de formar operadores do direito tecnicamente qualificados e bem treinados nos melhores hábitos intelectuais é certamente um ponto central para formar o jurista apto a lidar com as complexidades do mundo contemporâneo globalizado. Contudo, se quisermos formar juristas capazes de construir sentidos para suas vidas no direito e sua prática jurídica, é necessário recuperar algo que se vem perdendo com a modernidade. [...] É necessário compreender que a faculdade de direito deve ser um centro de reflexão e produção de sentidos que nos são exigidos num mundo desencantado e dominado por um pensamento tecnológico¹⁰.

Parece-nos que redescobrir a educação jurídica é um processo de resgate da subjetividade dos estudantes, profissionais e bacharéis em Direito, quase como um caminho de

⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A educação jurídica num mundo globalizado. O sentido de criar sentidos. In: **Academia. Revista sobre enseñanza del derecho**, ano 12, n.23. Bueno Aires, Argentina: 2014. p.70-71.

⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A educação jurídica num mundo globalizado. O sentido de criar sentidos. In: **Academia. Revista sobre enseñanza del derecho**, ano 12, n.23. Bueno Aires, Argentina: 2014. P.72.

⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A educação jurídica num mundo globalizado. O sentido de criar sentidos. In: **Academia. Revista sobre enseñanza del derecho**, ano 12, n.23. Bueno Aires, Argentina: 2014. p.72-73.

¹⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A educação jurídica num mundo globalizado. O sentido de criar sentidos. In: **Academia. Revista sobre enseñanza del derecho**, ano 12, n.23. Bueno Aires, Argentina: 2014. p.79.

descobrimto sobre a vida, o que coaduna para a interpretação de Bittar e Freire, trabalhados no primeiro capítulo.

O indivíduo quando se insere no mundo e não se adapta a ele é o ator principal de sua jornada de aprendizado; igualmente, sentir o Direito é sensibilizar-se diante da dessensibilização dos tempos líquidos e tecnológicos, é dar vazão à emancipação do aprendiz sem desvencilhar-se do resgate de sua subjetividade, como referência interna, autêntica e autônoma.

A autonomia, por sua vez, ligada à noção de se reger pelas próprias decisões, em caráter não forçoso, tem natureza emancipatória e possibilita que o acadêmico desenvolva a habilidade de interpretar, sem conceber o Direito como um aprendizado pronto e agregado de irrestritos dogmas.

Com isso, incentiva-se o pensar de teses, teorias, correntes de pensamento que podem ser capazes de influir no sistema normativo, ao oxigenar e atender às necessidades de atualização do Direito frente às rápidas e constantes mudanças sociais e tecnológicas, em propostas reflexivas e amparadas em olhares criativos acerca de velhos problemas de ordem jurídica e social. Portanto, pensar o Direito pode ser, também, uma forma de renová-lo.

4. PENSAR O DIREITO

Pensar o Direito na educação jurídica não significa, necessariamente, abandonar ou recriminar as metodologias já consolidadas, pois, de alguma maneira, elas também são formas de abordar o Direito. Todavia, entende-se que não se pode acreditar que o ensino jurídico basta-se da maneira como foi arquitetado, no sentido de transmitir o texto da lei sem aprofundamentos, sejam eles teóricos, empíricos, de pesquisa científica, construídos em grupos de pesquisa ou estudos de caso, entre outros.

Nesse sentido, aportes para um ensino jurídico mais articulado e pensado, que não se contente com a replicação de ideias e reproduções do texto legal passa por questionamentos que não podem ignorar a realidade e as situações de vida existentes no contexto fático, ao passo que abrir espaço para a busca do sentido da vida e do sentido da vida jurídica daqueles que optam pelo estudo do Direito, requer questionamento, autonomia da subjetividade e capacidade de sentir os dilemas da existência humana.

Para Fachin o ensino jurídico pode ser revelado como:

fosso abissal entre o discurso metológico e o exercício concreto das propostas [...] referência à superação da metodologia didática clássica, à adoção de uma metodologia

científica contemporânea nucleada pelo compromisso social e, por último, a uma metodologia jurídica coerente com o contexto histórico e político que cerca o ensino do Direito¹¹.

Trata-se de um pensar libertador que permite ao aprendiz, assim como ao professor e a todos aqueles que lidam com o Direito, de enxergar perspectivas além do óbvio, em um aspecto menos fragmentado. Propostas voltadas à zetética, que incitem a pesquisa, a investigação e a compreensão a partir de questionamentos ao *status quo* parecem ser premissas para o caminho de pensar o Direito.

Nesse sentido, “Uma educação que não seja desafiadora, que não se proponha a formar iniciativas, que não prepare para a mobilização, que não instrumente a mudança, que não seja emancipatória, é mera fábrica de repetição das formas de ação já conhecidas¹².”

Com isso, têm-se a necessidade de uma “nova identidade aos operadores do direito, operadores estes que almejam um direito humano e solidário, aliado com compromisso de transformação social e a construção de um novo mundo que busque a valorização do ser humano e sua dignidade”¹³.

Logo, pensar o Direito em diálogo com a Arte, a Cultura, a Filosofia, a Sociologia, a Psicologia, dentre outras visões, tende a transformar a educação jurídica para além do texto legal, em análises mais profundas e humanas sem perder de vista a natureza jurídica dos institutos e a tutela de direitos.

Na esteira do pensamento de Bittar, mais do que pensar o Direito é preciso senti-lo, vivê-lo não só em sua precisão tecnicista, absorto em modelos de peças processuais acabados e que apenas preocupam-se em alterar a qualificação e o nome das partes. Mais que repetir tradições e invocar ditados em latim, o ensino jurídico carece de verdades realistas em sua apreensão, com o desenvolvimento de metodologias sensoriais.

Essas metodologias tendem a ir ao encontro da sensação de protagonista do educando em relação ao próprio estudo. Seria um movimento de autonomia perante o ato de aprender, contando com a liberdade de (re)pensar e questionar dogmas em confronto com a experiência

¹¹FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades do ensino e da pesquisa jurídica: repensando paradigmas. **Argumenta**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, vol. 1, n. 1, p. 27, Jacarezinho/PR, 2001.

¹² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Crise da ideologia positivista: por um novo paradigma pedagógico para o ensino jurídico a partir da Escola de Frankfurt. In: **XV Congresso nacional do CONPEDI**, 2007, Florianópolis. Sociobiodiversidade e soberania na Amazônia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/eduardobittar/bittar_crise_ideologia_positivista.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020, p. 3.

¹³ SOARES, Fernanda Heloisa Macedo; MASSINE, Maiara Cristina Lima. Crise do ensino jurídico brasileiro. **Argumenta**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, n. 12 (jan./jun.), p. 71, Jacarezinho/PR, 2010.

vivida, uma lógica de aprendizagem mais dinâmica e valorativa do que estática e predominantemente normativa.

O que é sensorial percorre as sensações, os sentidos, e não se limita à leitura da doutrina ou do Código de Processo Penal, por exemplo, mas compreende o sentir e o pensar por todos os outros sentidos também. Há uma articulação plural entre o ensinar e o aprender:

Por isso, as técnicas pedagógicas devem ser orientar no sentido de uma geral **recuperação da capacidade de sentir e de pensar**. Isto implica uma prática pedagógica de penetrar pelos sentidos, e, que, portanto, deve espelhar a capacidade de tocar os sentidos nas dimensões de ver (uso do filme, da imagem, da foto na prática pedagógica), do fazer (tornar o aluno produtor, capaz de reagir na prática pedagógica), do sentir (vivenciar situações em que se imagina o protagonista ou a vítima da história), do falar (interação que aproxima a importância de sua opinião), do ouvir (palavras, músicas, sons, ruídos, efeitos sonoros, que repercutem na ênfase de uma informação, de uma análise, de um momento, de uma situação). [...] **O educando precisa, sobretudo, sentir-se tocado em diversas dimensões e de diversas formas, assim como ter despertados os próprios sentidos à percepção do real, o que permite recuperar a possibilidade de aproximação da prática educativa, numa correção de rumos, em direção à reconquista da subjetividade autônoma**¹⁴.

Por este caminho, próximo ao terceiro pilar de sustentação do propósito das universidades (ensino, pesquisa e extensão), dar-se-ão três exemplos de metodologias que oportunamente, neste estudo, convencionou-se denominar “sensoriais”, a elucidar possibilidades construídas do processo ensino e aprendizagem para educação jurídica.

O projeto “Contribuições do Direito nas Escolas” foi uma experiência acadêmica, da modalidade extensão, desenvolvido na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), sob a organização do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e da Juventude (NEDDJ/UENP), na cidade de Jacarezinho, no Estado do Paraná, em parceria com o Diretório Acadêmico Octávio Mazziotti (DAOM) e o Núcleo Regional de Ensino de Jacarezinho.

Esse projeto consistia na ida de acadêmicos do curso de Direito da UENP que quiseram participar do projeto a escolas da rede pública estadual de ensino, em Jacarezinho, a fim de conversar com os alunos do ensino fundamental em um diálogo informal e baseado na tentativa de construir uma aproximação entre os educandos das duas instituições, cada qual ensinando e aprendendo.

Assim, os alunos que se propuseram a participar da prática pedagógica com viés jurídico tiveram que ter uma preparação prévia acerca dos principais conteúdos dispostos no Estatuto

¹⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Crise da ideologia positivista: por um novo paradigma pedagógico para o ensino jurídico a partir da Escola de Frankfurt. In: **XV Congresso nacional do CONPEDI**, 2007, Florianópolis. Sociobiodiversidade e soberania na Amazônia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/eduardobittar/bittar_crise_ideologia_positivista.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020, p. 3.

da Criança e do Adolescente (ECA), como, por exemplo, a compreensão da diferença entre criança e adolescente, o que são medidas socioeducativas, suas espécies e a quem podem ser aplicadas, bem como os direitos fundamentais e a sistemática principiológica do Estatuto.

Como requisito objetivo essencial, essa preparação teórica prévia ministrada pelo NEDDJ, também contou com a participação de uma professora orientadora, psicóloga, que instruiu os acadêmicos do curso de Direito a se portarem ao responder eventuais questionamentos apresentados pelos alunos do ensino fundamental.

Continuamente, o primeiro tema escolhido foi a desmistificação de que adolescentes no Brasil podem cometer “crimes” e não sofrer consequência alguma em razão dessa atitude. Dessa maneira, os alunos do curso de Direito, antes de adentrarem as salas de aula, precisaram aprender, na teoria, qual tratamento é destinado aos adolescentes em conflito com a lei.

Escolhida a temática, entendeu-se válido passar um vídeo curto de alguns poucos minutos para os alunos em sala de aula, no qual a reportagem jornalística expressava exatamente a concepção popular de que não há repercussões jurídicas para “menores”. Após o vídeo, o diálogo era iniciado. Os graduandos foram divididos em grupos de até oito componentes e atuavam em sala de aula de forma simultânea, de modo que durante o intervalo das aulas, os alunos pudessem comentar e trocar ideias entre eles sobre a experiência pedagógica diversificada vivida em sala de aula.

Percebia-se que os alunos da rede pública de ensino possuíam dúvidas e perguntavam, ainda que alguns se mantivessem mais quietos e inexpressivos, o que incentivava ainda mais os graduandos a desenvolverem uma boa intervenção, lúcida e clara acerca do tema proposto.

Os acadêmicos do curso de Direito, por outro lado, depararam-se com realidades que lhes pareciam distante, quando sentados nos bancos universitários. Passaram a sentir a dificuldade de expor suas ideias para um público-alvo que não estavam acostumados, observavam a quantidade de alunos por sala de aula e quais as idades entre eles, entre outras percepções.

O que mais se mostrou latente, contudo, foi a ruptura entre distâncias, que em vez de criar muros entre instituições de ensino com objetivos diferentes e, talvez, pouco comuns, se fez próxima por meio de uma ponte propiciada pelo projeto de extensão que reuniu saberes e experiências diferentes em um único espaço ao proporcionar uma troca de aprendizados.

Tem-se que o Direito da Criança e do Adolescente, por intermédio do estudo do ECA e, principalmente, pela ação pedagógica nas escolas de Jacarezinho trouxe contornos reais para a letra da lei, é como se o texto jurídico ganhasse vida, histórias, medos, angústias e alegrias,

de acordo com as observações e subjetividade de cada graduando, em consonância com sua autonomia de pensar e repensar o Direito quando confrontado com aquela realidade.

Evidencia-se nesta prática que possivelmente o fato de “sentir o Direito” tenha possibilitado, com mais vivacidade e realismo, o “pensar o Direito”, não somente enquanto técnica, mas, em essência, como reflexão e questionamento sobre a teoria e a experiência em contato com as sensibilidades humanas, a aplicação do conhecimento jurídico e o desenvolvimento de um olhar crítico com habilidade interpretativa.

Ainda no escopo das metodologias sensoriais apresenta-se como ideia a atividade com o livro “O caso dos exploradores de caverna”. Trata-se de um dilema que envolve questões morais, éticas, jurídicas, sociais, entre outras vertentes que podem ser exploradas, que instigam o estudante a pensar o Direito e encontrar fundamentos que justifiquem a tomada de decisão da personagem e a perspectiva do aluno diante daquele caso em específico.

Destarte, é um trabalho que pode ser desenvolvido em matérias propedêuticas, como, por exemplo, na intitulada Teoria Geral do Direito ou Introdução ao Estudo do Direito. Pode-se pedir que o aluno se posicione, com o intuito de defender ou acusar o protagonista da história.

Essa experiência foi aplicada no ano de 2011, na sala do primeiro ano do curso de Direito da UENP, em Jacarezinho/PR, cujo professor da disciplina de Teoria Geral do Direito, trabalhou com os alunos, além da matéria teórica dada em sala, o posicionamento e a linha de raciocínio seguida por cada um, ao passo que cada educando deveria defender seu ponto de vista justamente com o grupo que arcaria por defender ou acusar.

Tal proposta além de exercitar e treinar o vocabulário e a expressão verbal dos acadêmicos, também proporcionou uma maior interação entre os próprios alunos que passaram a encontrar pontos comuns e dissonantes entre suas formas de pensar e argumentar acerca do caso.

Outra proposta sensorial nesta linha de pensamento é a exploração de conteúdos visuais como filmes, documentários, séries, curta-metragem, peças teatrais etc, que despertem o interesse e a reflexão do graduando ao notar não só a realidade, mas o compromisso social e pessoal que ele carrega ao atuar na área jurídica, seja como advogado, professor, delegado, promotor, defensor, juiz, entre outras atuações.

O filme “O caso dos irmãos Naves” retrata um dos maiores erros do poder judiciário brasileiro ao condenar e privar da liberdade dois irmãos acusados de um crime que não cometeram. Mencionado erro custou-lhes anos de vida na cadeia, roubando-lhes tempo e honra.

A abordagem do filme em meio às garantias constitucionais, em um estudo articulado com o Código de Processo Penal, o Código Penal e a problemática carcerária no Brasil, juntamente com a responsabilidade do Estado e as opções de política criminal, tendem a tornar o aprendizado mais dinâmico e construído de sentido, marcado por recrudescimentos de fatos reais que poderiam ter acometido qualquer pessoa. Por isso, a importância de um sistema de justiça hígido e imparcial.

Esses exemplos desembocam em uma premissa conclusiva de que a aproximação do Direito com a Arte e com outras ciências permite um aprofundamento de seu próprio sistema, o que possibilita também maior sagacidade ao intérprete para construir a norma no caso concreto diante do arcabouço legal e jurídico, indo além da lógica tecnicista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, ainda embrionariamente, conclui-se que o ensino jurídico se mantém fundado em formalismos e concepções postas acerca do texto legal que, muitas vezes, se esvaziados de um aprofundamento zetético, perdem-se no conteúdo, enquanto norma construída.

Nesse viés, marcos jurídicos, legais e históricos já apontam para uma nova ordem jurídica brasileira inaugurada com a Constituição Federal de 1988, mais plural, interdisciplinar e vívida, mas que possui dificuldades de ser trabalhada na educação jurídica, além da legalidade e do tecnicismo procedimental.

Dessa maneira, pensar o Direito seria questionar, olhar além da lei, de um ensino legalista, estático, para aprimorá-lo em vertente mais dinâmica, afeta às mudanças sociais e às necessidades demonstradas no contexto de sua existência e criação, como instrumento de transformação.

Observa-se que a lógica globalizada mundial induz a sistemática de ensino que deve conseguir abordar o maior número de disciplinas, em pouco tempo e com máxima eficiência, o que não prospera na educação jurídica quando é imaginada uma abordagem dogmática, articulada e enriquecida com outras Ciências e metodologias despertem o sentir e, consequentemente o pensar o Direito.

Crê-se que a proposta de sentir o Direito, por meio de percepções que ativem os sentidos humanos, de acordo com a ideia de Bittar e o resgate do sentido da vida e da própria vida

relacionada ao conhecimento jurídico não invalida a perspectiva lógica e racional da construção da argumentação jurídica, pelo contrário, tende a torná-la mais complexa e densa.

Práticas de extensão universitária, a utilização de filmes e o estudo de casos são mostras de que o ensino jurídico no Brasil pode ser mais zetético e questionador, ao passo que se apresentará menos dogmatista e formal, sem perder de vista a realidade em que o Direito está inserido e os dilemas humanos que o intermedeiam.

Um movimento de relembrar as humanidades por intermédio de abordagens críticas e reflexivas, questionadoras do mundo na forma como ele se apresenta, em uma tentativa maiêutica, pode contribuir para a formação de profissionais do Direito, mais engajados e comprometidos em âmbito social e pessoal.

Assim, a educação jurídica humanizada e reflexiva, voltada para pensar o Direito, além de apenas conhecê-lo, passa pela realização de métodos que consigam despertar no estudante a vertente zetética, investigativa e empírica de lidar com leis e teorias que correspondem a histórias e vidas humanas que são ou serão atingidas e podem ser transformadas pelo renascer de um Direito mais criativo, cunhado em uma educação jurídica emancipatória que influenciará a atuação dos futuros profissionais.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Crise da ideologia positivista: por um novo paradigma pedagógico para o ensino jurídico a partir da Escola de Frankfurt. In: **XV Congresso nacional do CONPEDI**, 2007, Florianópolis. Sociobiodiversidade e soberania na Amazônia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/eduardobittar/bittar_crise_ideologia_positivista.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurídico. São Paulo: Almedina, 2016.
- FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades do ensino e da pesquisa jurídica: repensando paradigmas. **Argumenta**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, vol. 1, n. 1, p. 25-34, Jacarezinho/PR, 2001.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 51ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A educação jurídica num mundo globalizado. O sentido de criar sentidos. In: **Academia. Revista sobre enseñanza del derecho**, ano 12, n.23. Bueno Aires, Argentina: 2014. p.63-84.
- SOARES, Fernanda Heloisa Macedo; MASSINE, Maiara Cristina Lima. Crise do ensino jurídico brasileiro. **Argumenta**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, n. 12 (jan./jun.), p. 57-73, Jacarezinho/PR, 2010.

**MULHER, DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS:
REFLEXÕES E EXPERIÊNCIAS METODOLÓGICAS SOBRE UM GRUPO DE
PESQUISA EM TEMPOS DE PANDEMIA**

***WOMEN, HUMAN RIGHTS AND PUBLIC POLICIES:
METHODOLOGICAL REFLECTIONS AND EXPERIENCES ON A RESEARCH
GROUP IN PANDEMIC TIMES***

Rhêmora Ferreira da Silva Urzêda¹

Daiana Maria Santos de Sousa Silva²

Dayane da Silva Dias³

Luís Felipe Perdigão de Castro⁴

RESUMO: O presente artigo propõe reflexões sobre os desafios de criação e interação metodológica de um grupo de pesquisa. O pano de fundo é descrever a tentativa de se criar um locus especial, dentro da estrutura departamental do curso de Direito, do UNICEPLAC/DF, para debater gênero, em época de pandemia. Objetiva-se elencar limites e avanços iniciais na construção de um espaço de conhecimentos, jurídicos e extrajurídicos. Os primeiros resultados indicam que o processo de ensino-aprendizagem e pesquisa favorecem a produção e divulgação de conhecimentos e o contato com os eixos de direitos humanos, gênero, sustentabilidade. A combinação síncrona e assíncrona permite não apenas momentos distintos de comunicação e aprendizagem, mas exercícios de autonomia e de proatividade. As questões se colocam não apenas no grupo de pesquisa, mas para a vida daqueles que se envolvem na temática.

Palavras-Chave: Pesquisa; Direito; Gênero; Educação.

ABSTRACT: This article proposes reflections on the challenges of creating and methodological interaction of a research group. The background is to describe the attempt to create a special locus, within the departmental structure of the law course at UNICEPLAC/DF, to debate gender, in a time of pandemic. The objective is to list limits and initial advances in the construction of a space of knowledge, legal and extra-legal. The first results indicate that the teaching-learning and research process favor the production and dissemination of knowledge and contact with the human rights, gender and sustainability axes. The synchronous and asynchronous combination allows not only distinct moments of communication and learning but exercises of autonomy and proactivity.

Keywords: Research; Law and Right; Genre; Education.

1. INTRODUÇÃO

¹ Mestre em Desenvolvimento Sustentável - UnB. Professora UNICEPLAC/DF e do grupo de pesquisa “Mulher, direitos humanos e políticas públicas”.

² Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Professora do UNICEPLAC/DF e do grupo de pesquisa “Mulher, direitos humanos e políticas públicas”.

³ Especialista. Professora UNICEPLAC/DF e do grupo de pesquisa “Mulher, direitos humanos e políticas públicas”.

⁴ Doutor em Ciências Sociais - UnB. Coordenador e professor UNICEPLAC/DF.

Avanços em políticas públicas são realidades postas historicamente, mas que não se consolidam como avanços definitivos. Vasta bibliografia atesta a desigualdade de gênero, no Brasil e no mundo (Beauvoir, Davis, Gonzales e outras), inclusive ausência de compreensão sobre a centralidade e transversalidade do debate sobre gênero e a necessidade de ampliação eficiente da rede de prevenção, promoção e proteção.

O presente artigo propõe reflexões sobre os desafios de criação e interação metodológica de um grupo de pesquisa. O pano de fundo é descrever a tentativa de se criar um *locus* especial, dentro da estrutura departamental do curso de Direito, do UNICEPLAC/DF, para debater gênero, em época de pandemia. Objetiva-se elencar limites e avanços iniciais na construção de um espaço de conhecimentos, jurídicos e extrajurídicos.

O grupo, com duas linhas de pesquisa, interage diretamente entre membros dos cursos de Direito, Psicologia e Enfermagem do UNICEPLAC. A metodologia se baseia em ferramentas tecnológicas assíncronas para a comunicação e troca, se perfectibilizando com o compartilhamento de materiais, documentos e indicações bibliográficas por meio da plataforma MOODLE, sendo as leituras introduzidas e conectadas com o momento síncrono. A ferramenta síncrona propicia a participação do aluno e do professor, em mesmo tempo e ambiente, com encontros virtuais pelo *google meet*.

Os primeiros resultados indicam que o processo de ensino-aprendizagem e pesquisa favorecem a produção e divulgação de conhecimentos e o contato com os eixos de direitos humanos. A combinação síncrona e assíncrona permite não apenas momentos distintos de comunicação e aprendizagem (tempo real e tempo não real), mas exercícios de autonomia (gravação de materiais, interação com palestrantes distantes fisicamente, discussões em ambientes mais resguardados) e de proatividade. As questões se colocam não apenas no grupo de pesquisa, mas para a vida daqueles que se envolvem na temática.

Além desta breve introdução, o artigo apresenta um relato de experiência acadêmica, tratando sobre a criação, finalidade e marcos teóricos do grupo de pesquisa (tópico 1), as metodologias empregadas durante a pandemia (tópico 2) e os esforços de aplicação de instrumentos interdisciplinares (tópico 3), além de outras janelas de diálogo de pesquisa com temas relevantes como o da sustentabilidade e gênero (tópico 4).

2. O GRUPO DE PESQUISA: SURGIMENTO, FINALIDADES E MARCOS TEÓRICOS

A reflexão sistêmica (ancorada nos contextos histórico, social, político, econômico e educacional que revelam as representações e assimetrias de poder) instigou a tomada de consciência do corpo docente do curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – UNICEPLAC. Instigou também a necessidade de imersão na temática de gênero, nos conteúdos e práticas pedagógicas estabelecendo interface com os cursos de Enfermagem e Psicologia, para a criação do grupo de pesquisa “Mulher, Direitos Humanos e Políticas Públicas”.

A finalidade da iniciativa é refletir e construir conhecimento científico transversal, acerca de como a relação de gênero é construída, reproduzida ou modificada pelas normas, sociedades, valores, símbolos e instituições, como a universidade e o próprio Estado. A técnica da transversalidade relaciona gênero, direitos humanos e políticas públicas a partir de um olhar integrador de pesquisadores dos cursos de Direito, Enfermagem e Psicologia.

Nos primeiros encontros, revelou-se, inicialmente, a necessidade de estabelecer o conceito de gênero relacionando-o intrinsecamente com os direitos humanos e com as políticas públicas, supondo-se os dois últimos, como fonte de concretização da equalização da assimetria de poder existente nas relações sociais. O discurso e as categorias para referenciar este conceito foram ancorados na teoria feminista e no acúmulo historicizado, cujos marcos teóricos foram os pensamentos de Simone de Beauvoir, Gayle Rubin e Donna Haraway.

O conceito de gênero se estabelece em meados da década 1970 impulsionado pela eclosão dos movimentos feministas. Antes deste período histórico vislumbram-se outros conceitos no contexto global, tais quais, “mulher, questão feminina e sexo”, dentro do acúmulo de discussão feminista, disputa política e teórica, para falar sobre o que hoje, se conhece como desigualdade de gênero.

Beauvoir escreve a famosa obra “O segundo sexo” sem mencionar o termo gênero, o que revela a inexistência deste conceito naquele momento. O termo utilizado pela autora é “sexo”, que ela conclui como sendo uma construção social relacionada a aspectos biológicos que sujeitam a mulher à “espécie” limitando suas capacidades individuais⁵.

As significações delineadas para o termo gênero são cheias de simbologia, multiculturalismo e tensão. Mas, todas se enraízam na importante observação de Beauvoir de que “não se nasce mulher, torna-se mulher” associado às condições sociais do pós-segunda

⁵ BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo. Tradução de Sérgio Milliet.** 2ª edição. **Rio de Janeiro:** Nova Fronteira, 2009. 2º volume. p.59. Disponível em: <file:///C:/Users/erika/Desktop/O%20Segundo%20Sexo%20%20Simone%20de%20Beauvoir.pdf> . Acesso em 30.11.2020.

guerra mundial, que relata a construção da categoria mulher como coletivo histórico, politizado e sujeito em processo progressivamente contestado. Ainda na visão da intelectual, gênero é um “conceito desenvolvido para contestar a naturalização da diferença sexual em múltiplas arenas e facetas de luta”⁶.

Neste contexto, Rubin estabelece um interessante diálogo com a teoria marxista e o estruturalismo de Strauss juntamente com as obras de Lacan. A intelectual menciona o sistema sexo/gênero condensando o diálogo da época. A partir de então, esse conceito vai se tornando mais hegemônico e ocorre a chamada “*gender mainstreaming*”, que traduzido importa em transversalização de gênero⁷.

Transversalização de gênero é um conjunto teórico consistente em revisitar conceitos-chaves para entender o mundo enquanto elemento estruturado em função do gênero. É um conjunto prático focado na concepção de que em todo contexto e movimento social deve-se falar de gênero, ou seja, não é em uma perspectiva separada, mas, inclusa em tudo, inclusive nas políticas públicas por meio da qual se instrumentaliza a igualdade de gênero⁸.

Até a década de 1980 os estudos sobre a mulher, feministas ou de gênero eram feitos isoladamente, dissociados de qualquer interface com outros ramos de estudo, o que importava afirmar a disciplina como tendo início e fim em si mesma⁹.

Após a crise de 2008, gênero se torna a forma dominante de pensar as desigualdades, categoria central de produção de políticas públicas, especialmente na produção destas relacionadas aos direitos humanos.

Partindo desse breve contexto histórico, o objetivo do grupo de pesquisa ao integrar pesquisadores do Direito, Enfermagem e Psicologia, vai ao encontro da técnica de transversalização de gênero e dos questionamentos sobre como o Estado funciona e como deve ou poderia atuar (ponto que se mostrou constante nas discussões coletivas do grupo).

Ao longo das reflexões coletivas (dentro da análise historicizada dos termos “mulher, questão feminina, sexo” que alcança a transversalização de gênero e, após, políticas públicas)

⁶ HARAWAY, Donna. “Gênero” para um dicionário marxista: a política sexual de uma palavra. **Cadernos pagu**, 2004, p. 245. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n22/n22a09.pdf> Acesso em: 10.12.2020.

⁷ RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: notas para a “economia política” do sexo. Tradução de Christine Rufino Dabat; Edileusa Oliveira da Rocha; Sônia Corrêa.** Edição. SOS Corpo. Recife, 1993, p. 02. Disponível em: <file:///C:/Users/erika/Desktop/OTraficoDeMulheres.pdf> Acesso em: 01.12.2020.

⁸ WALBY, Sylvia. **Gender Mainstreaming. Productive Tensions in Theory and Practice.** Contribution to ESCR Gender Mainstreaming Seminars. 2003, p. 45. Disponível em: <http://www.leeds.ac.uk/sociology/people/swdocs/Gender%20Mainstreaming%20Overview.pdf>. Acesso em: 01.12.2020

⁹ RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: notas para a “economia política” do sexo. Tradução de Christine Rufino Dabat; Edileusa Oliveira da Rocha; Sônia Corrêa.** Edição. SOS Corpo. Recife, 1993, p. 20. Disponível em: <file:///C:/Users/erika/Desktop/OTraficoDeMulheres.pdf> Acesso em: 01.12.2020.

possibilitou-se construir, entre os/as discentes, a visão da importância do grupo de pesquisa, identificando questões que se apresentam em nosso cotidiano ligadas à opressão das mulheres. Não são apenas ou somente questões femininas ou questões das mulheres. Estas são questões sistêmicas em que o homem e a mulher são categorias, portanto, relacionais. Elas se articulam em pares dentro deste sistema posicionado em relação de hierarquia e antagonismo¹⁰.

Ainda importa mencionar, que o conceito de gênero flutua da ciência para a política, logo, foi gerado evidentemente das tensões políticas dentro do campo científico, o que instiga o seguinte o questionamento: qual o papel da produção de teoria e da universidade em relação à política e vice-versa? A pergunta não parece fácil de responder. Mas, as reflexões no grupo de pesquisa nos mostraram que é necessário encurtar a distância entre a universidade e os movimentos sociais, os movimentos populares e os direitos civis. Esse processo de aproximação é desenhado neste panorama de discutir a temática dentro do centro universitário para, então, levar a discussão para fora dos portões acadêmicos.

A temática de gênero, atrelada aos direitos humanos e às políticas públicas, desloca a tensão das questões para o campo político, despontando o senso de se reinterpretar a realidade física, essa realidade concreta vivenciada, por uma articulação de categorias de normas que compõem um sistema simbólico, desigual, discriminatório e injusto. Efeitos experienciados particularmente pela categoria mulher.

Ressalta-se ainda, que as atividades pedagógicas desenvolvidas no grupo proporcionaram a experiência de perceber quão complexo é traduzir a dialética necessária para a temática objeto de interesse do grupo no aspecto político e de direito instrumentos perfectibilizadores na busca por equidade de gênero. Eis que a ideia do conceito simbólico da temática que envolve o gênero/categoria mulher está envolto em uma série de normas que atuam sobre as práticas corporais, cotidianas, da construção subjetiva das pessoas (enquanto sujeito) e nas práticas do próprio Estado.

Em arremate, imperioso analisar em quais espaços sociais as desigualdades de gênero se manifestam, observar como se estruturam, como se operacionalizam e suas consequências, para propor ações de ruptura. A discussão de gênero não pode ser secundarizada. Demanda-se que a sociedade civil e, neste rol, o grupo de pesquisa do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – UNICEPLAC se debruce sobre os caminhos factíveis para superar as relações de subjugação, opressão e discriminação, para o fortalecimento e ampliação

¹⁰ HARAWAY, Donna. “Gênero” para um dicionário marxista: a política sexual de uma palavra. **Cadernos Pagu**, 2004, p. 205. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n22/n22a09.pdf> Acesso em: 10.12.2020.

de direitos da mulher. Ousando superar os obstáculos, o lugar da mulher é em todos os espaços sociais, livre de pré-julgamentos ou hierarquias.

3. METODOLOGIA DE TRABALHO DO GRUPO DE PESQUISA, DURANTE A PANDEMIA

O grupo de pesquisa iniciou-se no contexto da pandemia causada pelo novo Coronavírus. Os trabalhos foram organizados por meio da utilização do ensino remoto, autorizado pela Portaria nº 343, de 17 de março de 2020, do Ministério da Educação. A portaria 343/20 permitiu às instituições de ensino superior ofertar disciplinas no modelo remoto, trazendo a urgente necessidade de reformulação do sistema tradicional de ensino, em busca de um modelo capaz de trazer maior interação com o discente.

O modelo tradicionalmente aplicado de ensino-aprendizagem (em que o aluno se mostra apenas como receptor de informações) não se mostra o mais adequado e suficiente diante da realidade atual, o que restou demonstrado com a utilização de aulas remotas em substituição às presenciais em decorrência do distanciamento social.

No modelo tradicional, o discente se mostra apenas como receptor de conhecimento, minimizando a interlocução e interação com o docente e outros cursistas (ALVES *et. al*, 2019, p. 20). Além do ensino, a pesquisa se mostra como um catalizador da curiosidade epistemológica do discente o que implica em estimular “a consciência crítica do educando cuja promoção da ingenuidade não se faz automaticamente.” A pesquisa se mostra como um instrumento de resistência, luta e empoderamento de certos grupos frente às desigualdades socioeconômicas:

Se a pesquisa não tem funcionado como agente de conscientização, mobilização e politização profissional e social, urge que o faça. Basta que sua real significação seja avultada e trazida do transe em que dormita, pelo desprezo geral da sociedade e das instituições de ensino, para se perceber o quanto o potencial explosivo da pesquisa é capaz de revolucionar uma sociedade, um país, uma cultura, um povo. Quer-se, portanto, perceber na ideia de pesquisa um forte instrumento de resistência ao subdesenvolvimento e à escravidão, à subserviência que tem marcado o eixo dos relacionamentos sul-norte no plano dos interesses das políticas externas dos países desenvolvidos¹¹.

A utilização de metodologias ativas aplicáveis tanto no modelo presencial quanto no ensino à distância, faz com que o discente se responsabilize e participe de forma mais evidente do processo de aprendizagem. As metodologias ativas podem ser definidas como:

(...) metodologia ativa é um processo de ensinagem dialógico, aberto, ativo e

¹¹ BITTAR, Eduardo. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria prática e monografia para concursos de direito**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 197. Obra digital disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547204143/>. Acesso em: 13 dez 2020.

participativo que, por meio da curiosidade, da problematização, da relação teoria/prática, da significação, da co-reflexão, da utilização das TICs e da elaboração da síntese do conhecimento, objetiva resoluções de problemas e situações, construção do conhecimento e da autonomia e formação da cidadania, na qual o estudante autogerencia seu aprendizado, tendo o docente como instigador e mediador¹².

Isso se mostrou concretizado durante os encontros realizados pelo grupo, em que os debates, trocas de experiências e impressões sobre bibliografia indicada previamente para leitura, evoluíram para um debate efetivo e em profundidade acerca das temáticas ora tratadas. Com a utilização de tal metodologia o papel do professor passa a ser de um intermediário do conhecimento, conduzindo os alunos a reflexões e direcionando os debates. O processo de aprendizagem deixa de ter o professor como foco e o aluno passa ser o centro da aprendizagem.

Neste método, os estudantes aprendem a decidir o que eles precisam saber para obter sucesso dentro do formato da aula e do formato educacional. Embora o professor possa ter considerável responsabilidade na facilitação das atividades de investigação e descoberta, é esperado que os estudantes gradualmente se tornem responsáveis pela própria aprendizagem. (ALVES *et.al*, 2019, p.24)

O que se mostra é a necessidade de rompimento definitivo com o modelo tradicional de educação. No uso de metodologia ativas, o professor divide o centro com o discente e conjuntamente passam a ser condutor do conhecimento e reflexões a respeito de temas relevantes e atuais, de forma dinâmica, participativa e integrada. Esse contexto, de construção e compartilhado coletivo entre os participantes do grupo incentiva os alunos a buscarem o conhecimento por meio da pesquisa.

A construção e escolha das metodologias ativas aplicáveis ao grupo de pesquisa foram baseadas em tecnologias diversificadas, quais sejam, síncronas e assíncronas, levando-se em consideração a necessidade de distanciamento social, mas ao mesmo tempo, a sintonia entre os membros do grupo nas discussões, trocas de saberes e compartilhamento de angústias e dúvidas durante o processo.

O grupo foi dividido em duas linhas de pesquisa de acordo com as temáticas, sendo que linha 1 vem tratando da temática gênero e violência; e a linha 2 vem tratando da temática gênero, poder e políticas públicas. Os encontros virtuais quinzenais se deram com o intuito de promoverem as discussões entre os membros de cada linha, favorecendo o processo de escrita científica que se constituiu em um dos objetivos estratégicos do grupo.

¹² FERREIRA, Robinava; MOROSINI, Marília. Metodologias ativas: as evidências da formação continuada de docentes no ensino superior. **Revista Docência do Ensino Superior**, v. 9, p. 5, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/dayan/Downloads/2543-Texto%20do%20artigo-36164-4-10-20190807.pdf>. Acesso em: 11/12/2020.

Ressalta-se que no primeiro encontro por meio da tecnologia *google meet* (tecnologia síncrona) os membros tomaram conhecimento de um cronograma que preestabeleceu a bibliografia a ser estudada, assim como as datas para discussões, e produtos a serem entregues até o final do semestre letivo. No cronograma também foram estabelecidos os encontros virtuais conjuntos entre as linhas, em que, autoridades externas promoveriam *lives* tratando de temas comuns ao grupo de pesquisa.

Como parte do processo de ensino aprendizagem e para registro dos documentos institucionais e acadêmicos foi utilizada a plataforma Moodle (tecnologia assíncrona), onde foram compartilhados cronograma, referências, gravações e apresentações dos palestrantes.

Ao final, os membros apresentaram em pares os trabalhos científicos construídos a partir das leituras realizadas durante o semestre, se materializando os objetivos acadêmicos inicialmente proposto de produção de conteúdo acadêmico científico.

O uso da metodologia ativa se mostrou exitoso. Proporcionou debates interdisciplinares, envolvendo alunos do curso de Direito, do primeiro ao décimo período, bem como do curso de Enfermagem e Psicologia que não apresentaram dificuldades em debater e dialogar de forma transdisciplinar sobre os temas discutidos no grupo de pesquisa. Os alunos desenvolveram uma postura ativa no processo de conhecimento, por meio de trocas de saberes e compartilhamento experiências pessoais, o que trouxe engajamento, dinamismo e ritmo nas discussões desenvolvidas, com ênfase na interdisciplinaridade.

Evidencia-se que as novas metodologias viabilizam habilidades diferenciadas de oratória, capacidade de crítica, análise e julgamento em consonância com os alicerces teóricos da metodologia ativa que são: relação dialógica e ativa do estudante, construção do conhecimento, da autonomia e da cidadania¹³.

O contexto de isolamento social impulsionou uma ruptura abrupta na metodologia de aulas, obrigou o uso de plataformas virtuais e estas se mostraram ferramentas essenciais e factíveis na construção e apropriação do conhecimento. Proporcionaram, sobretudo, a permanência do contato do discente com o ambiente acadêmico e da pesquisa.

4. INTERDISCIPLINARIDADE: EXPERIÊNCIAS, CONTRIBUIÇÕES E INTEGRAÇÃO DE SABERES

¹³ FERREIRA, Robinava; MOROSINI, Marília. Metodologias ativas: as evidências da formação continuada de docentes no ensino superior. **Revista Docência do Ensino Superior**, v. 9, p. 15, 2019. Disponível em: file:///C:/Users/dayan/Downloads/2543-Texto%20do%20artigo-36164-4-10-20190807.pdf. Acesso em: 11/12/2020.

É um grande desafio promover o encontro cooperativo e dialógico entre discentes e docentes do grupo de pesquisa interdisciplinar e, ao mesmo tempo, construir conhecimento compartilhado que ultrapasse as barreiras das disciplinas compartmentadas. A interação e integração entre disciplinas, conhecimentos e saberes se mostra como questão emergente no ambiente educacional. A modernidade e as exigências do mercado de trabalho trazem a necessidade de indivíduos adaptativos, cooperativos, que saibam trabalhar em grupo e interagir com profissionais de áreas diferentes.

A interdisciplinaridade é definida a partir de “inter-relações entre distintos campos, disciplinas ou ramos do conhecimento, na busca por novas respostas para problemas prementes.” A interdisciplinaridade rompe com a barreira reducionista e compartmentada da ciência tradicional, trazendo a possibilidade de reflexões e trocas de saberes entre as diversas áreas do conhecimento¹⁴.

O grupo de pesquisa foi estruturado em um modelo interdisciplinar, onde o arranjo institucional pudesse agregar e integrar conhecimentos empíricos e teóricos aos discentes dos cursos de Direito, Psicologia e Enfermagem. Nas palavras de Philippi *et. al.* (2017):

Projetos interdisciplinares, além de buscarem resolver problemas complexos, são oportunidades de estabelecer pontes entre as disciplinas, para que essas se articulem na visão conjunta, tanto na complexidade como nas ligações entre fenômenos¹⁵.

Pensando na oportunidade de troca de saberes e de construção de conhecimento compartilhado, iniciou-se o processo de construção de uma metodologia que proporcionasse aos discentes dos diversos cursos envolvidos, reflexões humanísticas sobre temáticas sensíveis na sociedade. Assim, os docentes das linhas de pesquisa passaram a refletir sobre as seguintes questões: Qual a forma adequada para investigar e refletir sobre conceitos e problemas como violência doméstica, aborto legal, episiotomia e discriminação racial? Qual o referencial teórico adequado para alcançar reflexões jurídicas e de saúde? Como entrelaçar os conhecimentos das temáticas tratadas nas duas linhas de pesquisa?

Na visão de Santos a investigação científica surge a partir da complexidade humana que “abarca condição humana, ser humano, conhecimento, diversidade, subjetividade, ambiente, questões econômicas...”¹⁶. Com efeito, a complexidade dos conhecimentos e a diversidade de

¹⁴ PHILIPPI, Arlindo Jr; FERNANDES, Valdir; PACHECO, Roberto C. S. **Ensino, pesquisa e inovação: desenvolvendo a interdisciplinaridade**. São Paulo: ed. Manole, 2017, p. 495. Obra digital disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455371/>. Acesso em: 03/12/2020.

¹⁵ PHILIPPI, Arlindo Jr; FERNANDES, Valdir; PACHECO, Roberto C. S. **Ensino, pesquisa e inovação: desenvolvendo a interdisciplinaridade**. São Paulo: ed. Manole, 2017, p. 498. Obra digital disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455371/>. Acesso em: 03/12/2020.

¹⁶ SANTOS, Silvana Sidney Costa; HAMMERSCHMIDTII, Karina Silveira de Almeida. A complexidade e a religação de saberes interdisciplinares: contribuição do pensamento de Edgar Morin. **Rev Bras Enferm**, Brasília

olhares na troca de saberes e experiências pode contribuir na problematização e na investigação de temas sensíveis na sociedade. Morin entende que o conhecimento deve contribuir para reflexão e autocrítica, possibilitando uma reconstrução do mundo exterior:

O conhecimento objetivo necessita do sujeito, da interação subjetiva e também de projeções das estruturas mentais de sujeito. O conhecimento não é um espelho, uma fotografia da realidade. O conhecimento é sempre tradução e reconstrução do mundo exterior e permite um ponto de vista crítico sobre o próprio conhecimento¹⁷.

Pensando nesta interação de conhecimentos e compartilhamento de saberes foi construído referencial teórico interdisciplinar para discussões nas reuniões remotas, levando-se em consideração a necessidade intercessão das áreas do Direito e Saúde. Como leitura obrigatória foi proposta a obra de Pierre Bourdieu ¹⁸, além de artigos ligados à temática episiotomia, aborto legal, mulheres negras nos espaços de poder, violência doméstica sob o olhar masculino.

Neste ponto, ressalta-se a importância da participação masculina nas discussões do grupo de pesquisa, trazendo à tona as formas de relacionamento que reproduzem um discurso de uma imaginária “superioridade masculina”, que por vezes, pode refletir em violências reproduzidas e normalizadas pela sociedade. Neste sentido, observou-se a necessidade no decorrer do processo de interação e estudos, de aprofundamento do referencial teórico sobre as práticas violentas sob o olhar masculino, atentando-se ao fato de que autores de violência doméstica recebem atendimento psicológico por meio de políticas públicas específicas.

Bernardes e Mayorga discorrem que o trabalho com homens autores de violência doméstica como parte de um processo de enfrentamento deste fenômeno, se iniciou na década de 1970 nos Estados Unidos, se concretizando no Brasil por meio da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006)¹⁹. Esta prevê em seu artigo 30 a necessidade de desenvolvimento de trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção voltada à mulher ofendida, ao homem agressor e aos familiares. Algumas discussões entre os membros do grupo foram pautadas pela troca de experiências interdisciplinares e noções preliminares sobre o tema,

2012 jul-ago; 65(4): 565. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/reben/v65n4/a02v65n4>. Acesso em: 05/12/2020.

¹⁷ MORIN, Edgar. **Saberes globais e saberes locais: o olhar transdisciplinar**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 30.

¹⁸ BOURDIEU; Pierre. **A Dominação Masculina – a condição feminina e a violência simbólica**. 2002. Ed. Bertrand Brasil; 16ª edição.

¹⁹ BERNARDES, João Paulo; MAYORGA, Claudia. **Um Estudo Sobre Intervenções Junto a Homens Autores de Violência Doméstica Contra Mulheres**. Revista de Psicologia 2017, 26(1), p. 2. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0719-05812017000100133&script=sci_arttext. Acesso em: 05/12/2020.

que concluíram pela necessidade de aprofundamento e pesquisas sobre a referida política pública, especialmente sob o ponto de vista psicológico.

Ressalta-se ainda, a importância das reflexões e da construção do conhecimento a partir de *lives* com profissionais renomados da área do Direito e da Saúde, que compartilharam experiências e saberes específicos, evidenciando a importância de uma visão da interdisciplinariedade na pesquisa de gênero. Relatos dos discentes do curso de Direito participantes do grupo de pesquisa, permite inferir que as experiências apresentadas pelo palestrante da área de saúde se mostraram relevantes no momento da pesquisa exploratória, para elaboração do trabalho de encerramento das atividades.

Como resultado desta interação interdisciplinar observa-se uma colaboração crescente e desafiadora entre discentes e docentes do grupo de pesquisa em “gênero, violência e políticas públicas”, além de uma perspectiva de aprofundamento sobre temáticas interdisciplinares no processo de iniciação científica.

5. OUTRAS JANELAS POSSÍVEIS DE DISCUSSÃO: SUSTENTABILIDADE, NOVAS TECNOLOGIAS E PRODUÇÃO DE CONHECIMENTO

A questão de saúde pública (COVID-19) e de inovação da educação superior, em níveis mundiais, seguem irresolutas e retomam a agenda do século XXI, construída até então sob eixos como a sustentabilidade, termo surgido no final do século XX, e equidade de gênero. Como se viu nos tópicos anteriores, esse traço é inevitavelmente presente na bibliografia do grupo de pesquisa, que trata de uma ampla gama de temas, em convergência.

Quando se refere a desenvolvimento sustentável, a ideia subjacente é de um desenvolvimento capaz de suprir as necessidades das gerações atuais sem comprometer as demandas das futuras gerações. Ou seja, uma visão não exaustiva de recursos para o futuro.

O conceito foi formulado inicialmente pela presidente da comissão Gro Harlem Brundtland, ex-primeira ministra da Noruega e ex-presidente da OMS (Organização Mundial da Saúde), considerada uma das três mulheres mais influentes do século XX. Gro Harlem Brundtland definiu Desenvolvimento Sustentável, como sendo “aquele [desenvolvimento] que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades”²⁰. Foi incorporado como princípio na Eco-92 (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento).

²⁰ CMMAD. COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p, 46.

A junção de sustentabilidade e gênero ficou mais clara após a conferência sobre o Meio Ambiente Humano realizada em Estocolmo, em 1972. Houve a percepção da mulher como agente ambientalista, internacionalmente visível. Após a conferência, a Assembleia Geral da ONU declarou 1975 como o Ano Internacional da Mulher. O ponto de partida seria reconhecer que as funções produtivas e reprodutivas da mulher estariam intimamente ligadas a condições políticas, econômicas, sociais, culturais, jurídicas, educacionais e religiosas²¹.

Nas décadas seguintes, a agenda de pesquisa sobre direitos humanos se ampliou. A questão de gênero colocou muitas questões relacionadas à sustentabilidade, por exemplo, com os desafios de saúde, empregabilidade e autonomia da mulher. A equidade tornou-se indissociável dos objetivos do desenvolvimento sustentável. Apresentou-se como uma questão de solidariedade intrageracional (implica o acesso dos atuais grupos sociais aos recursos ambientais). Neste prisma é fundamental a inserção de gênero no debate da justiça ambiental (LEFF, 2002), elemento relevante para o grupo de pesquisa em tempos de COVID-19.

Essa conexão é evidente se considerarmos que a sustentabilidade é um complexo de organização que envolve reciclagem, interdependência, parceria, flexibilidade e diversidade. Portanto, o debate de gênero perpassa o de sustentabilidade, vez que este se firma no tripé social, ambiental e econômico²².

O debate ecofeminista – um dos pontos possíveis de serem abordados futuramente no grupo de pesquisa – enfatiza o efeito das construções ideológicas nas relações de gênero e nas formas de ação em relação ao meio ambiente. A violência contra a mulher e a natureza não está baseada apenas na ideologia, mas também tem suas bases materiais, na produção do seu sustento, de sua família e de sua comunidade. A destruição da natureza se torna destruição das fontes de sobrevivência das mulheres. Elas assumem cada vez mais o papel de líderes de movimentos em prol da solidariedade, principalmente as mulheres situadas em ambientes de vulnerabilidade social e ambiental²³.

²¹ LAGOS, Márcia Beraldo; LAGOS, Frank S; MELLO, Nilvânia A; CORONA, Hieda P. A perspectiva de gênero na construção da sustentabilidade. **CADERNOS DE GÊNERO E TECNOLOGIA** (CEFET/PR), v. 8, p. 65, 2014.

²² CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas: Ciência para uma vida sustentável**. CIPOLLA, Marcelo Brandão, tradução. São Paulo: Cultrex, 2005.
GARCIA, Sandra Mara. Desfazendo os vínculos naturais entre gênero e meio ambiente. **Estudos Feministas**, R. J., v.1, p.163-167, 1992. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2006/encontro-genero.pdf>. Acesso em: 12/12/2020.

²³ LAGOS, Márcia Beraldo; LAGOS, Frank S; MELLO, Nilvânia A; CORONA, Hieda P. A perspectiva de gênero na construção da sustentabilidade. **CADERNOS DE GÊNERO E TECNOLOGIA** (CEFET/PR), v. 8, p. 68, 2014.

Dos relatos acima, depreende-se que a pandemia (COVID-19) impôs uma série de necessidades prementes para a realização do ensino-aprendizagem, como também um desafio para a concretização de pesquisas no meio jurídico, através de meios síncronos e assíncronos, capazes de articular sustentabilidade e gênero. A produção de conhecimento com o uso de novas tecnologias ocorreu de maneira rápida e radical, em 2020, e continua desafiando docentes e discentes, como um processo inacabado.

CONCLUSÕES

O contexto de isolamento social impulsionou uma ruptura abrupta na metodologia de aulas, obrigou o uso de plataformas virtuais e estas se mostraram ferramentas essenciais e factíveis na construção e apropriação do conhecimento. Proporcionaram, sobretudo, a permanência do contato do discente com o ambiente acadêmico e da pesquisa.

O grupo de pesquisa está em implantação e coloca em questão uma definição mais clara de agendas, bibliografias e estratégias. Mas, neste primeiro momento, foi possível dar início efetivo aos primeiros passos do processo de ensino aprendizagem e registro dos documentos institucionais e acadêmicos na plataforma Moodle (tecnologia assíncrona), onde foram compartilhados cronograma, referências, gravações e apresentações dos palestrantes. Ao final, os membros apresentaram em pares os trabalhos científicos construídos a partir das leituras realizadas durante o semestre, se materializando os objetivos acadêmicos inicialmente propostos de produção de conteúdo acadêmico científico. Este material foi submetido à Revista de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas do UNICEPLAC.

Apesar de ser uma novidade para discentes e docentes do Depto de Direito do UNICEPLAC, o uso da metodologia ativa se mostrou exitoso. Os debates interdisciplinares, envolvendo alunos do curso de Direito, bem como do curso de Enfermagem e Psicologia ocorreram sem dificuldades proporcionando um diálogo transdisciplinar da temática objeto de pesquisa. Os discentes desenvolveram uma postura ativa no processo de conhecimento, por meio de trocas de saberes e compartilhamento de experiências pessoais, proporcionando engajamento, dinamismo e interdisciplinaridade nas discussões desenvolvidas.

Dos relatos acima, depreende-se que a pandemia (COVID-19) impôs uma série de necessidades prementes para a realização do ensino-aprendizagem, como também um desafio para a concretização de pesquisas no meio jurídico, através de meios síncronos e assíncronos, capazes de articular sustentabilidade e gênero. A produção de conhecimento com o uso de novas

tecnologias ocorreu de maneira rápida e radical, em 2020, e continua desafiando docentes e discentes, como um processo inacabado para 2021.

Como resultado desta interação interdisciplinar observa-se uma colaboração crescente e desafiadora entre discentes e docentes do grupo de pesquisa em “gênero, violência e políticas públicas”, além de uma perspectiva de aprofundamento sobre temáticas interdisciplinares na iniciação científica.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei n. 11.340 de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em: 05.12.2020.
- BRASIL. **Portaria 343 de 17 de março de 2020 do Ministério da Educação.** Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 39. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376>. Acesso em 10.12.2020
- BERNARDES, João Paulo; MAYORGA, Claudia. Um Estudo Sobre Intervenções Junto a Homens Autores de Violência Doméstica Contra Mulheres. **Revista de Psicologia** 2017, 26(1), 1-15. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0719-05812017000100133&script=sci_arttext. Acesso em: 05/12/2020.
- BITTAR, Eduardo. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria prática e monografia para concursos de direito.** 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Obra digital disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547204143/>. Acesso em: 13 dez 2020.
- BOURDIEU; Pierre. **A Dominação Masculina – a condição feminina e a violência simbólica.** 2002. Ed. Bertrand Brasil; 16ª edição
- CMMAD. COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo. Tradução de Sérgio Milliet.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. 2v. Disponível em: <file:///C:/Users/erika/Desktop/O%20Segundo%20Sexo%20%20Simone%20de%20Beauvoir.pdf>. Acesso em 30.11.2020.
- MORIN, Edgar. **Saberes globais e saberes locais: o olhar transdisciplinar.** Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas: Ciência para uma vida sustentável.** CIPOLLA, Marcelo Brandão, tradução. São Paulo: Cultrex, 2005.
- GARCIA, Sandra Mara. Desfazendo os vínculos naturais entre gênero e meio ambiente. **Estudos Feministas**, R. J., v.1, p.163-167, 1992. Disponível em: <http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2006/encontro-genero.pdf>. Acesso em: 12/12/2020.

HARAWAY, Donna. “Gênero” para um dicionário marxista: a política sexual de uma palavra. **Cadernos Pagu**, 2004. pp 201-246. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n22/n22a09.pdf> Acesso em: 10.12.2020.

PHILIPPI, Arlindo Jr; FERNANDES, Valdir; PACHECO, Roberto C. S. **Ensino, pesquisa e inovação: desenvolvendo a interdisciplinaridade**. São Paulo: ed. Manole, 2017. Obra digital disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520455371/>. Acesso em: 03/12/2020.

SANTOS, Silvana Sidney Costa; HAMMERSCHMIDTII, Karina Silveira de Almeida. **A complexidade e a religião de saberes interdisciplinares: contribuição do pensamento de Edgar Morin**. Rev Bras Enferm, Brasília 2012 jul-ago; 65(4): 561-5. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/reben/v65n4/a02v65n4>. Acesso em: 05/12/2020.

FERREIRA, Robinava; MOROSINI, Marília. Metodologias ativas: as evidências da formação continuada de docentes no ensino superior. **Revista Docência do Ensino Superior**, v. 9, p. 1-19, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/dayan/Downloads/2543-Texto%20do%20artigo-36164-4-10-20190807.pdf>. Acesso em: 11/12/2020.

LAGOS, Márcia Beraldo; LAGOS, Frank S; MELLO, Nilvânia A; CORONA, Hieda P. A perspectiva de gênero na construção da sustentabilidade. **Cadernos de Gênero e Tecnologia (CEFET/PR)**, v. 8, p. 62-73, 2014.

LEFF, Enrique. Globalização, ambiente e sustentabilidade do desenvolvimento. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 05, p. 15-95, jan./jun. 2002. Editora UFPR, 2002.

LOPES, M. R.; SILVA-FILHO, V. M.; ALVES, G. N. **Aprendizagem baseada em problemas: fundamentos para a aplicação no ensino médio e na formação de professores**. Rio de Janeiro: Publik, 2019. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/handle/capes/432641>. Acesso em 10/12/2020.

RUBIN, Gayle. **O tráfico de mulheres: notas para a “economia política” do sexo. Tradução de Christine Rufino Dabat; Edileusa Oliveira da Rocha; Sônia Corrêa**. Edição. SOS Corpo. Recife, 1993. Disponível em: <file:///C:/Users/erika/Desktop/OTraficoDeMulheres.pdf> Acesso em: 01.12.2020.

WALBY, Sylvia. **Gender Mainstreaming. Productive Tensions in Theory and Practice**. Contribution to ESCR Gender Mainstreaming Seminars. 2003. Disponível em: <http://www.leeds.ac.uk/sociology/people/swdocs/Gender%20Mainstreaming%20Overview.pdf>. Acesso em: 01.12.2020

OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO ENSINO JURÍDICO POTIGUAR: PERIGOS E DESAFIOS QUANTO À VIVÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

THE IMPACTS OF THE COVID-19 PANDEMIC ON POTIGUAR LEGAL EDUCATION: Dangers and Challenges in the Experience of Human Rights

Jeissiany Batista Maia *

Aurélia Carla Queiroga da Silva **

Resumo: No contexto da pandemia ocasionada pelo novo Coronavírus e das ações emergenciais para conter o avanço da doença, o fechamento das Universidades provocou a implementação de novo modelo educacional, pautado no ensino remoto. Nessa perspectiva, surgem inúmeros problemas no oferecimento de cursos superiores por universidades públicas e privadas, em especial o ensino jurídico. Investiga-se, através do método dedutivo os impactos no ensino jurídico potiguar. Constata-se que, além dessa nova necessidade de adaptação de aulas, atividades e interações o acesso aos instrumentos tecnológicos e a capacidade de aprendizagem têm constituído desafios relevantes para a formação de futuros profissionais, e colocam em discussão a afetação dos Direitos Humanos dos discentes à educação justa, igualitária e inclusiva.

Palavras-chave: Pandemia, Ensino Superior, Direitos Humanos.

Abstract: In the context of the pandemic caused by the new Coronavirus and the emergency actions to contain the spread of the disease, the closure of the Universities caused the implementation of a new educational model, based on remote education. In this perspective, numerous problems arise in the provision of college education courses by public and private universities, especially law education. The impacts on the law education of Rio Grande do Norte state (Brazil) are investigated through the deductive method. It is noted that, in addition to this new need to adapt classes, activities and interactions, the access to technological instruments and the ability to learn are relevant challenges for developing future professionals, and put into discussion the impact of students' Human Rights on a fair, egalitarian and inclusive education.

Keywords: Pandemic, University Education, Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia causada pela Covid-19 desde o final de 2019, vem acarretando uma série de alterações no cotidiano da população global, que atinge não só o relacionamento pessoal, mas também a economia, as políticas públicas, a saúde e o meio ambiente.

* Bacharela em Direito pela UERN – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Pesquisadora e autora de artigos científicos. <http://lattes.cnpq.br/8704476562466991>. E-mail: maiajeissiany@gmail.com

** Mestre em Direito pela UFRN - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Processual Civil pela UFCG - Universidade Federal de Campina Grande. Professora de Direito Civil e da Área Propedêutica da UERN – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. <http://lattes.cnpq.br/9035393776493541>. E-mail: aureliacarla@yahoo.com.br

Em tempos de pandemia e distanciamento social, o fechamento de comércios, escolas e universidades tem sido uma nova forma de combate ao aumento de novos casos, mas também um novo modo de vida, onde tudo tem se tornado mais restrito. No contexto do ensino superior a impossibilidade da realização de aulas presenciais tem sido o desafio fundamental que exige a criação de novos caminhos para que os estudantes não sejam prejudicados diante das nítidas diferenças entre universidades públicas e privadas.

No presente trabalho pretende-se apresentar, através do método dedutivo, as reflexões relacionadas aos impactos da pandemia da Covid-19 no ensino jurídico do Rio Grande do Norte e às transformações, ora necessárias no setor da Educação Superior, para a manutenção da qualidade da instrução acadêmica, o combate à evasão e à motivação para o estudo e, bem como, os desafios quanto à formação dos futuros profissionais, cujos Direitos Humanos encontram-se afetados em face à desigualdade de acesso aos instrumentos tecnológicos, à ausência de políticas públicas inclusivas eficientes e até à redução de investimentos.

2. EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO UNIVERSAL

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, afirma, no seu artigo XXVI, que:

Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta, baseada no mérito¹.

O processo educacional é caracterizado pela capacitação do ser humano ao desenvolvimento livre e consciente que permite que cada indivíduo se desenvolva e adquira personalidade e dignidade. Além disso, a educação possibilita ao ser humano a participação ativa em sociedade, mediante premissas básicas de tolerância e respeito que conduzem a vida em sociedade. É através dessa educação civilizatória que se desenvolve e se fortalece os direitos humanos e fundamentais.

A educação como direito social e humano ganha relevância no século XX, como “um direito social proeminente, como um pressuposto para o exercício adequado dos demais direitos

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Adotada e aprovada em Assembleia Geral da ONU no dia 10 de dezembro de 1947. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 19 de novembro de 2020.

sociais, políticos e civis.”². O direito à educação é então, premissa para o exercício dos demais direitos civis e políticos, o que ressalta a sua importância frente aos demais direitos humanos e sociais. Nesse sentido, também é importante frisar que o direito à educação também se apresenta como direito fundamental, pelo fato de ser imprescindível para a formação do indivíduo no exercício dos seus direitos.

Com a promulgação da Constituição de 1988 a educação passa a incorporar o Estado, a família e a sociedade, nesse sentido é o que menciona o seu artigo 205:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Dessa forma, o Estado precisa ofertar educação digna e acessível a todos, mas pode o indivíduo ou a família escolher entre educação pública ou privada, essa possibilidade de escolha dimensiona a liberdade no campo da educação. Porém, é imperioso garantir a efetividade e a justiciabilidade desse direito, de modo que seu exercício seja precedido de garantias jurídicas que viabilizem o respeito ao seu cumprimento.

Uma coisa é proclamar esse direito outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido³.

Por isso, em virtude da efetividade e legitimação dos Direitos Humanos, não basta apenas incluir em um rol legislativo tais direitos é necessário promover a efetivação desses Direitos no âmbito da educação. É, indispensável, pois, uma mudança de paradigmas, a fim de observar sua garantia como elemento basilar do ordenamento jurídico.

Além da importância dos Direitos Humanos no cenário internacional e de sua difusão no Brasil, ele ainda carece de um espaço mais efetivo na sociedade. Dada sua importância, os estudiosos jurídicos aliados à defesa da democracia descrevem premissas para sua implementação. Machado⁴, enfatiza que:

A luta pela concretização dos Direitos humanos [...] assumiu um caráter de luta pela consolidação da própria democracia, até mesmo com um certo

² MACHADO, Lourdes Marcelino e OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Direito à educação e legislação de ensino. In: WITTMANN, Lauro Carlos e GRACINDO, Regina Vinhaes (org.) **O estado da arte em política e gestão de educação no Brasil** – 1991-1997. Brasília: ANPAE e Campinas: Autores Associados, 2001, p. 56.

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 10.

⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 214.

potencial subversivo, na medida em que a efetivação universalizante de todos os Direitos fundamentais do homem, em boa medida, constitui uma verdadeira estratégia de transformação social.

A garantia do direito, conforme sentido expresso na lei, não raras vezes, se chocam com as adversidades sociais, de modo que somente ela não é tida como instrumento linear e eficaz para a realização dos Direitos Humanos, é sempre necessário conferir um caráter interpretativo na sua aplicação. Nesse sentido, é ínsito a um Estado Democrático de Direito a garantia do acesso à educação como direito essencial do princípio da dignidade humana.

3. ENSINO JURÍDICO E SEUS DESAFIOS

Se faz necessário trazer a este estudo algumas considerações a respeito do ensino jurídico no Brasil, e elencar os principais desafios que dele emerge. Ao identificar esses desafios se torna possível traçar estratégias de promoção de um ensino jurídico mais efetivo e de maior qualidade, que para além da mera transposição de acadêmicos para o mercado de trabalho, aperfeiçoe também para a vida, e para as questões sociais.

Ao fazer uma análise histórica, percebe-se que a base do ensino jurídico é pautada em uma formação dogmática e positivista, que se vincula a teorias e conceitos incontestáveis. No entanto, com o despontamento do pós-positivismo, as doutrinas até então incontestáveis, passam a não mais atender e satisfazer à realidade do mundo globalizado e capitalista.

Sob esse aspecto, o desafio de inovação paradigmática do ensino jurídico, se baseia em três sujeitos: discentes, docentes e instituições de ensino. E essa inovação decorre do próprio fenômeno jurídico, que parte da premissa de uma nova pedagogia jurídica. Para lidar com esse novo aspecto é necessário trazer aos discentes e docentes uma conscientização da importância que assume como protagonistas no meio social.

Imperioso apontar também que as Instituições de ensino assumem um papel muito abrangente, que não se esgota em efetuar matrículas, selecionar professores, organizar aulas, propor projetos pedagógicos. As instituições de ensino superior têm como pauta central, uma função social inerente a sua existência que visa preponderantemente a efetivação da cidadania.

Em que pese essa essência, as Instituições de Ensino Superior, que devem almejar e tornar amplamente acessível o ensino superior, acabam por tornar-se verdadeiros instrumentos de reforço das desigualdades sociais. Essa problemática histórica é bem exposta por Bittar⁵:

Percebe-se, seja no Império, seja na República, que a educação brasileira sempre, historicamente, caracterizou-se por uma preponderância da desigualdade com relação à igualdade. Nos diversos períodos da história brasileira, desde o colonialismo, existe uma constante: uma educação para os ricos e uma educação para os pobres. Esse modelo de ensino, que privilegia uns em detrimento de outros, é, necessariamente, um aspecto importante da discussão do ensino universitário, uma vez que as condições de acesso ao ensino superior são determinadas por fatores anteriores ao ingresso nos quadros da Universidade.

As discussões sobre o ensino não se assentam mais na importância ou na necessidade de formação do indivíduo, as pautas atuais se baseiam no papel sociológico que se emprega esse formar. Tornar os discentes aptos ao convívio em sociedade, conscientes da sua importância na integração social, e principalmente que contribuam para a construção permanente de um mundo mais democrático, são os elementos principiológicos que norteiam a construção do ensino jurídico.

A atividade essencial das universidades, atualmente, não se resume em capacitar acadêmicos para o mercado de trabalho, mas engloba também, a necessidade de prepará-los para o exercício da crítica e da cidadania. Incumbe ainda, prezar pela qualidade do trabalho acadêmico e profissional daqueles que capacita, devendo valorizar o desenvolvimento de competências, habilidades, valores e conhecimentos. A instituição de ensino superior assume a responsabilidade de formar não só profissionais, mas também cidadãos que possam, a partir do exercício profissional, contribuir para o desenvolvimento do país, a nível, econômico, político, social e cultural.

Diante do cenário de efetivação de direitos e deveres fundamentais estabelecidos pela Constituição da República do Brasil de 1988 e pautados no princípio da dignidade humana, bem como na realidade de uma sociedade cada vez mais dinâmica, o ensino jurídico deve se basear em uma perspectiva holística a fim de possibilitar que o egresso do curso de direito esteja preparado para lidar com os novos anseios sociais.

Além dessas questões que permeiam o ensino jurídico, a sociedade contemporânea vem fatidicamente impondo novos desafios, tais como os processos tecnológicos que dia após dia se aproximam das vivências educacionais e profissionais.

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Estudos sobre o ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania**. 2 ed. rev. mod. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 110.

Segundo Santomé, os meios de comunicação e informatização entrelaçam as dimensões sociais. E é com base na globalização e no avanço tecnológico que se faz imprescindível a atuação de um profissional atento a essas novas implicações, sendo portanto, necessário uma revisão e conseqüente atualização dos currículos jurídicos, a fim de preparar o indivíduo para enfrentar uma realidade multicultural.

Esta revolução nas tecnologias das telecomunicações não se percebe, apenas, como no passado, como uma fonte de melhoria da eficiência, mas como criadora de novas oportunidades, de novas profissões e de novos serviços para as pessoas. Não se trata apenas de um assunto tecnológico; basicamente é um grande desafio político, cultural, econômico e social⁶.

Quando o referido autor fala em desafio político, cultural, econômico e social da inclusão invariável dos componentes tecnológicos no processo de ensino, ele expõe um contexto de grandes discrepâncias sociais que inibe a difusão desse avanço de forma igualitária entre os grupos sociais.

É nesse ponto que se insere o mais atual desafio do ensino jurídico. Acompanhar e implementar os novos instrumentos tecnológicos parece ser condição *sine qua non* de existência e manutenção das atividades de ensino. Porém, assegurar que essa nova realidade não impossibilite uma formação equânime entre os discentes e permita uma inclusão democrática no ambiente universitário, é a garantia de manter as instituições de ensino superior dentro do seu escopo de cumprimento da função social que as integra.

3.1 Instrução Universitária Em Tempos De Pandemia

No que tange à Educação, a crise causada pelo novo Coronavírus impactou os sistemas educacionais em mais de 150 países, culminando com o encerramento das aulas em escolas e universidades, afetando 90% dos estudantes de todo o mundo⁷. Após a OMS declarar a pandemia de coronavírus o Brasil começou a adotar medidas para seu enfrentamento e o Ministério da Educação⁸ passou a definir os critérios de prevenção ao contágio no âmbito educacional.

⁶ SANTOMÉ, Jurjo Torres. **Globalização e Interdisciplinariedade: o currículo integrado**. Tradução Claudia Schilling. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998, p. 89.

⁷ UNESCO [UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANISATION] COVID-19. **Educational disruption and response**. Paris: Unesco, 30 July 2020a. Disponível em: <<http://www.iiep.unesco.org/en/covid-19-educational-disruption-and-response-13363>>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria n. 188, de 03 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo Novo Coronavírus (2019-nCoV). Diário Oficial da União, ed. 24-A, seção 1, Brasília, DF, p. 1, 04 fev. 2020a. Disponível

No Brasil, o cenário não foi diferente, e a suspensão das aulas presenciais ocorreram tanto nas universidades públicas como privadas. Segundo dados coletados no início de maio de 2020, cerca de 89,4% das universidades federais estavam com as atividades de ensino suspensas⁹. De acordo com pesquisa divulgada pela Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior (ABMES), 78% das IES privadas estão com aulas por meios digitais e 22% delas optaram por suspender as aulas¹⁰.

Com intuito de contornar as perdas acadêmicas no ensino superior, o Ministério da Educação publicou, no dia 17 de março de 2020, a Portaria nº 343, dispondo “sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus – COVID – 19”¹¹.

Ao utilizar tecnologia de informação e comunicação o ensino remoto proposto em caráter emergencial se assemelha à Educação à Distância (EAD), principalmente no tocante ao fator temporal, uma vez que as aulas devem ocorrer em tempo real e interações entre aluno e professor ocorrem de forma online¹².

Porém, no contexto de pandemia, foi necessário alterar a prática de atividades não presenciais por meio digital e o limite de carga horária. Considerando essas novas demandas, o Conselho Nacional de Educação (CNE) emitiu o Parecer n. 5/2020, que propõe orientações para o reajuste dos calendários escolares (da educação infantil à superior) e realização de atividades pedagógicas não presenciais durante o período de pandemia, bem como a inclusão dessas atividades na carga horária do ano letivo¹³.

em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

⁹ BRASIL. Ministério da Educação. **Coronavírus: monitoramento das instituições de ensino**. Portal do Ministério da Educação. Brasília, DF, 2020f. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/coronavirus/>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

¹⁰ ABMES [ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MANTENEDORAS DE ENSINO SUPERIOR]. **COVID-19 vs. Educação Superior: O que pensam os alunos e como sua IES deve se preparar? Relatório de pesquisa - onda 2**. EducaInsights, 2020. Disponível em: <<https://abmes.org.br/arquivos/pesquisas/pesquisaabmeseduca05052020>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

¹¹ BRASIL. Ministério da Educação. Gabinete do Ministro. **Portaria n. 343, de 17 de março de 2020**. Dispõe sobre a substituição de aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. Diário Oficial da União, ed. 53, seção 1, Brasília, DF, p. 39, 18 mar. 2020c. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020

¹² COSTA, Ana Caline Nóbrega; TORRES, Ana Catarina Moura; ALVES, Lynn Rosalina Gama. **Educação e Saúde: reflexões sobre o contexto universitário em tempos de COVID-19**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/341811676_Educacao_e_Saude_reflexoes_sobre_o_contexto_universitario_em_tempos_de_COVID-19>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

¹³BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação/Secretaria Executiva. **Súmula do Parecer CNE/CP n. 5/2020**. Reorganização do Calendário Escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da Pandemia da COVID-19. Diário Oficial da União, ed. 83, seção 1, Brasília, DF, p. 63, 04 maio 2020e. Disponível em:

No que se refere ao Ensino Superior, o parecer do CNE enfatiza que sejam adotadas atividades por meios digitais e para sua execução se utilize os ambientes virtuais de aprendizagem, como mecanismo de substituição das atividades presenciais, e com intuito de garantir a continuidade do ensino durante a pandemia, assegurando que essas atividades não presenciais sejam consideradas no cômputo da carga horária mínima anual, evitando assim a reposição das atividades após a pandemia.

A oferta de disciplinas curriculares pelas Instituições de Ensino Superior (IES), têm sido designadas como Ensino Remoto Emergencial, e muitas dessas instituições implementaram o ensino on-line de forma não planejada, sem considerar aspectos relevantes da realidade de estudantes e professores, e sem se debruçar sobre as particularidades pedagógicas e tecnológicas que envolve essa nova modalidade de ensino/aprendizagem.

3.2 A vulnerabilidade do Estudante e os Novos Métodos de Ensino Jurídico

Dados do IBGE¹⁴ apontam que no Brasil há 8,45 milhões de estudantes de graduação, sendo 75,4% matriculados em universidades privadas. Dos estudantes das universidades federais, 53,5% são de família com renda mensal per capita de até um salário mínimo, 51,2% são pretos, pardos ou quilombolas e 0,9% são indígenas. Quanto às condições materiais desses estudantes, os dados mostram que apenas 74,9% das residências têm algum tipo de acesso à Internet, sendo 98,7% desse acesso é feito por meio do celular. Residências que possuem microcomputador correspondem a 43,4%.

Uma vez que o Ensino Remoto Emergencial implica no indispensável uso da tecnologia, é fundamental que cada Instituição de Ensino Superior indiquem as variáveis relacionadas aos estudantes, de forma precisa para que se conheça as condições específicas de cada um. Sem essa pormenorização de características socioeconômicas, é inevitável a exclusão de boa parte desses estudantes. Ainda que o INEP possa apresentar dados oficiais que tratem dessa caracterização o perfil dos estudantes, também precisam ser traçadas por cada IES, como forma de conhecimento de seu público.

<<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/sumula-do-parecer-cne/cp-n-5/2020-254924735>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

¹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Uso de Internet, televisão e celular no Brasil**. IBGE Educa - Jovens. Rio de Janeiro: IBGE, 2020b. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Aces>so em: 20 de novembro de 2020.

O Ministério da Educação¹⁵ elenca do documento de Referências de qualidade para a Educação Superior à Distância, condições mínimas que são necessárias para o possibilitar o desenvolvimento do processo de ensino e aprendizagem remotos. Entre algumas dessas indicações, destacam-se que o ensino superior à distância deve ser prioritariamente ofertado por meio de telecomunicação, com intuito se enquadrar aos requisitos de qualidade no projeto pedagógico dos cursos. Com base nisso, pode-se aferir as condições tecnológicas institucionais de estudantes e professores no contexto pandêmico.

No entanto, a pandemia trouxe consigo um novo modelo social e aumentou os níveis de desemprego, redução salarial, presença de mais pessoas no âmbito doméstico, utilizando mais recursos tecnológicos em contextos de baixa qualidade ou falta de acesso à Internet. Esses fatores aumentam os riscos de que essa prática, exclua muitos estudantes que não tenham acesso à Internet, computador e demais tecnologias requeridas para esse meio de ensino¹⁶. Além disso as instituições podem ter falhado em prover o acesso a recursos tecnológicos aos estudantes mais vulneráveis.

A alta quantidade de estudantes excluídos de acesso às aulas on-line pela falta de computadores ou de acesso à Internet, bem como a ausência de condições adequadas para estudo nas residências e o agravamento da situação socioeconômica das famílias brasileiras, destacam a dimensão e a complexidade do problema.¹⁷

Com a urgência para a efetivação do Ensino Remoto Emergencial, é possível elencar as prováveis consequências dessa adoção, tais como: o baixo desempenho acadêmico dos estudantes; o aumento do fracasso escolar; o aumento da evasão do Ensino Superior; e, as dificuldades de continuidade das atividades planejadas para compor a formação dos estudantes.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação a Distância. **Referenciais de qualidade para educação superior à distância**. Brasília: Ministério da Educação/Secretaria de Educação a Distância, 2007. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/legislacao/refead1.pdf>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

¹⁶ OCDE [ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES]. **A framework to guide an education response to the COVID - 19 pandemic of 2020**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://www.hm.ee/sites/default/files/framework_guide_v1_002_harward.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

¹⁷ TENENTE, Luiza. **Sem Internet, merenda e lugar para estudar: Veja obstáculos do ensino a distância na rede pública durante a pandemia de COVID-19**. G1, Educação, 5 maio 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/05/05/sem-internet-merenda-e-lugar-para-estudar-veja-obstaculos-do-ensino-a-distancia-na-rede-publica-durante-a-pandemia-de-covid-19.ghtml>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

Para Sathler¹⁸ o método de ensino proposto, para operar durante a pandemia da COVID-19 é de má qualidade, por ter suprimido preceitos importantes, como o planejamento de caminhos para a aprendizagem, que conta com a participação dos alunos por meio das metodologias ativas. Através dessa dinâmica o tempo de estudo dos discentes é otimizado e a regularidade da carga-horária passa a ser mais exequível.

4. ENSINO JURÍDICO POTIGUAR NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Comumente, no contexto de ensino remoto, é imprescindível que os discentes possuam acesso a computadores, ou outros meios de comunicação digital (tablet ou smartphone) e internet. No entanto, a nova realidade trazida pela pandemia, fez com que muitos brasileiros passassem a trabalhar remotamente, utilizando os seus aparelhos pessoais. Ocorre que, antes a disponibilidade desses instrumentos nas residências conseguia suprir as necessidades de várias pessoas, mas em poucos meses passou a não ser suficiente, ainda mais quando se trata de famílias com menor poder aquisitivo, em que o número de aparelhos tecnológicos é reduzido. Em decorrência desse novo fator, muitos estudantes que antes tinham computadores disponíveis em casa em horário de aula, passaram a não ter mais acesso a eles, tendo que dividir esse acesso com outros membros do grupo familiar.

Conhecer essa realidade do alunado permite às universidades potiguares analisar em que grau é viável exigir presença do estudante na sala virtual em horário específico ou se é mais acertado desenvolver condições de ensino em que o estudante tenha acesso aos materiais de aula (vídeos, textos etc.) e a um espaço para esclarecer dúvidas, sem que comprometa o prazo para realização das atividades.

Percebe-se uma discrepância na forma como a condução das aulas ocorreu no âmbito das universidades. As instituições privadas, substituíram o ensino presencial pelo remoto de maneira muito rápida, de modo que, todos os conteúdos teóricos dos cursos foram substituídos pelo novo formato de aula. Os cronogramas das disciplinas foram seguindo os horários habituais, garantindo a interação aluno-professor, outras aulas, no entanto foram ministradas a partir de vídeos disponibilizados nas plataformas digitais de ensino, desenvolvidas para esse fim, contudo, este último modelo, menos interativo, foi pouco aceito pelos discentes.

¹⁸ SATHLER, L. **Educação pós-pandemia e a urgência da transformação digital**. Disponível em: <<https://anup.org.br/noticias/educacao-pos-pandemia-e-a-urgencia-datransformacao-digital/>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

As instituições públicas de ensino superior, rejeitaram em 60% a orientação para continuidade das aulas *on line*, o que demonstra um conhecimento da realidade vivenciada pelos estudantes e suas limitações quanto ao acesso tecnológico e uma clara sensibilidade quanto as desigualdades no âmbito acadêmico¹⁹. Esse fato culminou com a implementação em universidades federais e estaduais de auxílios e bolsas de apoio tecnológico, como ajuda de custo para que os alunos em situação mais vulnerável conseguissem adquirir aparelhos de comunicação virtual e até mesmo garantir acesso à internet. É o que se observa nos editais nº 08/200 – PRAE²⁰, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN); 003/2020.1 – PROAE²¹, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); e 03/2020 – PROAE²², da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).

No tocante ao ensino superior ofertado no âmbito as instituições privadas, o interesse pela introdução das aulas remotas se justifica como meio de dar continuidade ao pagamento das mensalidades do curso e como não há fomento de auxílios e acesso à tecnologia se observa uma nítida irresponsabilidade com aqueles que não possuem referido acesso tornando impossível acompanhar o avanço do conteúdo.

Essa problemática que envolve as instituições privadas e as condições tecnológicas dos alunos reflete na evasão e na inadimplência. Segundo dados do Cenário Econômico Atual das Instituições de Ensino Superior (IES) Privadas, do Instituto Semesp, a evasão cresceu em 32,5% em abril de 2020 e a inadimplência aumentou 72%, no mesmo período²³. Além dessa perspectiva, os fatores de desemprego, redução salarial e incerteza econômica, agravados com a pandemia também contribuíram para o abandono dos cursos de graduação a nível nacional.

4.1 Possíveis Danos Aos Direitos Humanos Dos Estudantes

¹⁹ PALHARES, I. **Três em cada cinco universidades federais rejeitam ensino a distância durante quarentena**. Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/geral/tres-em-cada-cinco-universidades-federaisrejeitam-ensino-a-distancia-durante-quarentena-2984798e.html>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

²⁰ UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **EDITAL Nº 08/2020 – PRAE/UERN. Torna Público O Processo Seletivo Para Concessão Do Auxílio Inclusão Digital Por Meio Do Programa De Fomento Às Ações De Assistência À Permanência Estudantil No Âmbito Da Uern (Prouern)**.. Disponível em: <<http://portal.uern.br/wp-content/uploads/2020/06/Edital-PROUERNInclus%C3%A3oDigital.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

²¹ UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. **Edital Nº 003/2020.1 - PROAE - Processo Seletivo Simplificado para o Auxílio de Inclusão Digital para Alunos da Graduação**. Disponível em: <<http://www.proae.ufrn.br/documento.php?id=351622030>>. Acesso em 24 de novembro de 2020.

²² UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO. **Edital Proae/Ufersa Nº 03/2020 – Seleção Para Auxílio Inclusão Digital(Equipamento)**. Disponível em: <<https://proae.ufersa.edu.br/edital-proae-ufersa-no-03-2020-selecao-para-auxilio-inclusao-digital/>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

²³ VIDIGAL, Cida. **Ensino superior privado em tempos de pandemia**. Jornal O Tempo. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/opiniaio/artigos/ensino-superior-privado-em-tempos-de-pandemia-1.2347664>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

Existem no Brasil 8,45 milhões de estudantes de graduação, 75,4% desses alunos estão matriculados em universidades privadas. Nas universidades federais, 53,5% dos discentes compõe uma família com renda mensal per capita de até um salário mínimo. No tocante às condições materiais desses estudantes, apenas 74,9% das residências possuem algum tipo de acesso à Internet, de modo que 98,7% desse acesso é realizado por meio do celular. E somente, 43,4% das residências possuem microcomputador²⁴. Com base nesses dados, a Educação à distância não pode ser ofertada como única solução para a manutenção das aulas durante a pandemia, uma vez que, esta metodologia tende a exacerbar as desigualdades já existentes, pois nem todos os alunos dispõem de acesso ao equipamento necessário. Se o plano for investir apenas em ferramentas digitais, certamente, esse fato concorrerá para uma piora na aprendizagem dos alunos a curto e a médio prazos²⁵.

Uma vez que o Ensino Remoto Emergencial prescinde necessariamente da utilização de instrumentos tecnológicos, é de fundamental importância que cada instituição defina parâmetros para a execução dessas atividades e principalmente conheça a situação econômica, social e familiar na qual esse estudante está inserido, com o intuito de traçar objetivos que minimizem as consequências de danos no processo educacional. Sem isso, é alto o risco de exclusão de boa parte deles.

E essa exclusão afeta primordialmente o direito à educação com consequências diretas que impactam a dignidade humana desses indivíduos no trajeto ensino-aprendizagem. A aprendizagem que já se apresentava deficiente antes da pandemia, será ainda mais impactada com o modelo tecnológico emergencial na era da COVID-19²⁶.

As experiências em locais com menor acessibilidade digital e maior desigualdade social, nos quais as políticas públicas não são efetivadas e não minimizam os danos a direitos fundamentais, se constitui como desafio a ser considerado para que haja adaptações no sistema de ensino neste momento²⁷. No Brasil, os relatos sobre a alta quantidade de estudantes excluídos

²⁴ IBGE [INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA]. **Uso de Internet, televisão e celular no Brasil. IBGE Educa - Jovens**. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

²⁵ SOUZA, Simone de; FRANCO, Valdeni S.; COSTA, Maria Luisa F. **Educação a distância na ótica discente. Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 42, n. 1, p. 99-114, jan./mar. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ep/v42n1/1517-9702-ep-42-1-0099>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

²⁶ SATHLER, L. **Educação pós-pandemia e a urgência da transformação digital**. Disponível em: <<https://anup.org.br/noticias/educacao-pos-pandemia-e-a-urgencia-datransformacao-digital/>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

²⁷ OCDE [ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES]. **A framework to guide an education response to the COVID - 19 pandemic of 2020**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://www.hm.ee/sites/default/files/framework_guide_v1_002_harward.pdf>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

de acesso on-line, seja em decorrência da falta de computadores ou de acesso à Internet, bem como sobre a ausência de condições adequadas para estudo no ambiente doméstico e o agravamento da situação socioeconômica das famílias brasileiras, destacam a dimensão e a complexidade do problema²⁸.

Bobbio (2004) trouxe a expressão ‘Era dos Direitos’ para denominar o estabelecimento de princípios, regras e direitos que pudessem ser universalmente adotados de forma comum e viabilizar a aplicação dos Direitos Humanos entre as culturas. Nesse sentido, o direito fundamental à educação, subordinando-se ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, deve, durante o estado de calamidade pública, ser efetivado para garantir seu exercício pleno a estudantes e professores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário de enfrentamento à pandemia vem exigindo medidas políticas por parte do Estado, na área da educação, em função da pandemia de coronavírus. As ações que estão sendo tomadas para gerir a educação superior vêm proporcionando uma regulação no sentido de minimizar o prejuízo em relação à aprendizagem dos conteúdos curriculares. As instituições de ensino superior assumem papel fundamental nesse contexto, elas devem oferecer opções que auxiliem os discentes a compreenderem o momento pelo qual a sociedade está passando na medida em que oferece meios e condições adequadas para sua participação efetiva no processo de formação profissional, sem perder de vista as vicissitudes que eles estão vivendo.

Julgamos necessário chamar à responsabilidade também o campo da formação superior em Direito que, conforme entendemos deve, necessariamente, repensar toda a sua estrutura, das competências e habilidades requeridas ao formando, os componentes curriculares e formas de ensino e às construções de pontes com a sociedade, o mercado e o Estado, além de garantir uma minimização dos danos aos Direitos Humanos que permeiam a relação do acesso à educação remota.

A pandemia não é democrática e atinge pessoas e grupos sociais de diferentes formas, mas o acesso ao ensino precisa ter um viés democrático e conhecendo a realidade desigual e multifacetada da educação brasileira, pública e privada, as profundas dificuldades e limitações

²⁸ TENENTE, L. **Sem Internet, merenda e lugar para estudar: Veja obstáculos do ensino a distância na rede pública durante a pandemia de COVID-19.** G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/05/05/sem-internet-merenda-e-lugar-para-estudar-veja-obstaculos-do-ensino-a-distancia-na-rede-publica-durante-a-pandemia-de-covid-19.ghtml>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

de caráter logístico e de infraestrutura pensar um ensino jurídico abrangente e acessível é premissa fundamental para garantia de direitos, mas também para assegurar uma formação adequada de futuros profissionais.

Considerando as mudanças, atualmente em curso, provocadas não só pela pandemia como, também, por instabilidades políticas, econômicas e sociais que afetam tão fortemente o ensino jurídico, será necessária desenvolver uma nova consciência e assumir novas responsabilidades, sejam elas no sentido de manter os investimentos na educação do ensino superior, até as ações voltadas à redução de possíveis danos aos Direitos Humanos dos discentes, cuja vulnerabilidade corolário da falta de acesso as novas tecnologias e desmotivação já denunciam o agravamento das desigualdades as quais vivem mergulhadas as suas famílias e comunidades, a exemplo do Nordeste, região que abrange o estado do Rio Grande do Norte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABMES [ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MANTENEDORAS DE ENSINO SUPERIOR]. **COVID-19 vs. Educação Superior: O que pensam os alunos e como sua IES deve se preparar? Relatório de pesquisa - onda 2.** EducaInsights, 2020. Disponível em: <<https://abmes.org.br/arquivos/pesquisas/pesquisaabmeseduca05052020>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Estudos sobre o ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania.** 2 ed. rev. mod. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 110.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 10.

BRASIL. Ministério da Educação. **Coronavírus: monitoramento das instituições de ensino.** Portal do Ministério da Educação. Brasília, DF, 2020f. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/coronavirus/>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Gabinete do Ministro. **Portaria n. 343, de 17 de março de 2020. Dispõe sobre a substituição de aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19.** Diário Oficial da União, ed. 53, seção 1, Brasília, DF, p. 39, 18 mar. 2020c. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação a Distância. **Referenciais de qualidade para educação superior à distância.** Brasília: Ministério da Educação/Secretaria de Educação a Distância, 2007. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/legislacao/refead1.pdf>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria n. 188, de 03 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo Novo Coronavírus (2019-nCoV).** Diário Oficial da União, ed. 24-A, seção 1, Brasília, DF, p. 1, 04 fev. 2020a. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação/Secretaria Executiva. **Súmula do Parecer CNE/CP n. 5/2020. Reorganização do Calendário Escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da**

carga horária mínima anual, em razão da Pandemia da COVID-19. Diário Oficial da União, ed. 83, seção 1, Brasília, DF, p. 63, 04 maio 2020e. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/sumula-do-parecer-cne/cp-n-5/2020-254924735>>.

Acesso em: 29 de outubro de 2020.

COSTA, Ana Caline Nóbrega; TORRES, Ana Catarina Moura; ALVES, Lynn Rosalina Gama. **Educação e Saúde: reflexões sobre o contexto universitário em tempos de COVID-19.** Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/341811676_Educacao_e_Saude_reflexoes_sobre_o_contexto_universitario_em_tempos_de_COVID-19>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Uso de Internet, televisão e celular no Brasil.** IBGE Educa - Jovens. Rio de Janeiro: IBGE, 2020b. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social.** 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 214.

MACHADO, Lourdes Marcelino e OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Direito à educação e legislação de ensino. **In: WITTMANN, Lauro Carlos e GRACINDO, Regina Vinhaes (org.) O estado da arte em política e gestão de educação no Brasil – 1991-1997.** Brasília: ANPAE e Campinas: Autores Associados, 2001, p. 56.

OCDE [ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES]. **A framework to guide an education response to the COVID - 19 pandemic of 2020, [s. l.], 2020.** Disponível em: <https://www.hm.ee/sites/default/files/framework_guide_v1_002_harward.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Adotada e aprovada em Assembléia Geral da ONU no dia 10 de dezembro de 1947. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 19 de novembro de 2020.

PALHARES, I. **Três em cada cinco universidades federais rejeitam ensino a distância durante quarentena.** Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/geral/tres-em-cada-cinco-universidades-federaisrejeitam-ensino-a-distancia-durante-quarentena-2984798e.html>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

SANTOMÉ, Jurjo Torres. **Globalização e Interdisciplinariedade: o currículo integrado.** Tradução Claudia Schilling. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998, p. 89.

SATHLER, L. **Educação pós-pandemia e a urgência da transformação digital.** Disponível em: <<https://anup.org.br/noticias/educacao-pos-pandemia-e-a-urgencia-datransformacao-digital/>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

SOUZA, Simone de; FRANCO, Valdeni S.; COSTA, Maria Luisa F. Educação a distância na ótica discente. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 42, n. 1, p. 99-114, jan./mar. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ep/v42n1/1517-9702-ep-42-1-0099>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

TENENTE, L. **Sem Internet, merenda e lugar para estudar: Veja obstáculos do ensino a distância na rede pública durante a pandemia de COVID-19.** G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/05/05/sem-internet-merenda-e-lugar-para-estudar-veja-obstaculos-do-ensino-a-distancia-na-rede-publica-durante-a-pandemia-de-covid-19.ghtml>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

UNESCO [UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANISATION] COVID-19. **Educational disruption and response.** Paris: Unesco, 30 July 2020a. Disponível em: <<http://www.iiiep.unesco.org/en/covid-19-educational-disruption-and-response-13363>>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **EDITAL Nº 08/2020 – PRAE/UERN.** Torna Público O Processo Seletivo Para Concessão Do Auxílio Inclusão Digital Por Meio Do Programa De Fomento Às Ações De Assistência À Permanência Estudantil No Âmbito Da Uern (Prouern). Disponível em: <<http://portal.uern.br/wp-content/uploads/2020/06/Edital-PROUERNInclus%C3%A3oDigital.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. **Edital Nº 003/2020.1 - PROAE** - Processo Seletivo Simplificado para o Auxílio de Inclusão Digital para Alunos da Graduação. Disponível em: <<http://www.proae.ufrn.br/documento.php?id=351622030>>. Acesso em 24 de novembro de 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO. **Edital Proae/Ufersa Nº 03/2020 – Seleção Para Auxílio Inclusão Digital(Equipamento).** Disponível em: <<https://proae.ufersa.edu.br/edital-proae-ufersa-no-03-2020-selecao-para-auxilio-inclusao-digital/>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

VIDIGAL, Cida. **Ensino superior privado em tempos de pandemia.** Jornal O Tempo. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/opiniao/artigos/ensino-superior-privado-em-tempos-de-pandemia-1.2347664>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

O ENSINO DO DIREITO NO BRASIL EM PROGRESSO: AVANÇOS E PERSPECTIVAS NA DIDÁTICA JURÍDICA NACIONAL

LAW EDUCATION IN BRAZIL IN PROGRESS: ADVANCES AND PERSPECTIVES IN THE DIDACTICS OF NATIONAL LAW

Lucas do Patrocínio Sobrinho*

Sara dos Santos Neiva**

RESUMO

Esta obra procura fazer uma análise do cenário educacional brasileiro na ciência jurídica. São discutidos os progressos na didática do Direito, baseando-se em reconhecidas obras de Direito constitucional e leis que modificaram o ensino jurídico no Brasil. Aqui é apresentado um plano de auxílio educacional, voltado ao aluno como foco do ensino jurídico; apresenta-se também uma crítica construtiva sobre esse atual momento educacional do Brasil, fazendo menção ao uso das tecnologias na educação

Palavras-chave: Progresso; Didática; Direito.

ABSTRACT

This work seeks to make an analyze of Brazilian educational scenery in juridical science. Are discusses the progress in Law didactic, basing in recognized works of Constitutional Law and legislations why modified the law education in Brazil. Here is presented a plan of educational support, turned for to student as target of juridical education; presents also a constructive critic about this actual moment of education in Brazil, making mention for to use of technologies in education.

Keywords: Progress; Didactic; Law.

1. INTRODUÇÃO

Procurando analisar os avanços da didática jurídica, esta obra trata-se de um estudo embasado em momentos históricos relevantes para a ciência educacional, bem como para a arte do Direito. Procura-se aqui apresentar critérios críticos sobre o desenvolvimento do ensino até a presente sociedade, considerando a adaptabilidade que adotou com o passar dos anos, movimentando pessoas e Estados.

Buscando salientar os tempos atuais e as ferramentas das quais as instituições podem se valer para o melhor ensino, este trabalho apresenta técnicas educacionais e planos de melhorias institucionais para promover eficiência no processo didático, reconhecendo particularidades e ressaltando a importância dos grupos na aprendizagem contemporânea. Para tanto, utiliza-se fontes bibliográficas confiáveis, bem como uma análise verossímilante do cenário educacional brasileiro.

Esta obra também apresenta ao fim críticas e soluções para o uso consciente da tecnologia no processo didático, apresentando dicas para docentes e instituições a fim de um olhar voltado ao aluno. Sendo assim, espera-se que nessa obra haja a instigação a novos estudos sobre o tema, para que o ensino no jurídico brasileiro melhore com o tempo e isso produza resultados sociais relevantes para toda a sociedade.

2. O DIREITO NA ANTIGUIDADE

Sabe-se que o Direito surge ainda na Pré-história, a partir do momento que o homem passa a viver em sociedade, mesmo que sem essa “pré-determinação”. A Ciência Jurídica é um ramo que estuda as diretrizes que lideram as relações dos indivíduos em uma sociedade e o ensino de tal ciência se dá, sobretudo, através da formação em nível superior para lidar com as ocorrências do Direito. Atualmente, os cursos intitulados “Ciências Sociais e Jurídicas” e “Bacharelado em Direito” provêm os conhecimentos teóricos necessários para averiguar tais ocorrências e executá-las em questões cotidianas.

Desde cedo aprende-se que as leis foram criadas para a organização e bem comum da sociedade, estabelecendo seus limites e determinando o que era certo e errado, partindo inicialmente de princípios religiosos que tinham por objetivo legitimar a sociedade tal como ela era. Basicamente, sua missão é garantir o direito à liberdade em uma sociedade, conforme a concepção defendida por diversos autores iluministas. Fazer um compilado sobre a história do direito, torna-se trabalhoso pois é um longo caminho percorrido que não se possui escritos ou fácil acesso a estes. É muito complexo falar com determinação sobre a história de povos sem escrita, principalmente compreender seus modos de vida e organizações administrativas. Até porque, mesmo dos estudos das características gerais dos povos ágrafos e seus direitos, torna-se complicado diferenciar entre o que é jurídico e o que não, uma vez que esses povos basicamente utilizam os costumes como fonte de suas normas, ou seja, o que é tradição de sua sociedade faz-se regra a ser seguida.

Com o desenvolvimento da escrita cuneiforme na Mesopotâmia, foi possível que estudiosos identificassem símbolos que expressavam os ideais e costumes de diversos povos da região, tais como Sumérios, Babilônios, Assírios, Caldeus e Persas. Foi através do estudo cuneiforme que pesquisadores descobriram as organizações de cidades-estados, reinos, impérios e também o amplo sistema jurídico desses povos, o qual era representado principalmente por códigos, tais como de Urukagina (2.350 a.C.), Código de Ur-Namu (2.050 a.C.) e o famoso Código de Hamurabi (1.790 a.C.).

Além disso, durante o período da Antiguidade a sociedade romana desenvolveu institutos que foram válidos por longos períodos e que ainda são estudados nos cursos jurídicos, como o *habeas corpus*, a usucapião, as regras de sucessão, contratos e testamentos. Sabe-se que o direito romano prevaleceu fortemente até o fim da Antiguidade, mas com o decorrer do tempo e a passagem para a Idade Média, fragmentou-se dando espaço a um direito consuetudinário, provindo da tradição e cultura de cada sociedade. Cultura tal que adentrou em todo o Ocidente, trazida pelos povos germânicos, francos e visigodos, que resultou em uma mescla de regras e princípios seguidos por cada cultura.

3. O DIREITO NA IDADE MÉDIA

Durante o período medieval, havia diversas fontes e jurisdições que coexistiam no mesmo espaço, como exemplo podemos citar o *ius commune* composto pelo direito romano e direito canônico, fonte por meio da qual se manifestava a vontade comum da Igreja e o *ius proprium*, o qual representava o direito local, as leis gerais. No decorrer da Idade Média, era muito comum deparar-se com esse pluralismo jurídico, essa prática se manteve durante muito tempo, sendo apenas desenvolvida em certos aspectos, uma vez que a realidade colonial era distinta da situação constatada na metrópole. No entanto, no Novo Mundo as particularidades da terra passaram a exigir determinações mais específicas, não sendo as leis gerais e a doutrina europeia ainda suficientes. Dessa maneira, o direito romano foi ficando cada vez mais “ultrapassado” e esquecido.

No decorrer da Alta Idade Média, essa mescla de elementos romanos com germânicos, provindo da queda do Império Romano, acarretou um processo de transformação da organização política e social que ascendeu com o surgimento do feudalismo. Desse processo, surgiu a ruralização, uma vez que nesse momento muitas pessoas migraram para o campo com o intuito de fugir dos ataques bárbaros e dos altos impostos, sob o regime de colonato, onde cada um recebia um pedaço de terra, tirando assim, a produção para a subsistência e o excedente para pagar tributos ao senhor em troca da terra e de proteção militar. Assim, toda a organização jurídica ficou resumida às relações feudo-vassálicas, dado que toda a organização estatal e legislativa veio a ser "esquecida".

Desse modo, o costume tornou-se a única fonte do direito laico, tendo sido deixado de lado o direito romano por grande parte dos povos, com exceção da Itália. Tendo em vista o também esquecimento do princípio da pessoalidade das leis já que cada sociedade vivia segundo suas tradições. Os séculos X e XI foram séculos que infelizmente não nos deixou

escritos jurídicos: sem rastros de leis, livros de direito ou escritos sobre tal. O que se pôde identificar, conforme citado anteriormente foram contratos que traduziam a dependência de vassallos e servidores; dos direitos sobre a terra e alguns escritos eclesiásticos.

O pluralismo jurídico acabou fortalecendo o poder da Igreja, que com a organização de seu próprio corpo eclesiástico, suas regras internas e suas normas religiosas, buscou a aplicação de um direito mais erudito, que alcançou seu espaço sobressaindo sobre o direito consuetudinário que se mostrava confuso e fragmentado. Nascendo assim o direito canônico, que de maneira mais simplificada podemos chamar de “leis da Igreja”, o qual buscou manter uma unidade cristã num período de muitas inquietações econômicas, políticas e sociais por meio de decretos papais e de monges eruditos. Entretanto, poucos eram os clérigos alfabetizados, uma vez que havia poucas escolas. Durante esse período até mesmo os juizes feudais não eram capacitados para leituras jurídicas que por sua maioria possuem um teor mais complexo e técnico.

Em relação à justiça, na maioria das vezes, era efetivada através de súplicas a Deus com ajuda do judiciário. No entanto, boa parte das relações entre os indivíduos originários das convenções próprias das instituições feudo-vassálicas, foram administradas pelo costume. Quando refletimos nas diversas fases históricas da humanidade a respeito da educação jurídica, talvez a que mais exprime dúvidas seja a Idade Média, que em tantas situações é considerada como uma época obscura, mas que ao mesmo tempo é fundamental para que se compreenda o sentido da formação do direito moderno.

Esse período é resultado da crise que se deu no Império Romano, em um processo de perda de efetividade, que sucedeu com as conhecidas invasões bárbaras pelos povos germânicos, que tinham por característica um período anterior de desenvolvimento sócio-econômico cultural. Nos primeiros momentos do período medieval esses povos mantinham um princípio de particularidade das leis, não impondo seu direito sobre os diferentes povos, que mantiveram o estatuto de suas origens, ou seja, cada sociedade mantinha suas leis respeitando as demais.

Diante disso, observa-se a relevância da Igreja ocidental na Idade Média, tendo assumido muitas das tarefas públicas, sociais e morais do antigo império romano. O direito canônico desempenhou fundamental importância na formação e manutenção das instituições e da cultura jurídica ocidental. Tudo o que envolve a reorganização da vida jurídica europeia, com o desenvolvimento das cortes, dos tribunais e das jurisdições, recebe influência do direito canônico. Enquanto a Baixa Idade Média ficou marcada pelo enfraquecimento do direito

feudal, pelo renascimento do direito romano nas universidades, fortalecimento da vida urbana e surgimento da burguesia.

Além disso, a Baixa Idade Média também foi o período do surgimento das primeiras universidades, onde os representantes da nobreza, do clero e da burguesia podiam ter acesso à educação. A respeito das universidades, é interessante salientar que a Idade Média representou o nascimento das universidades, porém a universidade medieval não era uma instituição tal como se conhece hoje. Na época, as universidades partiam em busca de maiores direitos que passavam por uma maior autonomia em relação aos dois grandes poderes da época; a Religião e o Império e o que as diferenciavam de outras escolas anteriores, eram suas autonomias em relação a poderes religiosos e políticos.

Outra influência no ensino jurídico também ocorreu com a chegada dos textos aristotélicos por toda a Europa no século XII em virtude das traduções árabes, como exemplo a *Ética à Nicômaco* e a *Política* de Aristóteles. Assim, iniciou-se um confronto com o pensamento agostiniano e toda a Itália sofreu a influência das teorias políticas aristotélicas através dos advogados romanos de Bolonha que incorporaram essas teorias em seus comentários. Nesse momento, os mestres universitários não se prendiam mais em usar somente o ensino para formar seus alunos, mas passaram a se colocar na posição de conselheiros políticos, escrevendo não só para os alunos, mas também para os próprios magistrados e para as autoridades políticas.

4. O DIREITO NO BRASIL

A partir do século XVI, com o surgimento das Reformas e de um processo de laicização do Estado e do direito que veio a ocorrer praticamente em toda a Europa, o direito canônico e a supremacia do poder da Igreja começam a perder força. Nesse período, entre 1500 e 1532, surge o Direito no Brasil, juntamente com o período de colonização e exploração por Portugal. Suas principais características foram as leis de caráter geral e os Forais, que reuniam o poder nas mãos de Portugal e dos seus responsáveis no Brasil. O período colonial brasileiro durou cerca de três séculos e no decorrer desse tempo, o território permaneceu como posse de Portugal, sendo todo o período marcado pela exploração de nossos recursos naturais em benefício dos lusitanos.

Diferentemente do que ocorreu com o direito dos povos da Antiguidade, no Brasil o surgimento foi de forma imposta, na qual formou as bases culturais e jurídicas do período colonial. Com a divisão das capitanias hereditárias as funções judiciais foram doadas aos donatários, que tinham como função administrar, acusar, julgar, legislar etc. Eles tinham o pleno

poder por tudo que estava em suas terras. Porém, esse sistema foi trincado, de modo que o governo colonial teve de se centralizar e ser coordenado por um governador-geral, Tomé de Souza. Então começaram a surgir os oficiais jurídicos, burocratas, legisladores, entre outros, ocasionando a divisão das tarefas.

Além disso, outro fator de importância no direito colonial foi a vinda da Inquisição, que buscava converter os nativos ao cristianismo e prender os homens acusados de heresia. Desse modo, mostra-se evidente a participação do direito canônico na consolidação do direito brasileiro e na sociedade, uma vez que este regulava as condutas de acordo com os interesses da elite. Com a chegada da Família Real Portuguesa, deu-se início ao processo de modificação no território brasileiro, com a criação das primeiras Universidades e as primeiras instituições financeiras. Tempos depois, o sistema colonial acabou entrando em decadência, principalmente pelo desejo da população de quebrar vínculos com Portugal. Muitas revoltas e movimentos separatistas ocorridos no Brasil foram reflexos dessa insatisfação, como a Revolta de Beckman (1684), Guerra dos Emboabas (1708-1709), Guerra dos Mascates (1710) e a Inconfidência Mineira (1789).

Por meio de debates sobre a questão na Assembleia Constituinte de 1823, José Feliciano Fernandes Pinheiro propôs a criação de um curso jurídico no Brasil. Em 14 de junho de 1823 o mesmo manifestou-se a respeito da necessidade de criação de uma Universidade, em especial, da Faculdade de Direito. Durante a Assembleia, muito se debateu sobre o tema, contudo a localização da futura Universidade, bem como a grade de ensino foram as questões mais controversas entre os constituintes, especialmente pelos os interesses regionalistas da época. Enquanto os deputados José Pinheiro e Miguel Calmon manifestaram-se a favor da criação do curso jurídico em São Paulo, outros constituintes como Montesuma e Pereira da Costa declararam sua preferência pela instalação da universidade na Bahia.

O projeto de lei apresentado em 1823, a respeito da criação da Universidade gerou muitos conflitos entre os constituintes, principalmente com relação à utilização do Direito Romano na grade curricular dos cursos de direito. Quatro anos mais tarde, ocorreu o surgimento dos primeiros cursos jurídicos no Brasil com a promulgação da Lei de 11 de Agosto de 1827^[1], tendo sido criadas duas faculdades de direito: uma em Olinda, que deu origem à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco e outra em São Paulo que deu origem à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[1] BRASIL. **Lei 11 de Agosto de 1827**. Crêa dous Cursos de ciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. CLIBR, de 1827.

No entanto, a criação de tais Universidades acarretou diversos problemas no ensino, tais como ausência de professores qualificados e indisciplina dos discentes. No Brasil, a universidade mais antiga é a Universidade de Manaus que foi criada em 1909 sendo hoje chamada de Universidade Federal de Manaus. Naquela época já havia algumas instituições de ensino superior no Brasil até antes da Universidade de Manaus, mas nenhuma era considerada universidade antes de 1909. No Brasil, a educação jurídica se desenvolve em nível de graduação, sendo de acordo com o Ministério da Educação (MEC), o país que possui o maior número de faculdades de direito em todo o mundo, possuindo 1.153 cursos jurídicos de nível superior.

5. A EDUCAÇÃO APÓS 1988: O IMPACTO DO “NOVO BRASIL” NO ENSINO JURÍDICO

Em sua obra *Elementos do Direito Constitucional* Michel Temer^[2] cita que a Constituição é objeto resultante do ato de constituir, ou seja, da criação a um novo país; essa visão não diverge do posicionamento de Moraes^[3], este afirma que quando surge uma nova constituição, surge um novo Estado. Indubitável pois é afirmar que o “Novo Brasil”, resultado da Assembleia Constituinte de 1988, endossou alguns institutos já existentes nas antigas ordens jurídicas nacionais, bem como fez emergir direitos e garantias singulares e de fortíssima relevância pragmática.

No que tange à Educação, a Constituição Federal de 1988 apresenta-a como primeiro direito social, estando contido no *caput* do artigo 6º da Carta Fundamental, tendo no artigo 7º, IV um argumento reforçador, pois o constituinte propôs, entre o rol de necessidades básicas a serem abarcadas pelo salário-mínimo, a educação. Outro direcionamento importantíssimo que a constituição conteve, diz respeito ao ente incumbido de definir diretrizes e bases da educação, no caso a União (art. 22, XXIV CF); esse direcionamento faz entender a atuação do Ministério da Educação e Cultura na condução do mínimo das grades curriculares dos cursos superiores, fiscalização pela observância e avaliação do curso na vida do discente, bem como da instituição por intermédio do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE).

A Constituição Federal de 1988, além de outros comandos como os supracitados dada a sua analítica extensão, tem capítulo próprio contido sob o Título VIII, Capítulo III, onde são tratados a educação, a cultura e o desporto. Nessa parte da Carta, o legislador constituinte teve

[2] TEMER, Michel. **Elementos de Direito constitucional** / Michel Temer. - 22. ed. 2ª tiragem - São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

[3] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. - 34. ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

o cuidado de aprofundar a defesa constitucional ao Direito Social à Educação. Quando é estreitado o ensino jurídico no Brasil com os itens aqui descritos, fica claro o grande acerto do constituinte de 1988 quando entregou à União a oportunidade de estabelecer diretrizes educacionais, pois há no país grande quantidade de instituições que oferecem cursos jurídicos que, vista a grande dimensão de áreas do Direito, formariam profissionais tão distintos que haveria grande dificuldade para processos de seleção a empregos, por exemplo.

Não obstante a isso, o Brasil teria grande desigualdade de formação, visto que cada instituição ensinaria as matérias que lhe convém, isso beneficiaria as grandes instituições pois estas teriam a oportunidade de fornecer maior gama de matérias, enquanto as pequenas instituições ensinariam matérias mais práticas e famosas, muitas vezes deixando matérias basilares que são menos requisitadas no dia a dia profissional, mas fundamentais para a plena formação do jurista. Nesse sentido, mesmo com tal padronização, muitos indivíduos dão pouca importância para matérias primordiais de formação, a exemplo disso Luís Roberto Barroso^[4] cita que seu próprio pai lhe dizia que Direito Constitucional e Flamengo não dão vida a ninguém.

Por fim, embora muito poderia ser falado ainda sobre a raiz educacional da ciência jurídica no sistema constitucional brasileiro, cabe lembrar os artigos 206 e 207 da Constituição Federal, onde a recentemente discutida “escola sem partido” pode ser combatida; é garantida às instituições liberdade de aprendizado e autonomia, logo, a educação se desenvolve de forma mais abrangente quando o ser tem a possibilidade de pensar por si e escolher os melhores caminhos, principalmente quando se trata da ciência jurídica que muda a vida de pessoas e o rumo de países; portanto doutrinação deve ser rejeitada, mas a liberdade intelectual deve habitar em cada discente para o progresso nacional.

6. A IMPORTÂNCIA DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO

Cabe ressaltar aqui a importância das instituições jurídicas no desenvolvimento do Direito no Brasil. Essas instituições não se detêm apenas ao ensino mas também a diversos trabalhos sociais que promovem a sociedade que lhes cerca, bem como o corpo discente que as integra. A administração pública, o judiciário e até a vida dos particulares encontram diversos conflitos que, por sua natureza, se utilizam dessas instituições como alavancas para o melhor desempenho da legalidade no Brasil.

^[4] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo** - Luís Roberto Barroso. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Precípua auxílio é dado ao judiciário; como já comentado, a justiça brasileira recebe muita ajuda das instituições de ensino, o Brasil é país que carece de magistrados e apresenta um sistema judiciário relativamente moroso, onde há uma vasta quantidade de causas a poucos julgadores que motivou o célebre jurista Rui Barbosa a citar “justiça tardia é injustiça”, cabendo ressaltar aqui que o sistema judiciário conservou essa morosidade, hoje mitigada, até a Reforma do Judiciário, dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.^[5]

É interessante ressaltar que essa “ajuda” que as instituições de ensino prestam ao sistema jurisdicional brasileiro relevância multiforme; por um lado os estudantes são auxiliados com o conhecimento prático que os casos lhes dão, por outro lado facilitam às pessoas de classe social menos favorecida a encontrar uma solução mais rentável aos seus conflitos, porém a grande e precípua ajuda se baseia na construção duma sociedade mais equânime e justa, baseada nos Direitos Fundamentais que o Poder Judiciário deve sempre salvaguardar.

7. FORMAS DE ENSINAR DIREITO

Conforme já tratado, o ensino jurídico passou por diversas mudanças com o passar dos séculos. Assim como as fontes jurídicas foram modificadas, de maneira que o Direito de hoje não é instituído nos mesmos ditames do mundo romano, assim também a forma de ensinar essa ciência foi modificada e segue as revoluções do mundo atual.

Essa correlação entre as fontes jurídicas e o ensino jurídico não é recente, tampouco é uma coincidência, pode ser citado que ambas têm a mesma essência, pois a prática faz necessária a compreensão do corpo discente de como o sistema legal do Estado funciona. Sendo assim algumas instituições, como por exemplo a célebre Fundação Getúlio Vargas, procuram basear o ensino de seus alunos baseados em metas institucionais de progresso individual e coletivo.

Das principais fontes jurídicas utilizadas no ensino estão: as leis, a jurisprudência e a doutrina.

As *Leis* (aqui no sentido mais amplo), como fonte primária do direito, abrangem desde a Constituição até resoluções que sejam conciliáveis com os temas propostos em aula; a partir dessa compreensão o aluno passa a praticar a interpretação, bem como a aplicação da lei aos casos em concreto (hermenêutica e exegese, respectivamente). Logo é indubitável a

^[5] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004**. ALTERA DISPOSITIVOS DOS ARTS. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 E 168 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ACRESCENTA OS ARTS. 103-A, 103B, 111-A E 130-A, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília - DF, p.9, 31 de dezembro de 2004.

importância dessa fonte e instrumento de ensino, pois ao jurista é imprescindível a subsunção aos casos juridicamente relevantes, não há que se falar num operador do direito que não consiga se utilizar da norma em suas tarefas laborais e estudantis, daí a predominância desse instrumento didático no ensino jurídico nacional.

A *Jurisprudência*, que é todo o entendimento dos tribunais acerca de determinado assunto, tem ganhado grande relevância na didática jurídica; ela é analisada através das decisões, acórdãos e súmulas contendo os pareceres dos magistrados, bem como os parâmetros analisados nos casos em concreto para dedicar maior panorama prático aos discentes. Essa possibilita que os alunos entendam todo o sistema de precedentes que atua no país, a interpretação dominante no território nacional em temas polêmicos e além disso, facilita o entendimento da subsunção supracitada, de maneira que os participantes das aulas podem ter uma reflexão crítica dos atos judiciais e no futuro podem trabalhar para modificar àqueles que julgam degradantes à boa cultura jurídica do país.

A *Doutrina*, visto sua notoriedade na construção da estrutura jurídica nacional, sendo fruto do estudo dos mais célebres juristas do país, tem função também nobre no ensino normativo no Brasil. A doutrina busca mais do que apenas explicitar conceitos, ela trabalha na interligação conceitual entre a aplicação jurídica com o impacto social das decisões do judiciário, para que a feitura da justiça não seja um ato isolado, mas que seja uma visível busca do bem comum. Daí pois a importância dessa ferramenta no ensino, ensinar a doutrina é ensinar todo o arcabouço teórico do Direito e isso tem sido percebido pelas instituições de ensino que ao lecionarem percebem notavelmente o progresso do corpo discente.

Sendo assim, deve ser buscada por cada profissional da educação, abrangendo todos os âmbitos do planejamento estudantil, a eficiência didática do corpo discente com um determinado fim. Instituições que não valorizam esse planejamento precedente tem a infeliz tendência a perder durante o semestre a linha didática e permitem o desengajamento dos alunos, isso produz resultados negativos dentro e fora do ambiente educacional. Para acentuar ainda mais essa importância, cabe aqui ressaltar que no caso das instituições que ensinam o Direito, à própria Ordem dos Advogados do Brasil elabora o resultado de aprovados por instituição, bem como o índice de reprovação em ambas as fases do exame, isso pode ser usado como unidade de medida para que o ensino jurídico no Brasil melhore consideravelmente uma vez que é necessária a resolução concreta de possíveis minadores de rendimento educacional, porém mais sobre a temática será tratada no próximo item.

8. UM PROJETO DE ENSINO JURÍDICO

Conforme já salientado, um ensino jurídico de qualidade traz benefícios aos alunos, às instituições de ensino, ao mundo jurídico e conseqüentemente à coletividade. Cabe, pois, agora esmiuçar um pouco sobre uma proposta de ensino jurídico eficiente e que poderá ser aplicada de maneira integral nos ambientes educacionais brasileiros ou até mesmo parcialmente, de acordo com as limitações e propostas de cada instituição de ensino.

Contenção da evasão estudantil: após a entrada no ensino superior, o número de alunos cai drasticamente, isso se dá por diversos fatores internos e externos da vida do discente, dentre os internos o desgosto pelo curso e dentre os externos dificuldades financeiras, por exemplo. Algumas instituições, visando diminuir essa evasão, buscam diminuir notas para a conclusão de matérias, uma suposta aprovação automática que danifica o estímulo interno de cada educando, pois sabendo da facilidade deixam de lado a importância com o aprendizado. Cabe aqui ressaltar, ainda que uma nova obra seja interessante para esmiuçar ainda mais tal questão, que dada a abrangência de dificuldades financeiras é interessante que as instituições de ensino busquem da maneira econômica mais viável para ambas as partes uma maneira de evitar a evasão estudantil por problemas financeiros, pois tal mal é muito comum no Brasil, mas acentua na pessoa do aluno as frustrações pela perda da oportunidade de ser um profissional da área jurídica; faz-se lembrar da importância e utilidade das linhas de financiamento pós-graduação, bem como a interrupção provisória do pagamento de mensalidades em alguns casos.

Abordagem Multifocal: uma abordagem multifocal deve ser implementada a partir dos professores, com uma visão de crescimento grupal, ou seja, o grupo deve ser desenvolvido de uma forma equânime e ordenada com conteúdos, técnicas e materiais similares para um crescimento robusto de toda a classe, mas há a necessidade de um olhar individualista com os que conseguem acompanhar com uma facilidade maior ou menor. É interessante que alunos que têm uma capacidade de aprendizado mais fortalecida tem um desânimo natural ao sentir “não aprender nada” em determinado grupo. Os que têm mais dificuldade sentem a mesma desmotivação ao não conseguir aprender também. Cabe então aos docentes a aplicação de um método de recuperação dos alunos para que todos mantenham o nível mais alto possível de desempenho com atividades razoáveis e um ensino progressivo. Um adendo interessante é o aproveitamento de alunos com o aprendizado mais facilitado como monitores do professor, o que alavanca ainda mais a busca da classe por um desempenho maior.

Preparação prática: Mesmo já tratada nesta obra, a preparação prática é de suma importância para a organização e boa manutenção do aprendizado do corpo discente e isso deve

ser tratado de forma mais detalhada. Quando se fala numa sala com cerca de quarenta, sessenta ou mais alunos da carreira jurídica é sabido que cada um tem um objetivo, isso deve ser levado em conta logo nos primeiros momentos do aluno na instituição; a partir de uma varredura ter-se-á um índice das carreiras mais buscadas na classe e a partir desta constatação pode ser feita uma razão para se descobrir o que deve ser mais ou menos aplicado. Por exemplo: digamos que na sala com trinta alunos, vinte querem ser advogados, dez querem ser juízes, cinco promotores e cinco defensores públicos; no caso a maior parte do tempo aconselha-se ser tratada as temáticas da prova da OAB e a prática da advocacia, sem nunca deixar de dedicar parte do tempo para as outras carreiras; há de se ressaltar que o ensino da advocacia tem uma vantagem: a maioria das carreiras jurídicas passam pela advocacia, sendo isso mais uma vantagem para o aplicador de atividades. Mas digamos agora que a sala tenha dez alunos que querem ser juízes, poderia o educador apenas aplicar matérias concernentes à Magistratura? Obviamente não, embora a predominância conteudística possa ser da carreira é necessário que os alunos conheçam novas áreas e seus respectivos conteúdos a fim que alcancem um pleno desenvolvimento educacional.

Caberia, pois, para um tema tão abrangente, enriquecedor e complexo uma análise maior, mas com certeza mais detalhes sairiam do tema proposto e as razões por ora citadas são suficientes para evocar a importância da instituição de ensino e docentes no processo educacional, dando, pois, espaço para a criatividade de cada academia jurídica trabalhar como deseja. Mas uma interessante ponderação diz respeito à função do educador na atividade formativa do ser, não por menos o dia 15 de outubro é designado à tentativa sempre incompleta de agradecimento aos mestres que difundem o conhecimento e acrescem à pessoa o bem indelével que é o conhecimento. Fazendo honra tal premissa, os educadores devem se preocupar com a situação educacional coletiva de seus educandos, devem se atentar também em propor às instituições formas de aperfeiçoamento para que o crescimento educacional seja desempenhado de maneira a exacerbar aos externos os valores da instituição.

9. NOVAS TECNOLOGIAS INTEGRADAS À EDUCAÇÃO

Quando o tema é o ensino do Direito, muitos professores e coordenadores de cursos ainda tratam a ciência da maneira tradicional de se lecionar, mas com o passar dos anos e o avanço tecnológico ferramentas novas e importantíssimas surgiram para o melhor aproveitamento do capital pessoal da instituição, quer estejam aprendendo ou lecionando. Quando tratada ainda a grave crise sanitária que surgiu em 2020 com o novo coronavírus, essa

demanda por novas formas de transmitir o ensino e a possibilitar a continuidade dos ensinamentos, criaram uma oportunidade para a entrada mais abrangente da tecnologia nos ambientes de ensino, quer em hardwares como em softwares.

Hardwares são as partes físicas de dispositivos de comunicação, softwares são as partes lógicas dos mesmos; logo, desde o uso de câmeras, microfones, microcomputadores e aplicações afins estão sendo usados e estão apresentando êxito na educação, mas cabe ressaltar que há um problema sério na extensão de problemas sociais, outrora menos abrangentes no ensino presencial. Para dirimir tal mal algumas instituições fornecem pacotes de dados e descontos para auxiliar seus alunos no aprendizado sem permitir que danos do tipo não interfiram no respeito educacional devido a cada aluno.

Hoje no mercado há inúmeros programas de computador, aplicativos para smartphones e dispositivos com os mais distintos layouts e projetados para uma didática mais fluida. Alguns aplicativos apresentam questões de concursos e do Exame da OAB, por exemplo; outros programas apresentam videoaulas gratuitas para a preparação dos alunos e o professor pode utilizar de tais ferramentas para um desempenho mais sólido da classe, com a benesse de aumentar o empenho dos alunos em temas produtivos, distanciando-os das distrações irrelevantes para sua formação moral e profissional.

CONCLUSÃO

Miguel Reale^[6] trata em sua obra que a cultura é tudo o que o homem cria. Dentro desse gênero cultural, a educação aparece como uma espécie, mas nunca como um fim em si mesma. A educação pode mudar a vida das pessoas, pode redirecionar o destino de uma nação, pode reconstruir o mundo com a correção de problemas milenares ainda insolúveis, daí sua importância a toda ciência existente como um meio de reconstrução da humanidade.

Esta obra buscou apresentar alguns apontamentos estatísticos e históricos sobre a evolução da educação, buscou analisar também projeções sobre o futuro da didática e todos esses apontamentos em relação à antiquíssima ciência jurídica. A partir de uma análise dos fundamentos da Idade Antiga, procurou-se ilustrar um pouco sobre as mudanças estruturais na arte de se ensinar o Direito com uma linguagem simplificada e uma bibliografia consistente, para que a verossimilhança da temática venha à tona e instigue novos apontamentos para novos estudos sobre o prestigioso assunto.

^[6] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito* / Miguel Reale. — 27. ed. — São Paulo: Saraiva, 2002.

Este artigo apresentou também reflexões e apontamentos sobre a forma como é lecionado o Direito nos tempos atuais, os impactos da pandemia do novo coronavírus e principalmente o quanto a didática da ciência jurídica precisou progredir para acompanhar as necessidades da sociedade atual. Novos tempos forçaram a entrada de novas práticas em todo o mundo e isso modificou consideravelmente o ensino de maneira que, mesmo se querido fosse, nenhuma instituição poderia manter costumes de tempos tão remotos buscando níveis altos de aprovação, a Educação bem como o Direito são modificados quando a própria estrutura cultural da humanidade é modificada também e isso foi deveras tratado neste escrito.

Foi apresentado um resumo que planificou apontamentos essenciais para a inserção de ferramentas educacionais eficientes nas instituições de ensino; aspectos externos e internos aos corpos docente e discente foram explicitados. Coube tratar de metas plausíveis e fundamentais para o progresso de academias jurídicas, com mais do que interesses econômico-financeiros a serem logrados, mas com uma nova estruturação social que pode ser encontrada a partir de cada educando.

Ao falar sobre a tecnologia apresentou-se o duplo âmbito dessa primaz ferramenta; de um lado seu caráter agregador e construtivo posto em contraste com seu repudiável lado degenerativo e empobrecedor, cabendo ao educador a árdua tarefa de guiar cada um dos estudantes num caminho mais engrandecedor com o uso de equipamentos. O uso de hardwares e de softwares foi apresentado como fundamental para a nova didática jurídica, principalmente após a grande instabilidade da saúde pública que fez necessário o isolamento social.

Sabemos, pois, como já foi citado, que este trabalho procura instigar os pesquisadores para novos direcionamentos necessários sobre o tema em comento; a Didática e o Direito passam por sérias transformações que, mesmo evoluindo e deixando padrões arcaicos de ensino, abrem novos problemas e requisitam novas soluções, estas somente serão trazidas luz com um estudo mais aprofundado da temática, tratando pontos específicos aqui tratados genericamente. Foi procurado aqui definir linhas gerais sobre a educação, mas também há dentre os que trabalharam nesta obra o ardoroso desejo de estudar mais a fundo essa temática e apresentar, o mais breve possível, novos estudos e constatações.

Por fim, crendo que este trabalho logrou seu esperado êxito, pode-se citar que a educação e principalmente no mundo jurídico tem sido primordial para a evolução de cada civilização; quanto mais os setores público e privado lutarem em prol de uma educação consistente, viável, inclusiva, fraterna e principalmente eficiente, mais teremos um Estado

evoluído e inovador; a educação forma o ser, estes formam um país e um bom país mitiga seus danos estruturais em favor da boa vivência da coletividade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo** - Luís Roberto Barroso. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004**. ALTERA DISPOSITIVOS DOS ARTS. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 E 168 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ACRESCENTA OS ARTS. 103-A, 103B, 111-A E 130-A, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília - DF, p.9, 31 de dezembro de 2004.

BRASIL. **Lei 11 de Agosto de 1827**. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. CLIBR, de 1827.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. - 34. ed. - São Paulo: Atlas, 2018

REALE, Miguel, 1910 **Lições preliminares de direito** / Miguel Reale. — 27. ed. — São Paulo: Saraiva, 2002.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito constitucional** / Michel Temer. - 22. ed. 2ª tiragem - São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

A IMPORTÂNCIA DAS METODOLOGIAS ATIVAS NO ÂMBITO DOS CURSOS JURÍDICOS

THE IMPORTANCE OF ACTIVE METHODOLOGIES IN THE FRAMEWORK OF LEGAL COURSES

Carina Deolinda da Silva Lopes (UNIJUI)¹

Resumo: Os cursos de Direito, são notavelmente os cursos superiores mais antigos da sociedade brasileira. O Direito é uma ciência social aplicada, que efetivamente trabalha com todo o caminho legal e trajetória de direitos e deveres dentro da sociedade humana. O decurso das aulas jurídicas se dá de maneira mais complexa, na medida em que é necessário dar ênfase em termos, matérias e legislações que são muito exigidos na prática profissional. Além disso, desde o início dos cursos jurídicos até os dias de hoje é difícil encontrarmos uma didática mais flexível, interdisciplinar, mas, recentemente em 2018 a resolução número 05 do MEC, trouxe importantes avanços a serem encaminhados aos cursos de Direito, como a ideia enfática de interdisciplinaridade e também a inclusão de formas mais pedagógicas de lecionar no viés jurídico. Nos questionamos até que ponto seria importante a inserção de metodologias ativas diferenciadas no desenvolvimento do ensino jurídico? Sendo assim a pesquisa objetiva verificar as possibilidades de aplicação de metodologias ativas em âmbito dos cursos jurídicos, visando o fomento de melhor qualidade e concretização do ensino-aprendizagem. Acredita-se que os resultados são positivos em razão de que ao aplicar em âmbito dos Cursos de Direito, junto aos discentes, metodologias diversificadas, como as ativas, favoreça a motivação e diferenciação na fixação da aprendizagem neste âmbito.

Palavras-chaves: Ensino; Curso de Direito; Metodologias ativas.

Abstract: Law courses are notably the oldest higher education courses in Brazilian society. Law is an applied social science, which effectively works with the entire legal path and trajectory of rights and duties within human society. The course of legal classes takes place in a more complex way, insofar as it is necessary to emphasize the terms, matters and legislation that are highly demanded in professional practice. In addition, from the beginning of legal courses to the present day it is difficult to find a more flexible, interdisciplinary didactics, but recently in 2018, resolution number 05 of MEC, brought important advances to be sent to law courses, such as the idea emphasis on interdisciplinarity and also the inclusion of more pedagogical ways of teaching from a legal perspective. We wonder how important it would be to include differentiated active methodologies in the development of legal education? Thus, the research aims to verify the possibilities of applying active methodologies within the scope of legal courses, aiming at promoting better quality and implementing teaching-learning. It is believed that the results are positive due to the fact that when applying within the scope of the Law Courses, together with the students, diversified methodologies, such as the active ones, favor the motivation and differentiation in the fixation of the learning in this scope.

Keywords: Teaching; Law course; Active methodologies.

¹ Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da UNIJUI, Mestre em Direito; Bolsista Capes, vinculada à linha de pesquisa do PPGDH/UNIJUI “Democracia, Direitos Humanos e Desenvolvimento”; orientanda da Profa. Dra. Elenise Felzke Schonardie; Advogada e docente. E-mail: lopesdeo@hotmail.com. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1912433621401452>.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A temática abordada no presente artigo retrata a questão da importância das metodologias ativas no âmbito dos Cursos de Direito. Percebe-se no decorrer da experiência profissional que o ensino do Direito ainda é tradicional, necessitando de contornos metodológicos diferenciados e metodologias diversificadas para que haja motivação e diferenciação na fixação da aprendizagem neste âmbito.

No decorrer do texto foi utilizado o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, apresenta-se inicialmente o contorno histórico a respeito dos cursos de Direito e o trabalho do professor, quer trazendo a evolução dos Cursos de Direito desde 11/08/1827, quando de seu surgimento, passando por um currículo bastante fechado, bem como pela apresentação que vai dos currículos do curso de Direito em diversas décadas o que pode se apresentar como uma evolução principalmente de disciplinas e conteúdos.

Percebe-se que a partida de 1962, como a introdução de um currículo mínimo para ensino superior é que se deu destaque a preocupação com as aptidões necessárias aos discentes, o que fomentou o desencadeamento de preocupações com questões fundamentais em relação à profissionalização dos egressos dos cursos de Direito.

No trabalho foi realizada uma retrospectiva de pontos importantes relacionados à educação jurídica chegando-se até a última resolução de número 5, de dezembro de 2018, apresentada pelo Ministério da Educação onde além da questão curricular apresentou-se também novas ações e necessidades sobre as mudanças na evolução do Ensino do Direito.

Nesse ínterim, com base na referida resolução, surge a possibilidade de aplicação das metodologias ativas no ensino jurídico, como importante meio de aprendizagem no ambiente educacional referido, sendo que neste estudo, apresenta-se alguns conceitos a respeito desta metodologia, bem como algumas de suas formas, possibilidades de aplicação, sua importância e a caracterização de sua possibilidade de realização frente às necessárias mudanças para o ensino flexível e inovador no âmbito jurídico.

2. CURSOS DE DIREITO E O TRABALHO DO PROFESSOR

O Direito sempre foi um curso dotado de tradição, seja por se tratar de um dos primeiros cursos do Brasil, seja por trabalhar com conceitos legais e uma visão focada por anos na transmissão de conhecimento jurídico sem qualquer inovação.

Os cursos de direito no Brasil surgiram pela Carta de lei de 11 de agosto de 1827, quando foram implantados nas cidades de São Paulo e Olinda, neste período inicialmente predominava o interesse na formação de magistrado sábios, peritos, advogados, bem como de deputados, senadores e empregos diversos no Estado, contando com as seguintes cadeiras:

- 1.º ANNO: 1ª Cadeira. Direito natural, publico, Analyse de Constituição do Império, Direito das gentes, e diplomacia.
- 2.º ANNO: 1ª Cadeira. Continuação das materias do anno antecedente. 2ª Cadeira. Direito publico ecclesiastico.
- 3.º ANNO: 1ª Cadeira. Direito patrio civil. 2ª Cadeira. Direito patrio criminal com a theoria do processo criminal.
- 4.º ANNO: 1ª Cadeira. Continuação do direito patrio civil. 2ª Cadeira. Direito mercantil e marítimo.
- 5.º ANNO: 1ª Cadeira. Economia politica. 2ª Cadeira. Theoria e pratica do processo adoptado pelas leis do Imperio.

Como podemos observar a criação dos Cursos de Direito tinham como primordial objetivo a busca por formação de mão de obra jurídica para contribuir na atuação e desenvolvimento do Estado Nação. A cadeiras em nada tinham preocupação com matérias mais voltadas as discussões sociais, na maioria estavam inteiramente ligadas ao trabalho e aplicação de leis.

As academias de direito foram, desta forma, criadas em 1827 e a partir de 1854 passaram a ser chamadas de Faculdades de Direito², surgindo nesta época as Faculdades do largo de São Francisco, Faculdade de Direito de Recife, atual Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco³.

Com o passar do desenvolvimento da sociedade brasileira e dos cursos de Direito em 1853 ocorreram estudos e mudanças no currículo do referido curso, alterado pelo decreto 1.134 de 1853, que estabeleceu as seguintes mudanças:

- Art. 3º O curso de estudos, em cada uma das Faculdades, será de cinco annos; sendo distribuidas as materias do ensino pelas cadeiras seguintes:
- 1º anno: 1ª cadeira: Direito natural, e Direito publico universal. 2ª cadeira: Institutos de Direito romano.
 - 2º anno: 1ª cadeira: Continuação das materias da 1ª cadeira do 1º anno; Direito das gentes; Diplomacia, e explicação dos tratados em vigor entre o Brazil e outras nações. 2ª cadeira: Continuação do ensino da 2ª cadeira do 1º anno; Direito publico ecclesiastico, e Direito ecclesiastico patrio.
 - 3º anno: 1ª cadeira: Direito civil patrio com a analyse e comparação do Direito romano. 2ª cadeira: Direito criminal incluido o militar, e o Processo criminal patrio.

² BRASIL. **Decreto 1.134/1853**. Dá novos Estatutos aos Cursos Juridicos do Imperio. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1134-30-marco-1853-558786-publicacaooriginal-80354-pe.html>. Acesso em: 15. Nov. 2020, determina em seu “Art. 1º Os actuaes Cursos Juridicos serão constituídos em Faculdades de Direito; designando-se cada uma pelo nome da cidade em que tem, ou possa ter assento.”

³ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Origens históricas do ensino jurídico brasileiro. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org). **Ensino Jurídico: para que(m)?**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000, p. 58.

4º ano: 1ª cadeira: Continuação das materias da 1ª cadeira do 3º ano. 2ª cadeira: Direito commercial, e marítimo patrio.
5º ano: 1ª cadeira: Hermeneutica jurídica com applicação às Leis; analyse da Constituição; processo civil, e pratica fornse. 2ª cadeira: Direito administrativo patrio. 3ª cadeira: Economia politica⁴.

Percebe-se que ocorreram mudanças importantes no contexto educacional do Direito, como as Cadeiras de Direito Romano e Direito Administrativo, marítimo e hermenêutica jurídica, convidando os alunos a seguir caminhos de maior abrangência e reflexões.

A metodologia daquela época era tradicional e voltada para a exposição, compreensão e sabatina nas aulas semanais com horas de duração, primando por uma avaliação extremamente rígida e focada muito mais na excelência em saber o que foi tratado nas lições dos dias do que a interpretação e compreensão e aprendizagem real do aluno, o que pode ser plenamente percebido dos artigos 110 e 111 do Decreto n.º.: 1.134 de março de 1853⁵.

Podemos perceber assim que embora tenham ocorrido significantes inserções temáticas nos cursos de Direito em termos de metodologia ainda se trabalhavam as formas tradicionais. Importante salientar que em 1895 o Direito sofreu uma separação em sua estrutura com a divisão em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais⁶, sendo que o Curso de Direito passou a ter uma grade curricular base diferenciada para ambas as áreas, já que o seguimento das ciências sociais era voltado para trabalhar em setores administrativos, sendo que ambas possuíam algumas aulas em comum⁷.

⁴ BRASIL. **Decreto 1.134/1853**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1134-30-marco-1853-558786-publicacaooriginal-80354-pe.html>. Acesso em: 14. Nov. 2020.

⁵ Art. 110. Os Lentes leccionarão em todos os dias uteis da semana. Cada lição durará uma hora para o 5º ano, que tem tres aulas, e para os outros hora e meia, designando os Lentes, na primeira parte do tempo, os estudantes que quizerem ouvir sobre a lição do dia, e explicando a do seguinte no resto da hora. No ultimo dia util de cada semana haverá sabbatina sobre as materias explicadas durante ella; o Lente poderá addicionar-lhes algum ponto, que tenha relação com as mesmas materias.

Art. 111. Para esses exercicios serão designados tres defendentes e seis arguentes, tirados todos á sorte pelo Porteiro, de uma urna, que existirá sempre em poder do Lente e que será aberta na occasião, na qual estarão os nomes de todos os discipulos da aula. A cedula sorteada será immediatamente entregue ao Lente, que poderá dispensar qualquer dos sorteados, substituindo-o por nomeação sua, e poderá mesmo prescindir de todo o sorteio, nomeando, si entender conveniente, os arguentes e defendentes.

⁶ Decreto 7.247 de 1879: Art. 23. As Faculdades de Direito serão divididas em duas secções: a das sciencias juridicas e a das sociaes.

⁷ Decreto 7.247/1879, Art. 23. As Faculdades de Direito serão divididas em duas secções: a das sciencias juridicas e a das sociaes. § 1º A secção das sciencias juridicas comprehenderá o ensino dos seguintes materias: Direito natural. Direito romano. Direito constitucional. Direito ecclesiastico. Direito civil. Direito criminal. Medicina legal. Direito commercial. Theoria do processo criminal, civil e commercial. E uma aula pratica do mesmo processo. § 2º A secção das sciencias sociaes constará das materias seguintes: Direito natural. Direito publico universal. Direito constitucional. Direito ecclesiastico. Direito das gentes. Diplomacia e historia dos tratados. Direito administrativo. Sciencia da administração e hygiene publica. Economia politica. Sciencia das finanças e contabilidade do Estado. § 3º Para o ensino das materias que formam o programma das duas secções haverá as seguintes cadeiras: Uma de direito natural. Uma de direito romano. Uma de direito ecclesiastico. Duas de direito civil. Duas de direito criminal. Uma de medicina legal. Duas de direito commercial. Uma de direito publico e constitucional. Uma de direito das gentes. Uma de diplomacia a historia dos tratados. Duas de direito

Com o passar do tempo em 1895 com a Lei 314⁸, ocorreu uma nova estruturação para o ensino das Faculdades de Direito, principalmente no âmbito curricular, demonstrando maior abrangência no que tange a profissionalização do egresso dos referidos cursos, e a grade contemplou as seguintes disciplinas:

Art. 1º A partir do primeiro anno lectivo depois da publicação desta lei, o ensino nas Faculdades de Direito será feito em cinco annos, distribuidas as materias do curso pelas seguintes cadeiras:

1º ANNO: 1ª cadeira - Philosophia do direito. 2ª » - Direito romano. 3ª » - Direito publico e constitucional. 2

2º ANNO: 1ª cadeira - Direito civil (1ª cadeira). 2ª » - Direito criminal (1ª cadeira). 3ª » - Direito internacional publico e diplomacia. 4ª » - Economia politica.

3º ANNO: 1ª cadeira - Direito civil (2ª cadeira). 2ª » - Direito criminal (especialmente direito militar e regimen penitenciario (2ª cadeira). 3ª cadeira - Sciencia das finanças e contabilidade do Estado (continuação da 4ª cadeira do 2º anno). 4ª cadeira - Direito commercial (1ª cadeira).

4º ANNO: 1ª cadeira - Direito civil (3ª cadeira). 2ª cadeira - Direito commercial (especialmente o direito maritimo, fallencia e liquidação judicial). 3ª cadeira - Theoria do processo civil, commercial e criminal. 4ª cadeira - Medicina publica.

5º ANNO: 1ª cadeira - Pratica forense (continuação da 3ª cadeira do 4º anno). 2ª cadeira - Sciencia da administração e direito administrativo. 3ª cadeira - Historia do direito e especialmente do direito nacional. 4ª cadeira - Legislação comparada sobre o direito privado.

Com o passar dos anos, já em 1962 quando parecer 215, do conselho federal de educação foi introduzida a ideia de um currículo mínimo para o ensino superior que até então acabava por impedir adaptações em razão das realidades de cada região brasileira sendo que em relação ao direito foram constituídas, este núcleo mínimo com 14 matérias era organizado desde introdução à ciência do direito, passando pelo direito constitucional até a economia política, possibilitando adaptações necessárias as regiões.

Outra legislação que merecem destaque é a portaria 1886, de 30 de dezembro de 1994, que fixou as diretrizes curriculares e os conteúdos mínimos para os cursos jurídicos que

administrativo e sciencia da administração. Uma de economia politica. Uma de sciencia das finanças e contabilidade do Estado. Uma de hygiene publica. Duas de theoria e pratica do processo criminal, civil e commercial. § 4º Nas materias que comprehendem duas cadeiras o ensino de uma será a continuação do da outra. § 5º O estudo do direito constitucional, criminal, civil, commercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação patria com a dos povos cultos. § 6º Para a collação do gráo em qualquer das secções não se exigirá dos acatholicos o exame do direito ecclesiastico. § 7º Para a substituição dos Lentes cathedrauticos haverá os seguintes substitutos: Um para direito natural, direito publico e direito constitucional. Um para direito romano e direito civil. Um para direito ecclesiastico. Um para direito criminal. Um para medicina legal e hygiene. Um para direito commercial. Um para direito das gentes, diplomacia e historia dos tratados. Um para direito administrativo e sciencia da administração. Um para economia politica, sciencia das finanças e contabilidade do Estado. Um para theoria e pratica do processo. § 8º O gráo de bacharel em sciencias sociaes habilita, independentemente de exame, para os logares de Addidos de Legações, bem como para os de Praticantes e Amanuenses das Secretarias de Estado e mais Repartições publicas.

⁸ **Lei nº 314, de 30 de Outubro de 1895.** Reorganisa o ensino das Faculdades de Direito. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-314-30-outubro-1895-540752-publicacaooriginal-41651-pl.html>. Acesso em: 02. Dez. 2020.

compreendeu matérias fundamentais profissionalizantes e além da inclusão e preocupação com a questão da interdisciplinaridade, novidade, que chama atenção para as necessárias mudanças a respeito da metodologia e do ensino do direito. A referida grade ficou registrada da seguinte forma:

Art. 6º O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso: I - Fundamentais: Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com teoria do Estado); II - Profissionalizantes Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional. Parágrafo único. As demais matérias e novos direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com suas peculiaridades e com observância de interdisciplinaridade⁹.

Observa-se assim que mudanças foram agregadas a partir da referida portaria o que ensejou outras tantas portarias desde 1827, 1962, 1972, 1973, 1994, 1995, 1996 como as mudanças advindas da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, 1998, 2001, 2003 entre outras legislações como a resolução 09, do Conselho Nacional de Educação de 2004, que em seu texto buscou fomentar a formação sólida do estudante de Direito através de suas amplas aptidões e sólida formação humanística¹⁰, mas é necessário para o viés deste estudo dar maior atenção neste espaço ainda a Resolução número 05 de dezembro de 2018¹¹, que atualmente aborda a formação jurídica norteando os cursos jurídicos brasileiros.

A referida resolução é o importante ponto de partida para a aplicação de novas mudanças importantes no cenário do ensino jurídico, já que abrange muitos dos contextos atuais sociais e fomenta a flexibilidade e necessidade de novos olhares a respeito do ensino aprendizagem, neste sentido o artigo 3º, determina:

Art. 3º O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos

⁹ BRASIL. **Portaria Nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994**. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. Disponível em: <http://www.zumbidospalmares.edu.br/pdf/legislacao-ensino-juridico.pdf>. Acesso em: 14. Nov. 2020.

¹⁰ Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania

¹¹ BRASIL. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113. Acesso em: 01. Dez. 2020.

fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, a prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania.

Percebe-se que a grande preocupação da referida resolução é no sentido da formação completa do egresso do curso de Direito, mais completa e mais humana, para que ocorra a concretização de profissionais que possam dar conta das mais variadas discussões e necessidades no âmbito social em que atuarão, demonstrando desta forma a grande evolução na teoria e na legislação dorsal da sistemática educacional jurídica.

Neste viés surgem preocupações constantes dentro do texto da referida resolução com as formas de ensinar o Direito, sendo uma delas advindas da utilização das metodologias ativas, objeto do próximo tópico.

3 AS METODOLOGIAS ATIVAS E SUA IMPORTÂNCIA NO AMBIENTE DE ENSINO JURÍDICO

No tópico anterior foram apontados caminhos históricos curriculares significativos no campo do ensino jurídico, desde a época do Império até a última Resolução de 2018. A preocupação com a educação jurídica sofreu uma constante evolução dentro deste caminho e com isso surgiu a necessidade de se trabalhar o Direito e seus conteúdos de forma a abandonar a utilização apenas do meio tradicional de ensino.

Desta forma percebe-se pelo trajeto percorrido no passar dos anos do ensino jurídico que ocorreram necessidades significativas que exigiram uma visão interdisciplinar do ensino, na medida em que os conteúdos jurídicos se interlaçam e se comunicam quase que totalmente, não havendo como falar em um direito civil, sem passar pela estrutura constitucional, por exemplo.

É importante se ter em mente que para se desenvolver um estudo jurídico avançado e com possibilidades de mudanças é necessário se desligar da velha roupagem da educação tradicional uma vez que:

Em decorrência desses fatores, ainda predominam na organização universitária currículos organizados por justaposição de disciplinas e a figura do professor transmissor de conteúdos curriculares, que a vírgula a despeito de serem tomados como verdadeiros e inquestionáveis vírgulas muitas vezes são fragmentados, desarticulados, não significativos para o aluno, para um momento histórico para os problemas que a realidade apresenta. Fortes resquícios ainda da metodologia de jesuítica e do modelo organizacional francesa ainda se encontram instalado se dominantes impedindo a universidade de cumprir seu papel de impossibilitar processos de construção do conhecimento. No entanto, experiências com novas formas de enfrentamento dos quadros teórico práticos dos cursos de graduação vêm sendo feitas, ainda que sejam numericamente minoritárias. Essas experiências de

inclui construções coletivas de projetos pedagógicos, revisões metodológicas em direção de um processo dialético de construção do conhecimento, evidenciando a atividade do ensino com pesquisa, ensino por projetos dos quais os professores e alunos assumem o papel de sujeitos parceiros, condutores do próprio processo de fazer da universidade um espaço de construção da cidadania, de resolução das questões nacionais de formação profissional qualificada é atualizada¹².

A resolução citada é de suma importância para o contexto atual tendo em vista que as necessidades do curso de Direito e as perspectivas necessárias para o mercado profissional e a qualidade do ensino como um todo, focando em uma formação humana, desta forma a referida resolução institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências.

Neste intuito a Resolução 05 de dezembro de 2018, em seu artigo 2º, §1º, inciso VI, deixa claro que o Projeto Pedagógico do Curso (PPC) dos Cursos jurídicos necessitam que conte em sua estruturação com modos de integração entre teoria e prática, especificando as metodologias ativas utilizadas.

Assim verifica-se que o Direito em sua estruturação educacional necessita caminhar para uma maior criatividade e abrangência de novas possibilidades de abarcar os estudos doutrinários e legais, que possibilitem chamar a atenção dos alunos também para a utilização de espaços que mostrem a necessidade crescente da sua autonomia tanto em meio discente, quanto para o meio profissional.

É importante evidenciar a necessidade de resgatar os alunos para uma forma mais criativa e elucidativa dos conteúdos de forma a conseguir que eles se detenham em interesse e estímulos quanto ao trabalho que preciso e quero desenvolver.

As dificuldades dos alunos devem ser levadas em consideração para que se possa buscar interagir de forma positiva neste ambiente universitário. Desta forma, deve-se separar boas metodologias ativas que influenciem o uso das tecnologias digitais, por exemplo, como uso da internet e do próprio celular, favorecendo a inserção do estudante no centro do processo de aprendizagem a partir das discussões, interações, atividade de análise, entre outros.

Assim acredita-se que novas formas de construir o conhecimento jurídico com os alunos, favoreça a sua aprendizagem e as mudanças necessários neste ambiente. Assim a ideia da resolução 05 do MEC é trabalhar com formas de metodologias ativas, mas o principal é buscar as mudanças necessárias para um distanciamento do ensino tradicional e a apresentação

¹² PIMENTA, Selma Garrido; ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos. **Docência do Ensino Superior**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 169.

aos alunos de novas formas de perceber o quanto as aulas de Direito podem e são interessantes, chamando a atenção e fomentando o aprendizado desses discentes.

Desta forma as metodologias ativas podem ser entendidas como formas metodológicas que possibilitam um novo olhar no ensino jurídico, pautado na maior autonomia dos discentes em relação ao seu aprendizado, fomentando formas e meios diversificados de atuação docente, diferente do contexto histórico inicial dos cursos de Direito quando havia dificuldades de comunicação e meios de trabalho, diferente dos tempos atuais onde a tecnologia caminha lado a lado com a educação e o contexto social, neste sentido José Morán¹³ contribui:

O que a tecnologia traz hoje é integração de todos os espaços e tempos. O ensinar e aprender acontece numa interligação simbiótica, profunda, constante entre o que chamamos mundo físico e mundo digital. Não são dois mundos ou espaços, mas um espaço estendido, uma sala de aula ampliada, que se mescla, hibridiza constantemente. Por isso a educação formal é cada vez mais blended, misturada, híbrida, porque não acontece só no espaço físico da sala de aula, mas nos múltiplos espaços do cotidiano, que incluem os digitais. O professor precisa seguir comunicando-se face a face com os alunos, mas também digitalmente, com as tecnologias móveis, equilibrando a interação com todos e com cada um.

Assim as metodologias ativas Podem ser aquelas conceituadas como “forma de desenvolver o processo de aprender, utilizando experiências reais ou simuladas, visando solucionar, com sucesso desafios advindos das atividades essenciais da prática social em diferentes contextos”¹⁴.

As metodologias ativas são aquelas onde o aluno passa a ser o protagonista do seu processo de aprendizagem e os docentes passam a assumir um papel de mediação, ou de facilitação da aprendizagem, de onde surgem inúmeros desafios aos cursos de graduação desde as questões de estrutura até as concepções pedagógicas¹⁵, Morán esclarece:

Metodologias ativas são estratégias de ensino centradas na participação efetiva dos estudantes na construção do processo de aprendizagem, de forma flexível, interligada, híbrida. As metodologias ativas num mundo conectado e digital se expressam através de modelos de ensino híbridos, com muitas possíveis combinações. A junção de metodologias ativas com modelos flexíveis, híbridos traz contribuições importantes para a o desenho de soluções atuais para os aprendizes de hoje¹⁶.

¹³ MORÁN, José. **Mudando a educação com metodologias ativas**. Disponível em: <https://www.uniavan.edu.br/uploads/arquivo/N62vWDM7yb.pdf>. Acesso em: 25. Nov. 2020.

¹⁴ BERBEL, Neusi, A. N. As metodologias ativas e a promoção da autonomia de estudantes. Semina: Ciências Sociais e Humanas. Londrina, v. 32, n.1, 2011.p 29.

¹⁵ WALL, M. L.; PRADO, M. L.; CARRARO, T. E. A experiência de realizar um Estágio Docência aplicando metodologias ativas. **Revista ACTA**, 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ape/v21n3/pt_22.pdf. Acesso em: 13. Dez. 2020. P. 516.

¹⁶ MORÁN, José. Metodologias ativas e modelos híbridos na educação. YAEGASHI, Solange e outros (Orgs). **Novas Tecnologias Digitais: Reflexões sobre mediação, aprendizagem e desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2017, p.23-35.

Cabe salientar que dentro das metodologias ativas muitas são as formas de planejar o trabalho docente de forma a favorecer a aprendizagem através de várias formas de aquisição do conhecimento, como a gamificação que se utiliza da mecânica dos jogos para engajar com dedicação e prazer os discentes.

A sala de aula invertida também é uma forma de captar o aluno para mostrar que deve ser autônomo em sua aprendizagem, nesta forma de metodologia os alunos desenvolvem uma aprendizagem derivada do ensino híbrido, caracterizada pela inversão do papel tradicional da sala de aula.

Além destas modalidades uma outra que se acredita ser de grande valia para o contexto jurídico seja a aprendizagem baseadas em projetos que podem fomentar a contribuição da comunidade universitária como um todo, chamando a concretização e aplicação a noção de interdisciplinaridade, uma vez que dentro do contexto dos projetos muitos temas e formas podem ser abordados.

Conhecida como *project-based learning* (PBL), que compreende uma metodologia de ensino aprendizagem ativa, dedutiva pautada na resolução de problemas concretos e complexos, avisando a aprendizagem significativa, crítica, criativa, capaz de promover o desenvolvimento de habilidades e competências, conforme se demanda as determinações da resolução 05 de dezembro de 2018.

A metodologia dos projetos deverá priorizar o aprendizado relevante determinando os objetivos do ensino aprendizagem, sendo que o professor não perde a sua autoridade mas passa um tanto da sua responsabilidade para os alunos para que busquem as formas de construir o conhecimento, denota se essencial que o professor conheça um pouco da bagagem intelectual dos alunos desenvolvendo o aprendizado por meio do desenvolvimento das habilidades de cada um para que os alunos então aprendam a resolver os problemas propostos.

Nesta metodologia ativa em especial, as possibilidades de aprendizagem e de construção do conhecimento são ímpares, da medida em que a vasta possibilidade de interligação e a associação interdisciplinar entre as várias matérias e disciplinas jurídicas favorece a construção de um raciocínio amplo dos discentes, além de garantir aprendizagem pautada em experiências, com problemas amigos e complexos fomentando um processo que não se centraliza em um determinado produto, criando e resolvendo conflitos, focando em estudantes como solucionadores de problemas bem como a colaboração e interdependência entre todos os agentes o teu processo de ensino aprendizagem.

Cabe salientar que a aplicação e o fomento das metodologias ativas dentro dos cursos de direito não estão relacionados a simples transmissão da tarefa de pesquisar os conteúdos aos discentes, quem mas sim de fomentar a construção da pesquisa e ensinar que os alunos possam perceber através de forma criativa, autônoma e reflexiva novas formas de aprender e compreender também as questões que envolvem o ensino jurídico como a doutrina, jurisprudência e as leis.

Desta forma as metodologias ativas convidam os professores da área jurídica a inovar e Edgar Morin¹⁷ já percebia o inesperado como algo que nos surpreende, uma vez que:

Nos instalamos de maneira segura em nossas teorias e ideias, e estas não têm estrutura para acolher o novo. Entretanto o novo brota sem parar. Não podemos jamais prever como se apresentará, mas deve-se esperar a sua chegada, ou seja, esperar o inesperado. E quando o inesperado se manifesta, é preciso ser capaz de rever nossas teorias e ideias, em vez de deixar o fato novo entrar à força na teoria incapaz de recebê-lo.

É neste cenário que o docente é convidado a reinventar as formas de ensinar, educar, aprender e subsistir no intuito de manter a continuidade das atividades educativas em plena pandemia, não sendo diferente com os cursos jurídicos e estes principalmente, pois, por se tratar de modalidade presencial em sua essencialidade e ainda bastante tradicionais, mudanças são necessárias.

Acredita-se que o conhecimento dependa de muitos sujeitos entre eles os docentes, os discentes, a sociedade como um todo e as formas de possibilitará a construção do conhecimento que é muitas vezes pode se deparar com incerteza da realidade, uma vez que “o conhecimento é, pois, uma aventura incerta que comporta em si mesma, permanentemente, o risco de ilusão e de erro.”¹⁸

A vida proporciona diferentes compreensões espaços sem definição proporcionando ensinamentos diversificados, sendo que o Direito depende do meio social e meio social depende do direito, uma vez que ambos estão conectados e amparados e para isso advém em muito a contribuir a utilização das metodologias ativas, na aproximação do discentes de problemas e situações cada vez mais atuais no âmbito profissional.

Sendo assim não há como isolar a situações que ocorrem em meio social e que repercutem também na esfera do conhecimento, uma vez que “o conhecimento é a navegação em um oceano de incertezas, e entre arquipélagos de certeza.”¹⁹ Assim deve caminhar o ensino

¹⁷MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2. Ed. São Paulo: Cortez; Brasília, UNESCO, 2011, p. 29.

¹⁸ MORIN, Edgar. Ob. Cit. P. 75.

¹⁹ MORIN, Edgar. Ob. Cit. P. 75.

do direito primando pela busca de inovações que concretizem a formação do egresso de forma humana, completa e preparada não apenas em termos conteudistas, mas para todas as incertezas do dia a dia laboral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou inicialmente fazer uma relação entre o caminho curricular e o histórico dos Cursos de Direito, para viabilizar a verificação da concretização dos conteúdos e da forma como o curso se estruturou. Percebe-se que no decorrer do tempo, ocorreu uma significativa evolução de conteúdos de disciplinas no corpo do currículo dos cursos superiores jurídicos, porém em termos legais pouca foi a preocupação no que tange a forma como o trabalho docente era exercido, perpassando sempre a ideia de um ensino tradicional.

Em um segundo momento buscou-se apresentar as possibilidades de mudança na educação jurídica para o seu desligamento da velha roupagem da educação tradicional para uma educação inovadora, possibilitando ao Direito uma estruturação educacional mais criativa e abrangente, agregando novas possibilidades de abarcar estudos doutrinários e legais que prenda a atenção dos alunos e nesse mesmo contexto possibilite a formação completa para o seu futuro profissional.

Demonstrou-se que as metodologias ativas podem ser aplicadas ao Direito, o seu ensino pode-se dar de forma significativa, na contribuição da utilização em meio tecnológico e interdisciplinar, fomentando a criatividade dos discentes, dos docentes e autonomia na construção de seu conhecimento favorecendo o ensino aprendizagem.

Neste sentido, observamos que com a evolução estrutural dos cursos superiores jurídicos também ocorreu por uma crescente preocupação com as formas de favorecer o trabalho docente no intuito da construção da melhor qualidade, em relação ao ensino e a aprendizagem dos discentes, neste sentido, as metodologias ativas favorecem a construção de maior autonomia dos sujeitos envolvidos neste processo, através da convivência com trabalhos envolvendo a tecnologia, a criatividade e a resolução de problemas concretos. O autoconhecimento sobre as várias interligações dos conteúdos jurídicos, certamente terá uma formação que favorecerá a contribuição positiva no futuro profissional do aluno, contribuindo conseqüentemente também com a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERBEL, Neusi, A. N. **As metodologias ativas e a promoção da autonomia de estudantes**. Semina: Ciências Sociais e Humanas. Londrina, v. 32, n.1, 2011.

BRASIL. **Lei de 11 de agosto de 1827**. Crêa dous Cursos de ciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/217884/mod_resource/content/1/Lei%20de%2011%20de%20agosto%20de%201827.pdf. Acesso em: 24. Nov. 2020.

BRASIL. **Decreto 1.134/1853**. Dá novos Estatutos aos Cursos Juridicos do Imperio. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1134-30-marco-1853-558786-publicacaooriginal-80354-pe.html>. Acesso em: 15. Nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1.134, de 30 de Março de 1853**. Dá novos Estatutos aos Cursos Juridicos do Imperio. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1134-30-marco-1853-558786-publicacaooriginal-80354-pe.html>. Acesso em: 14. Nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.247, DE 19 DE ABRIL DE 1879**. Reforma o ensino primario e secundario no municipio da Côrte e o superior em todo o Imperio. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>. Acesso em: 16. Nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 314, de 30 de outubro de 1895**. Reorganisa o ensino das Faculdades de Direito. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-314-30-outubro-1895-540752-publicacaooriginal-41651-pl.html>. Acesso em: 02. Dez. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994**. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. Disponível em: <http://www.zumbidospalmars.edu.br/pdf/legislacao-ensino-juridico.pdf>. Acesso em: 14. Nov. 2020.

BRASIL. **Resolução CNE/CES Nº 9, DE 29 DE SETEMBRO DE 2004**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=139041-rces009-04&category_slug=janeiro-2020&Itemid=30192. Acesso em: 05. Dez. 2020.

BRASIL. **Parecer CNE/CES Nº: 635/2018** sobre a Resolução 05/ MEC. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=12991>. Acesso em: 09. Dez. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113. Acesso em: 01. Dez. 2020.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Origens históricas do ensino jurídico brasileiro. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org). **Ensino Jurídico: para que(m)?**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000.

PIMENTA, Selma Garrido; ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos. **Docência do Ensino Superior**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 169.

MORÁN, José. **Mudando a educação com metodologias ativas**. Disponível em: <https://www.uniavan.edu.br/uploads/arquivo/N62vWDM7yb.pdf>. Acesso em: 25. Nov. 2020.

MORÁN, José. **Metodologias ativas e modelos híbridos na educação**. In: YAEGASHI, Solange e outros (Orgs). **Novas Tecnologias Digitais: Reflexões sobre mediação, aprendizagem e desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2017, p.23-35.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2. Ed. São Paulo: Cortez; Brasília, UNESCO, 2011.

WALL, M. L.; PRADO, M. L.; CARRARO, T. E. **A experiência de realizar um Estágio Docência aplicando metodologias ativas**. Revista ACTA, 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ape/v21n3/pt_22.pdf. Acesso em: 13. Dez. 2020.

**DIREITO, INOVAÇÃO E
TECNOLOGIA
(GT 2)**

A ENTRADA EM VIGOR DA LEI GERAL DA PROTEÇÃO DE DADOS E AS MODIFICAÇÕES NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO

THE ENTRY INTO FORCE OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW AND CHANGES IN EDUCATION INSTITUTIONS

Ana Livia Silva Bastos¹

Leonina Avelino Barroso de Oliveira²

Resumo: O presente artigo buscou discorrer acerca da Lei Geral de Proteção de Dados, pois trata-se de um tema extremamente recente, haja vista que a referida lei entrou em vigor em agosto do corrente ano. Fundamentado em leis, pesquisas bibliográficas e posicionamento de doutrinadores em webinars, o presente artigo busca não só discorrer, mas, também, informar os direitos do cidadão elencados na lei supracitada. Entendendo a complexidade do tema diante de sua relevância no cenário atual sem deixar de evidenciar os direitos inerentes aos indivíduos, faz-se necessário esclarecer a aplicabilidade desta lei ao direito educacional. Essas ferramentas de pesquisa buscarão sanar as principais dúvidas, como: a quem esta lei é aplicável; o que mudará em relação à antiga legislação; se todos os alunos são obrigados a fornecer os dados; e se trata de um direito absoluto ou relativo, dentre outras. Com a entrada em vigor desta legislação que altera a lei do marco civil da internet, muitas instituições de ensino deverão fazer uma nova análise dos dados coletados sob a justificativa de que deverão solicitar somente os dados que forem realmente necessários, podendo o titular questionar o fornecimento de alguma informação pessoal que não julgue pertinente. É imperioso ressaltar que as empresas possuem o prazo para se adequarem a nova legislação até o mês de agosto de 2021 sob pena de multa. Isto posto, o artigo abordará leis que regem o tema na vigência de sua publicação para, posteriormente, chegar a uma conclusão, de forma a sanar as possíveis dúvidas acerca do assunto. Logo, a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados se tornou necessária para criar segurança jurídica padronizar as normas a fim de que essa proteção seja realizada de forma efetiva e igualitária.

Palavras-Chave: Direito Educacional; Proteção de Dados; Direito do Cidadão.

Abstract: This article sought to discuss the General Data Protection Law, as it deals with an extremely recent issue, given that the said law came into force on August this year. Based on laws, bibliographic research and the positioning of professors in webinars, this article seeks not only to discuss, but also to inform the citizens' rights listed in the aforementioned law. Understanding the complexity of the theme in view of its relevance in the current scenario, while highlighting the rights inherent in the theme, it is necessary to clarify the applicability of this law to educational law. These research tools will seek to resolve the main doubts, such as: to whom this law is applicable; what will change from the old legislation; whether all students are required to provide the data; and it is an absolute or relative right, among others. With the entry into force of this legislation that alters the law of the civil framework of the internet, many educational institutions will have to make a new analysis of the data collected under the

¹ Graduanda em Direito no Centro de Ensino Superior de Valença.

² Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade de Vassouras (2016/2018). Possui graduação em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Valença (2002).

justification that they will have to request only the data that are really necessary, being able to question the supply any personal information that you do not deem relevant. It is imperative to emphasize that companies have the deadline to adapt to the new legislation until August 2021 under penalty of a fine. That said, the article will address laws that govern the theme during the period of its publication and, later, reach a conclusion, in order to resolve possible doubts about the theme. Therefore, the entry into force of the General Data Protection Law became necessary to create legal certainty and standardize the rules so that this protection is carried out in an effective and equal way.

Keywords: Educational Law; Data Protection; Citizen Law.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados foi publicada em 2018, mas só entrou em vigor em agosto de 2020 com o intuito de modificar a Lei do Marco Civil da Internet. A referida lei trata dos dados pessoais de todo cidadão brasileiro e até mesmo aos estrangeiros que estiverem em território nacional. Ela tem como objetivo criar uma segurança jurídica padronizando as normas para que a proteção seja feita de forma efetiva e igualitária.

Inicialmente, foi criada a General Data Protection Regular – GDPR, na Europa e esta lei foi de extrema importância para as modificações em outros países, uma vez que determinou que manteria relações com os países que possuísem uma lei parecida, isto é, uma legislação que busca proteger os dados. Em consequência disso, muitos países buscaram se adaptar para continuar celebrando contratos com a Europa.

Isto posto, o presente artigo abordará o tema de atual relevância com o objetivo discutir os temas pertinentes à Lei de Proteção de Dados que são aplicáveis ao direito educacional, buscando resguardar os direitos do estudante e, também, dos funcionários atuantes nas Instituições.

Para isso, o artigo utilizará como base a legislação que aborda o tema, com o intuito de esclarecer quaisquer dúvidas que possam surgir, e o posicionamento de grandes autores. Ressalta-se que em virtude da atualidade do tema, há diversas discussões e, por isso, o assunto necessita, ainda, de maiores esclarecimentos.

Essas ferramentas de pesquisa buscarão sanar as principais dúvidas, como: a quem esta lei é aplicável; se todos os brasileiros são obrigados a fornecer os dados; e se trata de um direito absoluto ou relativo.

Logo, o artigo buscará realizar uma análise das leis que regem o tema na vigência de sua publicação e terá como base pesquisas bibliográficas para, posteriormente, chegar a uma conclusão.

2. CONCEITO

O dado pessoal, conforme dispõe o artigo 5, I da Lei 13.709/2018, é “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. A pessoa natural, por sua vez é aquela que é dotada de capacidade, isto é, aptidão para executar os atos da vida civil.

Soares explica que:

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/2018, tem como objetivo regulamentar o tratamento de dados pessoais pelas empresas, uma vez que os dados pessoais ganharam grande importância na economia moderna, pois permitem fazer previsões, analisar perfis de consumo, opinião, entre outras atividades.³

GARCIA (2020, p.15) afirma que “a LGPD não tem como escopo os dados das empresas (pessoas jurídicas), mas sim os dados que as empresas têm das pessoas físicas, sejam elas funcionárias, terceiras, clientes, acionistas etc. – ou seja, todo mundo”⁴ e afirma, também, que ela foi inspirada na General Data Protection Regular de origem europeia.

Segundo Peck,

[...] as leis sobre proteção de dados pessoais têm uma característica muito peculiar de redação principiológica e de amarração com indicadores mais assertivos, de ordem técnica, que permitam auferir de forma auditável se o compromisso está sendo cumprido, por meio da análise de trilhas de auditoria e da implementação de uma série de itens de controle para uma melhor governança dos dados pessoais.⁵

Peck traz o desmembramento e divisões da LGPD, comparando-a com a GDPR, legislação europeia:

a versão nacional é mais enxuta e em alguns aspectos deixou margem para interpretação mais ampla, trazendo alguns pontos de insegurança jurídica por permitir espaço para subjetividade onde deveria ter sido mais assertiva. Um exemplo disso ocorre em relação à determinação de prazos: enquanto o GDPR prevê prazos exatos, como de 72 horas, a LGPD prevê prazo razoável.⁶

É imperioso frisar que, de acordo com o artigo 4º, a Lei Geral de Proteção de Dados tem como objetivo uniformizar as relações, contudo, ela não pode ser aplicada às relações particulares que não possuem fins econômicos, em atividades acadêmicas e jornalísticas.

³ SOARES, Paulo Vinicius de Carvalho. **Guia LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Simplificada**. Disponível em: <https://conteudo.lbca.com.br/lgpd-guia-simplificado>. Acesso em 30 de out. 2020.

⁴ GARCIA, Lara Rocha. AGUILERA-FERNANDES, Edson. GONÇALVES, Rafael Augusto Moreno. PEREIRA-BARRETO, Marcos Ribeiro. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): guia de implantação**. – Editora Edgard Blücher Ltda, 2020.

⁵ PECK, Patricia. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários a Lei nº 13.709/2018 (LGPD)** / Patricia Peck Pinheiro – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

⁶ PECK, Patricia. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários a Lei nº 13.709/2018 (LGPD)** / Patricia Peck Pinheiro – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

A LGPD busca proteger os dados dos brasileiros, os quais ela classifica em: dados comuns e dados sensíveis. Os dados comuns são aqueles que permitem a identificação do indivíduo como informação do Cadastro de Pessoa Física, por exemplo. Já os dados sensíveis são aqueles que dizem respeito à vida pessoal, isto é, posição política, orientação religiosa, dentre outros.

Logo, conclui-se que a LGPD é uma inovação no ordenamento jurídico que busca estabelecer normas gerais para o tratamento de dados, tendo como base a legislação europeia, princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, impondo como requisito a necessidade na solicitação de informações pessoais.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A colheita de dados pessoais teve início com a formação do Estado Moderno que sucede o Feudalismo, pois cada feudo passou a ter autonomia política. Neste momento, com a formação desses Estados, há a concentração de poder e o rei buscava colher informações para conhecer o seu povo. De acordo com Burke,

desde a antiguidade, tanto no oriente como no ocidente, governantes estiveram interessados em coletar informações sobre os povos que controlavam. Mas somente a partir do princípio da era moderna a coleta sistemática de informações se tornou prática de governo na Europa.⁷

Posteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, de acordo com Bioni “a máquina administrativa percebe que as informações pessoais dos seus cidadãos são úteis para planejar e coordenar as suas ações para um crescimento ordenado”. Ou seja, desde esse período, a coleta de dados se mostra extremamente pertinente aos governantes.

Bioni afirma que a tecnologia foi um avanço para o sistema de coleta de dados:

No estágio atual, a sociedade está encravada por uma nova forma de organização em que a informação é o elemento nuclear para o desenvolvimento da economia, substituindo os recursos que outrora estruturavam as sociedades agrícola, industrial e pós-industrial. Essa nova forma de organização social foi sedimentada em razão da evolução tecnológica recente, que criou mecanismos capazes de processar e transmitir informações em uma quantidade e velocidade jamais imaginável. Os relacionamentos sociais foram energizados por um fluxo informacional que não encontram mais obstáculos físicos distanciais. Há uma nova compreensão (mais abreviada) da relação entre tempo-espaço, o que outrora acarretava maior cadência às interações sociais.⁸

⁷ RIBEIRO, Sheila Maria Reis. Gestão Ativa e Transparente. **XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 Nov. 2012. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/1249/1/reisribe.pdf>. Acesso em 03 de Dez. 2020.

⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento** / Bruno Ricardo Bioni. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Acerca da informação e sua importância Bioni afirma que:

A informação avoca um papel central e adjetivante da sociedade: sociedade da informação. A informação é o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial.⁹

O referido autor informa, ainda que “desde a sociedade industrial, já se reconhecia a informação como um fator determinante para a geração de riquezas”. O avanço da tecnologia foi um fator que possibilitou o armazenamento de dados pessoais em uma máquina, o computador. Antigamente essa coleta de informações era realizada de forma manual em papéis, por exemplo em cartórios quando era realizada a ficha de cadastro para reconhecimento de firma, em seguida passaram a utilizar máquinas de datilografia, mas ainda assim o papel era utilizado.

Até mesmo com a chegada do computador, o sistema de armazenamento foi sofisticando com o passar dos anos. Os bits passaram a ser utilizados, modificando apenas o modo de armazenamento. Antes as informações contidas eram guardadas no disquete, em seguida passou para o Compact Disc, posteriormente para o pen drive e, atualmente, é utilizado o armazenamento externo.

No tocante ao decurso do tempo e a evolução, ressalta-se as modificações realizadas na legislação brasileira. Em 1994, foi aprovado o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, o qual dispõe no artigo 10 que os dados referentes a propriedade intelectual devem ser preservados, no entanto, não havia, ainda, uma legislação específica.

Em 27 de abril de 2016, foi publicado o Regulamento Geral da Proteção de Dados – GDPR na Europa. Tal fato impactou os outros países uma vez que determinou que os aqueles que desejassem manter relações econômicas com a Europa, deveriam ter uma legislação que estivesse no mesmo nível que o GDPR, ou seja, que possuem leis que regulassem e protegessem os dados das pessoas ou empresas com quem desejavam negociar.

Conforme demonstra Peck (2020, p.17) a GDPR tem como objetivo propiciar um espaço em que se tenha liberdade com mais segurança com o intuito de minimizar os conflitos dentro do mercado interno, ela pretende dar seguridade para que os dados não transitem de forma livre

⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento** / Bruno Ricardo Bioni. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

dentro desse mercado, garantir transparência no tratamento de dados, impor obrigações e responsabilidades, dentre outras.

Acerca da importância da LGPD, Peck afirma:

A necessidade de leis específicas para a proteção dos dados pessoais aumentou com o rápido desenvolvimento e a expansão da tecnologia no mundo, como resultado dos desdobramentos da globalização, que trouxe como uma de suas consequências o aumento da importância da informação.¹⁰

É de suma importância ressaltar que, no Brasil, o tratamento de dados era previsto na Lei do Marco Civil da Internet e Lei do Cadastro Positivo, no entanto, a questão não era tratada com tamanha especificidade e não estabelecia uma maneira uniforme de utilização e cobrança dessas informações.

Contudo, a Lei Geral de Proteção de Dados ainda traz bastante discussões, algo que já ocorria antes mesmo da sua entrada em vigor, por exemplo, pode-se citar a divergência em relação à criação da Agência Nacional de Proteção de Dados em que, inicialmente houve veto presidencial para a sua criação, posteriormente o projeto foi aprovado através da MP 968/2018 e, em seguida, convertido na Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019.

Peck afirma que a criação da Agência Nacional de Proteção de Dados configura:

[...] uma importante figura para a garantia da eficácia e aplicação prática das normas trazidas com a regulação de proteção de dados no Brasil e para se alcançar o mesmo nível de adequação do Regulamento GDPR, e também com a finalidade de ampliação do prazo para sua entrada em vigor.¹¹

Ainda, sobre a Agência Nacional de Proteção de Dados, Marinho se posiciona alegando que:

Na prática, quem vai efetivamente fiscalizar as empresas é o próprio mercado, que vai exigir cada vez mais que seus fornecedores estejam adequados para não caírem em “não conformidade” e em denúncias de clientes que se sintam prejudicados de alguma forma. O Ministério Público do Distrito Federal (MPDF) penaliza as empresas, mas quando a ANPD entrar em ação, ela deverá assumir esse papel. Todavia, o que deveria nos interessar é como colocar uma empresa em conformidade, e não quem está com a razão.¹²

4. DADOS PESSOAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

¹⁰ PECK, Patricia. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários a Lei nº 13.709/2018 (LGPD)** / Patricia Peck Pinheiro – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

¹¹ PECK, Patrícia. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários a Lei nº 13.709/2018 (LGPD)** / Patricia Peck Pinheiro – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹² MARINHO, Fernando. **Os 10 mandamentos da LGPD: como implementar a Lei Geral de Proteção de Dados em 14 passos** / Fernando Marinho. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

É imperioso frisar que os dados podem ser anônimos quando for necessário omitir algumas informações do titular. O anonimato é o meio de impossibilitar a associação de qualquer informação a alguma pessoa, isto é, a incapacidade de identifica-la, no intuito de preservar os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana.

Um ponto de suma importância acerca dos direitos da personalidade é que, atualmente, há câmeras espalhadas em diversas localidades, dando a sensação de que as pessoas são vigiadas todo o tempo. Ocorre que tal fato pode ensejar violação ao direito de imagem, um direito personalíssimo, previsto na nossa Carta Magna artigo 5º, X e na LGPD uma vez que as imagens da pessoa ficam armazenadas.

A Lei Geral de Proteção de Dados busca proteger os dados pessoais e, conseqüentemente, a imagem do indivíduo. No entanto, para que funcione de forma efetiva, é necessário que siga alguns princípios, são eles, de acordo com Soares¹³:

- a. Finalidade: Esse princípio preconiza que todos os atos praticados se restringir ao disposto na norma;
- b. Adequação: De acordo com esse princípio, as informações obtidas não poderão ser utilizadas em outra situação, pois ela é adequada somente àquele que tem como finalidade;
- c. Necessidade: A coleta de dados não pode ser feita por motivos supérfluos, deve haver justificativa relevante;
- d. Livre Acesso: O titular deve ter acesso livre aos dados que forneceu;
- e. Prevenção: A pessoa ou empresa que coletar os dados deverá tomar medidas que não possam expor o titular e garantir que esses dados estarão seguros, a fim de não ocorrer divulgação;
- f. Transparência: A pessoa que fornecer os dados, deve ter total ciência acerca da finalidade desses dados;
- g. Não Discriminação: Os dados obtidos não poderão ser utilizados como forma de discriminação. A pessoa que coletar deverá agir de forma imparcial;
- h. Segurança: As empresas que realizarem colher dados, deverão ter uma equipe especializada em tecnologia para garantir que esses dados não sejam divulgados e que estarão seguros em seus arquivos;

¹³SOARES, Paulo Vinicius de Carvalho. **Guia LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Simplificada**. Disponível em: <https://conteudo.lbca.com.br/lgpd-guia-simplificado>. Acesso em 30 de out. 2020.

- i. Responsabilidade e Prestação de Contas: Também conhecido como responsabilidade e ressarcimento, esse princípio prevê que a empresa que coletar os dados deverá se responsabilizar por possíveis danos.

Ressalta-se que muitas empresas realizavam a coleta de dados sem observar a necessidade, o livre acesso, a prestação de contas, dentre outro. Muitas vezes essas informações eram coletadas para instituição do programa fidelidade para atrair e manter mais clientes. No tocante às instituições de ensino, isso pode ser caracterizado mediante as bolsas concedidas para os alunos dos de pós-graduação que concluíram a graduação nesta mesma instituição, isto é, fornecer um desconto significativo para manter o aluno e valorizar a instituição. Com relação aos programas de fidelidade, Marinho afirma:

Com o advento da LGPD, muito do que era praticado para chegar a esse ponto passou a ser considerado não conformidade, sujeitando a empresa controladora dos dados às penalidades previstas: desde simples advertência até o bloqueio da base de dados, responsabilizando a alta gestão por eventual vazamento. A LGPD não coíbe a existência desses programas, mas determina o atendimento aos seus requisitos, disciplinando o tratamento dos dados dos associados por meio do enquadramento das bases legais e da implementação de mecanismos para segurança da informação.¹⁴

Logo, esses princípios que norteiam a LGPD se mostram de suma importância para que as empresas possam atuar de forma mais segura, devendo sempre respeitar os direitos do indivíduo, evitando, assim, possíveis danos ao indivíduo.

5 APLICAÇÃO DA LGPD NS INSTITUIÇÕES DE ENSINO

É de suma importância tratar deste tema direcionado às instituições de ensino porque ao realizar a matrícula seja em escolas ou universidades, o candidato fornece dados pessoais para a Instituição. Ocorre que, muitas vezes, os dados solicitados não eram necessários e, após a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, essa solicitação deverá passar por uma nova análise com o intuito de verificar e definir quais informações serão solicitadas no ato da matrícula, observando sempre o princípio da necessidade.

Muitas vezes são solicitados dados sensíveis, isto é, aqueles dados que dizem respeito à vida pessoal do aluno, bem como, opinião política, orientação sexual, religião, dentre outras. Neste caso, deverá ser feita uma justificativa para que esses dados sejam solicitados.

Além disso, ressalta-se que uma instituição não é composta somente de alunos, mas há também o corpo docente e, em alguns, casos funcionários de empresas terceirizadas. Estes

¹⁴ MARINHO, Fernando. **Os 10 mandamentos da LGPD: como implementar a Lei Geral de Proteção de Dados em 14 passos** / Fernando Marinho. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

também são submetidos à LGPD, isto é, no momento da contratação deverá ser solicitado dados que realmente são necessários para a empresa e execução do serviço.

Em caso de cursos de instituições brasileiras que são ofertados à distância em outros países, frise-se que a LGPD é dotada de extraterritorialidade, isto é, ela deverá ser aplicada nos contratos que forem celebrados em outros países, é o que afirma PECK (2020, p.39):

A LGPD tem alcance extraterritorial, ou seja, efeitos internacionais, na medida em que se aplica também aos dados que sejam tratados fora do Brasil, desde que a coleta tenha ocorrido em território nacional, ou por oferta de produto ou serviço para indivíduos no território nacional ou que estivessem no Brasil. Desse modo, o dado pessoal tratado por uma empresa de serviço de cloud computing que armazene o dado fora do país terá que cumprir as exigências da LGPD.¹⁵

Com a entrada dessa lei em vigor, as instituições de ensino precisarão rever quais documentos serão solicitados no ato da matrícula, haja vista que deve levar em consideração o princípio da necessidade, isto é, solicitar apenas os documentos que forem realmente necessários.

Logo, o contrato de matrícula deverá conter cláusulas que especifiquem quais dados estão sendo coletados, qual a sua relevância e finalidade. Diante disso, o titular tem o direito de contestar o fornecimento de algum dado que não julgue pertinente.

É imperioso frisar que a Lei Geral de Proteção de Dados não se aplica as pesquisas acadêmicas, pois de acordo com o artigo 11, os dados que forem obtidos para este fim não precisam de consentimento, contudo, é necessário promover a anonimização sempre que for possível. Ademais, é muito importante que estes pesquisadores não divulguem e nem repassem os dados coletados.

Nas Instituições de Ensino existem setores que trabalham especificamente com dados dos alunos como a Secretaria Acadêmica e os setores que trabalham com os dados dos funcionários como os Recursos Humanos e, em certos casos em que for necessário realizar algum comunicado de forma virtual, deve-se evitar ao máximo a identificação do indivíduo, protegendo não só as informações pessoais, mas também sua imagem. Por exemplo, estamos vivendo um momento atípico, isto é, uma pandemia que forçou a ocorrência de diversas mudanças bem como a substituição de aulas presenciais por meios remotos e, nestes casos, se o professor necessitar fazer algum comunicado no site da Instituição que envolva os alunos, deverá buscar manter o anonimato para que ele não seja exposto.

¹⁵ PECK, Patrícia. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários a Lei nº 13.709/2018 (LGPD)** / Patricia Peck Pinheiro – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Há, também, os casos de apresentação de trabalho, em que são obtidas imagens dos estudantes e, estas apresentações, geralmente, são gravadas para fins de arquivamento. Nesses casos, é de suma importância obter autorização do aluno através de instrumento formal, isto é, uma autorização por escrito e neste documento deverá conter a devida explicação do porquê ele será gravado, sempre observando o princípio da necessidade. Ressalta-se que se o aluno for menor de idade, deverá apresentar autorização dos responsáveis.

É importante lembrar que esse consentimento pode ser revogado em que inicialmente o aluno pode autorizar a gravação de sua imagem e depois desistir, ou então, aqueles alunos que necessitem da autorização de seus responsáveis podem não conseguir obtê-la. Nestes casos, a Instituição de Ensino deverá estar preparada, ou seja, aliar a equipe que será formada para cuidar do tratamento de dados com a equipe responsável pela tecnologia da informação, com o intuito de editar as gravações e excluir a parte referente aos alunos que não consentiram a gravação de sua imagem.

Outrossim, é direito do estudante solicitar a exclusão de seus dados, conforme dispõe o artigo 18, IV da LGPD. No entanto, a Universidade poderá não o fazer mediante justificativa significativa de acordo com o artigo 4º da referida lei.

Faz-se mister enfatizar que finalizado o tratamento de dados, eles deverão ser excluídos, isto é, cessando a razão pela qual a informação pessoal foi obtida, ela deverá ser eliminada por questões de segurança e preservação dos direitos da personalidade. Por exemplo, determinados dados foram coletados no momento da contratação do funcionário para exercer atividade laborativa na Instituição de Ensino, no momento em que ele for desligado da empresa e estes dados não forem mais necessários, deverão ser eliminados do sistema.

No tocante às Universidades da rede federal de ensino, deve-se ressaltar que de acordo com a Lei 8.159/91, o Poder Público poderá gerir documentos e deverá conceder proteção especial para que sejam utilizados com finalidade probatória e informativa. Ademais, o artigo 6º dispõe que em caso de violação de sigilo, a pessoa que sofreu o dano poderá ser indenizada a título de dano moral e a instituição de ensino deverá responder penal, civil e administrativamente.

Outrossim, é importante frisar que o artigo 207 da Constituição Federal prevê a autonomia administrativa nas Universidade, isto é, a Instituição de Ensino pode praticar atos que entenda serem necessários para seu melhor funcionamento. Adequando este artigo à LGPD, pode-se afirmar que as instituições de ensino podem solicitar dados sensíveis mediante comprovação da necessidade.

6 CONTROLES PARA IMPLANTAÇÃO DA LGPD

As empresas possuem até agosto de 2021 para se adaptarem à LGPD, caso não o façam poderão sofrer penalidades constantes no artigo 52, bem como, pagamento de multa, advertência, dentre outras medidas perfeitamente cabíveis. Contudo, ressalta-se que as penas só poderão ser aplicadas após instauração de processo administrativo, sendo assegurado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Além disso, conforme dispõe artigo 52, §1º da referida lei, durante o processo administrativo, deverão ser analisadas a boa-fé daquele que infringiu a lei, se houve reincidência, o grau do dano, dentre outras possibilidades e, por isso, é imprescindível que as Instituições de Ensino atuem tendo como norte os princípios que regem a LGPD lei, com o intuito de amenizar a incidência de erros.

A aplicação dessas penalidades ficaria à cargo da Agência Nacional de Proteção de Dados, haja vista que possui encargo fiscalizador. De acordo com PECK (2020, p.49), esse órgão possui dois perfis: orientativo e punitivo. Ou seja, a ANPD existirá para regular as relações entre as instituições de ensino, alunos e funcionários. Ela terá como objetivo, conforme disposto no artigo 55-J, zelar pela proteção das informações pessoais, elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e de Privacidade, fiscalizar e aplicar sanções em caso de descumprimento, dentre outras.

Peck conclui, acerca da ANPD que:

De maneira geral, pode-se afirmar que a constituição da ANPD é essencial para que o enforcement da Lei de Proteção de Dados seja possível, ou seja, é esse regulamento que torna a aplicação da lei possível. Isso ocorre porque um regulamento com previsão de sanções sem órgão fiscalizador não tem efetividade nem garantia de funcionamento.¹⁶

Para que as Instituições de Ensino cumpram com rigor o disposto na legislação, é recomendável criar um setor que cuide especificamente do tratamento de dados, com o intuito de verificar se as informações obtidas são mesmo necessárias e se estão em conformidade com o disposto na LGPD e aqueles que não forem, deverá ser excluído imediatamente.

Ressalta-se que a partir da vigência da lei, há a *vacatio legis*, isto é, o tempo para que as empresas possam se habituar a nova legislação. Contudo, desde já, os contratos nas Instituições de Ensino devem começar a seguir o *privacy by design*.

¹⁶ PECK, Patrícia. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários a Lei nº 13.709/2018 (LGPD)** / Patricia Peck Pinheiro – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A General Data Protection Regular – GDPR, baseia-se no “*Privacy by Design*” e “*Privacy by Default*”. O *privacy by design* remete a ideia de que a privacidade deve estar em todos os atos praticados pela Instituição de Ensino, tem como objeto a prevenção do dano, isto é, mudar as atitudes da empresa para minimizar ao máximo os possíveis erros acerca da adequação à nova legislação. Já o *privacy by default* é um seguimento do *privacy by design*, haja vista que dispõe que após o usuário aceitar a coleta de dados, o serviço ao ser disponibilizado pela Instituição de Ensino deverá conter todas as configurações de forma mais restrita possível.

Garcia afirma que para ter um controle sobre tratamento de dados sob vigência da LGPD, é necessário que a empresa tenha uma gestão de cyberssegurança, isto é, um setor que cuide e proteja dos dados coletados.

Logo, para que a LGPD seja efetiva, deve haver não só princípios norteadores, mas também, um órgão que possa regular as atividades das empresas e em caso de descumprimento, aplicar uma sanção cabível. Para que as empresas atuem em conformidade com a legislação, é necessário criar um setor que cuide do tratamento de dados.

CONCLUSÃO

Diante o exposto, pode-se concluir que a Lei Geral de Proteção de Dados, publicada em agosto de 2018 foi elaborada com base na General Data Protection Regular de origem europeia. Ela tem como objetivo uniformizar a coleta de dados, estabelecendo normas gerais acerca da solicitação e tratamento de dados.

A coleta de informações surgiu no Estado Moderno com a centralização do poder em que o rei buscava obter informações para conhecer o seu povo. Ou seja, a obtenção de dados ocorre há tempos, no entanto, não havia regulamentação com o intuito de proteger o indivíduo. Com o passar dos anos a forma de armazenamento desses dados foi modificando até chegar no modelo atual em que se utiliza mais o pen drive e o armazenamento externo.

Outrossim, o decurso temporal propiciou o reconhecimento dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, passando a serem abordados na legislação brasileira. No tocante a proteção de dados, a Lei do Marco Civil da Internet, revogada pela LGPD, buscava os direitos da personalidade no âmbito digital. Tal direito era protegido, também, na Lei do Cadastro Positivo.

A Lei Geral de Proteção de Dados é regida por alguns princípios, dentre eles o da necessidade, o qual dispõe que as empresas só deverão solicitar os dados que realmente forem

necessários e isso deverá ser feito mediante justificativa e o princípio do livre acesso em que o indivíduo poderá a qualquer momento solicitar, a título de informação, os dados que foram coletados.

No tocante à aplicação da LGPD na Instituições de Ensino é importante ressaltar que no momento em que o estudante for realizar a matrícula em algum curso oferecido, devem ser solicitados somente os dados que forem realmente necessários. Outro fator importante é de que a Instituição não é composta somente de alunos, mas, também, de funcionários e no momento da contratação destes, devem ser solicitados somente os dados que forem necessários para a execução do serviço, sob justificativa.

Outrossim, o estudante ou funcionário poderá questionar o fornecimento de alguma informação ou até mesmo se recusar a fornecê-la e caso esse dado seja indispensável, a Instituição de Ensino poderá mantê-lo, no entanto, deverá justificar o ato.

A Lei Geral de Proteção de Dados é dotada de extraterritorialidade e, por isso, deverá ser aplicada nos contratos brasileiros que forem celebrados no exterior, por exemplo, uma instituição de ensino brasileira que ofertar cursos à distância com um polo em outro país. Outrossim, ela se aplica a todos os estrangeiros que estiverem no Brasil, seja para morar definitivamente, seja à passeio.

É imperioso frisar que a LGPD não se aplica para fins não econômicos, isto é a Instituição de Ensino poderá colher os dados que julgar necessários sem justificativa se for utilizá-los para fins de pesquisa acadêmica, conforme demonstra o artigo 11º da referida lei. Outro fator de suma importância é que o consentimento do aluno pode ser revogado, ou seja, ele pode concordar em fornecer certos dados e depois solicitar a exclusão e, para isso, é recomendável que a empresa possua um setor específico que cuide do tratamento de dados. Esse setor se faz imprescindível porque quando os dados não forem mais necessários para a Instituição de Ensino, deverão ser excluídos do sistema imediatamente. A equipe deve realizar esse controle entre o que é permitido pela legislação e os dados que a Instituição de Ensino possui.

Quando uma lei entra em vigor, as pessoas às quais ela se destina possuem um tempo para se adaptarem à nova redação e com a LGPD não seria diferente. Apesar de entrar em vigor no ano de 2020, as instituições de ensino possuem até agosto de 2021 para se adequarem, isto é, fazer uma análise dos dados que são solicitados e excluir os que entenderem que não são necessários. Caso não eliminem essas informações que não são consideradas importantes, poderão pagar multa no valor de 2% do faturamento da Instituição.

Para a fiscalização precisa e correta sobre a coleta e armazenamentos desses dados, a lei estabeleceu que a Agência Nacional de Proteção de Dados seria o órgão fiscalizador que possui caráter orientativo e punitivo, isto é, ao mesmo tempo em que vigia as instituições de ensino para saber se estão agindo em conformidade com o disposto em lei, em caso negativo, pode aplicar sanções.

Logo, a Lei Geral de Proteção de Dados entrou em vigor em um momento extremamente necessário diante da globalização, em que diversas pessoas têm acessos aos dados de outras através de aparelhos e aplicativos. Ela surge com o intuito de uniformizar as relações contratuais para que sejam coletados somente os dados que forem necessários e garantindo toda a segurança para que eles não sejam divulgados e, em alguns casos específicos, garante o anonimato.

BIBLIOGRAFIA

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**/ Bruno Ricardo Bioni. - 2.ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GARCIA, Lara Rocha. AGUILERA-FERNANDES, Edson. GONÇALVES, Rafael Augusto Moreno. PEREIRA-BARRETO, Marcos Ribeiro. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): guia de implantação**. – Editora Edgard Blücher Ltda, 2020.

MARINHO, Fernando. **Os 10 mandamentos da LGPD: como implementar a Lei Geral de Proteção de Dados em 14 passos**/ Fernando Marinho. 1.ed. - São Paulo: Atlas, 2020.

MELO, Leonardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: <https://www.ufpr.br/portalfupr/lei-geral-de-protacao-de-dados-pessoais-lgpd/>. Acesso em 03 de Dez. de 2020.

O que muda com a nova lei de dados pessoais. LGPDbrasil.com.br. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/o-que-muda-com-a-lei/>. Acesso em 30 de out. 2020.

PECK, Patrícia. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários a Lei nº 13.709/2018 (LGPD)** / Patrícia Peck Pinheiro – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RIBEIRO, Sheila Maria Reis. **Gestão Ativa e Transparente**. XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 Nov. 2012. Disponível em:

<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/1249/1/reisrbe.pdf>. Acesso em 03 de Dez. de 2020.

SOARES, Paulo Vinicius de Carvalho. **Guia LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Simplificada**. Disponível em: <https://conteudo.lbca.com.br/lgpd-guia-simplificado>. Acesso em 30 de out. 2020.

TRABALHADORES POR PLATAFORMA DIGITAL COM BASE NA WEB NO BRASIL E SUA (DES) PROTEÇÃO LEGAL

WORKERS THROUGH DIGITAL WEB-BASED PLATFORM IN BRAZIL AND THEIR LEGAL (DIS)PROTECTION

Andrea Cristina Martins¹

Resumo: O presente artigo tem por escopo a análise do surgimento de novas formas de trabalho. Em específico, do trabalho através de plataformas digitais com base na web, e a existência, ou não, de legislação laboral protetiva a esses trabalhadores no Brasil. Buscou-se responder as questões como: O que é o trabalho por plataforma com base na web? Há regulação na legislação nacional sobre o trabalho nessas plataformas? Há proteção aos trabalhadores nessas plataformas? Qual é a correlação entre o trabalhador autônomo e o assalariado? Para respondê-las, foi analisada a legislação trabalhista e realizada uma pesquisa bibliográfica, com análise de documentos, legislação e doutrina jurídica. A metodologia para realização dessa pesquisa emprega a perspectiva epistemológica do Materialismo Histórico e do Método Dialético. A categoria central de análise foi o entendimento do trabalho através da sua relação conflituosa com capital. No Brasil, encontra-se uma ausência de regulamentação para essas relações de trabalho, deixando os trabalhadores em plataformas digitais com base na web fora do âmbito protetivo do Direito do Trabalho, deslocando-os para a legislação civil. Esses trabalhadores são delimitados na figura jurídica do trabalhador autônomo, sem subordinação e sem proteção da legislação laboral, levando-os à precarização.

Palavras-Chaves: Plataforma Digital com base na *Web*; Direito do Trabalho; Trabalhador Autônomo; Precarização.

Abstract: This article aims at analyzing the emergence of new modes of work. Specifically, work through digital web-based platforms and the existence, or not, of work legislation protective to these workers in Brazil. We aim to answer questions like what is work through a web-based platform? Is there regulation in the national legislation regarding work on these platforms? Is there protection for workers on these platforms? What is the relation between the autonomous worker and the salaried worker? To answer them, we analyze the labor legislation and perform a bibliographical research, with analyses of documents, legislation, and juridical doctrine. The methodology of this research uses the epistemological perspective of the Historical Materialism and the Dialectic Method. The central category for analysis was the understanding of work through its conflictual relation with capital. In Brazil, we find an absence of regulation for these work relations, leaving workers in digital web-based platforms outside the protective scope of the civil legislation. These workers are delimited in the juridical figure of the autonomous worker, without subordination nor protection in the work legislation, leaving them to precarization.

Keywords: Workers over Web-Based Digital Platform; Labor Law; Autonomous Worker; Precariousness.

¹ Doutora em Ciências Sociais Aplicadas. Andreamartins2004@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O mundo do trabalho vem passando por profundas transformações. No final do século XX, em virtude das modificações econômicas, políticas, sociais no mundo, deu-se início a decadência dos Estados de Bem-Estar Social, naquelas sociedades que conseguiram construí-los. O pleno emprego foi cedendo espaço para outras formas de trabalho, muitos trabalhos precários, para a informalidade e o desemprego. No campo jurídico, um processo acentuado de desregulamentação, flexibilização e precarização das relações de trabalho. Todas essas determinações reunidas contribuem para as transformações que o mundo do trabalho está passando.²

Em especial a partir do século XXI, quando o avanço tecnológico e as crises do capital se tornam permanentes na sociedade contemporânea. Muito se tem debatido sobre a expansão da tecnologia no mundo do trabalho, e a substituição de postos de trabalho por máquinas, mas ao mesmo tempo, novos empregos, novas formas de trabalho e novas profissões estão, e estarão surgindo em conjunto com as novas tecnologias.

Para além da crescente tecnologia, há dois fatores que contribuem para as mudanças no mundo do trabalho, quais sejam, a globalização e o crescimento do setor financeiro.

A globalização, é também a globalização da produção e do trabalho, tendo como consequência a ampliação dos processos de terceirização e a busca por novos, e mais baratos, mercados de trabalho acarretando uma ampla reestruturação no mercado de trabalho mundial.

Por meio da consolidação inédita do sistema de coordenação centralizada capitalista, com articulação e integração descentralizada da produção de bens e serviços pelo mundo, a força de trabalho convive com a experimentação de formas cada vez mais sofisticadas de intensificação e extensão laboral.³

A financeirização do capital, acarreta no plano econômico o processo de desindustrialização, tendo como efeito direito a redução dos postos de trabalho no setor

² FONSECA, Vanessa Patriota da. O crowdsourcing e os desafios do sindicalismo em meio à crise civilizatória. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muni; FONSECA, Vanessa Patriota da. **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade**. Brasília: ESMPU, 2020. p. 358.

³ POCHMANN, Márcio. **Golpe político e direitos sociais e trabalhistas no Brasil**. In: POCHMANN, Márcio, et. al. La disputa por el bienestar en América Latina en tiempos de asedio neoliberal. Editoras Analía Minteguiaga; Paula Lucía Aguilar. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO, 2020. p. 56.

industrial. “O vazio proporcionado pela desindustrialização vem sendo ocupado pela chamada sociedade de serviço, que constitui, neste sentido, uma nova perspectiva de mudança estrutural no mundo do trabalho.”⁴

A financeirização gera uma profunda “deformação generalizada dos processos econômicos, sociais e ambientais, provocada pela migração dos nossos recursos de fomento econômico (por meio de investimentos) para ganhos improdutivos (por meio de aplicações financeiras).”⁵

O mundo do trabalho atual, passa a ter dois traços fundamentais, a individualização e invisibilização do trabalho encobertos por algoritmos que “*são programados para rigorosamente controlar e intensificar os tempos, ritmos e movimentos da força de trabalho.*” Mas além desse efeito, há ainda uma outra consequência perversa, a transformação do trabalho assalariado, protegido pela legislação laboral, por “prestadores de serviços”, *excluídos da proteção social do trabalho*. Uma das características peculiares do capitalismo brasileiro e latino americano é a *superexploração do trabalho*, que a cada dia se torna mais visível para trabalhadores e para a sociedade.⁶

2. O TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS

Decorrente das amplas transformações sociais, econômicas, políticas, mas também da expansão contínua da tecnologia e da internet, as formas de trabalho alteram-se, sendo o trabalho através das plataformas digitais, uma dessas novas formas de prestação do serviço.

As plataformas digitais de trabalho surgem nos anos 2000 e podem ser classificadas em dois grandes grupos, o trabalho realizado pela *web* e o trabalho realizado por aplicativos, também denominado de trabalho *on-demand*. Na primeira modalidade, o trabalho é ofertado para uma multidão de trabalhadores dispersos geograficamente no planeta inteiro. Na segunda modalidade, nas plataformas locais, o trabalho é realizado em espaços geográficos definidos, prestados por trabalhadores que aderem ao trabalho ofertado por aplicativos.

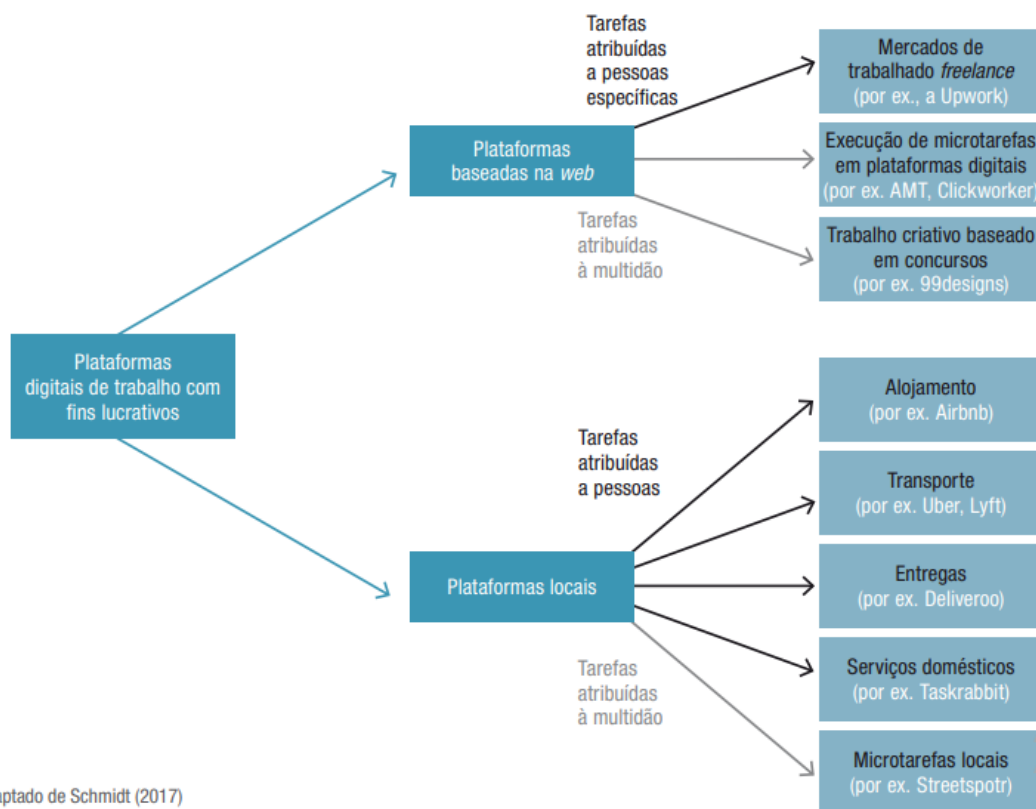
⁴ Ibid, p. 59

⁵ DOWBOR, Ladislaw. **A era do capital improdutivo: por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2017. p. 155.

⁶ ANTUNES, Ricardo. **Trabalho uberizado e capitalismo virótico**. Entrevista à DigiLabour. Disponível em: <https://mailchi.mp/uol/70>. Acesso em: 07/12/2020.

Há diversas formas de classificação das plataformas digitais, no presente trabalho será utilizada a classificação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), conforme imagem abaixo.

Figura 1 - CATEGORIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS DE TRABALHO



Fonte: Adaptado de Schmidt (2017)

FONTE: OIT (2020, p. 4)

O presente artigo analisa a modalidade de trabalho por plataforma digital pela *web*, também denominado *crowdwork*. A expressão inglesa *crowd* significa multidão, desta forma, a expressão *crowdwork* define o trabalho de uma multidão, isto é, o trabalho ofertado para um grupo amplo e ilimitado de trabalhadores sem uma limitação geográfica.

Em 2005, Jeff Howe⁷ usou o termo *crowdsourcing* para designar o ato de externalizar o trabalho, que era realizado dentro de uma empresa, para um grupo ilimitado de trabalhadores, utilizando-se em geral, a internet. A partir de então, o termo *crowdsourcing* passou a integrar o vocabulário no mundo do trabalho para designar o processo de terceirização da mão de obra, via plataformas digitais de trabalho.

⁷ HOWE, Jeff. **The rising of crowdsourcing**. Disponível em: <https://www.wired.com/2006/06/crowds/>. Acesso em: 01/12/2020.

As plataformas digitais fornecem a infraestrutura técnica que permite as empresas vincularem a oferta de trabalhos a multidão de trabalhadores, recebendo e avaliando os trabalhos e remunerando os trabalhadores, oferece também, aos trabalhadores a infraestrutura para a realização centralizada do trabalho.

Crowdsourcing pode ser definido como:

Crowdsourcing é um tipo de atividade participativa *online* (via internet) em que um indivíduo, uma instituição pública ou privada, uma organização sem fins lucrativos, ou uma empresa propõe a realização voluntária de uma tarefa a um grupo de indivíduos de conhecimento, heterogeneidade e número variados, através de uma chamada aberta flexível.⁸

O *crowdsourcing* pode ser utilizado pelas empresas, inclusive como um trabalho voluntário, “um modelo de produção que utiliza a inteligência e os conhecimentos coletivos de voluntários espalhados pela internet para resolver problemas, criar conteúdo ou desenvolver tecnologias.”⁹ Como exemplo do uso desse modelo de produção na forma colaborativa e voluntária, são o Linux, a Wikipédia, o Youtube, o Projeto Genoma Humano.

Essa economia da colaboração caracteriza-se por profundas transformações no mundo do trabalho e da produção.

Os líderes têm de pensar de maneira diferente sobre como concorrer e ser lucrativo, e adotar uma nova arte e ciência da colaboração [...]. Não se trata apenas de código aberto, criação de redes sociais, *crowdsourcing*, *smart mobs*, sabedoria da multidão ou outras ideias eu dizem respeito a esse tema. Na verdade, estamos falando de mudanças profundas na estrutura e no *modus operandi* da empresa e da nossa economia, baseadas em novos princípios competitivos, tais como abertura, *peer production* (*peering*), compartilhamento e ação global.¹⁰

Peering é “uma maneira de produzir bens e serviços que depende totalmente de comunidades auto organizadas e igualitárias de indivíduos que se unem voluntariamente para produzir um resultado compartilhado.”¹¹ Em um primeiro momento, o *peering*, pode parecer até uma forma solidária de realização de trabalho, mas para que o *peering* funcione melhor, são necessárias três condições: a) o objeto da produção está vinculado a informação ou cultura; b) as tarefas podem ser fragmentadas em pequenos pedaços; e

⁸ GUEVARA, Ladrón de; AROLAS, Estellès citado por BRANQUINHO, Carmen Lucia. ***Crowdsourcing: uma forma de inovação aberta***. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2016. p. 13

⁹ TAPSCOTT, Don; WILLIAMS, Anthony D. ***Wikinomics: uma colaboração em massa pode mudar o seu negócio***. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007. p. 11.

¹⁰ Ibid, p. 11.

¹¹ TAPSCOTT; WILLIAMS, 2007, p. 89.

c) os custos para integração das tarefas, liderança, controle de qualidade para o resultado final, devem ser baixos.¹²

Assim, podemos verificar que as plataformas digitais de trabalho são empresas, com interesses lucrativos, mesmo que o trabalho ofertado, possa ser um trabalho voluntário. O *crowdsourcing* é uma das estratégias de ampliação dos lucros da empresa, estando incluso em uma lógica mais ampliada de transformações da forma de uso da força de trabalho.

As plataformas digitais de trabalho seriam modelos de negócio baseados em infraestruturas digitais que possibilitam a interação de dois ou mais grupos tendo como objeto principal o trabalho intensivo, sempre considerando como plataforma não a natureza do serviço prestado pela empresa, mas sim o método, exclusivo ou conjugado, para a realização do negócio empresarial.¹³

A principal plataforma digital mundial é a Amazon Mechanical Turk. No Brasil, as principais plataformas digitais que estão em atuação: Alstra, 99Freelas, Fiverr, Freelancer, GetNinjas, GigNow, Guru, Maturi Services, dentre outras.¹⁴

A novidade do trabalho por plataformas digitais está nas ferramentas utilizadas decorrentes do avanço tecnológico, no entanto, essas formas de trabalho, assemelham-se a formas de trabalho já existentes em outros períodos históricos.¹⁵

A divisão do trabalho em tarefas, como ocorre nas plataformas digitais assemelha-se a períodos do taylorismo industrial e o pagamento por tarefa, é similar ao pagamento por peças, como ocorria no período pré-industrial. Conferindo a essa forma de trabalho um aspecto de retrocesso na proteção laboral.¹⁶ “Antes da fábrica taylorista e depois fordista, já havia “finalizadores” e “tarefeiros”, pagos por tarefa, às vezes muito especializadas, “autônomas” [...]”¹⁷

¹² TAPSCOTT; WILLIAMS, 2007.

¹³ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. **Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho**. Rev. Direito e Práxis., Rio de Janeiro, V. 11, N. 4, 2020, p. 2609-2634. p. 2622.

¹⁴ PEREIRA FILHO, João Lins. **As plataformas digitais para profissionais qualificados independentes e seus impactos na Gestão Estratégica de RH (GERH)**. 2020. Tese (Doutorado em Administração de Empresas) Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas.

¹⁵ DOCKÈS, Emmanuel. Os empregados das plataformas. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muni; FONSECA, Vanessa Patriota da. **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade**. Brasília : ESMPU, 2020.

¹⁶ CHÈRRY, Mirian, 2016 In: OIT, Organização Internacional do Trabalho. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho: promover o trabalho digno no mundo digital Bureau Internacional do Trabalho. Genebra: BIT, 2020.**

¹⁷ DOCKÈS, 2020, p. 174.

Desta forma, é possível aferir que as plataformas digitais são empresas, com finalidades lucrativas, que criam estratégias para através do uso da tecnologia intermediar a mão de obra entre as empresas que querem externalizar e baratear os custos da produção.

Algumas das plataformas digitais com base na *web*, podem ofertar trabalho divididos em pequenas tarefas, são as denominadas micro tarefas. “Ao dividir os empregos em “tarefas”, as plataformas facilitam novas formas de mercantilizar a mão-de-obra, de a vender “por solicitação” a empresas e a outras pessoas que pretendem externalizar algumas parcelas do seu volume de trabalho a um custo menor.”¹⁸

Assim, “as plataformas de micro tarefas são plataformas digitais de trabalho que fornecem às empresas acesso a uma mão-de-obra vasta e flexível, distribuída por todo o mundo, tendo em vista a execução de inúmeras tarefas pequenas e rápidas, muitas vezes repetitivas.”¹⁹

“A ideia de trabalho em multidão (*crowdwork*) envolve a intensa fragmentação do trabalho em tarefas bem simples e que somente se viabilizam se realizadas simultaneamente por um conjunto considerável de pessoas, uma multidão.”²⁰ Posto que, as tarefas disponibilizadas nas plataformas digitais, por si só, não caracterizam atividades profissionais, apenas quando somadas e integradas em sua totalidade pelos algoritmos de inteligência artificial acarretam os impactos na produtividade, tão almejados pelas empresas contratantes das plataformas digitais de trabalho.

Apesar da pluralidade das plataformas digitais de micro tarefas, há uma estrutura de funcionamento análogo em todas elas, sendo representada pela relação trabalhador-plataforma-cliente. O cliente é a empresa que busca externalizar seu trabalho, dividindo em pequenas tarefas, com menor grau de complexidade podendo ser prestado com rapidez e por um número grande de trabalhadores, sem grandes qualificações profissionais, e a baixos custos. A plataforma digital é a empresa que fornece os meios tecnológicos para o recebimento das tarefas pela empresa cliente e oferta a multidão de trabalhadores. E os trabalhadores são muito diversificados, com grandes diferenças de qualificação,

¹⁸ OIT, Organização Internacional do Trabalho. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho: promover o trabalho digno no mundo digital** Bureau Internacional do Trabalho. Genebra: BIT, 2020.p. 6.

¹⁹ Ibid, p. 7.

²⁰ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Formas de contratação do trabalhador na prestação de serviços sob plataformas digitais. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muni; FONSECA, Vanessa Patriota da. **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade**. Brasília: ESMPU, 2020. p. 160.

localização geográfica, dentre outras características, os quais vendem sua força de trabalho.

O processo de *crowdsourcing* é composto por várias etapas. A primeira etapa constitui a iniciação, que é a decisão da empresa de optar pela estratégia do *crowdsourcing*, fazendo a seleção de um intermediador. A segunda etapa consiste na negociação do contrato, realizando a celebração do contrato formal e a definição de suas cláusulas entre a empresa cliente e a plataforma digital. A terceira etapa é a formulação do problema, isto é, a elaboração de um documento detalhando o problema técnico que está buscando-se uma solução. A quarta etapa é a chamada aberta ou divulgação, que compreende a ampla publicização do problema, que pode ser dividido em micro tarefas, a multidão de trabalhadores. A quinta etapa é a avaliação das respostas, o momento em que a plataforma digital faz a triagem, seleção e julgamento das melhores respostas, contando com métodos de classificação para a escolha da resposta vencedora. A sexta etapa consiste na outorga do prêmio. Por fim, a sétima e última etapa que representa a reintegração e implementação dos resultados obtidos nesse processo na produção da empresa cliente.²¹

Esse processo apresentado é um modelo genérico, posto que dependendo da plataforma digital e das suas especificidades, essas etapas e a forma de sua execução pode se dar de forma diferenciada.

O trabalho em plataformas digitais no mundo está em crescimento. Houve um crescimento de **25,5% entre 1 de julho de 2016 a 30 de junho de 2017. As duas atividades que têm os maiores percentuais são, em primeiro lugar, desenvolvimento de software e trabalho com tecnologia; e em segundo lugar, criatividade e mídia.** A primeira, subiu, no mesmo período acima, 37%; a segunda, 21% demonstrando uma significativa ampliação nessas áreas. A categoria de trabalho que cresceu mais rápido, no mesmo período acima, foi a de serviços profissionais, que consiste em serviços como contabilidade, consultoria de negócios e assessoria jurídica. Apesar do crescimento de 43%. A categoria representa menos de 3% dos trabalhos nas plataformas digitais.²²

O índice de mão de obra on-line foi criado pelo ILabour projeto associado a Universidade de Oxford, sendo construído a partir da coleta da quantidade e dos projetos e tarefas postados na internet pelas cinco maiores plataformas digitais de trabalho, as

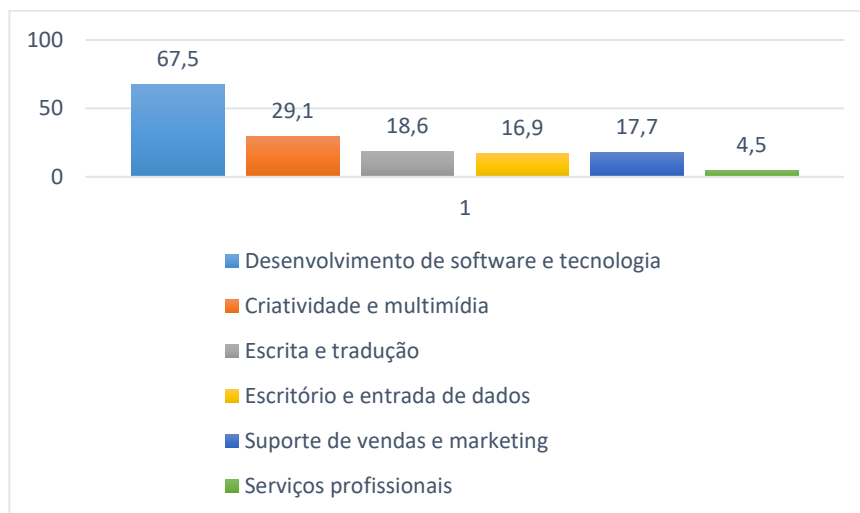
²¹ BRANQUINHO, Carmen Lucia. *Crowdsourcing: uma forma de inovação aberta*. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2016.

²² ILABOUR, 2020a.

quais representam o tráfico de 70% do mercado. Os dados são classificados por ocupação e país contratador.

Pode-se verificar as principais atividades contratadas nas plataformas digitais no mundo no gráfico abaixo:

Gráfico 1 – PRINCIPAIS OCUPAÇÕES NAS PLATAFORMAS DIGITAIS



FONTE: ILabour (2020b)²³ elaborado pela Autora.

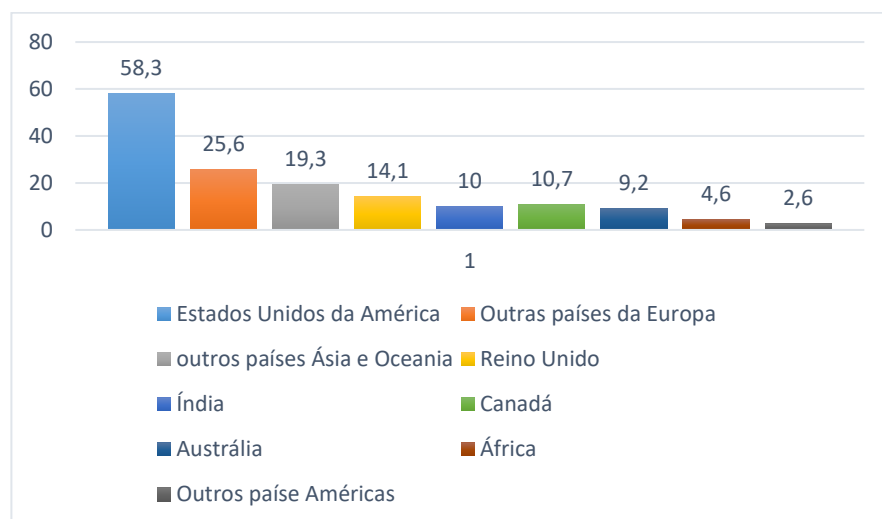
* Dados referentes a 12 de dezembro de 2020.

Verifica-se que as tarefas referentes ao desenvolvimento de *software* e tecnologia são em percentual muito mais elevado que as demais atividades, representando mais da metade da totalidade das tarefas. O que fica evidente a relação das plataformas digitais com as ocupações voltadas para o ambiente tecnológico.

Sobre os principais países ou regiões que contratam os serviços através das plataformas digitais, pode-se verificar os dados no gráfico abaixo

Gráfico 2 – DISTRIBUIÇÃO DAS TAREFAS POR PAÍSES OU REGIÕES NAS PLATAFORMAS DIGITAIS

²³ ILABOUR, 2020b.



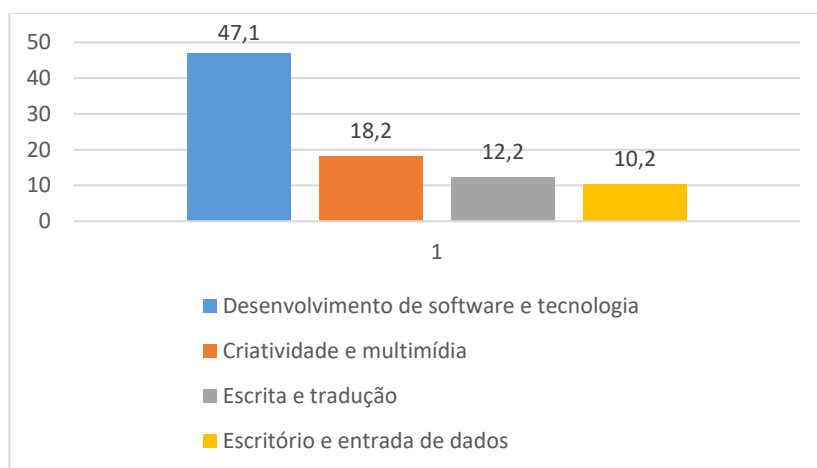
FONTE: ILabour (2020c)²⁴ elaborado pela Autora

* Dados referentes a 12 de dezembro de 2020

Os dados apresentados também são significativos, pois demonstram uma concentração grande das atividades contratadas através das plataformas digitais nos Estados Unidos da América. Representando mais da metade das contratações no mundo.

Sobre os demais países das Américas, incluindo o Brasil, há um percentual pequeno, conforme gráfico 2, de apenas 2,6%. Detalhando os dados, verifica-se quais as tarefas que são mais contratadas pelos demais países das Américas, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 3 – DISTRIBUIÇÃO DAS TAREFAS PARA OUTRAS AMÉRICAS NAS PLATAFORMAS DIGITAIS



FONTE: ILabour (2020d)²⁵ elaborado pela Autora

* Dados referentes a 12 de dezembro de 2020

²⁴ ILABOUR, 2020 c.

²⁵ ILABOUR, 2020 d.

Ainda que o percentual de contratações nos demais países das Américas seja baixo em relação aos demais países de regiões do mundo, a atividade mais contratada é referente ao desenvolvimento de *software* e tecnologia, mostrando dessa forma, uma similaridade com os dados globais.

No Brasil as três principais atividades contratadas são: criatividade e mídia, desenvolvimento de software e tecnologia e escrita e tradução.²⁶

E os trabalhadores que são contratados através das plataformas digitais? Onde estão localizados? Quase 70% dos trabalhadores estão localizados na Ásia, estando em segundo lugar a Europa com aproximadamente 18%.²⁷ Detalhando os dados, é possível verificar que nos países da Ásia, a Índia representa aproximadamente 33%, seguida do Paquistão com 14% e Bangladesh com 12%.²⁸

Mesmo o Brasil não tendo grande participação na contratação e na execução dos trabalhos pelas plataformas digitais, é preciso estudar e conhecer se há, ou não, proteção legal para esses trabalhadores.

3. HÁ PROTEÇÃO LEGAL AOS TRABALHADORES PELAS PLATAFORMAS DIGITAIS COM BASE NA WEB?

No Brasil, não há dados oficiais da quantidade de trabalhadores nas plataformas digitais com base na *web*. Embora o Brasil tenha uma pequena participação mundial na contratação das tarefas nas plataformas digitais com base na *web*, é importante destacar que essa modalidade de trabalho está em expansão no mundo, sendo assim necessário, estudar a forma de proteção, ou não, por parte da legislação brasileira desses trabalhadores.

Não há normas específicas para esses trabalhadores no ordenamento jurídico nacional. Há vários projetos de leis em tramitação no Congresso Nacional tratando do trabalho em plataformas digitais, sendo o projeto mais significativo, o Projeto de Lei nº 3.748/2020 de autoria da Deputada Federal Tabata Amaral, que apresenta uma regulação para os trabalhadores sob demanda. Cabe esclarecer, que esses projetos tratam do trabalho em plataformas digitais locais, como as empresas Uber, Deliveroo, Ifood dentre outras que operam através de aplicativos.

²⁶ ILABOUR, 2020 e

²⁷ ILABOUR, 2020 f.

²⁸ ILABOUR, 2020 g.

Em virtude da ausência de legislação específica para os trabalhadores em plataformas digitais com base na *web*, há uma lacuna que acaba sendo preenchida pelas regulamentações criadas pelas próprias plataformas, e assim, favoráveis aos seus interesses e não a proteção do trabalhador.

No campo doutrinário, há três compreensões distintas sobre o entendimento da condição *juslaboral* dos trabalhadores em plataformas digitais. A primeira está relacionada a propaganda que as próprias plataformas digitais fazem, isto é, a compreensão de liberdade do trabalhador, configurando no plano jurídico um contrato de prestação de serviços, caracterizando o trabalho autônomo. A segunda compreensão aponta uma via intermediária, que não defende a relação empregatícia, mas entende que há necessidade de uma proteção mínima aos trabalhadores, em especial no tocante a previdência social. A terceira compreensão entende a relação entre a plataforma digital e o trabalhador como uma relação de emprego, em virtude do preenchimento, em muitos casos, dos requisitos configuradores da relação de emprego. Havendo, inclusive a discussão sobre o conceito de subordinação. Essa é a compreensão que será defendida nesse artigo.

A primeira compreensão, que entende os trabalhadores por plataformas como autônomo, parceiros ou por conta própria é a que tem prevalecido, posto que as próprias plataformas digitais vinculam os trabalhadores por essa forma de trabalho, rejeitando a possibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício.

No âmbito internacional, “quase todas as plataformas exigem que os trabalhadores aceitem a classificação de trabalhadores por conta própria, ou prestadores de serviços independentes.”²⁹ Isso significa que não há o reconhecimento do trabalho por conta de outrem, não há reconhecimento da subordinação, e não há proteção das normas laborais a esses trabalhadores. “Os trabalhadores dessas plataformas são postos, no prisma formal-contratual, na posição jurídica de parceiros autônomos.”³⁰

O discurso das plataformas digitais, sustenta-se em basicamente dois argumentos: a) as plataformas digitais são empresas de intermediação eletrônica de trabalho, desta forma, caracterizando-se como empresas de tecnologia; b) que os trabalhadores que realizam seus serviços através dessas plataformas digitais são autônomos, porque não há

²⁹ OIT, 2020, p. 13.

³⁰ OLIVEIRA, 2020, p. 161.

subordinação, não há fixação de horário e jornada de trabalho e porque podem recusar trabalhos ofertados pela empresa.³¹

O primeiro argumento desse discurso pode ser questionado. Tendo-se por ponto de partida, que as plataformas digitais são empresas de tecnologia, questiona-se: o que é ofertado por essas empresas? Há oferta de tecnologia ou oferta de trabalho? Quem compra o serviço está comprando a tecnologia? Ou está contratando mão de obra? A tecnologia é o meio, o instrumento, por meio do qual se dá a oferta e a venda da força de trabalho.

Feita essa primeira crítica ao discurso das plataformas digitais, o foco será no segundo argumento das plataformas digitais que trata do não reconhecimento da relação de emprego.

A defesa do entendimento em prol da relação de emprego para os trabalhadores em plataformas digitais, é permeada por argumentos bastante sólidos. O presente estudo fez uma análise comparativa entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado, com base no trabalho prestado nas plataformas digitais para a desconstrução da tese do não reconhecimento da relação de emprego entre as plataformas digitais e os trabalhadores.

Para a caracterização, ou não, da relação de emprego, é necessária uma análise casuística. A defesa do entendimento que os trabalhadores por plataformas digitais tenham o reconhecimento do vínculo de emprego, são para os casos em que, na realidade objetiva, há o preenchimento dos requisitos da relação de emprego. Posto que há uma diversidade muito grande na forma de prestação dos serviços, havendo trabalhadores que realizam a prestação de serviços para as plataformas digitais de forma ocasional, nesses casos, esses trabalhadores poderiam ter o reconhecimento como trabalhadores eventuais e assim terem a proteção legal já existente no ordenamento jurídico nacional para esses trabalhadores. Mas aos trabalhadores que preenchem os requisitos legais para a qualificação de empregado, há a necessidade da análise pormenorizada do tema.

Primeiro, é importante destacar que não há na legislação laboral uma definição de trabalhador autônomo, desta forma, o conceito de trabalhador autônomo será caracterizado pela via da exclusão, sendo aquele que não é empregado, posto que o trabalhador autônomo não tem relação de subordinação. O Código Civil regula o contrato

³¹ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muni; FONSECA, Vanessa Patriota da. **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade**. Brasília: ESMPTU, 2020.

de prestação de serviços em seus artigos 593 a 609³² que é a base das relações contratuais dos trabalhadores autônomos.

Uma importante distinção entre o trabalhador subordinado, em uma relação de emprego, e o trabalhador autônomo, com liberdade na definição da prestação de seu serviço, é que o trabalhador empregado presta seu serviço inserindo-se na atividade econômica alheia, enquanto o trabalhador autônomo tem sua própria atividade econômica. “O empregado é, como o próprio nome já diz, *empregado* em negócio alheio, no sentido comum de “utilizado”, ou seja, o *emprego* é o fato do empregador *empregar* ou *utilizar* o empregado em sua atividade econômica.”³³

Os trabalhadores por plataforma digital não deveriam ser incorretamente classificados como trabalhadores por conta própria, se na realidade objetiva, forem trabalhadores por conta de outrem.³⁴

O trabalhador autônomo, também denominado por conta própria³⁵, é um prestador de serviços, tem seu negócio próprio, o qual ele organiza, estrutura e decide como, com quem, quais valores serão prestados seus serviços. Duas características do trabalho autônomo: “1) ele organiza e gerencia seu próprio negócio; 2) ele organiza e gerencia o trabalho dentro do seu próprio negócio.”³⁶

Diferentemente da relação de emprego, onde o empregador tem o poder de direção sobre o trabalho prestado pelo empregado, o mesmo não ocorre na relação de trabalho com o autônomo, na qual, o próprio trabalhador é quem define as condições de execução do trabalho, tendo poder de iniciativa e autogestão do seu negócio. Desta forma, se a definição da gestão e do trabalho dentro desse negócio é feita pelo trabalhador, há um trabalho autônomo; mas se essas definições são realizadas por terceiros, como as plataformas digitais, não se pode falar em trabalho autônomo.

Há situações, nas plataformas digitais, em que o trabalhador não pode recusar tarefas que são suscetíveis de provocar stress ou danos a nível psicológico, como exemplo: o exame de conteúdo publicado nas redes sociais para eliminar discursos de

³² BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 agosto de 1943.

³³ CARELLI, 2020, p. 74.

³⁴ OIT, 2020.

³⁵ No texto será utilizado o termo trabalho autônomo e trabalho por conta própria como sinônimos, mas na legislação nacional, o trabalhador por conta própria é definido pela Lei nº 8.212/91 em seu art. 12,V, alínea “h” que trata da Seguridade Social.

³⁶ CARELLI, 2020 p. 75.

ódio, violência ou pornografia.³⁷ Como então, pode um trabalhador ser considerado autônomo, se não pode escolher o serviço que irá prestar?

Outro elemento fundamental para a caracterização do trabalho autônomo é a definição pelo próprio trabalhador do preço pelo seu serviço prestado, posto ser ele quem faz a gestão do negócio. Como é possível em uma relação de prestação de serviço, onde há o trabalho autônomo, o trabalhador não poder definir o preço de seu serviço? Essa é mais uma contradição para os que defendem serem os trabalhadores por plataforma digital, autônomos, “não pode alguém ser considerado trabalhador autônomo quando a fixação de preços é realizada por terceiros, como acontece em algumas plataformas.”³⁸

As plataformas digitais ao defenderem que o pagamento aos trabalhadores deve ser feito por tarefas realizadas e por isso, não havendo a caracterização da relação de emprego, é outra contradição. O trabalho por produção, em essência, é característica de trabalho em atividade econômica alheia, é trabalho por conta de outrem, desta forma, qualificando uma relação de emprego.³⁹

Sobre a remuneração dos trabalhadores por plataforma há uma situação específica que merece análise, é o fato das plataformas digitais não remunerarem o trabalhador, quando não há a aprovação do trabalho pela empresa cliente, em outros casos, as plataformas digitais, ofertam o trabalho, os trabalhadores enviam suas respostas, sendo escolhida e remunerada a apenas uma resposta, ficando os demais trabalhadores sem remuneração.” Os clientes que se recusam a pagar pelo trabalho realizado deveriam ser obrigados a declarar, de forma juridicamente vinculativa, que não utilizarão esse trabalho e também a explicar por que motivo o trabalho era inutilizável.”⁴⁰

A falta de transparência nos critérios de análise dos trabalhos não remunerados como um aspecto dessa relação de trabalho que precisa de melhorias, “o não pagamento (se for permitido) deveria estar sujeito a regras rigorosas.”⁴¹

Há necessidade das plataformas digitais ajustarem suas práticas nas relações de trabalho para torna-las mais justas. Aponta o relatório da OIT que: “As condições da plataforma, nomeadamente no que respeita ao pagamento, à avaliação do trabalho e à resolução de litígios, deveriam ser apresentadas num formato legível por humanos, claro e conciso” e “Os trabalhadores deveriam poder contestar o não pagamento, as avaliações

³⁷ OIT, 2020.

³⁸ CARELLI, 2020, p. 76.

³⁹ CARELLI, 2020.

⁴⁰ Ibid, p. 108.

⁴¹ Ibid, 2020.

negativas, os resultados dos testes de qualificação, as acusações de violações do código de conduta e o encerramento das contas.”⁴²

No trabalho autônomo, é o próprio trabalhador, o prestador do serviço, que diretamente negocia as condições do trabalho com seu cliente. Essa é uma característica essencial do trabalho autônomo, mas também é mais uma contradição, no entendimento do trabalhador por plataforma digital como trabalhador autônomo. O trabalhador por plataforma digital com base na *web* tem uma relação intermediada pela plataforma digital, na maioria das vezes, o trabalhador não tem contato com o cliente, aquele que receberá seus serviços pelas plataformas, “não há como considerar autônomo aquele que não tem nem acesso aos dados básicos do cliente, como nome e telefone, pois a base do trabalho autônomo é o fortalecimento e o progresso do seu negócio pela formação de clientela.”⁴³

No trabalho em plataformas digitais com base na *web*, a falta de contato entre o trabalhador e o cliente é um dos critérios apontados para melhoria pelas plataformas digitais. Da relação de dezoito critérios, quatro estão diretamente relacionados ao clientes: “Os trabalhadores deveriam ter forma de avaliar os clientes”; “Os trabalhadores deveriam ter o direito de manter uma relação profissional com um cliente fora da plataforma”; “Os clientes e os operadores das plataformas deveriam responder às comunicações dos trabalhadores com prontidão, de forma educada e substantiva”; “Os trabalhadores deveriam saber quem são os seus clientes e o objetivo do seu trabalho.”⁴⁴

Fica claro, pelas recomendações da OIT que o trabalhador em plataforma digital com base na *web* não tem relação com o cliente, nem conhece o cliente. Como pode ser considerado trabalhador autônomo, se não conhece seu cliente?

Outras questões se fazem necessárias no que diz respeito a relação entre o trabalhador por plataforma digital e seu cliente, a partir do pressuposto que é um trabalhador autônomo: Se há uma relação igualitária, de prestação de serviço, como é possível o prestador do serviço não poder questionar os critérios de avaliação do cliente? Como pode o prestador do serviço, não saber os critérios de avaliação quando há recusa no pagamento? Essa relação, não se mostra igualitária, e não havendo paridade entre as partes, deve-se ter mecanismos legais de proteção a esse trabalhador. O Direito do Trabalho, tem essa função essencial, proteger a parte mais vulnerável em uma relação de emprego.

⁴² OIT, 2020, p.108-109.

⁴³ CARELLI, 2020, p. 77.

⁴⁴ OIT, 2020, p. 109-110.

Outro aspecto sobre a falsidade do argumento da autonomia dos trabalhadores em plataformas digitais é que esses trabalhadores são livres em suas escolhas, não havendo controle do trabalho. Esses trabalhadores não são livres em suas escolhas, há controle por parte das plataformas digitais. Por exemplo, os trabalhadores são penalizados se recusam determinadas tarefas, ou se recusam a trabalhar em determinados horários. Também as avaliações e classificações dos trabalhadores são feitas com base na quantidade de trabalhos não remunerados.⁴⁵ Isso é, há controle das plataformas digitais sobre o trabalho. A partir dessa constatação, questiona-se: Se o trabalho está sendo controlado é trabalho autônomo? A penalização pelo não cumprimento das regras postas pelo contratante do serviço, não caracteriza o poder de direção do empregador? Não estariam essas situações contribuindo para a compreensão de que há uma relação de emprego ao invés de uma autonomia do trabalhador?

No tocante a suposta autonomia do trabalhador por plataforma, verifica-se uma falácia da autonomia, posto que o trabalho é um trabalho subordinado, “a subordinação resta claramente demonstrada pelo controle exercido por meio de programação algorítmica.”⁴⁶ O que muda nessa forma de trabalho é a aparência, mas em essência, é um trabalho subordinado.

A própria Consolidação da Leis Trabalhistas, no parágrafo único do art. 6º dispõe que: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”⁴⁷ Desta forma, não são os meios de controle, mas o controle em si, que caracteriza a subordinação. A denominada *subordinação por algoritmo* “ao mesmo tempo em que acena para a entrega de parcela de autonomia ao trabalhador, essa liberdade é impedida pela programação, pela exclusiva e mera existência do algoritmo.”⁴⁸

São tidos como livres para se ativar ou desativar no horário de sua escolha; contudo, por ganharem tão pouco, são impelidos sempre a trabalhar o máximo da jornada fisicamente possível. Curioso que, na condição de autônomos, não têm autonomia para fixar o preço de seu trabalho, recusar clientes ou mesmo avaliar seu parceiro, a plataforma eletrônica.⁴⁹

⁴⁵ OIT, 2020.

⁴⁶ FONSECA, 2020, p. 361.

⁴⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 agosto de 1943.

⁴⁸ OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 32.

⁴⁹ OLIVEIRA, 2020, p. 161.

“Fica claro que as plataformas criaram as figuras de trabalhadores autônomos sem autonomia e independentes sem terem seu próprio negócio.”⁵⁰ Mas, mais que a criação desse trabalhador autônomo sem autonomia, um mascaramento para uma relação de emprego, há uma naturalização dessa relação, como se a oferta de tais trabalhos fosse uma dádiva concedida por tais plataformas digitais aos trabalhadores.⁵¹ Há a legitimação desse discurso como “oportunidade de renda” em um mundo do trabalho com desemprego estrutural, reverberando a ideia de ajuda e auxílio por partes das plataformas digitais aos trabalhadores e não a realidade de um trabalho precarizado.

No contexto do *crowdsourcing*, portanto, o trabalhador é duplamente aprisionado: pelo discurso da liberdade de ser ele mesmo um capitalista, tirando proveito das benesses de plataformas com as quais foi presenteado; e pela própria programação algorítmica que conduz cada um dos seus passos sem que ele perceba.⁵²

É preciso reconhecer que na relação entre os trabalhadores e as plataformas digitais, há por parte dos trabalhadores, o reconhecimento de que vivem como assalariados, com baixa remuneração e por outro lado, que as plataformas digitais controlam o trabalho e geram dependência econômica.

É necessário não incorrer nas condições sociais do século XIX quando apesar do excessivo trabalho, os trabalhadores não conseguiam um progresso econômico, ao contrário, o trabalho gerava degradação social e pobreza.⁵³

Por fim e ao cabo, é premente que as regras do Direito do Trabalho, sejam aplicadas na proteção aos trabalhadores nas plataformas digitais, deixando a falácia do trabalho autônomo que comprovadamente não serve para configurar esses trabalhadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações no sistema capitalista global associado ao rápido e crescente avanço tecnológico, provocou mudanças significativas no mundo do trabalho.

O trabalho por plataformas digitais é um desses fenômenos amplamente presente nas sociedades nos últimos anos. As plataformas digitais podem ser locais, atuando através de aplicativos em uma determinada localidade, ou atuar com base na web, não tendo restrições geográficas e ofertando o trabalho para uma multidão de trabalhadores.

⁵⁰ CARELLI, 2020 p. 77

⁵¹ OLIVEIRA; CARELLI; GRILLO, 2020.

⁵² FONSECA, 2020, p. 364.

⁵³ OLIVEIRA; CARELLI; GRILLO, 2020

O trabalhador por plataforma digital tem sido caracterizado como um trabalhador autônomo, no entanto, verificando-se detalhadamente a forma da prestação do serviço pelas plataformas digitais, pode-se inferir que deveria haver o reconhecimento do vínculo empregatício em virtude de vários aspectos dessa relação de trabalho.

O trabalhador em plataforma digital, não trabalha por conta própria explorando sua própria atividade econômica, está inserido em atividade econômica alheia, não define seu trabalho, não fixa o preço dos seus serviços, não conhece sua clientela, desta forma, não podendo ser considerado um trabalhador autônomo.

As condições de prestação do serviço por meio das plataformas digitais também apresentam condições desiguais na relação com o trabalhador.

Verifica-se, que os trabalhadores por plataforma digital assumem os riscos do cancelamento das chamadas, do risco das doenças e acidentes laborais, o tempo de espera não é remunerado, também são responsáveis pelas despesas com equipamentos ou veículos.⁵⁴ A OIT recomenda que: “em caso de problemas técnicos com a tarefa ou com a plataforma, os trabalhadores não deveriam suportar o custo da perda de tempo ou da perda de trabalho.”⁵⁵

Não havendo paridade entre as partes, há a necessidade de uma proteção legal aos trabalhadores por plataformas digitais a qual deve ocorrer através do Direito do Trabalho.

O trabalho prestado através das plataformas digitais, independente da nomenclatura que se der, deve ser protegido pelo Direito do Trabalho. Pela originalidade da forma de realização do trabalho por plataformas digitais, há uma tensão, testando o Direito do Trabalho em sua capacidade de proteção. O que é preciso é não permitir a criação de trabalhadores de segunda categoria, fracos e desprotegidos.⁵⁶

A análise da decisão da Corte de Cassação francesa sobre o trabalho por plataformas digitais, analisando os pressupostos da relação de emprego e reconhecendo a situação de hipossuficiência dos trabalhadores, e da necessidade de proteção legal, além da qualificação como empregados.⁵⁷ Demonstrando que é possível reconhecer a relação de emprego e a proteção legal aos trabalhadores por plataforma digital.

As inovações e as novas tecnologias são profundamente importantes no desenvolvimento e na melhoria das condições de vida no planeta, inclusive das relações

⁵⁴ OLIVEIRA, 2020, p.161.

⁵⁵ OIT, 2020.

⁵⁶ DÖCKES, 2020.

⁵⁷ DÖCKES, 2020.

de trabalho, mas é preciso construir um padrão civilizatório, através da regulação legal dessas novas formas de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. **Trabalho uberizado e capitalismo virótico**. Entrevista à DigiLabour. Disponível em: <https://mailchi.mp/uol/70>. Acesso em: 07/12/2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 agosto de 1943.

_____. **Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio. D.O.U. Brasília, 25 de julho de 1991, republicado em 11.4.1996 e republicado em 14.8.1998. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm > Acesso em 10/06/2015.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. D.O.U. Brasília, 11 de janeiro de 2001.

BRANQUINHO, Carmen Lucia. **Crowdsourcing: uma forma de inovação aberta**. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2016.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muni; FONSECA, Vanessa Patriota da. **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade**. Brasília: ESMPU, 2020.

CHÈRRY, Mirian, 2016 In: OIT, Organização Internacional do Trabalho. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho: promover o trabalho digno no mundo digital** Bureau Internacional do Trabalho. Genebra: BIT, 2020.

DOCKÈS, Emmanuel. Os empregados das plataformas. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muni; FONSECA, Vanessa Patriota da. **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade**. Brasília: ESMPU, 2020.

DOWBOR, Ladislav. **A era do capital improdutivo: por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2017. p. 155.

FONSECA, Vanessa Patriota da. O crowdsourcing e os desafios do sindicalismo em meio à crise civilizatória. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muni; FONSECA, Vanessa Patriota da. **Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade**. Brasília: ESMPU, 2020. p. 358.

GUEVARA, Ladrón de; AROLAS, Estellès citado por BRANQUINHO, Carmen Lucia. **Crowdsourcing: uma forma de inovação aberta**. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2016. p. 13.

HOWE, Jeff. **The rising of crowdsourcing**. Disponível em: <https://www.wired.com/2006/06/crowds/>. Acesso em: 01/12/2020.

ILABOUR. **Projeto Ilabour**. Disponível em: <https://ilabour.oii.ox.ac.uk/the-online-gig-economy-grew-26-over-the-past-year/>. Acesso em: 12/12/2020a.

_____. **Projeto Ilabour**. Disponível em: <https://ilabour.oii.ox.ac.uk/online-labour-index/>. Acesso em: 12/12/2020b.

_____. **Projeto Ilabour**. Disponível em: <https://ilabour.oii.ox.ac.uk/online-labour-index/>. Acesso em: 12/12/2020c.

_____. **Projeto Ilabour**. Disponível em: <https://ilabour.oii.ox.ac.uk/online-labour-index/>. Acesso em: 12/12/2020d.

_____. **Projeto Ilabour**. Disponível em: <https://livedataoxford.shinyapps.io/1490198815-8pmoe2dwg9r7n6d/>. Acesso em: 12/12/2020e.

_____. **Projeto Ilabour**. Disponível em: <https://ilabour.oii.ox.ac.uk/online-labour-index/>. Acesso em: 12/12/2020f.

_____. **Projeto Ilabour**. Disponível em: <https://ilabour.oii.ox.ac.uk/online-labour-index/>. Acesso em: 12/12/2020g.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**: promover o trabalho digno no mundo digital Bureau Internacional do Trabalho. Genebra: BIT, 2020.p. 6.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego**: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Formas de contratação do trabalhador na prestação de serviços sob plataformas digitais. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muni; FONSECA, Vanessa Patriota da. **Futuro do trabalho**: os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília : ESMPU, 2020. p. 160.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; ASSIS, Anne Karolline Barbosa de; COSTA, Joelane Borges. O Direito do trabalho (des)conectado das plataformas digitais. **Teoria jurídica contemporânea**. 4:1, janeiro-junho 2019.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. **Rev. Direito e Práxis.**, Rio de Janeiro, V. 11, N. 4, 2020, p. 2609-2634. p. 2622.

PEREIRA FILHO, João Lins. **As plataformas digitais para profissionais qualificados independentes e seus impactos na Gestão Estratégica de RH (GERH)**. 2020. Tese (Doutorado em Administração de Empresas) Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas.

POCHMANN, Márcio. Golpe político e direitos sociais e trabalhistas no Brasil. In: Pochmann, Márcio, et. al. **La disputa por el bienestar en América Latina en tiempos de asedio neoliberal**. Editoras Analía Minteguiaga; Paula Lucía Aguilar. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO, 2020. p. 56.

TAPSCOTT, Don; WILLIAMS, Anthony D. **Wikinomics**: uma colaboração em massa pode mudar o seu negócio. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007. p.

**CIÊNCIAS SOCIAIS,
CULTURA E TEORIAS
JURÍDICAS
(GT3)**

**A INVISIBILIDADE SOCIAL E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
PRESENTES NO CONTO CEMITÉRIO DE ELEFANTES, DE DALTON TREVISAN**

***SOCIAL INVISIBILITY AND VIOLATION OF HUMAN RIGHTS IN THE CEMETERY
OF ELEPHANTS, BY DALTON TREVISAN***

Douglas Alecsander Watson Gomes¹

Raimunda Alves Batista²

Resumo: Este trabalho, realizado na área dos Direitos Humanos, tem por objetivo analisar, por meio da interface existente entre o Direito e a Literatura, o conto “Cemitério de Elefantes”, de Dalton Trevisan, verificando como seus personagens têm violados seus Direitos Humanos, e como se explica a condição de “invisível social” destes. Devido à forma do problema, foi fundamental a utilização da abordagem qualitativa, pois esta permitiu avaliar o vínculo que os moradores de rua possuem com a sociedade em que estão inseridos, e se tal sociedade os ampara no que tange aos Direitos Humanos. Também, além de Trevisan, foram utilizados como autores fundamentais dessa pesquisa André Karam Trindade (2013), Antônio Candido (1995) e Giuliana Franco Leal (2008). Partindo de tal análise, foi possível estabelecer um panorama entre a situação descrita no conto e como esta se relaciona com o cotidiano dos moradores de rua brasileiros. Conclui-se então mostrando como a Literatura contribui com a ciência do Direito devido a sua capacidade de retratar fatos sociais sem o tecnicismo dos manuais jurídicos e possibilidade de fornecer ao jurista uma visão mais humanística e empática do objeto que se estuda. Verifica-se também que a melhor forma de redução dos números da população em situação de rua é o trabalho conjunto entre o Poder Executivo e a sociedade brasileira, voltados à reinserção social dos moradores de rua.

Palavras-Chave: Direitos Humanos e Literatura; Invisibilidade Social; Morador de Rua; Cemitério de Elefantes; Dalton Trevisan.

Abstract: This work, carried out in the area of Human Rights, aims to analyze, through the existing interface between Law and Literature, the short story “Cemitério de Elefantes”, by Dalton Trevisan, verifying how his characters have violated their Human Rights, and how to explain their condition of “social invisibility”. Due to the form of the problem, it was essential to use the qualitative approach, as it allowed to assess the bond that homeless people have with the society in which they are inserted, and whether this society supports them with respect to Human Rights. Also, in addition to Trevisan, André Karam Trindade (2013), Antônio Candido (1995) and Giuliana Franco Leal (2008) were used as fundamental authors of this research. Based on this analysis, it was possible to establish a panorama between the situation described in the story and how it relates to the daily lives of Brazilian homeless people. It then concludes by showing how Literature contributes to the science of Law due to its ability to portray social facts without the technicality of legal manuals and the possibility of providing the jurist with a more humanistic and empathic view of the object being studied. It is also noted that the best way to reduce the numbers of the homeless population is the joint work between the Executive Branch and Brazilian society, aimed at the social reintegration of the homeless.

Keywords: Human Rights and Literature; Social Invisibility; Homeless; Elephant Cemetery; Dalton Trevisan.

1. INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, veio com o escopo principal de tutelar a dignidade da pessoa humana, bem como seus direitos inalienáveis e imprescritíveis, estendendo tal garantia a todos os seres humanos. Tal documento era uma carta de recomendação às nações.

Posteriormente, foi necessária a realização da Convenção Americana de Direitos Humanos –Pacto de San José da Costa Rica–, em 1969, de forma a ratificar o que estava previsto na DUDH, prevendo então sanções aos Estados signatários que causassem violações no que tange aos Direitos Humanos.

Apesar disso, é notória a quantidade de violações que ocorreram no Brasil desde 1948 até os dias de hoje. Fato que foi observado por grandes mestres da Literatura, como Dalton Trevisan, que incluíram em suas obras, explícita ou implicitamente, situações lamentavelmente cotidianas que retratam claramente como o ser humano pode se encontrar marginalizado em relação à sociedade em que este se insere, chegando muitas vezes, ao extremo da “desumanização” do ser humano.

Sob tal prisma, este trabalho de pesquisa tem como tema a Invisibilidade Social e a Violação dos Direitos Humanos no conto “Cemitério de Elefantes” de Dalton Trevisan, tendo em vista o seguinte problema: Quais direitos e garantias fundamentais são violados no cenário descrito no conto e como se explica a condição de “invisível social” na qual os personagens se encontram?

Assim sendo, o principal objetivo desta pesquisa é analisar o conto mencionado e buscar em todos os seus aspectos quais são os Direitos Humanos violados, além de se definir a Invisibilidade Social dos moradores de rua.

Trata-se de uma pesquisa básica, que tem como objetivo averiguar a relação entre os Direitos Humanos, a Invisibilidade Social e como eles se situam no tocante aos moradores de rua. Tendo em vista gerar conhecimentos novos para o avanço da ciência do Direito.

Levando em conta o tema proposto e a forma do problema, mister se faz a utilização da abordagem qualitativa, levando-se em conta o vínculo que os moradores de rua têm com a sociedade em que estão inseridos, bem como o vínculo que estes possuem com as leis que regem

tal sociedade, sendo tal relação, no que tange aos Direitos Humanos, o principal problema a ser analisado.

Posteriormente, será utilizada a pesquisa bibliográfica a partir do conto “Cemitério de Elefantes”, de Dalton Trevisan, bem como serão observados os Tratados e Pactos internacionais que versem sobre Direitos Humanos, além da própria Constituição Da República Federativa do Brasil (1988) como legislações basilares.

Assim sendo, foi adotado o método de abordagem indutivo, haja visto que o foco da problemática é um fenômeno particular, sendo este o cotidiano dos moradores de rua presentes no conto, partindo-se então de tal foco para as teorias e leis gerais (Pactos e Tratados internacionais e Constituição Federal de 1988). A respeito do método de procedimento, observa-se que o método comparativo é o que melhor se adapta a essa pesquisa, levando em conta a busca de um comparativo entre o que preveem as leis acerca dos Direitos Humanos e o que efetivamente ocorre no cotidiano dos moradores de rua.

Foram utilizados como autores fundamentais para a realização dessa pesquisa Candido (1995), Leal (2008) e Trindade (2013).

Por consequência, para a elaboração desse artigo, abordou-se a conceituação de Direitos Humanos, de Invisibilidade Social, além da abordagem existente entre o Direito e a Literatura.

Desta forma, esta pesquisa se justifica por buscar analisar por que os moradores de rua vivem sob condições tão desumanas, levando em conta a forte previsão constitucional que assegura vida digna a estes indivíduos através da proteção integral da Dignidade da Pessoa Humana.

2. LEGISLAÇÃO BASILAR DOS DIREITOS HUMANOS

A situação dos moradores de rua curitibanos presentes no conto “Cemitério de Elefantes” não se restringe apenas à capital paranaense. Ela ocorre, senão em todas, na maior parte das cidades brasileiras, que sempre contém um ou mais grupos de moradores de rua marginalizados. Mister se faz, antes de questionar por que isso ocorre, ter em vista uma noção relativa a legislação dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um dos principais documentos no que diz respeito a este tema. Proclamada em 1948, esta tinha apenas força de carta de recomendação, o que fez com que em 1969 houvesse a realização da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de modo que, a partir da sua vigência em 1978,

todos os Estados-membros foram obrigados a incluir em suas legislações pátrias, normas e garantias que assegurassem o cumprimento de tais direitos.

No Brasil não foi diferente. A Constituição Federal de 1988, com um foco antropocêntrico, buscou assegurar, através de um Estado Democrático de Direito, todos os direitos e garantias fundamentais que se encontravam elencados nos tratados internacionais supramencionados. A maioria desses direitos estão previstos no Título II da Constituição, como observa-se nos art. 5º e 6º:

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, [...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).³

Vale destacar que o Art. 6º prevê vários direitos que os moradores de rua não alcançam, e o Estado deveria, por obrigação, proporcioná-los a estes indivíduos, buscando a sua reinserção social através de políticas públicas. Tais direitos sociais necessitam, muitas vezes, de alguma norma posterior que vá, de forma mais direta e específica, buscar proporcionar a efetividade do que está previsto na norma geral, como observa Alexandre de Moraes:

[...] para garantir maior efetividade aos direitos sociais, a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, atenta a um dos objetivos fundamentais da República – *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* –, criou o Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza, instituído no âmbito [...] e tendo por objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, devendo a aplicação de seus recursos direcionar-se às ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhorar a qualidade de vida”. (MORAES, ALEXANDRE, 2015, p. 208).⁴

Diante de uma legislação robusta acerca dos Direitos Humanos, tanto nacional quanto internacionalmente, fica evidente que o problema dos moradores de rua marginalizados não se encontra em âmbito Legislativo, e sim que tal responsabilidade recai sobre o Poder Executivo, que não tem se mostrado eficiente no tocante à elaboração de suas políticas públicas, de modo a assegurar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país os direitos inerentes à sua condição humana.

3. ACERCA DA INVISIBILIDADE SOCIAL

O termo “marginalização” refere-se sociologicamente a indivíduos que acabam chegando a uma situação de exclusão, podendo esta ser social, cultural, política ou econômica. Faz-se uma analogia com a palavra “margem”, no sentido de dizer que tais indivíduos se

encontram à margem da sociedade, não possuindo acesso aos mesmos direitos que os demais, como moradia, saúde, alimentação, educação, trabalho, lazer, dentre outros.

No que tange a tal exclusão social, os moradores de rua são um grupo de indivíduos que se encontram extremamente marginalizados em vários desses quesitos, pois sua vulnerabilidade os deixa ausentes de quase todos os direitos e garantias fundamentais garantidos constitucionalmente. Estudos recentes têm constatado que, apesar de ser um grupo heterogêneo, os moradores de rua apresentam várias características em comum. Fato este que foi até mesmo incluído no Decreto Nº 7.053/09 (Política Nacional para a População em Situação de Rua) em seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º Fica instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a ser implementada de acordo com os princípios, diretrizes e objetivos previstos neste Decreto.

Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.” (BRASIL, 2009).⁵

Pode-se auferir do artigo supramencionado que o morador de rua passa por uma série de fatores antes de atingir tal situação, como o rompimento de vínculos familiares, ausência de emprego, falta de moradia convencional e estado econômico de pobreza. Para Leal, a exclusão social é um processo que se divide em três conjuntos e cinco dimensões, sendo “um processo que envolve trajetórias de vulnerabilidade, fragilidade ou precariedade e até a ruptura dos vínculos em cinco dimensões da existência humana em sociedade” (LEAL, 2011, p.13)⁶. As cinco dimensões seriam divididas em: econômico-ocupacional, sociofamiliar, da cidadania, das representações sociais e da vida humana.

Após tal processo, o indivíduo se encontrará em “situação de rua”. Tal termo é utilizado devido ao fato de tal situação poder ser em caráter temporário ou definitivo, a depender do caso específico. É comum na maior parte das cidades que vários indivíduos em tal situação passem a conviver em um ou vários locais, de modo a se tornarem um grupo de moradores de rua.

Vale destacar que o próprio termo “exclusão social” não encontra conceito delimitado de acordo com estudos sociológicos produzidos acerca do tema desde a década de 1990 até os dias atuais. O que se tem é um termo muito abrangente, que pode englobar exclusões provenientes da ruptura dos vínculos mencionados anteriormente; do não alcance aos direitos humanos e sociais previstos em lei; do não exercício de cidadania e impedimento de participação política na sociedade em que o excluído se encontra, além de englobar até mesmo

exclusões ideológicas ou materializadas nos costumes de determinada sociedade, como a restrição de determinadas profissões ou atividade segundo o sexo do indivíduo.

Contudo, o foco deste artigo está na população em situação de rua, e em como estes se tornam, metaforicamente, invisíveis socialmente, de modo que o enfoque mais apropriado da exclusão social a ser analisado é justamente o da ruptura dos laços sociais. Para Zaluar, após perderem os referenciais de organização social, o morador de rua adquire a identidade dos “caídos, inúteis, fracassados” (ZALUAR, 1994, p.23)⁷, e complementa Leal:

[...] identidades individualizadas que não unem os que as experimentam mas, inversamente, os desvinculam também entre si. Desse modo, a população de rua não pode ser encarada como uma das minorias porque, ao contrário destas (formadas por negros, mulheres, índios etc.), não está organizada sobre uma identidade comum. Pelo contrário, é uma população fragmentada, atomizada. (LEAL, GIULIANA FRANCO. p. 99).⁸

Partindo dessa análise, fica claro o entrelaçamento existente entre as condições de invisível-social e excluído-social, pois ao passo que a população em situação de rua, mesmo estando em coletividade, não consegue encontrar representatividade frente à sociedade, esta última, em sua grande parte, tende a ignorar os moradores de rua em seu cotidiano, ou tentar afastar-se deles rapidamente quando os encontram em seu dia-a-dia corriqueiramente pedindo esmolas.

Tal situação generalizada faz parecer que os indivíduos em situação de rua chegam ao extremo de serem desumanizados, não sendo tutelados, portanto, pela robusta legislação de Direitos Humanos existente, nem pelas políticas públicas destinadas a tal grupo específico. Pois se a sociedade simplesmente, em sua grande maioria, ignora a população em situação de rua como se o problema não existisse, e tal grupo não possui condições de se representar como uma minoria, dificilmente o morador de rua encontrará soluções práticas para reinseri-lo dentro da sociedade através da reparação dos vínculos rompidos que o levaram inicialmente até aquela situação.

No conto de Dalton Trevisan, a desumanização do morador de rua também é abordada. Logo no início tem-se que “À margem esquerda do Rio Belém, nos fundos do mercado de peixe, ergue-se o velho ingazeiro – ali os bêbados são felizes. Curitiba os considera animais sagrados, provê às suas necessidades de cachaça e pirão.” (TREVISAN, 1997).⁹

Ao mencionar Curitiba, o autor engloba toda a sociedade presente naquela cidade, dizendo que estes consideram os bêbados como animais sagrados, sendo estes, por analogia, os elefantes. Os moradores de rua de seu conto se encontram completamente deslocados da sociedade e sobrevivem das sobras de peixes velhos e dos ingás que caem da árvore próxima à

região em que eles vivem. Seus pés são descritos como inchados e disformes, o que tem relação com um quadro de cirrose avançada devido ao consumo intenso de álcool. Os moradores não desenvolvem vínculos entre si e, quando sentem a morte próxima, simplesmente se afastam do grupo para morrer em outro local, como pode ser observado no seguinte diálogo “-não use a raiz do Pedro; -Foi embora, sabia não?; - Aqui há pouco...; -Senti que ia se apagar e caiu fora. Eu gritei: Vai na frente, Pedro, deixa a porta aberta.” (TREVISAN, 1997).¹⁰

Assim sendo, percebe-se que a sociedade curitibana ignora completamente a existência daqueles moradores de rua, apesar de eventualmente fornece-lhes álcool e sobras. Observa-se que tanto em suas vidas quanto nas suas mortes, não há qualquer menção de ajuda ou preocupação por parte de ninguém. Mais absurdo ainda é não haver sequer qualquer descrição de recolhimento dos moradores de rua falecidos, nem ritos fúnebres para estes. Morreram os pobres exatamente da mesma forma como viveram, completamente invisíveis aos olhos da sociedade.

4. EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E LITERATURA

A ciência do Direito tem se preocupado ultimamente em se consolidar interdisciplinarmente com vários outros ramos do conhecimento humano, de modo que o mercado de trabalho tem se fechado cada vez mais aos profissionais dogmatizados, com o viés único e exclusivo de se aplicar ou interpretar a lei “nua e crua”. Pelo contrário, as instituições de ensino superior têm se preocupado em formar juristas com visão humanística, conectados com várias esferas do conhecimento, de modo a interpretar as normas vigentes em consonância com a dignidade da pessoa humana, visando a formar, assim, o “bacharel-cidadão”.

Um dos principais ramos de conhecimento atrelado ao Direito é justamente a Literatura, pois o direito se encontra intimamente atrelado à vida humana, de modo que se torna praticamente impossível a criação de uma obra literária que não abarque no mínimo uma situação jurídica dentro de sua história, que já não se encontre prevista normativamente no mundo real. Situações da esfera cível como casamento, compra e venda, herdeiros testamentários, ou da esfera penal, em se tratando de crimes como homicídio, roubo, tortura, genocídio e demais, são características que muitas vezes, se tornam até mesmo o clímax de uma história, contendo um desfecho no qual certamente alguma norma positivada poderia se encaixar.

Acerca da evolução teórica nos estudos sobre Direito e Literatura, de acordo com Trindade, ela é dividida em três fases, na qual a primeira englobava o início do século XX até

meados de 1930, na qual o principal escopo de pesquisa era catalogar obras que abordavam temas jurídicos, de modo a usá-las didaticamente. Foi nesta fase que Benjamin Cardozo publicou em 1925 o ensaio *Law and Literature*, no qual se examinava a qualidade literária do Direito, por meio de uma análise literária de sentenças jurídicas. (TRINDADE; BERNSTS, 2017, p.226). No Brasil, nesta mesma época, Aloysio de Carvalho Filho publicou obras que evidenciavam a relação entre o direito e a literatura, como observa Bernsts:

[...] O verdadeiro precursor brasileiro do Direito e Literatura é Aloysio de Carvalho Filho, jurista e político baiano, que iniciou suas investigações machadianas no campo jurídico ainda na década de 30 do século XX, havendo publicado dois livros sobre o tema no final dos anos 50. O primeiro deles, intitulado *O processo penal e Capitu* [...] (TRINDADE; BERNSTS, 2017, p.230).¹¹ A segunda fase começou a desenvolver-se entre as décadas de 40 e 60, na qual surgiram pesquisas com o intuito de demonstrar a contribuição da Literatura ao Direito, justamente devido ao fato de as obras serem recheadas de elementos culturais, históricos, e relativos à sociedade de determinada época. Assim sendo, tal material poderia ser usado como base para pesquisas jurídicas.

Não demorou muito para tais pesquisas serem direcionadas à sociologia do direito, como observa Lima: “[...] a pesquisa é direcionada para a Sociologia do Direito, ou seja, os textos literários podem ser utilizados como fonte sociológica por lidar com o direito experimental, direito vigente.” (CHAVES, LIMA, 2011, p. 153).¹²

A partir daí, pode-se observar como a ciência do Direito foi se relacionando cada vez mais de forma interdisciplinar com a Literatura. Vários trabalhos produzidos durante a década de 90 e entre os anos 2000 a 2010 marcaram, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, a consolidação da atual terceira fase dos estudos teóricos, vigente até o momento, como bem elucidada Bernsts, complementando:

[...] Junqueira é a primeira autora brasileira que aborda a relação, propriamente, entre Direito e Literatura. [...] ela publicou a obra *Literatura e direito: uma outra leitura do mundo das leis*, em 1998, contendo cinco artigos que produzira, isoladamente, durante seu estágio de pós-doutorado na University of Wisconsin-Madison. (TRINDADE; BERNSTS, 2017, p.234).¹³

Posteriormente, a autora cita várias dissertações de mestrados e teses de doutorados brasileiras que obtiveram destaque no início do século XXI. Isso demonstra a importância que os estudos acadêmicos envolvendo o Direito e a Literatura tem obtido junto à comunidade científica, especialmente na última década.

Assim sendo, percebe-se então, que o estudo crítico, e porque não dizer prazeroso, de obras literárias consagradas de autores como Shakespeare, Tolstói, Machado de Assis, Graciliano Ramos, dentre vários outros, realizado sob o viés da interpretação da norma jurídica aplicada a tais obras, não só afasta o jurista do ultrapassado positivismo técnico tão presente anteriormente no estudo e aplicação do Direito, como também irá lhe fornecer a tão importante

visão humanística na aplicação e interpretação das normas jurídicas, o que, em última análise, resultará na aplicação de uma Justiça que seja, enfim, mais justa e igualitária.

4.1 CEMITÉRIO DE ELEFANTES E OS DIREITOS HUMANOS

Conforme mencionado anteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 é o documento que contém as principais orientações a serem adotadas pelos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos em suas respectivas legislações pátrias, no que tange a garantia e proteção dos Direitos Humanos.

Por óbvio, tais garantias são bem amplas e abrangem um leque considerável de Direitos Humanos que foram abraçados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). Contudo, este trabalho terá por foco os Direitos Humanos mais intimamente relacionados à população em situação de rua, haja vista a proposta inicial da pesquisa, que tem por foco o conto de Dalton Trevisan.

No que tange à DUDH, percebe-se logo em seu art. 2º que todas as garantias de liberdade e direitos previstos no documento são estendidas a todos os seres humanos. Ou seja, pelo simples fato de o indivíduo nascer humano, este tem capacidade para gozar de tudo o que está estabelecido na declaração. Logo em seguida, seu art. 3º garante ao homem os seguintes direitos: vida, liberdade e segurança pessoal. Sob tal prisma, também é dado tal importância ao homem no art. 1º, III da CF/88, que determina como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a Dignidade da Pessoa Humana. Observa-se então que é garantido ao homem mais do que simplesmente seu direito à vida, e sim, lhe é garantido que tal vida seja contemplada pela principal qualidade que o torna humanizado: a dignidade.

Ao se observar a população em situação de rua, percebe-se de imediato que, apesar de estarem vivos e terem sua liberdade assegurada em território brasileiro, estes não alcançam plenamente o direito a segurança pessoal garantido no art. 3º da DUDH, pois além de não se encontrarem protegidos pela inviolabilidade do lar, estes se encontram em uma situação extremamente vulnerável, estando sujeitos a serem os primeiros alvos de qualquer delinquente que vise agredir, ou até mesmo matar outro ser humano por motivo fútil. Assim demonstra uma alarmante pesquisa realizada pela Universidade Federal de Goiás, constatando que entre os períodos de 2012 a 2015, foram assassinados 61 moradores de rua na cidade de Goiânia-GO. (G1-GOIÁS).¹⁴ Levando-se em conta que a estimativa da mesma população em situação de rua de 2016 era de 351 pessoas, infere-se que 17% desses moradores de rua foram mortos simplesmente por estarem vulneráveis neste período de três anos.

No conto de Trevisan, tal agressão aos moradores de rua não ocorre. O autor cita que “Jamais correu sangue no cemitério, a faquinha na cinta é para descamar peixe. E, aos brigões, incapazes de se moverem, basta xingarem-se à distância” (TREVISAN, 1997)¹⁵. Mas fica claro no contexto do conto que a violência somente não ocorre entre os personagens que estão em situação de rua, no âmbito de convivência destes. No que tange ao restante da sociedade curitibana, observa-se que em decorrência de suas condições, os personagens de Trevisan estão expostos e vulneráveis em um grande centro urbano, e qualquer um deles é passível de se tornar vítima de tal violência desumana.

Acerca dos Direitos Humanos não alcançados pela população em situação de rua, o art. 25 da DUDH certamente engloba um amplo leque. Vejamos:

Art. XXV-1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. [...] (ONU, 1948).¹⁶

Percebe-se que são citados vários dos Direitos Fundamentais que tem o escopo de proporcionar vida digna ao ser humano. É importante destacar a previsão à “habitação”, “alimentação” e “cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”, pois estes, claramente não são atingidos pelos personagens de Trevisan. Os moradores de rua residem no fundo de um mercado de peixes de Curitiba, alheios à vontade ou consentimento do proprietário do mercado, ou seja, não possuem habitação ou moradia. A alimentação destes é literalmente provida pela natureza, pois consiste no consumo de ingás que caem da árvore próxima a eles, e no consumo de caranguejos, peixes e sobras que os “elefantes” conseguirem capturar.

No que tange à saúde e cuidados médicos, talvez se trate da violação mais grave presente no conto, sendo superada somente pela morte dos moradores de rua, levando-se em conta descrição detalhada destes fornecida por Trevisan, a ser observada nos seguintes trechos:

[...] Elefantes malferidos, coçam as perebas, sem nenhuma queixa, escarrapachados sobre as raízes que servem de cama e cadeira” [...] A viração da tarde assanha as varejeiras grudadas nos seus pés disformes. [...] Eles que suportam o delírio, a peste, o fel na língua, o mormaço, as câimbras de sangue, berram de ódio contra os pardais, que se aninham entre as folhas e, antes de dormir, lhes cospem na cabeça. (TREVISAN, 1997).¹⁷

Como descrito, os personagens de Trevisan vivem em situações sanitárias extremamente precárias, o que os torna sujeitos à contração de diversas doenças graves. É neste ponto que mora a essência do genial conto de Trevisan, pois ao serem afligidos por tais doenças, ao invés de exercerem seus direitos à assistência médica devido ao fato de esta simplesmente não existir para os “elefantes”, estes se afastam de seu grupo (manada) para morrerem sozinhos.

Tal situação denuncia a gritante violação aos Direitos Humanos que ocorre com os personagens de Trevisan. Em vida, não obtiveram sua dignidade conforme previsto na DUDH, e suas mortes são completamente invisíveis à sociedade curitibana, e até mesmo aos demais personagens, que passaram a tratar a morte de seus colegas de forma corriqueira. “Esses, quando acordam, não perguntam aonde foi o ausente. E, se indagassem, para levar-lhe margaridas do banhado, quem saberia responder? A você o caminho se revela na hora da morte.” (TREVISAN, 1997).¹⁸

Por fim, vale mencionar o art. 22 da DUDH, que cita “[...] os direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade” (ONU, 1948).¹⁹ O direito a personalidade humana pré-natal, da pessoa nascida com vida, e personalidade post-mortem se mostra em igual paridade com os demais mencionados neste trabalho, pois a personalidade do ser humano é o que o individualiza perante a sociedade, tornando-o um ser único, dotado de opinião, convicção, crenças, preferências, e tudo o mais que complementa seu íntimo. Portanto, o desenvolver de tal personalidade é de suma importância para que o ser humano exerça sua dignidade inerente e se encontre incluso na sociedade em que vive.

Sob tal perspectiva, vale destacar o posicionamento do sociólogo Antônio Cândido, que defende o direito à arte e literatura como um Direito Humano, devido à sua abrangência e influência na formação da personalidade do indivíduo dentro da sociedade. Em seus dizeres, o pressuposto básico dos direitos humanos é “Reconhecer que aquilo que consideramos indispensável para nós também é indispensável para o próximo” (CÂNDIDO, ANTÔNIO. 1989). E complementa:

Nesse ponto, as pessoas são frequentemente vítimas de uma curiosa obnubilação. Elas afirmam que o próximo tem direito, sem dúvida, a certos bens fundamentais, como casa, comida, instrução, saúde – coisas que ninguém bem formado admite hoje em dia sejam privilégio de minorias, como são no Brasil. Mas será que pensam que o seu semelhante pobre teria direito a ler Dostoiévski ou ouvir os quartetos de Beethoven? Apesar das boas intenções no outro setor, talvez isto não lhes passe pela cabeça. (CÂNDIDO, ANTÔNIO. 1989).²⁰

O sociólogo amplia assim o leque dos direitos humanos, fugindo das garantias básicas comumente conhecidas por todos e estendendo-os até o âmbito cultural que, sem sombra de dúvidas, se torna indispensável para o desenvolvimento psíquico e pessoal do ser humano. E complementa que: escrevendo só pra dar o espaço correto ali embaixo [...] a literatura corresponde a uma necessidade universal que deve ser satisfeita sob a pena de mutilar a personalidade, porque pelo fato de dar forma aos sentimentos e à visão do mundo ela nos organiza, nos liberta do caos e portanto nos humaniza” (p. 122). E defende o fato de que “a

literatura pode ser um instrumento consciente de desmascaramento, pelo fato de focalizar as situações de restrição dos direitos, ou de negação deles, como a miséria, a servidão, a mutilação espiritual. (CÂNDIDO, ANTÔNIO. 1989, p. 122).²¹

Enfim, torna-se nítido como a literatura se relaciona intimamente até mesmo com a luta em prol dos Direitos Humanos, pois esta tem a prerrogativa de denunciar por si só, situações cotidianas que claramente violam tais direitos. Ao fornecer para o leitor a visão e a experiência de determinados personagens ou situações, o autor da obra pode fazer com que este, por meio da empatia, se coloque no lugar daquele personagem fictício, mas repleto de realidade, de modo a buscar que o leitor obtenha uma visão mais humanística e recheada de compaixão, buscando com isso, uma solução para tal problema por torná-lo exposto a um número significativo de leitores, tal como Dalton Trevisan fez ao publicar a primeira edição de “Cemitério de Elefantes”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que existe uma robusta legislação tutelando os Direitos Humanos, sendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos o principal documento internacional acerca do tema, ao passo que no Brasil, a Carta Magna de 1988, base de nosso ordenamento jurídico, fortalece a tutela da Dignidade da Pessoa Humana, mantendo-a como um dos fundamentos da República.

De forma mais específica, o Decreto Nº 7.053/09 (Política Nacional para a População em Situação de Rua) teve o escopo de tutelar os moradores de rua brasileiros. Assim sendo, se constatou no Poder Executivo a responsabilidade pelas eventuais violações de Direitos Humanos sofridas por estes moradores, devendo este buscar a aplicação mais efetiva de políticas públicas focalizada na população em situação de rua.

Também foi observada a importância da interdisciplinaridade da ciência do Direito com outros ramos do conhecimento, em especial, com a Literatura, e como essa interface entre ambas pode enriquecer e contribuir com a visão que os operadores do Direito tem do mundo ao seu redor, sendo este um dos objetivos dessa pesquisa, ao passo que o objetivo principal foi analisar o conto “Cemitério de Elefantes”, de Dalton Trevisan sob o enfoque da violação de Direitos Humanos e a invisibilidade social dos moradores de rua.

Neste contexto, acredita-se que tal objetivo foi alcançado, pois partindo de uma análise do conto, foi possível constatar inúmeras ocorrências de violações dos Direitos Humanos sofridas pelos personagens, além de se constatar suas condições de “invisíveis” perante a

sociedade, e como tal invisibilidade se relaciona intimamente com a exclusão social, que os torna incapazes de buscar a tutela de seus direitos.

É nesta descrição dos moradores de rua que está o âmago dessa pesquisa, pois apesar de serem personagens fictícios, nenhum deles obtém destaque ou protagonismo, e suas descrições se encaixam perfeitamente a qualquer morador de rua real. Percebe-se então, que as violações de Direitos Humanos do conto ocorrem com amplitude em nosso país, o que torna nítida a relação entre o Direito e a Literatura, pois ao analisar o conto, percebe-se de forma empática como aqueles moradores de rua vivem. Assim sendo, as soluções propostas hipoteticamente com o objetivo de dar cabo ao problema daqueles personagens fictícios, podem muito bem ser aplicadas na realidade brasileira, pois esta foi, antes de tudo, a principal inspiração na elaboração do conto.

Como forma de efetivação dos Direitos Humanos dos moradores de rua, apesar da responsabilidade do Poder Executivo na aplicação e elaboração de políticas públicas mais eficazes, a culpa não cai exclusivamente sobre este, pois a própria sociedade compartilha dessa culpa no que diz respeito à situação da população em situação de rua. Categoricamente, conforme demonstrado, ao permitir que o cidadão rompa quase todos os vínculos sociais e da existência humana, a sociedade obtém culpa pela omissão, da mesma forma que também a tem por não buscar a reinserção desse indivíduo em seu seio.

Sob tal prisma, conclui-se a culpa compartilhada entre o Executivo e a Sociedade no que tange a população em situação de rua. E sugere-se que a melhor forma de buscar a efetivação dos direitos desse grupo tão vulnerável é justamente o trabalho em conjunto dos culpados, sendo este focalizado nos moradores de rua. De um lado, pela elaboração e aplicação de políticas públicas que contenham eficácia, e de outro, com a preocupação social coletiva para com estes indivíduos tão fragilizados e expostos as intempéries cotidianas. O simples ato de fornecer um sanduíche e um cobertor ao morador de rua pode parecer pouco para quem fornece, mas àquele que recebe, pode significar a diferença entre passar uma noite sofrendo de frio e fome, ou passar uma noite com o mínimo de conforto que lhe é devido, simplesmente, por sua condição humana que demanda vida digna. E a melhor forma para que a consciência social coletiva adquira esta empatia aos grupos mais vulneráveis, é justamente a Literatura, que expõe, de maneira direta e sem tecnicismos, as dificuldades enfrentadas pelos pobres, fazendo com que o leitor se coloque no lugar destes.

Confia-se que, sob tal perspectiva de trabalho mútuo, poderá ser possível tanto nos dias atuais quanto a longo prazo, que os números nacionais da população em situação de rua sejam

reduzidos significativamente. E, do mesmo modo, aos que restarem nessa condição, ou que porventura cheguem até ela novamente, acredita-se que lhes serão fornecidos tanto os meios para que saiam dessa situação, quanto o amparo humano enquanto nela se encontrarem, de modo que sejam finalmente efetivadas as robustas garantias constitucionais que amparam não só tal grupo, mas sim, todos os seres humanos, que devem estar protegidos sob a égide de uma sociedade justa e igualitária para todos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. 51.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BRASIL. **Decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional para População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 23 dez. 2009.
- BORGES, Fernanda. Goiânia teve 61 moradores de rua mortos em três anos, segundo UFG. **G1-Goiás**, 06 mar. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2016/03/goiania-teve-61-moradores-mortos-em-tres-anos-diz-pesquisa-da-ufg.html>>. Acesso em 06 de janeiro de 2019.
- CÂNDIDO, Antônio. Direitos Humanos e Literatura, In: A.C.R. Fester (Org.) **Direitos Humanos E...** Cjp / Ed. Brasiliense, 1989.
- CHAVES, Glenda Rose Gonçalves; LIMA, Carla Sales Serra de; Dom Casmurro e Machado de Assis: Uma interface entre Direito e Literatura, **Revista Ética e Filosofia Política**, v. 2, n. 14, 2011.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**, 1969.
- LEAL, Giuliana Franco. **Exclusão social e ruptura dos laços sociais: Análise crítica do debate contemporâneo**. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2011.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 31ª ed, São Paulo: Atlas S.A., 2015.
- ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, Paris, 1948.
- TREVISAN, Dalton. **Cemitério de Elefantes**, Rio de Janeiro: Record, 1997.
- TRINDADE, Andre Karam; BERNSTIS, Luísa Giuliani; O estudo do Direito e Literatura no Brasil: Surgimento, Evolução e Expansão, **ANAMORPHOSIS – Revista internacional de Direito e Literatura**, v. 3, n. 1, 2017, disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/viewFile/326/pdf>>. Acesso em 26 de dezembro de 2018.
- ZALUAR, Alba. **Quando a rua não tem casa. Cadernos do CEAS**, Salvador, n. 151, 1994.

ANEXO

CEMITÉRIO DE ELEFANTES

À MARGEM ESQUERDA DO RIO Belém, nos fundos do mercado de peixe, ergue-se o velho ingazeiro²² — ali os bêbados são felizes. Curitiba os considera animais sagrados, provê às suas necessidades de cachaça e pirão. No trivial contentam-se com as sobras do mercado.

Quando ronca a barriga, ao ponto de perturbar a sesta, saem do abrigo e, arrastando os pesados pés, atiram-se à luta pela vida. Enterram-se no mangue até os joelhos na caça ao caranguejo ou, tromba vermelha no ar, espiam a queda dos ingás maduros.

Elefantes malferidos, coçam as perebas, sem nenhuma queixa, escarrapachados sobre as raízes que servem de cama e cadeira. Bebem e beliscam pedacinho de peixe. Cada um tem o seu lugar, gentilmente avisam:

— Não use a raiz do Pedro

— Foi embora, sabia não?

— Aqui há pouco...

— Sentiu-se que ia se apagar e caiu fora. Eu gritei: *Vai na frente, Pedro, deixa a porta aberta.*

À flor do lodo borbulha no mangue — os passos de um gigante perdido? João dispõe no braseiro o peixe embrulhado em folha de bananeira.

— O Cai N'água trouxe as minhocas?

— Sabia não?

— Agora mesmo ele...

— Entregou a lata e disse: *Jonas vai dar pescadinha da boa.*

Lá no sulfuroso Barigui rasteja um elefante moribundo

— Amigo, venha com a gente.

Uma raiz no ingazeiro, o rabo de peixe, a caneca de pinga. No silêncio o bzzz dos pernilongos assinala o posto de um e outro, assombrado com o farol piscando no alto do morro.

Distrai-se um deles a enterrar o dedo no tornozelo inchado. Puxando os pés de paquiderme, afasta-se entre adeuses em voz baixa — ninguém perturbe os dorminhocos. Esses, quando acordam, não perguntam aonde foi o ausente. E, se indagassem, para levar-lhe margaridas do banhado, quem saberia responder? A você o caminho se revela na hora da morte.

A viração da tarde assanha as varejeiras grudadas nos seus pés disformes. Nas folhas do ingazeiro reluzem lambaris prateados — ao eco da queda dos frutos os bêbados erguem-se com dificuldade e os disputam rolando no pó. O vencedor descasca o ingá, chupa de olho guloso a fava adocicada. Jamais correu sangue no cemitério, a faquinha na cinta é para descamar peixe. E, aos brigões, incapazes de se moverem, basta xingarem-se à distância.

Eles que suportam o delírio, a peste, o fel na língua, o mormaço, as câimbras de sangue, berram de ódio contra os pardais, que se aninham entre as folhas e, antes de dormir, lhes cospem na cabeça — o seu pipiar irrequieto envenena a modorra.

Da margem contemplam os pescadores mergulhando os remos.

— Um peixinho aí, compadre?

O pescador atira o peixe desprezado no fundo da canoa.

— Por que você não bebe, Papa-Isca?

— Maldição de mãe, uai.

— O Chico não quer peixe?

— Tadinho, a barriga d'água.

Sem pressa, aparta-se dos companheiros cochilando à margem, esquecidos de enfiar a minhoca no anzol.

Cospe na água o caroço preto do ingá, os outros não o interrogam: presas de marfim que apontam o caminho são as garrafas vazias. Chico perde-se no cemitério sagrado, as carcaças de pés grotescos surgindo ao luar.

A CULTURA PUNITIVA NO BRASIL FRENTE AO CONSUMO DE CANNABIS: ASPECTOS OBJETIVOS ENTRE O CONSUMO E TRÁFICO

PUNITIVE CULTURE IN BRAZIL IN FRONT OF CANNABIS CONSUMPTION: OBJECTIVE ASPECTS BETWEEN CONSUMPTION AND TRAFFICKING

Rodrigo da Silveira Barcellos¹

Pedro Gama Ancona de Faria²

Resumo: Trata-se de artigo sobre a descriminalização do consumo e plantio para usuários canábicos, com a devida autorização médica ou terapêutica, aproximando este do tratamento e da sua limitação quanto ao uso. O artigo também revela países que tiveram o ativismo judicial como meio de efetividade deste direito individual, de menor potencial ofensivo, amparado pelo Estado que tem a função principal de defender o indivíduo, dos perigos e da ilegalidade, contidos na comercialização. Aborda também o ativismo judicial, em quais esferas este é condenável e em quais aspectos ele é necessário para a efetivação da Justiça. Interessante o aspecto objetivo trazido no trabalho, que diferencia traficante de consumidor, exemplificando e quantificando, para os juristas tenham um critério como base em suas ações ou decisões.

Palavras-chave: Descriminalização; Cannabis; Ativismo Judicial; Prescrição Médica Terapêutica; Autolesão; Menor Potencial Ofensivo.

Abstract: This is an article on the decriminalization of consumption and planting for cannabis users, with due medical or therapeutic authorization, bringing it closer to treatment and its limitation on use. The article also reveals countries that had judicial activism as a means of effecting this individual right, with less offensive potential, supported by the State that has the main function of defending the individual, from the dangers and illegality, contained in commercialization. It also addresses judicial activism, in which spheres it is reprehensible and in what aspects it is necessary for the realization of Justice. Interesting is the objective aspect brought up in the work, which differentiates drug dealer from consumer, exemplifying and quantifying, for jurists to have a criterion based on their actions or decisions.

Keywords: Decriminalization; Cannabis; Judicial Activism; Therapeutic Medical Prescription; Self-injury; Minor Offensive Potential.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa trazer à baila um assunto delicado e muitas vezes tabu na nossa sociedade atual, o consumo e o plantio da *cannabis* para fins medicinais,

¹ Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra – Portugal. Mestre em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas; Especialista em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Professor Universitário. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e-mail: rodbarcellos@gmail.com.

² Discente do curso de Direito da Universidade de São Paulo. Discente do curso de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas. Militante pela descriminalização da *Cannabis*; e-mail: pedrogama.af@gmail.com

terapêuticos ou recreativos, sendo este último, o mais inquietante, uma vez que a preocupação do Conselho Federal de Medicina é justamente que o uso recreativo possa desenvolver gatilhos para o aparecimento de doenças psíquicas como a esquizofrenia, depressão, ansiedade, entre outros, entretanto, bastaria um laudo psicológico ou psiquiátrico, que indicasse que o indivíduo não tem tendência às essas doenças para que o Judiciário autorizasse este consumo/cultivo.

Ocorre, contudo, que atualmente, as pessoas que insistem no plantio da *cannabis* no Brasil, incorrerão, além com a constrição de liberdade, a perda da propriedade, a associação ao tráfico, e ainda ter dificuldade para defender-se, uma vez que a legislação está equivocada na aplicação da norma.

Não se trata de incentivar o uso e muito menos o plantio canábico, mas proteger o usuário, cujo dever do Estado é iminente e pouco satisfatório, aplicando a este uma resposta inadequada, pois trata-se de uma questão de saúde pública e não de polícia, prender o usuário é puni-lo desproporcionalmente, enquanto o imprescindível é aproximá-lo do tratamento médico ou psicológico.

Ao invés da proteção do indivíduo, o preconceito que percorre sobre esse tema, dificulta estudos, análises e ponderações e desde 2006, a lei não evolui, cabendo ao ativismo judicial, a resolução destes conflitos, muitas vezes de maneira contraditória, insuficiente ou punitiva.

Não se pode olvidar, todavia, que a própria ANVISA editou normativas autorizando a importação de medicamentos à base da referida planta para fins de tratamento de saúde, portanto, na espécie, negar ao usuário o plantio da *cannabis* acabaria violando seu direito à vida e à saúde, em dissonância à própria autorização da ANVISA, que teve como corolário justamente permitir que ele dê continuidade a seu tratamento de saúde.

Considere-se, outrossim, inexistir qualquer circunstância apta a indicar que o cultivo da referida planta no caso em apreço, em quantidade compatível com a prescrição médica ou terapêutica, venha a ferir o bem jurídico tutelado pelos tipos penais previstos na Lei nº 11.343/06.

A proposta é discutir este tema, sem a pretensão de esgotar os meios de análise, mas juntamente com a apresentação de alternativas para garantir o plantio e cultivo da *cannabis* no Brasil, com o devido respaldo médico e/ou terapêutico, impedindo que o usuário ao adquirir a diamba, para seu consumo, se aproxime da ilegalidade, e em contrapartida diminuir o poder do tráfico.

2. ASPECTOS PERMISSIVOS

As dificuldades encontradas no Judiciário brasileiro, no tocante a prisão do cultivador, para uso próprio, é sobretudo um aspecto preconceituoso da sociedade que impede um diálogo profundo acerca do tema.

Faz-se necessário uma busca pela proteção ao usuário, afastando-o da criminalidade e de relações espúrias que colocariam sua vida e integridade física em risco, dando credibilidade e sustentação à preservação da sua escolha individual, com respaldo médico ou terapêutico, em defesa do direito fundamental à saúde física e mental.

O que não podemos admitir é a ignorância acerca desta planta, que muitas vezes afasta pessoas que necessitam de um tratamento, por puro preconceito, não cabe ao executivo limitar direitos individuais, mas sim fomentar o estudo e a pesquisa sobre o tema, ao contrário o Estado proíbe o ato, o consumo e o plantio.

A liberação como ponderação de cuidado com o usuário e a proteção deste, que ao plantar evitaria os perigos do consumo inadequado e ilegal regular aos usuários canábicos, aproximando paciente do tratamento e preservando sua integridade física e mental.

Com a promulgação da Lei 11.343/2006, há condicionalmente a autorização do plantio da *cannabis*, para fins medicinais, respeitando à existência de local específico, o prazo e à fiscalização da atividade conforme preleciona em seu art. 2º, parágrafo único, da referida lei³:

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no *caput* deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo determinados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Outros projetos como o 517/2017, que pretende alterar o artigo 28 da Lei 11.343/06, descriminalizando o cultivo canábico para o uso pessoal terapêutico, decorrente de ideia Legislativa do e-cidadania, permite o semeio, cultivo e colheita de *cannabis* sativa para uso pessoal terapêutico, em quantidade não mais do que suficiente

³ Art. 2º da Lei 11.343/2006: Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

ao tratamento, de acordo com a indispensável prescrição médica, mas o congresso sequer colocou em pauta.

Com a ausência legislativa sobre o tema, faz-se necessário a aplicação de proteção jurídica através do remédio constitucional do *Habeas Corpus Preventivo*, com redação à partir do artigo 647 e seguintes do Código de Processo Penal, prevenindo que alguém ao sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, quando esta não houver justa causa.

O recurso é recomendado pois pode ser impetrado pelo usuário, sem necessidade de advogado, sem custo, e de apreciação rápida, bastando juntar a peça o laudo médico ou terapêutico, em que se reconhece que o paciente não possui distúrbios mentais ou propensão para desenvolver doenças que têm como gatilho o uso canábico.

Trata-se de um pedido jurídico a ser reconhecido pois, em vista do princípio da ofensividade, a tutela da proibição do cultivo volta-se a proteção da saúde pública, conforme a vontade do legislador. Dessa forma, a conduta do auto cultivo, com vista do uso próximo e pessoal da cannabis se constitui como uma autolesão, dentro do espaço de autonomia individual permitida ao indivíduo, sem que se prejudique a saúde de terceiros ou da população em geral, de tal sorte que o bem jurídico relevante tutelado pela proibição do cultivo não seja prejudicado pela conduta.

Nem se alegue que o consumo recreativo causaria sequelas cognitivas aos usuários, desmistificando esta lenda o estudo promovido pelo *American J. Epidemiology*⁴, desenvolvido entre pacientes com menos de 65 anos, contraria essa declaração, ao concluir que: *não houve diferenças significantes no declínio cognitivo entre usuários pesados, usuários leves e não usuários de maconha*, e ainda aos que tiveram qualquer diminuição cognitiva *estaria relacionado com a idade e nível educacional e não parece ser associado ao uso de maconha*.

Portanto, o assunto tabu, quando discutido e abordado de forma educativa, dispõe a invalidação de mitos que dificultam a análise ampla sobre o tema, que busca no judiciário amparar seu direito, uma vez que o legislador, ainda omite sua obrigação elementar.

⁴ DREGAN A. & GULLIFORD, M.C.: Departamento de Psiquiatria e Ciências Comportamentais, Departamento de Higiene Mental; Departamento de Epidemiologia; Departamento de Bioestatística: Cannabis e o Uso Cognitivo em Pessoas Abaixo de 65 anos de idade. *American J. Epidemiology*, 149. p. 794-800. 1999. Johns Hopkins University.

3. ATIVISMO JUDICIAL

A separação entre direito e política ela tem sido considerada essencial no estado constitucional de direito, direito e política são coisas diferentes, na política vigoram soberania popular e o governo da maioria, no direito vigoram a supremacia da lei e o respeito aos direitos fundamentais⁵.

A política, portanto, é o universo da vontade, da vontade da maioria, o direito é o domínio da razão, da razão pública. A crença mitológica desta separação entre direito e política ela tem resistido ao tempo e as evidências, mas o fato é que muito embora elas vivam em mundos apartados, o direito e a política interagem mutuamente⁶.

No direito português, interessante o estudo da Professora Maria João Antunes esta apreciação é mais controlada uma vez que “compete estritamente, a apreciação da norma tal como interpretada pela decisão recorrida, não lhe cabendo sindicar a boa ou a má interpretação do direito infraconstitucional (aplicado no caso ou desaplicado com fundamento em inconstitucionalidade)”⁷.

Judicialização na acepção do Excelentíssimo constitucionalista brasileiro e Ministro do STF Luiz Roberto Barroso⁸ significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito encontra-se o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Ainda no dizer de Barroso, judicialização da política envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. A seu ver o fenômeno tem causas múltiplas e algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro⁹.

⁵ KRAMER, LARRY, **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**, 2004. p. 7.

⁶ WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, r. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. (eds.), **The Oxford handbook of law and politics**, 2008. p. 3.

⁷ ANTUNES, Maria João. Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho. In: **A problemática penal e o Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora. 2012. Volume I. p. 100.

⁸ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 09/12/2020.

⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática...**

Boaventura Santos¹⁰ cita como exemplo de judicialização da política, que classifica de alta intensidade, a “operação mãos limpas” deflagrada pelo Ministério Público italiano na década de 1990. Para ele *há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política. A seu ver as relações entre o sistema judicial cuja natureza se pode resumir numa frase: a judicialização da política conduz à politização da justiça.*

Considerada como sinónimo de “regulação da litigância”, a expressão *politização da justiça* para Barroso¹¹ passou a ter um significado mais amplo do que simplesmente quando os Tribunais substituem ou completam a regulação das questões económicas e sociais pelo Estado, chegando a ser menos formal e mais realista e um dos motivos que se atribui, além do fim do Estado-Providência, foi a crescente corrupção nos Poderes Executivo e Legislativo.

O direito deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política, portanto esta é a premissa, o que vemos atualmente, no mundo real é que esta autonomia é no máximo relativa, e aqui é importante distinguir dois momentos:

O primeiro momento seria o de “Criação do Direito” – não há como separá-lo do direito, pois é o produto do processo constituinte e é o produto do processo legislativo, nas democracias, isto significa que é o produto das vontades das maiorias, e, portanto, dissociá-lo da política, portanto em um estado de Direito no momento da criação das normas jurídicas elas são produtos de uma vontade política, o direito, nas democracias, legitima o exercício do poder político, e procura limitar o exercício do poder político.

Já o segundo momento seria o de “Aplicação do Direito” – esta separação entre o direito e a política não só é desejável como ela é necessária para que subsistam as bases de legitimidade democrática de um determinado Estado, esta separação entre direito e política no plano da aplicação do direito ela é feita por dois grandes institutos: passaria pela independência do poder judiciário, para que a política não tenha poder decisivos, na interpretação e aplicação do direito, assegurando ao poder judiciário um conjunto de garantias institucionais que lhe asseguram autonomia administrativa, que lhe asseguram autonomia financeira e a capacidade de auto organizar-se (concursos, promoções), juízes possuem garantias como a vitaliciedade e imobildade e a irredutibilidade de vencimentos, e ainda, que juízes, e operadores de direito, não criam nem inventam o

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Judicialização da Política.** Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>. Acesso em 09.12.2020.

¹¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.**

direito, submetidos à sua aplicação a algum ato político que tenha sido deliberação do constituinte ou do legislador, sendo limitados pelo direito no exercício de suas funções.

Por fim, o direito deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política, mas que esta autonomia será sempre no máximo uma autonomia relativa, precisando sempre distinguir o momento de criação do direito (essencialmente político) com o momento de aplicação do direito (procura-se a não ingerência da política), que se dá com a autonomia do judiciário.

Nas explicações do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso¹², a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vindo da mesma família, frequentando, inclusive os mesmos lugares, o que os difere são suas origens, pois não seriam gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas:

A corrente normativa se fundamenta no princípio da Supremacia da Constituição em face das decisões legislativas e das decisões ou omissões do Poder Executivo no que se refere a efetivação de políticas públicas, o que nos remete, de imediato, ao princípio de hierarquia das leis¹³, ao princípio da separação dos poderes e sua revisão¹⁴, aos sistemas da *civil law* e da *common law*, além do que sugere uma recente aproximação destes dois sistemas.

Este posicionamento se alicerça a partir da evolução da democracia, da discussão democrática versus constitucionalismo e do modelo tradicional de fazer política pública.

¹² BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática...**” A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”

¹³ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p.266.

¹⁴ KRELL, Andréas. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais**. A Constituição Concretizada Construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2000.p.29.

Dentre os partidários dessa corrente podemos citar os teóricos Dwokin¹⁵ e Cappelletti¹⁶. Existem ainda os que são contra na esteira de Ely¹⁷.

Um grande estudioso do Judiciário brasileiro Werneck Vianna¹⁸, em seu texto *Ativismo Judicial Mal Compreendido* explica não ser mais objeto de controvérsia que o Poder Judiciário vem se afirmando na cena política brasileira, fato esse reconhecido por vários segmentos. Aponta esse processo como natural, uma vez que a Constituição de 1988 deu poderes ao judiciário a fim de garantir que os princípios e os direitos fundamentais nela previstos ganhassem condições de eficácia, impondo inclusive limites à expressão da vontade majoritária do legislativo quando viesse desalinhada da vontade geral consubstanciada no seu texto.

Continua sua explicação, trazendo que a judicialização da política no Brasil deve também a sua origem à iniciativas de cidadania que, progressivamente, foram se apropriando, em suas práticas, dos novos institutos criados pela CF/88, e não, como em outros contextos nacionais, pelo ativismo dos seus magistrados. Citando como exemplo, o mandado de injunção que o STF teria convertido em letra morta, faz lembrar que no Brasil, por várias razões, entre as quais o peso de uma formação positiva na cultura jurídica dos juízes, a judicialização da política encontrou mais resistência que adesão.

Finaliza seu estudo no sentido de que o ativismo judicial, quando bem compreendido, estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização da nossa criativa arquitetura constitucional. Quando mal compreendido, entretanto, este ativismo é sempre propício à denúncia de um governo de juízes, de uma justiça de salvação, referida casuisticamente aos aspectos materiais em cada questão a ser julgada. Mal compreendido, leva a concepções de uma justiça a que abdica da defesa da integridade do Direito, e se torna, mesmo que em nome das melhores intenções, um instrumento do seu derruimento¹⁹.

Um exemplo importante da necessidade do ativismo judicial para casos extremos está no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, entendendo que a parte do artigo 226 da Constituição Federal, no tocante a entidade familiar formada por homem e mulher seria exemplificativa e não taxativa, aplicando à união homoafetiva o

¹⁵ DWORKIN, Ronald M. **O Império do Direito**.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**.

¹⁷ ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**.

¹⁸ VIANA, Werneck Luiz. **Ativismo Judicial Mal Compreendido**. Disponível em <http://www.acessa.com/gramsci/?page=vizualizar&id=969>>. Acessado em 09/12/2020.

¹⁹ VIANA, Werneck Luiz. **Ativismo Judicial Mal Compreendido**. Disponível em <http://www.acessa.com/gramsci/?page=vizualizar&id=969>>. Acessado em 09/12/2020.

mesmo o regime normativo da união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro (a união homoafetiva é um modelo familiar decorrendo daí a necessidade de repressão a todo e qualquer tipo de discriminação).

Portanto, em casos excepcionais, em que dispõe de urgência e eficácia é o Poder Judiciário, que analisa as lacunas, delibera sobre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e, principalmente quando a lei ofender direitos fundamentais, o ativismo judicial pode ser usado de forma a restabelecer o equilíbrio das relações e tem o poder de estipular critérios básicos para a disponibilização de um direito ou de um dever.

É dever do Estado a segurança dos seus, fundamental, zelar pela saúde física e psíquica, e se uma lei, contraditória e antiga, desrespeitar tal regramento, em conflito com direitos individuais de autolesão, cabe a decisão máxima, que deve ser cumprida, diante da ausência legislativa.

4. COMPARATIVOS INTERNACIONAIS

São diversos os países que descriminalizaram o porte de drogas para uso pessoal: Alemanha, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Eslovênia, Espanha, Holanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, México, Paraguai, Peru, Portugal, República Theca e Uruguai, se estávamos esperando referências e exemplos, temos de sobra, e nenhum, caso de reversão da medida.

Faz-se necessário distinguir a despenalização que seria a ausência de pena de privação de liberdade, mas com a manutenção como crime, da descriminalização onde o porte de um ou mais drogas para uso pessoal deixa de ser crime, da regulamentação pela legalização, onde uma ou mais drogas são tornadas lícitas para controle Estatal.

Nesse contexto, o presente trabalho a descriminalização para consumo e plantio da *cannabis* é o desejável e países que a aplicaram, servirão de modelo e análise para o nosso ordenamento jurídico.

A servir de título inspirativo, referenciaremos duas ocasiões nas quais a descriminalização e/ou regulamentação do cultivo pessoal da *cannabis* deu-se por meio da atividade judicial: o caso chileno e o colombiano. Entende-se que são exemplos de como as cortes superiores, em decorrência da imobilidade das instâncias governamentais representativas, devem atuar para firmar entendimentos coesos acerca do auto cultivo, assim como proteger os direitos e liberdades dos usuários canabinóides no sentido de que esses não sejam tratados como caso de polícia e não sejam punidos pela face penal do Estado.

Em decisão da Suprema Corte Chilena, o cultivo da *cannabis* para uso pessoal foi efetivamente legalizado no contexto da absolvição de Paulina González Céspedes (causa rol 4949-2015)²⁰, que fora condenada por tal prática. Atestou-se que no caso, assim como ocorre em inúmeras outras ocasiões, houve uma aplicação errônea do direito, vez que, segundo a própria lei chilena (art. 8º da Lei Nº 20.000) o cultivo para consumo “pessoal, exclusivo e próximo no tempo” se excede da norma que criminaliza a conduta do cultivo canábico.

O que muitos tribunais entendiam é que o cultivo legal (desde 2014 se permitia no país o cultivo com fins medicinais) não regulamentado pelo *Servicio Agrícola y Ganadero* (SAG) configurava o crime de cultivo da *cannabis* previsto no art. 8º da Lei Nº 20.000. No entanto, como firmado pelo entendimento da Suprema Corte na absolvição da ré, a previsão não se aplica ao cultivo voltado ao consumo “pessoal, exclusivo e próximo”, sendo tal modalidade de cultivo, portanto, permitida pela lei. O direito está vivo, é dinâmico e emana de percepções sociais fluidas. Em decorrência disso que se legalizou o auto cultivo no Chile, que em tese já era legal, mas somente perante novas condições sociais foi visto de tal forma.

Quanto ao caso colombiano, um jovem usuário foi preso em flagrante e condenado a mais de cinco anos de prisão por tráfico e fabricação de narcóticos por ser pego com 124g da planta *cannabis* recém aparada de uma colheita. Importante ressaltar que a posse de até 22 gramas de entorpecentes canabinóides é legalizada no país. O caso chegou à corte superior colombiana que deferiu o entendimento de que “partes de uma planta” não podem ser enquadradas no conceito de entorpecentes utilizados pela lei de drogas em sua permissão de posse. Com a tentativa de se firmar um parâmetro correspondente entre a quantidade de plantas permitidas e os 22 gramas autorizados de porte, a corte deferiu a descriminalização do auto cultivo de até 20 pés da planta *cannabis*²¹.

No começo do mês de dezembro de 2020 a Comissão de Drogas Narcóticas das Nações Unidas²² reclassificou a *cannabis* e sua resina para um patamar que inclui substâncias consideradas menos perigosas segundo a Organização Mundial da Saúde,

²⁰Fonte: <http://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2019/02/Corte-Suprema-5-2.pdf>. Acessado em 09/12/2020.

²¹ ARROYO, Rafael. **Drogas, o manual econômico do defensor da legalização**. Disponível em: <http://liberzone.com.br/drogas-o-manual-economico-do-defensor-dalegalizacao/>. Acesso em: 09/12/2020.

²² Fonte: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/relatorio-mundial-sobre-drogas.html>. Acessado em 10/12/2020.

portanto, em seu completo estudo dividido em 6 livretos, onde relata as principais descobertas e destaca as implicações políticas com base em suas conclusões, demonstra as estimativas e tendências no fornecimento, uso e consequências para a saúde, e apresenta uma análise dos desenvolvimentos mais recentes nas jurisdições que adotaram o uso medicinal, um grande avanço em uma regularização que estava desatualizada.

Entendemos que países com maiores desigualdades sociais e ainda com sistemas políticos-jurídicos parecidos com os nossos, conseguiram eliminar a punibilidade do consumo canábico, e, portanto, conseguiríamos adotar o mesmo modelo em nosso país, sem que isso cause transtornos à população e o desenvolvimento da nação, ainda, ponderamos a urgência desta deliberação para que acompanhem a tendência mundial de descriminalizar o porte e o consumo.

Com a delimitação necessária para distinguir o consumo do tráfico, eliminamos, com objetividade, a possibilidade de incentivo do consumo para outras formas de aquisição que não o consumo próprio e autossuficiência na produção visando a proteção fundamental à saúde física e psíquica do indivíduo.

5. ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS LEGAIS ENTRE O CONSUMO E O TRÁFICO

A Revista ABP-APAL, publicou em seu editorial, a dupla penalização do usuário de drogas ou duas vezes vítima, ponderando a necessidade de estipular a quantidade considerada porte, sem promover a liberação da droga, *possibilitando a recuperação do usuário, isolando-o do traficante e evitando sua dupla penalização: a pena social de ser um drogado e a pena legal por ser um drogado, esta última muitas vezes mais danosa que a primeira*²³.

Nesse contexto da regulamentação do cultivo pessoal da *cannabis*, se faz extremamente necessário o estabelecimento de critérios objetivos que tragam o usuário - principalmente aquele que faz uso medicinal - para dentro da legalidade e impeçam a penalização criminal deste. Os critérios também são necessários para um melhor discernimento entre os usuários e traficantes, de forma a se evitar que a permissão proposta, no presente artigo, abarque a criminalidade.

Quanto à fixação de critérios para tal diferenciação, entende-se como difícil o estabelecimento de padrões objetivos que possam ser efetivos em tais sentido, tanto por

²³ Revista ABP – APAL, vol. 8 n.º 1, 1987. **Editorial: A Dupla Penalização de Drogas ou Duas Vezes Vítima.** Fonte: <https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/maconha.pdf>. Acesso em 09/12/2020.

ser extremamente variável o volume regular de consumo entre usuários, como a quantidade de *cannabis* própria a consumo pode prover um pé desta planta. No entanto, o presente trabalho encontra critérios adequados que possam contornar a situação, protegendo o usuário que cultiva para uso pessoal e excluindo o grande produtor voltado ao tráfico ilegal.

Um usuário de *cannabis* de uso regular pode consumir, individualmente, até 2 gramas diárias em seu formato próprio ao consumo. Em vista da necessidade desse usuário de obter todo seu consumo por auto cultivo, sem precisar recorrer ao tráfico, estipulamos um limite razoável de até 10 unidades de plantas de *cannabis* com o intuito não ser excessivamente permissivo e acidentalmente favorecer os que cultivam com o intuito de vender, mas sendo permissivo o suficiente para que o usuário regular possa ser autossuficiente, mesmo se for improdutivo.

Não obstante, em decorrência do fato de que uma muda pode, se cultivadas em condições adequadas, possuir imensas dimensões e produzir um volume estrondoso de *cannabis*, estabelecemos o limite de posse domiciliar de 300 gramas em formato próprio para consumo, de forma que esse número estipulado de 10 pés não abranja na legalidade volumes irrestritos. O valor de 300 gramas foi obtido através do cálculo do tempo que uma safra pode demorar - até 5 meses (150 dias) - vezes o volume que o usuário utilizado como referência consome, até 2 gramas por dia, em vista da autossuficiência.

Apesar disso, acreditamos ser importante diferenciar os valores permitidos à posse domiciliar e ao porte da substância cotidiano, vez que a mistura desses poderia levar à proteção do traficante. Entendemos que não há necessidade para o cultivador carregar cotidianamente tamanho volume de substâncias e, portanto, devemos estipular um valor reduzido da permissão do porte canábico em relação aos 300 gramas estipulados à posse domiciliar. Dessa forma, é adequada a permissão do porte de até 30 gramas de *cannabis*, em vista do fato de que é improvável que o indivíduo carregue montante maior para consumo pessoal corriqueiro.

No entanto, esse valor não deve ser de caráter absoluto, ao passo que razões circunstanciais podem levar o usuário a portar mais do que as 30 gramas estipuladas, como uma longa viagem ou uma mudança de domicílio, devendo elas serem consideradas na aplicação do critério objetivo. Também devem-se considerar outros fatores que indicam a atividade de tráfico, como a separação da droga em pequenas embalagens e o porte de uma balança. Não obstante, instrumentos necessários ao consumo devem ser considerados indicativos ao porte para o consumo.

O Jornal Brasileiro de Psiquiatria²⁴, lançou editorial, revelando a necessidade de padrões objetivos entre consumo e tráfico, acreditando que o maior perigo de exposição do usuário a consequências de ordem policial sumamente traumáticas, concluindo que não haveria *dúvidas que cinco dias de detenção em qualquer estabelecimento policial são mais nocivos à saúde física e mental que cinco anos de uso continuado de maconha*.

Em pesquisa publicada pela *Public Health and International Drug Policy* a recomendação é da descriminalização de delitos menores por consumo, posse e cultivo da *cannabis*, com a redução da violência e outros danos do policiamento de drogas, com medidas de redução de danos como pilar central dos sistemas de saúde e das políticas de drogas²⁵.

Conclui o referido estudo que as políticas destinadas a proibir ou suprimir fortemente as drogas apresentariam um aparente paradoxo, pois aumentariam *direta ou indiretamente, a violência letal, doenças e discriminação, migração forçada, a injustiça e o enfraquecimento do direito do povo à saúde*.

Com todo amparo internacional, doutrinas e discussões acerca da descriminalização para uso, porte e plantio, o Judiciário brasileiro precisa acolher o usuário e dentro dos padrões estabelecidos, distinguir usuário e traficante, com meios objetivos para tal análise.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pretender interromper a cultura punitiva no Brasil, no tocante ao usuário e a quem cultiva a *cannabis*, o bloqueio legislativo à pauta, nos proporciona visão jurídica acerca do direito individual de escolher seus atos e com laudo de especialista, condicionar o plantio ao laudo psicológico ou psiquiátrico do usuário, pois assim, aproximamos o indivíduo de um tratamento, autoconhecimento e limitação ao uso canábico.

A simples proibição bloqueia o acesso do usuário ao sistema médico ou psicológico, e assim, dificulta o estudo dos benefícios e/ou malefícios que a *cannabis* pode ensejar.

²⁴ Jornal Brasileiro de Psiquiatria. Vol. 29: 353-354. Editorial: **Lei e Maconha**. 1980.

²⁵ CSETE, JOANNE e outros. Fonte: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(16\)00619-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)00619-X/fulltext). Acessado em 09/12/2020.

O dever do Estado é zelar pelo indivíduo, garantindo sua proteção contra os perigos do tráfico, limitando o exercício da sua autonomia individual, com um laudo médico ou psicológico, e assim regulamentar o uso canábico.

A abertura neste congresso é um avanço da OAB no sentido de proporcionar voz a discussão sobre o plantio e o consumo para uso medicinal, recreativo ou terapêutico da *cannabis*, demonstrada a necessidade de debatermos sobre o tema e a visão profunda, técnica e jurídica, acerca deste.

O preconceito sobre o tema, afasta grandes juristas, que com medo da pecha que possa cair sobre si, se afastam do estudo jurídico, deixando pessoas que necessitam desta planta, ou para seu desenvolvimento psíquico ou terapêutico, a mercê de traficantes e ao perigo iminente de envolvimento ilícito.

No Relatório Mundial sobre Drogas de 2020, a Comissão de Drogas Narcóticas das Nações Unidas reclassificou a *cannabis* para menor potencial danoso, é um avanço no arranjo científico mundial, que ainda não trouxe impactos para nossa sociedade com histórico proibitivo ou punitivo.

O mal causado pela negligência do Estado para tratar e regulamentar o tema, é muito maior que o cultivo ou consumo da *cannabis* para uso pessoal, com essa premissa o Poder Judiciário ganha elementos de diferenciação entre usuário e traficante visando proteger a integridade física, mental e psíquica, e ainda, com a autorização para o cultivo, afasta o perigo da compra ilegal, resguardando o bem mais precioso: a vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

ANTUNES, Maria João. Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho. In: **A problemática penal e o Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora. 2012. Volume I. p. 100.

ARROYO, Rafael. **Drogas, o manual econômico do defensor da legalização**. Disponível em: <http://liberzone.com.br/drogas-o-manual-economico-do-defensor-dalegalizacao/>. Acesso em: 09/12/2020.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 09/12/2020.

CSETE, JOANNE. Fonte: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(16\)00619-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)00619-X/fulltext). Acessado em 09/12/2020.

DREGAN A. & GULLIFORD, M.C.: Departamento de Psiquiatria e Ciências Comportamentais, Departamento de Higiene Mental; Departamento de Epidemiologia;

Departamento de Bioestatística: Cannabis e o Uso Cognitivo em Pessoas Abaixo de 65 anos de idade. **American J. Epidemiology**, 149. 1999. Johns Hopkins University.

KRAMER, LARRY, **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**, 2004.

KRELL, Andréas. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. A Constituição Concretizada Construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Judicialização da Política**. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>. Acesso em 09.12.2020.

VIANA, Werneck Luiz. **Ativismo Judicial Mal Compreendido**. Disponível em <http://www.acesa.com/gramsci/?page=vizualizar&id=969>>. Acessado em 09/12/2020.

WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, r. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. (eds.), **The Oxford handbook of law and politics**, 2008.

Periódicos:

Jornal Brasileiro de Psiquiatria. Vol. 29: 353-354. Editorial: Lei e Maconha. 1980.

Revista ABP – APAL, vol. 8 n.º 1, 1987. Editorial: **A Dupla Penalização de Drogas ou Duas Vezes Vítima**. Fonte: <https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/maconha.pdf>. Acesso em 09/12/2020.

**COLONIALISMO E ACUMULAÇÃO POR ESPOLIAÇÃO:
PANORAMAS CONCEITUAIS E O CONTEXTO DE TERRAS NO BRASIL**

***COLONIALISM AND ACCUMULATION BY SPOLIATION:
CONCEPTUAL PANORAMAS AND THE LAND CONTEXT IN BRAZIL***

Luís Felipe Perdigão de Castro¹

Resumo: O presente artigo debate, com base em pesquisa bibliográfica, a inserção da terra sob a lógica colonial, enfatizando os sentidos da violência e da expropriação de terras e sua conexão com processos capitalistas posteriores. Objetiva-se contextualizar a colonização como um dos marcos iniciais de apropriação privada de recursos naturais, especialmente estruturado com o sesmarialismo e a Lei de Terras, de 1850. As raízes coloniais perpassam boa parte dos dilemas do Brasil e suas consequências estão longe de serem um tema superado ou circunscrito ao passado. Ao contrário, existem confluências históricas entre o passado colonial e o acesso às terras, que se sucederam de políticas de conquista e dominação, como pano de fundo deste trabalho. Partindo dessas lógicas, se produziram os mecanismos de apropriação privada das terras da América Latina. De um lado, com políticas de dominação e expropriação sobre povos e comunidades do campo. De outro, os mecanismos se efetivaram não apenas pelo Estado, mas por meio de capitais privados e participação estatal.

Palavras-chave: Conflitos por terra; Colonialismo; Acumulação por espoliação; Brasil.

Abstract: This article discusses, based on bibliographic research, the insertion of lands under European colonization, emphasizing the meanings of violence and land expropriation and its connection with later capitalist processes. The objective is to contextualize colonization as one of the initial milestones for private appropriation of natural resources, especially structured with sesmarialism and the Land Law of 1850. Colonial roots are far from being an overridden theme. On the contrary, there are historical confluences between the colonial past and access to land, which were followed by policies of conquest and domination. Based on these logics, mechanisms for private appropriation of Latin American lands were produced. On the one hand, with policies of domination and expropriation over peoples belonging to different civilizations. On the other hand, the mechanisms were implemented not only by the State, but through private capital and state participation.

Keywords: Land conflict; Colonialism; Accumulation by dispossession; Brazil.

1. INTRODUÇÃO

Os conflitos por terra perpassam a história da América Latina, resultantes de processos de apropriação e concentração, que se estendem desde o passado colonial.

¹ Doutor em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília. Docente e Coordenador do curso de Direito do UNICEPLAC. Pesquisador do grupo de pesquisa BICAS, da Universidade de Brasília. Contato: Lfperdigao@gmail.com

Assim, a apropriação privada e os conflitos dela decorrentes, iniciados pelo colonialismo, levaram àquilo que Souza Filho (2013) definiu como a usurpação de terras e de gentes.

É fundamental colocar a dinâmica socioeconômica em perspectiva sociohistórica. A apropriação de terras vem ocorrendo há séculos, incluindo novas lógicas de expulsão (SASSEN, 2010; 2016), expropriações violentas (FAJARDO, 2009) e de “accumulation by dispossession” (HARVEY, 2003), expressão traduzida neste trabalho como acumulação por despossessão, que se inserem em ciclos de acumulação de capital.

Aproximando passado e presente, o artigo debate, com base em pesquisa bibliográfica, a inserção da terra sob a lógica colonial, enfatizando os sentidos da violência e da expropriação de terras e sua conexão com processos capitalistas posteriores. Objetiva-se contextualizar a colonização como um dos marcos iniciais de apropriação privada de recursos naturais, especialmente estruturado com o sesmariamento e a Lei de Terras, de 1850.

No primeiro tópico descreve-se o cenário político atual, apontando o recrudescimento do conflito e da violência, para entender que há uma trajetória histórica mais longa e permanente, isto é, a latência de um conflito que não se exaure apenas na noção de disputa por terras. A força do termo “conflito” remete à existência de classes e categorias que se estruturam em torno de antagonismos e identidades.

No segundo tópico particulariza-se a análise sobre como a propriedade sobre as terras surgiu, enquanto privilégio concedido a grupos restritos, privados e ligados ao poder político. A concentração de terras adquiriu desde então o traço determinante de exclusão de direitos, destacando-se o ponto de partida na implantação do sesmariamento (1530-1824) e, após a independência (1822), o aprofundamento trazido pela Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, ou simplesmente, a “Lei de Terras”.

Por fim, o terceiro tópico enfatiza relações de continuidade entre o passado e o presente, destacando o caráter permanente da acumulação primitiva, sob diferentes roupagens, compondo aquilo que Harvey (2003) definiu como a acumulação por despossessão.

2. CONFLITO E VIOLÊNCIA: ESTRUTURAS SOCIOHISTÓRICAS DO BRASIL

Conflito e violência são traços estruturantes da sociedade brasileira e da forma de atuar de suas instituições. As instituições podem ser entendidas como as regras do jogo

em sociedade, colocando limites para “moldar as interações humanas” (NORTH, 1990, p. 03). Regem, organizam e dão significado, fazendo com que os discursos, grupos, valores ou estruturas hegemônicas importem na “criação de padrões de comportamento e de regras de inserção e exclusão” (MELLO, 2018, p. 25). Dentro dessa dinâmica, continuam ativos os processos históricos de exclusão e concentração, como também as respostas em formas de lutas e resistências sociais (CASTRO, 2019).

Nos últimos anos do século XXI, os processos históricos de exclusão e concentração se tornaram bastante visíveis no Brasil, sob o fio condutor de um grande retrocesso democrático e constitucional, composto por uma série de desconstruções, marcadamente pós-2016, e que consistiram na desarticulação e destruição profunda de políticas públicas e legislações sociais e ambientais, consolidadas ao longo das últimas décadas:

No Brasil, esse ciclo progressista foi interrompido por uma crise política e econômica, causada tanto pelas pressões do imperialismo estadunidense e seus aliados para destruir a esquerda latinoamericana, quanto pelas limitações inerentes ao neodesenvolvimentismo (FUSER, 2018). A crise brasileira, ainda sem solução, desaguou em um golpe midiático-parlamentar em 2016, e na vitória de narrativas “antipolítica” de Bolsonaro em 2018 (BOITO, 2020). Bolsonaro acabou sendo eleito por uma “coalizão de conveniências” (NOBRE, 2020), envolvendo setores conservadores católicos, mas especialmente de evangélicos neopentecostais, forças armadas, concertação política do agronegócio, direita “tradicional” e neoliberal, capital financeiro e neofascistas. (SAUER, LEITE e TUBINO, 2020, p. 287)

Na prática, o cenário político e econômico, que já se agravava com o governo de Michel Temer (2016-2019), assumiu patamares de verdadeira tragédia humanitária, social e ambiental cognominada de governo Jair Bolsonaro (2019-atual). Aplicando uma cartilha contraditória, o governo Bolsonaro adotou um discurso ultraliberal, com elementos nacionalistas, populistas e de extrema direita, alinhando-se automaticamente ao então presidente norte-americano, Donald Trump. Não obstante essa completa dissonância com a tradição diplomática brasileira, o conservadorismo do governo se associou à hostilidade pública à imprensa e às universidades, além da frequente exclusão de categorias sociais a que se negam abertamente direitos, como os territoriais a povos indígenas e comunidades quilombolas. Avançando contra os marcos constitucionais de 1988 e ao contrário de promessas eleitorais, vem ocorrendo o aparelhamento de órgãos de Estado (como a Polícia Federal e a Procuradoria-Geral da República, para não citarmos o caso da Fundação Palmares), além de movimentos contrários às evidências científicas mundiais na área de saúde, meio ambiente e de combate à pandemia:

A outra estratégia governamental de ataques a direitos (sociais, trabalhistas, ambientais, inclusive aos direitos humanos e direitos das minorias) se

aprofundou, ou se tornou mais explícita nesse contexto de crise. Explicitando uma “guerra cultural” e uma “lógica militar”, as ações governamentais, buscando confrontos e justificando ações com base no “combate ao inimigo”, só aprofundam a crise social e política. A pior expressão desse aprofundamento é a total falta de empatia do próprio Bolsonaro com o sofrimento decorrente da crise, pois não há uma única referência pública de conforto às mais de 80 mil vidas perdidas devido à covid-19. A pandemia e as consequentes crises econômica e social forçaram mudanças políticas. A pauta do Governo Bolsonaro mudou, inclusive procurando escudos e proteção das investigações em andamento no Judiciário e possivelmente no Legislativo, formando alianças com partidos e parlamentares do Centrão. Na direção contrária às promessas de campanha, o governo se alia ao que ele próprio denominou de “velha política” distribuindo cargos na Esplanada em troca de apoio e proteção, especialmente contra investigações envolvendo membros do governo – se não o próprio Bolsonaro – em ataques à democracia e às instituições de Estado e disseminação de fake News (SAUER, LEITE e TUBINO, 2020, p. 286).

Como síntese da tragédia, uma das faces mais visíveis é o agravamento de conflitos e respostas estatais violentas aos povos e comunidades tradicionais. Em campo político diametralmente oposto, permanece vivo o debate sobre a posse e uso da terra e, de forma geral, sobre a apropriação e controle dos bens da natureza. Mais recentemente, mobilizações e eventos como o “2º Seminário Terra e Território: Diversidade e Lutas”, ocorrido virtualmente no dia 15/05/2020, denunciaram os impactos negativos do governo Jair Bolsonaro (sem partido) contra organizações e lideranças ligadas à luta por terra, pela preservação do meio ambiente, por direitos à cidadania, cultura e identidades sociais (BARBOSA, 2020; BERNARDES, 2020).

O referido seminário reuniu cerca de 150 representantes de povos e comunidades tradicionais, mostrando conexões de agendas e reivindicações dos povos dos campos, das águas e das florestas. Por exemplo, organizações como a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura Familiar (Contraf) reforçaram a importância e debate sobre os camponeses e as dificuldades atuais. O Movimento de Mulheres Camponesas (MMC) vem destacando impactos ainda maiores, em contexto no qual apenas 5% das terras produtivas estão nas mãos das mulheres e como a falta de registros agrava o acesso desigual a recursos governamentais. A Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab) denunciou que cerca de 400 indígenas foram contaminados e 90 morreram por coronavírus, até maio de 2020. O Movimento pela Soberania Popular na Mineração (MAM) observou que a mineração foi considerada pelo governo uma das atividades essenciais de trabalho e, por isso, foi vedada a quarentena ao setor.

Manobras políticas como essa e muitas outras, como a Resolução 500/20 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (liberando a exploração de áreas de restingas e manguezais) viabilizaram que grandes empresas explorassem minério e outros recursos

naturais sem fiscalização, durante a pandemia. Enquanto isso, no meio rural, grandes produtores receberam R\$ 230 bilhões no Plano Safra 2019/2020 do Governo Federal, ao passo que os agricultores familiares, assentados e povos e comunidades tradicionais receberam menos de R\$ 30 bilhões (BARBOSA, 2020; BERNARDES, 2020). As cifras de desigualdade entre agronegócio e agricultura familiar não são apenas números que revelam o compromisso político do atual governo. Em relação à agenda da terra, Leite e colegas (2019) caracterizaram quatro grupos que disputam espaço político no interior do governo Bolsonaro:

Esses são: i) uma fração do capital financeiro na agricultura, descolado da concertação do agronegócio, que propôs o lançamento de uma golden share para a gestão de terras públicas; ii) setores hegemônicos do agronegócio, capitaneados pela Frente Parlamentar da Agricultura e pela Confederação Nacional da Agricultura (CNA), com a liderança da Ministra Tereza Cristina (DEM/MS) e um discurso de que a agricultura empresarial e a familiar “são o mesmo negócio”; iii) o setor mais atrasado da renda fundiária, representado pela União Democrática Ruralista (UDR), que voltou a ter relevância no cenário político (a partir do processo eleitoral, articulando espaços regionais em apoio a Bolsonaro), com a nomeação de Nabhan Garcia Júnior para a Secretaria Especial de Assuntos Fundiários do Mapa e, iv) o setor vinculado ao militares, representado pelo general da reserva João Carlos Jesus Corrêa, que foi nomeado como Presidente do Incra, e sua equipe de coronéis que controlaram o Incra de fevereiro a outubro de 2019 (LEITE, TUBINO e SAUER, 2019). Em termos de agenda agrária e políticas para o campo, os primeiro e quarto grupos já não estão na disputa, ao menos não em 2020 e publicamente. O capital financeiro se impôs efetivamente, controlando ou dando rumos a parte significativa das políticas e incentivos ao agronegócio exportador. Os militares, o quarto grupo, não foi derrotado nessa disputa interna, mas deslocado para outras agendas e postos (VALENTE, 2020), inclusive galgando mais poder no governo (ARAUJO, 2020; CAVALCANTI, 2020) (SAUER, LEITE E TUBINO, 2020, p. 295).

O acesso desigual a recursos se insere na lógica de fatores que, como a apropriação privada de terras, concentração e exclusão fundiária, produzem e pressionam, bem como reavivam, os conflitos e a violência. O relatório de Conflitos no Campo de 2019, divulgado pela Comissão Pastoral da Terra, apontou que 102 camponesas, indígenas, quilombolas e lideranças foram vitimadas no campo. No total, foram 1.833 conflitos, 23% a mais do que em 2018 e a maior quantidade dos últimos 15 anos (CPT, 2019).

Se o cenário atual aponta um inegável recrudescimento do conflito e da violência, é preciso entender também que há uma trajetória histórica mais longa e permanente no repertório e na construção de tais conflitos e violências no Brasil. Conflito e violência seguem sendo a regra da dinâmica sociocultural, apontam para a latência de um conflito, que não se exaure apenas na noção de disputa por terras. Apesar da polissemia, a força do termo “conflito” remete à existência de classes e categorias que se estruturam em torno de antagonismos, lutas e identidades (CASTRO, 2019). Partindo dessa noção, o conflito

se define como “[...] o estado de confronto entre forças opostas, relações sociais distintas, em condições políticas adversas [...]”, que buscam por meio da “[...] negociação, da manifestação, da luta popular, do diálogo, a superação, que acontece com a vitória, a derrota ou o empate [...]”. Mais especificamente, o conflito por terra “[...] é um confronto entre classes sociais, entre modelos de desenvolvimento, por territórios, que pode ser ‘esmagado’ ou pode ser resolvido [...]” (FERNANDES, 2005, p.26).

O enfrentamento é um momento do conflito (FERNANDES, 2005; CASTRO, 2019). Mais que uma mera disputa, o conflito é marcado pela violência, podendo chegar à aniquilação de uma das partes. A apropriação privada de terras, por diversos meios como a compra e venda sob coação, expulsões, grilagem, fraudes, invasões e aplicação arbitrária de leis agrárias gera conflitos – dualismos e divergências (SIMMEL, 1983; 2011) – que desalojam, deslegitimam e negam identidades. Portanto, existem identidades sendo constantemente conformadas e ressignificadas em meio a conflitos, pelos quais o antagonismo das lutas e das resistências reavivam contraposições, usos, símbolos, projetos e demandas (CASTRO, 2019).

O conflito por terras tem como um dos traços os processos de apropriação privada, iniciados pelo colonialismo, através daquilo que Souza Filho (2013) chamou de usurpação das terras e das gentes. A usurpação produziu a captura privada de grandes áreas, através de modelos agrários excludentes e concentradores, pautados pela destruição generalizada da natureza e das pessoas originárias (MARTINS, 1997; SOUZA FILHO e PRIOSTE, 2017). O pensamento eurocêntrico colocou a América Latina em estado de imaturidade total, incluindo a questão física das terras, vegetais e animais como primitivos, brutais e débeis (DUSSEL, 1994).

É fundamental colocar essa dinâmica socioeconômica em perspectiva histórica, pois a apropriação de terras vem ocorrendo há séculos, incluindo novas lógicas de expulsão (SASSEN, 2010; 2016), expropriações violentas (FAJARDO, 2009) e de “accumulation by dispossession” (HARVEY, 2003), expressão traduzida neste trabalho como acumulação por despossessão, que se inserem em ciclos de acumulação de capital. Deve ser compreendida não apenas do ponto de vista físico, pela apropriação e posse diretas, mas também por formas menos visíveis de controle, como contratos agrários e arranjos empresariais. Subjacente a tais direitos e à sua construção, subsistem formas de valoração, aproveitamento, uso e acesso às terras.

A violência e a dominação política sobre terras e povos da América Latina remontam às práticas, legislações e outras formas de imposição do Estado e de grupos

privados hegemônicos, originadas no período colonial. No colonialismo, o Estado promove, organiza ou coordena a colonização, mesmo que não tenha controle total sobre os colonos e que existam formas de colonização espontâneas que se realizam de forma mais ou menos autônoma (FERREIRA, 2014 et al, p. 275).

Nas relações coloniais, o Estado não é uma unidade abstrata ou isenta, separada do sistema de relações mundiais que se configuraram a partir de 1492. Segundo Castro-Gómez (2005), o Estado exerce uma função no interior desse sistema internacional de poder. Estado e grupos privados (grandes comerciantes e proprietários de terras) se inserem dentro da “desposseção colonial”, legitimada por um imaginário que estabelece identidades opostas e diferenças entre colonizador e colonizado. O colonizado aparece assim como o “outro da razão”, o que justifica o exercício de um poder disciplinar por parte do colo-nizador (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 173).

A maldade, barbárie e incontinência são marcas identitárias do colonizado, enquanto bondade, civilização e racionalidade seriam próprias do colonizador. Ambos se inserem “em relação de exterioridade e se excluem mutuamente”. Uma política “justa” será aquela que, “mediante a implementação de mecanismos jurídicos e disciplinares, tente civilizar o colonizado através de sua completa ocidentalização” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 174).

Nessa linha, sociedades como a brasileira se formam diferentemente, mas sob um mesmo marco colonial de confronto entre forças opostas, de relações sociais distintas e de condições políticas adversas no interior do projeto colonial. A sociedade colonial é originariamente formada sob condições de antagonismo e exclusão, sob interesses e sujeitos distintos, que tornam importante questionar porque um saber se constitui e outro não. O social, como circuito simbólico e material, funciona “a partir de centros em relação às margens”, existindo segmentos que ficam “do lado de fora em relação ao centro”, pois são “porta-vozes de demandas divergentes àquelas representadas politicamente, constituindo, com sua ação, um movimento de oposição e manifestação de conflitos” (HERNANDEZ, 2018, p. 54).

Embora seja diverso no tempo e no espaço (por exemplo, o colonialismo português e espanhol do século XVI difere do britânico do século XIX), trata-se de uma política de Estado. Foi voltada a conquistar e subjugar terras e povos (DUSSEL, 1994). Em última análise, legitimou a expropriação de recursos na América Latina.

3. COLONIALISMO E APROPRIAÇÃO PRIVADA DE RECURSOS NATURAIS: IMPORTÂNCIA DO SESMARIALISMO E LEI DE TERRAS (1850)

É importante contextualizar a colonização das terras latino-americanas como um dos marcos iniciais de apropriação privada de recursos naturais. As raízes coloniais perpassam boa parte dos dilemas de países como Brasil e suas consequências estão longe de serem um tema superado ou circunscrito ao passado. Ao contrário, existem confluências históricas entre o passado colonial e o acesso às terras, que se sucederam de políticas de conquista e dominação.

O chamado colonialismo formal (BOBBIO et al, 1998) define as práticas institucionais e políticas de terras. É o processo de expansão, conquista e submissão de regiões habitadas por povos diferentes (colônias) da potência colonial (metrópoles). Define, mais propriamente, “[...] a organização de sistemas de dominação institucionalizada de um Estado” sobre povos e terras (BOBBIO et al, 1998, p. 181).

A partir de 1492, a Europa iniciou a submissão da América à economia colonial, em que as colônias não eram mais que abastecedoras de matérias-primas que alimentavam direta ou indiretamente diversos mercados (DUSSEL, 1994). As economias “extrovertidas” eram voltadas à exportação de recursos naturais (BOBBIO, 1998 et al, p. 185 e 186). Assim, o “motor da economia americana era o sistema mercantilista capitalista em expansão” (STAVENHAGEN, 2010, p. 149 e 150), que submetia o aproveitamento das terras, sua organização política e jurídica, a propósitos comerciais externos (da metrópole). Para Mignolo (2017, p. 02/03), até o século XVI, o mundo fora mais policêntrico que “capitalista”, pois diversas civilizações ainda eram coexistentes, algumas com longas histórias, outras sendo formadas naquela época.

As colônias do século XVI, caso do Brasil, estavam inseridas em um sistema “mercantilista capitalista” o que, segundo Stavenhagen (2010), diz muito sobre a estreita relação entre colonialismo e capitalismo. Cabia à colônia complementar a economia metropolitana, modelo que atendia a política econômica de diversas nações, inseridas no capitalismo comercial dos séculos XVI e XVII, conhecido como mercantilismo. Nesse período, intensificaram-se a produção e concentração de riquezas, bem como o poderio estatal das metrópoles europeias e seus grupos privados comerciais (HUNT e SHERMAN, 2000).

Às relações econômicas do sistema “mercantil capitalista” (STAVENHAGEN, 2010) se somaram fatores de outra natureza, como o eurocentrismo (QUIJANO, 2002).

O euro-centrismo é uma construção de conhecimentos, uma chave de leitura do século XX que lê/interpreta a colonização como “processo de eurocentralização do padrão de poder colonial/moderno/capitalista” (QUIJANO, 2005, p. 11). Em outros termos, expressa legitimação das experiências de colonialismo e das necessidades do capitalismo. Permitiu impor o modo europeu de produção de conhecimento e de justificação da expropriação de terras “como a única racionalidade legítima, como a racionalidade hegemônica”. Entre seus elementos principais está a “propensão reducionista e homogeneizante” de definir e identificar as experiências sociais na terra. Nesse contexto, o colonialismo na América foi condição essencial para consolidação do capitalismo no sistema global, com especificidades de “um padrão de poder de vocação mundial” (QUIJANO, 2005, p. 11):

A América constitui-se como o primeiro espaço/tempo de um padrão de poder de vocação mundial e, desse modo e por isso, como a primeira id-entidade da modernidade. Dois processos históricos convergiram e se associaram na produção do referido espaço/tempo e estabeleceram-se como os dois eixos fundamentais do novo padrão de poder. Por um lado, a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros. Essa ideia foi assumida pelos conquistadores como o principal elemento constitutivo, fundacional, das relações de dominação que a conquista exigia. Nessas bases, conseqüentemente, foi classificada a população da América, e mais tarde do mundo, nesse novo padrão de poder. Por outro lado, a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial (QUIJANO, 2005, p. 11).

No Brasil, a propriedade sobre as terras surge como privilégio concedido pelo Rei de Portugal a grupos restritos, privados e ligados ao poder político. A concentração de terras adquire desde então o traço determinante de exclusão de direitos, destacando-se o ponto de partida na implantação do sesmarialismo (1530-1824) e, após a independência (1822), o aprofundamento trazido pela Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, ou simplesmente, a “Lei de Terras”² (CASTRO, 2019).

O sesmarialismo aplicado ao Brasil, do ponto de vista legal e de sua essência, não era uma cópia fiel do sesmarialismo português. Neste, havia uma preocupação maior com a utilização produtiva da terra, expressa na cláusula de condicionalidade da doação,

² O Estatuto da Terra, de 30 de novembro de 1964, substituiu a Lei de Terras, de 1850, delimitando o módulo rural e a função social da propriedade (MAIA e LINHARES, 2016). Para Martins (1999), o Estatuto pode ser considerado a primeira de várias reformas da propriedade fundiária e da distribuição da terra agrária. Depois, o tema encontrou novamente espaço para uma ampla discussão na Assembleia Nacional Constituinte (ANC), instalada em 1º/02/1987 até a promulgação constitucional em 05/10/1988. Na ANC foi possível visualizar “um conjunto de pontas desatadas desse longo e inacabado processo histórico” (MARTINS, 1999, p. 101).

atrelada ao cultivo (fixação de um prazo de três a cinco anos para a ocupação produtiva, findo o qual devia retornar à coroa portuguesa, caso a exigência não fosse cumprida). Vem daí o sentido original das terras devolutas, como aquelas concedidas e não-aproveitadas, que deveriam ser devolvidas ao doador, ou seja, à Coroa portuguesa. O termo, entretanto, passou ao vocabulário jurídico brasileiro “como sinônimo de terra vaga, não-apropriada, patrimônio público” e até o termo “sesmeiro” teve o seu significado original modificado, “pois em Portugal designava a autoridade que concedia a sesmaria e na colônia passou, pouco a pouco, a indicar o beneficiário da concessão” (SILVA e SECRETO, 1999, p. 114). No Brasil, sesmarias eram obtidas por concessão administrativa do domínio e não por transferência de propriedade.

Entre o fim do regime sesmarial e a instituição da Lei de Terras, houve o período de quase 30 anos, chamado de “império de posses” ou “fase áurea do posseiro”. Sem normatização e regulamentação, a posse tornou-se a única forma de aquisição de terras. Aumentou paulatinamente o número de posseiros, de grandes propriedades e também a ação de oligarquias rurais no Brasil (MAIA e LINHARES, 2016, p. 121). Após 1850, deu-se o marco legal de legitimação da grande propriedade privada de terras e, tecnicamente, de conceituação de terras devolutas e privadas no país.

A crise da escravidão, durante o século XIX, fez a discussão sobre a estrutura agrária girar em torno da abundância de terras e escassez de trabalhadores. Ou, ainda, na ideia de que, sem o escravo, “a terra tinha que ser cativa” (MARTINS, 1986, p. 32). Na prática, a ameaça à acumulação capitalista (como exemplo, o aumento de salários para a permanência dos trabalhadores) só poderia ser contornada com um projeto político que barrasse o acesso às terras livres, tornando-as propriedade privada, por meio da Lei de Terras de 1850 e de fomento à imigração de excedente populacional europeu pelo “Colonato”. Segundo Silva (1996, p. 154), a Lei de Terras criou o instituto das “terras devolutas”. Tecnicamente, Souza Filho (2003) as define como “uma espécie de direito originário próprio, que veio reconhecer como propriedade todas as sesmarias confirmadas pela produção, bem como a legitimação das posses” ocorridas entre 1822 e 1850 (SOUZA FILHO, 2003, p. 184). O conceito legal foi delimitado no artigo 3º da Lei 601, de 18 de setembro de 1850.

Ponto central da Lei de Terras foi a consolidação de um regime de propriedade que impediu o acesso àqueles que não pudessem comprá-la (CASTRO, 2019). Isso a transformou definitivamente em mercadoria, inserida em um mercado, passível de negociação e registro formais. A propriedade da terra, “ao invés de ser atenuada para

viabilizar o livre fluxo e reprodução do capital, [foi] enrijecida para viabilizar a sujeição do trabalhador livre ao capital proprietário de terra” (MARTINS, 1997, p. 12). Na prática, as nações indígenas, os negros recém libertos (ex-escravos), camponeses e imigrantes pobres ficaram impedidos de acessar legalmente terras, senão pela compra, o que se daria com dificuldades óbvias, pois os preços eram frequentemente superiores às possibilidades econômicas (OLIVEIRA, 2001). A Lei de Terras, de 1850, também teve papel fundamental para a transição do trabalho escravo ao livre (colonato), abrindo a possibilidade de “transformar a terra em renda territorial capitalista, permitindo ao fazendeiro transfigurar seu capital, anteriormente investido em escravos, na aquisição de terras”. Estabeleciam-se condições para manter o padrão de acumulação, sem prejuízo aos interesses dos grandes proprietários, como os fazendeiros de café do século XIX e XX (MARTINS, 1986, p. 32).

A partir de então, qualquer propriedade privada sobre terras no Brasil deveria ser originada por uma concessão sesmarial anterior e validada, ou comprada de outro proprietário, formando-se uma cadeia sucessória e cartorial de proprietários. O processo de validação das terras e de confirmação do regime público ou privado foi regulamentada pelo Decreto nº. 1.318, de 30 de janeiro de 1854.

Se, por um lado, a constituição da força de trabalho escravo e, depois assalariado foi regulada “antes de mais nada, pelas regras de comércio” (MARTINS, 2000, p. 30), essa lógica continuou se desdobrando, nos marcos de restrição a direitos e cidadania, pela inserção da terra no mercado (SOUZA FILHO, 2003; SAUER, 2010), isto é, da transformação da terra em coisa e “mercadoria” passível de negociação, a partir de 1850.

Embora o capital existisse antes da conquista da América (MIGNOLO, 2017), foi com a colonização que ele pôde consolidar-se, tornando-se o eixo em torno do qual todas as demais formas de expropriação foram articuladas para os fins do mercado mundial. Assim, o colonialismo antecede o capitalismo enquanto sistema mundial e o acompanha como política em suas diferentes fases de desenvolvimento (FERREIRA et al, 2014). A expansão europeia do século XVI teve o colonialismo como seu componente central e a acumulação primitiva tornou o capitalismo possível como “modo de produção” (FERREIRA et al, 2014, p. 255).

A acumulação primitiva é um processo histórico localizado no início do modo de produção capitalista, abrangendo as condições para a formação histórica do capital e sua extensão para outros espaços e modos de produção (READ, 2003). Novas pessoas e recursos foram e continuam sendo incorporados às relações sociais capitalistas (HALL,

2013). Portanto, “a acumulação primitiva não se restringiria ao momento em que, ou ao local em que a produção capitalista surgiu”, não sendo determinado se o conceito deveria ser restrito a esse passado (BIN, 2018, p. 78).

Para Levien (2014, p. 25), a acumulação primitiva representa aqueles processos históricos que inauguram as relações sociais capitalistas, gerando “precondições” antes de o capitalismo recriar internamente “suas próprias condições”. O capitalismo foi capaz de estender “as relações coloniais sobre o espaço e as formas sociais”, atualizando-o como “componente estrutural de seu próprio sistema e amplificando de forma nunca antes vista sua dimensão e significado” (FERREIRA, 2014 et al, p. 254). A acumulação primitiva ocorreu na Europa (OLIVEIRA, 1991; MARTINS, 1994; VELHO, 2009), mas se manifestou por mecanismos internos e externos que atingiram as terras e povos na América.

4. COLONIALISMO E CAPITALISMO: BREVES MARCOS CONCEITUAIS

A expropriação dos pequenos produtores através dos cercamentos (“enclousures”) dos campos europeus teria sido, segundo Velho (2009), o principal mecanismo interno da acumulação primitiva e que não teria se dado isoladamente. Ela se combinou com a expropriação de terras nas colônias, por elementos como a expulsão de povos originários, a extração comercial de recursos naturais, o tráfico de escravos, etc. (VELHO, 2009, p. 41), confluindo naquilo que Marx (2000, p. 875) considerava ser “isolar o produtor dos meios de produção”.

No entanto, podemos interpretar a teoria da acumulação primitiva de Marx também como distinção específica entre os processos (não capitalistas) que possibilitam a emergência de um modo de produção capitalista, no qual “conquista, escravização, roubo, assassinato, ou seja, violência exerceu o maior papel” [...], e um sistema capitalista maduro que, uma vez desenvolvido, dispensa a coerção extra-econômica e confia na “compulsão silenciosa das relações econômicas” [...]. Na primeira definição, é a função que distingue a acumulação primitiva da acumulação capitalista – ela gera as precondições do capitalismo antes de o capitalismo assumir o poder e recriar internamente suas próprias condições. Na segunda definição, são os meios extraeconômicos da acumulação primitiva que a separam da acumulação capitalista propriamente dita (LEVIEN, 2015, p. 26).

Portanto, a acumulação primitiva envolveu a expropriação, sob uma série de lutas episódicas e violentas na Europa (HUNT e SHERMAN, 2000). Na interpretação de Harvey (2003) e Levien (2014), a acumulação primitiva foi a aurora da era capitalista e, ao mesmo tempo, um de seus aspectos “contínuos e constitutivos” (LEVIEN, 2014, p. 45). A acumulação primitiva não seria, segundo Levien (2014; 2015), adequada para explicar a persistência de estratégias predatórias no capitalismo contemporâneo. Os processos de acumulação teriam aspectos contínuos no capitalismo atual, levando a sistemas mais complexos de despossessão:

A maneira como as sociedades expropriam terra e recursos naturais e a maneira como produzem espaço para qualquer configuração político-econômica são igualmente centrais; na verdade, contêm um potencial político explosivo em muitas partes do Hemisfério Sul atual. Incentivados por uma proliferação de movimentos e levantes contra várias formas de expropriação e cercamento, os estudiosos estão agora se perguntando se a “acumulação primitiva”, identificada por Marx com a aurora da era capitalista, não seria, na verdade, um de seus aspectos contínuos e constitutivos (LEVIEN, 2014, p. 45).

Os textos originais de Levien (2014) e Harvey (2003) foram traduzidos no Brasil com algumas dissonâncias e polissemias, particularmente quanto a termos como expropriação, desapropriação, espoliação e despossessão. Na crítica de Bin (2018), as despossessões contemporâneas foram relacionadas com a acumulação capitalista, sem cuidados teóricos suficientes para distinguí-las.

Para alguns juristas (MEIRELLES, 2014), a diferença entre expropriação e desapropriação está na motivação e na indenização. Na desapropriação ocorre a perda da propriedade privada, por um ato do Poder Público que retira e indeniza. Não é uma medida confiscatória. Já a expropriação, no sentido jurídico, é o ato estatal unilateral que produz a extinção da propriedade sem qualquer tipo de indenização, como punição a ato ilícito. Por exemplo, atualmente no Brasil e na Colômbia as terras com cultivos ilícitos podem ser expropriadas e não desapropriadas, pois há um caráter sancionatório na perda imposta pelo Estado (MEDAUAR, 2012; DI PIETRO, 2013).

Partindo da carga jurídica (de “retirada e perda”), mas além dela, interessa destacar neste trabalho que o sentido está contextualizado na ideia de apropriação capitalista da terra (FERNANDES, 2005; OLIVEIRA, 2007; MARTINS, 2009). Envolve meios lícitos e ilícitos, como também mecanismos violentos, excludentes e concentradores que podem resultar na expulsão dos sujeitos coletivos (SASSEN, 2010; 2016). A expulsão – no conceito de Sassen (2016) – é a completa negação de direitos, inclusive sobre a terra. Não é somente a violência pelo seu início de apropriação violenta, mas a consequência, a negação do próprio direito de ser camponês.

Para Harvey (2003), diversos mecanismos de apropriação podem ser compreendidos na lógica da “accumulation by dispossession” ou acumulação por despossessão, também traduzida como acumulação por espoliação. Segundo ele, “a acumulação primitiva que abre caminho à reprodução expandida é bem diferente da acumulação por despossessão, que faz ruir e destrói um caminho já aberto” (HARVEY, 2003, p. 135). Em vez de produzir riqueza, apropria-se da riqueza já existente, ainda que isso termine por derruir ainda mais as bases de funcionamento da economia. Altvater (2010) entende que na acumulação por despossessão “andam de mãos dadas a privatização de bens e serviços públicos, manobras corruptas e criminosas, o acesso político e militar aos recursos naturais, sobretudo ao petróleo, o roubo de obras do patrimônio artístico e sua transformação em antiguidades comercializadas”, bem como “o interesse especulativo e a retirada de direitos sociais e democráticos de cogestão” (ALTVATER, 2010, p. 112).

A acumulação primitiva é uma “construção histórica” porque ocorreu no início do modo de produção capitalista. É uma “construção teórica”, porque a própria lógica da acumulação capitalista pressupõe a existência das condições sociais mencionadas para que ela ocorra (BIN, 2018, p. 78). O conceito de acumulação primitiva só pode ser entendido em relação ao conceito de acumulação capitalista. Mais especificamente, a compreensão da acumulação primitiva requer uma compreensão prévia de mercadoria, pois esta é o ponto de partida do modo de produção capitalista propriamente dito (BIN, 2018).

Nos níveis histórico e conceitual, o foco central da exposição sobre a acumulação primitiva é mostrar o movimento do qual surgiram os fundamentos do modo de produção capitalista. No debate sobre a acumulação primitiva supostamente em andamento, esta não pode ser equiparada à acumulação primitiva (clássica). Segundo Bin (2018, p. 78), o principal problema é que na acumulação por despossessão “ignora-se a necessidade da transformação de produtores diretos em proletários para que a acumulação real ocorra”, diferentemente da acumulação primitiva clássica, em que as despossessões não trazem, por si só, trabalho proletário adicional à economia, que é uma condição para a expansão do capital.

Por outro lado, o caráter permanente da acumulação primitiva está presente em uma série de diferentes trabalhos (PERELMAN, 2000; DE ANGELIS, 2001; 2007; ARRIGHI, 2007; 2010; SASSEN, 2010; 2013; LEVIEN, 2014) nos quais, sob diferentes roupagens, os mecanismos violentos de expulsão e apropriação privada de terras e

recursos naturais compõem a acumulação por despossessão. Na prática, ativos públicos e comuns foram cerceados, permitindo o uso privado, excludente e lucrativo dos recursos.

Para Harvey (2003), são diversas as formas de despossessão contemporâneas, “que se colocam distintas e geograficamente dispersas, cuja significância para o capital residiria muito mais no ativo expropriado que na força de trabalho das pessoas” (HARVEY, 2003, p. 36). A acumulação por despossessão seria ilustrada com base em quatro elementos principais: a) privatização, que é a transferência de ativos dos domínios públicos para os domínios privados governados pelo capital; b) financeirização, estimulada pela desregulamentação do sistema financeiro e tornou-se uma das principais formas de redistribuição de superávits por meio de especulação, predação, fraude e roubo; c) gestão e manipulação de crises no cenário mundial, o que levou a processos deliberados de redistribuição de riqueza de países pobres para países ricos; e d) redistribuições estatais, que envolvem reformas fiscais e tributárias destinadas a reduzir o salário social e favorecer o retorno do investimento corporativo (HARVEY, 2003; BIN 2018).

Como a privatização e a liberalização do mercado foram o mantra do movimento neoliberal, o resultado foi transformar em objetivo das políticas do Estado a ‘expropriação das terras comuns’. Ativos de propriedade do Estado ou destinados ao uso partilhado da população e geral foram entregues ao mercado para que o capital sobreacumulado pudesse investir neles, valorizá-los e especular com eles (HARVEY, 2003, p. 130/131).

Tomando os elementos acima (HARVEY, 2003), alterações substanciais aconteceram principalmente após os anos 1970, com projetos, concessões, aquisições e arrendamento de terras para corporações privadas. Isso expõe situações nas quais o controle por terras e recursos naturais, “[...] que pode ou não envolver a apropriação e a administração concreta de territórios [...]”, passou a ser um meio necessário para a acumulação de capital. Desnudou-se uma “acumulação por despossessão” que consiste numa recorrente, persistente e predatória prática de “acumulação primitiva”, que Harvey (2003) considera de caráter permanente. O conceito aborda o processo de expansão de limites espaciais, políticos e socioeconômicos da acumulação de capital, “[...] permitindo expor a tensão entre as formas de provisão coletiva e a acumulação capitalista”. A acumulação primitiva do passado persiste como “acumulação por despossessão” e leva a novas batalhas políticas e re-sistência sociais (HARVEY, 2003, p. 134).

Entre o passado da acumulação primitiva (MARX, 2000) e seus aspectos contínuos e presentes na acumulação por despossessão (HARVEY, 2003), o espaço-tempo do colonialismo se manifestou por processos históricos inter-relacionados – tais

como o capitalismo (enquanto arquétipo de exploração social), o Estado (como plataforma de controle de coletividades e territórios), a colonialidade do poder (que erigiu a noção de “raça” para o padrão de classificação e dominação social) e o eurocentrismo (forma hegemônica de controle da subjetividade e da intersubjetividade, em particular no modo de produzir conhecimento) (QUIJANO, 2000; 2002; 2005). Em tal cenário, a apropriação da terra e distribuição de produtos foram articuladas em torno do mercado mundial:

[...] todas as formas de controle e de exploração do trabalho e de controle da produção-apropriação-distribuição de produtos foram articuladas em torno da relação capital-salário (de agora em diante capital) e do mercado mundial. Incluíram-se a escravidão, a servidão, a pequena produção mercantil, a reciprocidade e o salário. Em tal contexto, cada umas dessas formas de controle do trabalho não era uma mera extensão de seus antecedentes históricos. Todas eram histórica e sociologicamente novas. Em primeiro lugar, porque foram deliberadamente estabelecidas e organizadas para produzir mercadorias para o mercado mundial. Em segundo lugar, porque não existiam apenas de maneira simultânea no mesmo espaço/tempo, mas todas e cada uma articulada com o capital e com seu mercado, e por esse meio entre si. Configuraram assim um novo padrão global de controle do trabalho, por sua vez um novo elemento fundamental de um novo padrão de poder, do qual eram conjunta e individualmente dependentes histórico-estruturalmente. Isto é, não apenas por seu lugar e função como partes subordinadas de uma totalidade, mas também porque sem perder suas respectivas características e sem prejuízo das descontinuidades de suas relações com a ordem conjunta e consigo mesmas, seu movimento histórico dependia desse momento em diante de seu pertencimento ao padrão global de poder. Em terceiro lugar, e como consequência, para preencher as novas funções cada uma delas desenvolveu novos traços e novas configurações histórico-estruturais (QUIJANO, 2005, p. 229).

A produção de metais preciosos nos séculos XV a XVII, mas sobretudo no XVIII (coincidindo a descoberta do ouro brasileiro e o auge manufatureiro inglês) levaram, no século XIX, a uma forte articulação entre a expropriação de terras e metais na América e as demandas da economia mundial (MARINI, 2000). Embora o modo capitalista de produção se desenvolvesse plenamente no século XIX, as relações sociais na América Latina “assentavam-se, por exemplo, no trabalho escravo, com marcas de um capitalismo altamente contraditório e dependente” (FERREIRA e TORRES, 2016, p. 04). O capital se manifestou como “o eixo dominante da articulação conjunta de todas as formas historicamente conhecidas de controle e exploração do trabalho, configurando assim um único padrão de poder, histórico-estruturalmente heterogêneo, com relações descontínuas e conflitivas entre seus componentes” (QUIJANO, 2000, p. 248).

Portanto, a América Latina não foi, e nem é, um espelho do capitalismo central, ocorrido na Europa ou, posteriormente, nos Estados Unidos. O ingresso das nações latino-americanas no sistema capitalista em escala mundial determinou “[...] seu processo de

formação econômico-social, à medida que o estatuto colonial, ao impulsionar o movimento metropolitano à acumulação capitalista, freou o desenvolvimento nas áreas coloniais” (PAIVA, ROCHA e CARRARO, 2010, p. 152). Para pensadores como Mariátegui (1999), os países latino-americanos chegariam sempre “atrasados à concorrência capitalista”, pois “os primeiros lugares já foram definitivamente atribuídos. O destino desses países, na ordem capitalista, é o de simples colônias” (MARIÁTEGUI, 1999, p. 112).

Como parte deste processo mais amplo, no século XIX, as colônias espanholas e portuguesas da América ascenderam ao status de países independentes. Tiveram nas mãos “o destino do imenso patrimônio de terras que o primeiro ciclo de colonização colocara sob o domínio das metrópoles europeias, à custa, na maioria das vezes, das populações indígenas locais” (SILVA e SECRETO, 1999, p. 109). O corte dos vínculos coloniais desencadeou importantes consequências na vida econômica na medida em que propiciou “[...] o surgimento de novos padrões de organização interna do fluxo de renda”. Internalizado, o fluxo de renda aumentou “a diferenciação dos papéis econômicos (senhoriato rural, grandes comerciantes de importação e exportação) e a circulação de capitais”, facilitando a inserção desses países na nova ordem econômica mundial (SILVA e SECRETO, 1999, p. 110).

Partindo dessas lógicas, se produziram os mecanismos de apropriação privada das terras da América Latina. De um lado, com políticas de dominação e expropriação sobre povos pertencentes a civilizações diversas e longínquas (BOBBIO et al, 1998). De outro, os mecanismos se efetivaram não apenas pelo Estado, mas “por meio de uma série de empresas mercantis pelas quais interviam grandes capitais privados e participação estatal” (STAVENHAGEN, 2010, p. 148). As relações sociais, econômicas e políticas decorrentes subsistiram em diferentes graus e feições de hierarquias sociais.

As hierarquias sociais são um exemplo de continuidades das relações coloniais em um mundo pós-colonial (QUIJANO, 2005). Um exemplo de hierarquia social que determinava relações de exclusão sobre a terra, é a noção de raça e identidade racial. Elas “foram estabelecidas como instrumentos de classificação social básica da população”. A ideia de raça “foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista”. A Europa como “nova identidade depois da América e a expansão do colonialismo europeu ao resto do mundo conduziram à elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela à elaboração teórica da ideia de raça”

como naturalização das relações coloniais de dominação “entre europeus e não-europeus” (QUIJANO, 2005, p. 229).

Longe de serem extintas após o período colonial, as diferenças se integraram à divisão internacional do trabalho e à acumulação de capital em escala mundial (GROSFOGUEL, 2007, p. 219/220). Em outras palavras, o colonialismo legitimou a expropriação e concentração de riquezas, ao mesmo tempo em que viabilizou a posse de grandes áreas de terra e de grandes quantidades de capital.

NOTAS PARA UMA CONCLUSÃO

Entre o passado da acumulação primitiva (MARX, 2000) e seus aspectos contínuos e presentes na acumulação por despossessão (HARVEY, 2003), o espaço-tempo do colonialismo se manifestou por processos históricos inter-relacionados, tais como o capitalismo (enquanto arquétipo de exploração social), o Estado (como plataforma de controle de coletividades e territórios), a colonialidade do poder (que erigiu a noção de “raça” para o padrão de classificação e dominação social) e o eurocentrismo (forma hegemônica de controle da subjetividade e da intersubjetividade, em particular no modo de produzir conhecimento).

Embora o capital existisse antes da conquista da América, foi com a colonização que ele pôde consolidar-se, tornando-se o eixo em torno do qual todas as demais formas de expropriação foram articuladas para os fins do mercado mundial. Assim, o colonialismo antecede o capitalismo enquanto sistema mundial e o acompanha como política em suas diferentes fases de desenvolvimento.

A expansão europeia do século XVI teve o colonialismo como seu componente central e a acumulação primitiva tornou o capitalismo possível como “modo de produção”. A acumulação primitiva é um processo histórico localizado no início do modo de produção capitalista, abrangendo as condições para a formação histórica do capital e sua extensão para outros espaços e modos de produção

Partindo dessas lógicas, se produziram os mecanismos de apropriação privada das terras da América Latina. De um lado, com políticas de dominação e expropriação sobre povos pertencentes a civilizações diversas. De outro, os mecanismos se efetivaram não apenas pelo Estado, mas por meio de uma série de empresas, grandes capitais privados e participação estatal. As relações sociais, econômicas e políticas decorrentes subsistiram em diferentes graus e feições de hierarquias sociais, que são um exemplo de continuidades

das relações coloniais em um mundo pós-colonial. Longe de serem extintas após o período colonial, as diferenças se integraram à divisão internacional do trabalho e à acumulação de capital em escala mundial. Em outras palavras, o colonialismo legitimou a expropriação e concentração de riquezas, ao mesmo tempo em que viabilizou a posse de grandes áreas de terra e de grandes quantidades de capital.

Em tal cenário, a apropriação da terra e distribuição de produtos foram articuladas em torno do mercado mundial. O caráter permanente da acumulação primitiva está presente em uma série de diferentes trabalhos (PERELMAN, 2000; DE ANGELIS, 2001; 2007; ARRIGHI, 2007; 2010; SASSEN, 2010; 2013; LEVIEN, 2014) nos quais, sob diferentes roupagens, os mecanismos violentos de expulsão e apropriação privada de terras e recursos naturais compõem a acumulação por despossessão.

Os textos originais de Levien (2014) e Harvey (2003) foram traduzidos no Brasil com algumas dissonâncias e polissemias, particularmente quanto a termos como expropriação, desapropriação, espoliação e despossessão. Na crítica de Bin (2018), as despossessões contemporâneas foram relacionadas com a acumulação capitalista, sem cuidados teóricos suficientes para distinguí-las. Apesar disso, no pensamento de Harvey (2003), a acumulação por despossessão poderia ser ilustrada com base em quatro elementos principais: privatização, financeirização, gestão e manipulação de crises no cenário mundial e as redistribuições estatais, que envolvem reformas fiscais e tributárias destinadas a reduzir o salário social e favorecer o retorno do investimento corporativo.

REFERÊNCIAS

- ALTVATER, Elmar. **O fim do capitalismo como o conhecemos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- ARRIGHI, Giovanni. **Adam Smith in Beijing: Lineages of the twenty-first century**. Londres: Verso, 2007.
- ARRIGHI, Giovanni; ASCHOFF, Nicole e SCULLY, Ben. Accumulation by dispossession and its limits: The Southern Africa paradigm revisited. **Studies in Comparative International Development**, 45, p. 410-438. 2010.
- BARBOSA, Catarina. **Plataforma emergencial propõe medidas de defesa do campo, das florestas e das águas**. Brasil de Fato. Belém (PA). 13 de Maio de 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/05/13/plataforma-emergencial-propoe-medidas-de-defesa-do-campo-das-florestas-e-das-aguas>. Acesso em 08.nov.2020.
- BERNARDES, José Eduardo. **Indígenas, quilombolas e camponeses denunciam aumento de ataques durante a pandemia**. Brasil de Fato. São Paulo (SP). 15 de Maio de 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/05/15/indigenas-quilombolas-e-camponeses-denunciam-aumento-de-ataques-durante-a-pandemia>. Acesso em 08.nov.2020.

- BIN, Daniel. So-called Accumulation by Dispossession. **Critical Sociology**, v. 44, p. 75-88, 2018.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.
- CASTRO, Luís Felipe Perdigão. **Conflitos por terra no Brasil e na Colômbia: mecanismos de apropriação privada e os camponeses como sujeitos coletivos de direito**. Tese (Ciências Sociais). Universidade de Brasília, Brasília, 2019.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro, p.169-186, 2005.
- CPT. Comissão Pastoral da Terra. **Conflitos no Campo Brasil 2019**. Centro de Documentação Dom Tomás Balduino, CPT. Goiânia/GO. 2019.
- DE ANGELIS, Massimo. Marx and primitive accumulation: The continuous character of capital’s enclosures. **The Commoner**, 2, p. 1-22. 2001.
- _____. **The beginning of history: Value struggles and global capital**. Londres: Pluto Press. 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo, Atlas, 2013.
- DUSSEL, Enrique. **1492: el encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad**. La Paz: UMSA. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación/Plural Editores: La Paz, 1994.
- FAJARDO, Dario. **Territorios de la agricultura colombiana**. Universidad Externado de Colombia, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, edition 1, volume 1, number 56, 2009.
- FERREIRA, Karolinne Krízia; TORRES, Maria Adriana. A formação do capitalismo na América Latina: peculiaridades das políticas sociais. Trabalho, crise e políticas sociais na América Latina. In: **X Seminário do Trabalho**, 2016, São Paulo, 2016.
- FERNANDES, Bernardo Mançano. **Contribuição ao estudo do campesinato brasileiro e formação e territorialização do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra - (1979 –1999)**. 1999, 318 f. Tese. Doutorado em Geografia. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.
- _____. A ocupação como forma de acesso à terra. In: **8º Encontro de Geógrafos da América Latina**, 2001, Santiago de Chile. Anais do 8 Encontro de Geógrafos da América Latina. Santiago de Chile: Universidad de Chile, v.1, 2001.
- _____. Espaços agrários de inclusão e exclusão social: novas configurações do campo brasileiro. São Paulo: **Agrária**, n. 1, p. 16-36. 2004.
- _____. Questão agrária: conflitualidade e desenvolvimento territorial. In: BUAINAIN, A. M. (Org.). **Luta pela terra, reforma agrária e gestão de conflitos no Brasil**. Campinas: Unicamp, 2005.
- FERREIRA, Heline; NOGUEIRA, Caroline; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Direito socioambiental: uma questão para a América Latina**. 1. ed. Curitiba: Letra da Lei, v. 1. 2014.
- GROSFUGUEL, Ramon. The epistemic decolonial turn beyond political-economy paradigms. **Cultural Studies**, v. 21, n. 2-3, Mar./May 2007, p. 211-223, 2007.
- _____. “Descolonizando los universalismos occidentales: el pluri-versalismo transmoderno decolonial desde Aime Cesaire hasta los zapatistas”, em Castro-Gomez, Santiago & Grosfoguel, Ramon (coords.) **El giro decolonial: reflexiones para una**

- diversidad epistêmica más allá del capitalismo global.** Bogota: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar. 2008.
- HEREDIA, Fernando Martinez. Nossa América e a águia temível. In: Aduino Novaes (org): **Oito visões da América Latina.** São Paulo: Ed. SENAC, 2006.
- HERNANDEZ, Aline Reis Calvo. Ensaio sobre o poder: capilaridades, cadeiras-cativas e dissidências. In: Patrícia Binkowski. (Org.). **Análise de conflitos e relações de poder em espaços rurais.** 1ed.Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2018, v. 1, p. 1-87.
- HALL, Derek. Primitive accumulation, accumulation by dispossession and the global land grab. **Third World Quarterly.** V. 34, n. 9, p. 1582–1604. 2013.
- HUNT, Emery K.; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico.** Petrópolis: Vozes, 2000.
- LEITE, Acácio Zununga; TUBINO, Nilton Luís Godoy; SAUER, Sérgio. Políticas públicas para terra e território: um olhar prospectivo sobre os próximos quatro anos no campo brasileiro. In: POCHMANN, Márcio; AZEVEDO, José Sergio Gabrielli de. **Brasil: incertezas e submissão?** São Paulo, Editora Perseu Abramo, 2019, p. 171-190.
- LEVIEN, Michael. DA ACUMULAÇÃO PRIMITIVA AOS REGIMES DE DESAPROPRIAÇÃO. Tradução de Markus Hediger. **Sociologia & Antropologia.** Vol.4, n.1, p.21-53, 2014.
- _____. From Primitive Accumulation to Regimes of Dispossession: Six Theses on India's Land Question. **Economic & Political WEEKLY,** v. 50, n. 22, 2015.
- MAIA, Gretha Leite; LINHARES, Alaíde. A questão agrária brasileira na constituinte de 1987 em torno do conceito de propriedade. In: Encontros Universitários UFC 2016. **Revista Encontros Universitários da UFC.** Fortaleza: UFC, 2016. v. 1. p. 692-692. 2016.
- MARIÁTEGUI, José Carlos. A revolução socialista latinoamericana. In: LOWY, Michael (org.) **O marxismo na América Latina: uma antologia de 1909 aos dias atuais.** São Paulo: Perseu Abramo. 1999.
- MARINI, Ruy Mauro. Dialética da Dependência. In: **Dialética da Dependência: uma antologia da obra de Ruy Mauro Marini.** Organização e apresentação de Emir Sader. Petrópolis, RJ: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000.
- MARTINS, José de Souza. **O poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta.** São Paulo: Hucitec, 1994.
- _____. A questão agrária brasileira e o papel do MST. In Stédile, J. P. (ed.) **A reforma agrária e a luta do MST.** Petrópolis: Vozes. 1997.
- _____. Reforma agrária: o impossível diálogo sobre a História possível. **Tempo Social.** São Paulo, v. 11, n. 2, p. 97-128. 1999.
- _____. **O cativo da terra.** Hucitec, São Paulo, 1986 e 2000.
- _____. **FRONTEIRA - A degradação do Outro nos confins do humano.** 2. ed. SP: **Contexto,** v. 1. 190p. 2009.
- MARX, Karl. **Teorias da Mais-Valia: História Crítica do Pensamento Econômico,** vol. II. São Paulo: DIFEL, 1983.
- _____. **O Capital: crítica da economia política.** Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural. Livro I, vol. 2, 1985.
- _____. **O capital.** São Paulo: Nova Cultural. 1986a.
- _____. **Formações econômicas pré-capitalistas.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986b.
- _____. **O capital.** Volume I. São Paulo: DIFEL, 2000.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** Belo Horizonte, Fórum, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2014.

- MELLO, Janine. **Estratégias de superação da pobreza no Brasil e impactos no meio rural**. Rio de Janeiro: Ipea, 2018.
- MIGNOLO, Walter D. **The darker side of western modernity: global futures, decolonial options**. Durham, Duke University Press. 2011.
- _____. Colonialidade: o lado mais escuro da Modernidade. Tradução de Marco Oliveira (PUC-RJ). **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 32, nº 94, p. 02-18, junho de 2017.
- NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge University Press, New York. 1990.
- NUZZI, Vitor. **Violência cresce no campo em 2019, com cinco conflitos por dia e 32 assassinatos**. Rede Brasil Atual. 17 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/04/violencia-cresce-no-campo-em-2019-com-um-conflito-a-cada-cinco-dias-e-32-assassinatos/>. Acesso em 08.nov.2020.
- OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino. Questões teóricas sobre a agricultura camponesa. In: OLIVEIRA, A. **A agricultura camponesa no Brasil**. São Paulo: Contexto. 1991.
- _____. A longa marcha do campesinato brasileiro: movimentos sociais, conflitos e Reforma Agrária. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 15, n. 43, p. 185-206, set/dez. 2001.
- _____. **Modo Capitalista de Produção, Agricultura e Reforma Agrária**. 1ª. ed. São Paulo: FFLCU/LABUR EDIÇÕES, v. 1. 184p, 2007.
- PAIVA, Beatriz; ROCHA, Mirella; CARRARO, Dilceane. Política Social na América Latina: ensaio de interpretação a partir da Teoria Marxista da Dependência. Brasília: **SER Social**, Jan. Jun.v.12.n.26.p.147-175. 2010.
- PERELMAN, Michael. **The invention of capitalism: Classical political economy and the secret history of primitive accumulation**. Durham: Duke University Press. 2000.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: Lander, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005.
- _____. Raza, etnia y nación en Mariátegui: cuestiones abiertas. In Roland Forgues (org.), **José Carlos Mariátegui y Europa: el otro aspecto del descubrimiento**, Lima, Empresa Amauta. 1993.
- _____. Colonialidad del poder y clasificación social. **Journal of world-systems research**, v. 11, n. 2. 2000.
- _____. Colonialidade, Poder, Globalização e Democracia. **Novos Rumos**, ano 17, nº 37. São Paulo. 2002.
- _____. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: Lander, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005.
- _____. Colonialidade do poder e classificação social. In Santos, Boaventura de Sousa; Meneses, Maria Paula (Organizadores). **Epistemologias do Sul**. São Paulo, Cortez, p. 84-126, 2010.
- READ, Jason. **The Micro-politics of Capital: Marx and the Prehistory of the Present**. Albany, NY: State University of New York Press. 2003.
- SASSEN, Saskia. A savage sorting of winners and losers: Contemporary versions of primitive accumulation. **Globalizations**, 7/1, p. 23-50. 2010.
- _____. Land Grabs today: Feeding the disassembling of national territory. **Globalizations**. Vol. 10, nº 1, p. 25-46, 2013.
- _____. **Expulsões: brutalidade e complexidade na economia global**. 1.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2016.
- SAUER, Sérgio. **Terra e modernidade: a reinvenção do campo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

- SAUER, Sérgio; LEITE, Acácio Zuninga; TUBINO, Nilton Luiz Godoy. AGENDA POLÍTICA DA TERRA NO GOVERNO BOLSONARO. **Revista da ANPEGE**. v. 16. nº. 29, p. 283 - 316, 2020.
- SILVA, Lígia Osório; SECRETO, Maria V . Terras Públicas, ocupação privada: elementos para a história comparada da apropriação territorial na Argentina e no Brasil. **Economia e Sociedade** (UNICAMP), Campinas, SP, v. n.12, p. 109-141, 1999.
- SILVA, Lígia Osório. **A Lei da Terra – Um Estudo sobre a História da Propriedade da Terra no Brasil**. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. São Paulo: PUC-SP. 1990.
- _____. **Terras devolutas e latifúndio: efeitos da Lei de 1850**. Campinas: Ed. UNICAMP, 1996.
- SIMMEL, Georg. A natureza sociológica do conflito. In: E. Morais (Org.). **Simmel sociologia**. São Paulo: Editora Ática, 1983.
- _____. O conflito como sociação. Tradução de Mauro Guilherme Pinheiro Koury. **RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**, v. 10, n. 30, p. 568-573. 2011.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; PRIOSTE, Fernando. Quilombos no Brasil e direitos socioambientais na América Latina. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, p. 2903-2926, 2017.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Função social da terra. In: Homero Bezerra Ribeiro; Márcio Ferreira Rodrigues Pereira; Talita Furtado Montezuma; Thiago Arruda Queiroz Lima; et a. (Org.). **Acesso à Terra e Direitos Humanos**. 1ed.Fortaleza: Edições UFC, 2015, v. 1, p. 143-162. 2015.
- _____. **A função social da terra**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. 1. 142p. 2003.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. **Los pueblos originarios: el debate necesario**. Fernández N. (comp.), CTA Ediciones, CLACSO, Buenos Aires, 2010.
- VELHO, Otávio Guilherme. **Capitalismo autoritário e campesinato: um estudo comparativo a partir da fronteira em movimento**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

O ADVOGADO E OUTRAS GARANTIAS NA MEDIAÇÃO POLICIAL NOS NÚCLEOS ESPECIAIS CRIMINAIS DA POLÍCIA CIVIL DE SÃO PAULO

THE LAWYER AND OTHER GUARANTEES IN POLICE MEDIATION IN THE NÚCLEOS ESPECIAIS CRIMINAIS OF THE CIVIL POLICE OF SÃO PAULO

Cloves Rodrigues da Costa¹

Marie Claire Libron Fidomanzo²

Patrícia Pacheco Rodrigues³

Resumo: A Polícia Civil, cujas atribuições constitucionais são de Polícia Judiciária, como responsável por parcela da segurança da população, desenvolve suas atividades institucionais na mais estrita observância dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Os Núcleos Especiais Criminais, pertencentes a Polícia Civil de São Paulo que, primando pela pacificação social, promovem a solução de conflitos de interesses decorrentes de crimes de menor potencial ofensivo. O advogado que comparece ao Núcleo normalmente é constituído e remunerado pela parte que o contratou e muitas pessoas envolvidas em conflitos de menor potencial ofensivo, embora tenham interesse em resolver, não dispõem de recursos financeiros para a contratação de advogado. O objetivo do presente artigo é tornar obrigatória a presença de um representante da OAB nas conciliações presididas pelo delegado de polícia nos NECRIMs. Utilizamos o método dedutivo e a pesquisa documental, para demonstrar a imprescindibilidade da presença do advogado para a administração da justiça, proporcionando maior segurança jurídica às decisões firmadas pelas partes, inclusive durante as composições firmadas durante a fase pré-processual, bem como propor a mútua cooperação para o aprimoramento das atividades relativas ao exercício da mediação policial pela Polícia Civil.

Palavras-chave: Advogado; Necrim; Polícia Civil; Mediação policial.

Abstract: The Civil Police, whose constitutional attributions are the Judiciary Police, as responsible for part of the population's security, develops their institutional activities in the strictest observance of the fundamental rights and guarantees provided for in the Federal Constitution. The Núcleos Especiais Criminais, belonging to the Civil Police of São Paulo, which, striving for social pacification, promote the solution of conflicts of interest resulting from crimes of less offensive potential. The lawyer who attends the Nucleus is usually constituted and remunerated by the party that hired him and many

¹ Especialista em Direito Penal e Direito Processual pela Universidade de Franca. Delegado de Polícia Civil em São Paulo aposentado e idealizador do Necrim - Núcleo Especial Criminal. Professor concursado da Academia da Polícia Civil em Polícia Comunitária. <http://lattes.cnpq.br/7862830155249471>. clovesrcosta@gmail.com

² Pós-graduada em Direito Constitucional e Mestranda em Sistema de Resolução de Conflitos. Advogada. Conselheira Seccional. Relatora da IV Câmara Recursal. Palestrante da Comissão de Cultura e Eventos. Consultora da Comissão Advogando na Conciliação e Mediação. Membro da Comissão Especial de Direito Militar, de Segurança Pública e de Direito de Família. OAB 103923/SP. <http://lattes.cnpq.br/9195057864088255>. marieadv@uol.com.br.

³ Mestra em Direito pela Universidade Nove de Julho. Pós-graduada em Resolución de conflictos estrategias de negociación y técnicas de mediación pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) de Toledo – Espanha. Estudo e aplicação "Theory and tools of the Harvard negotiation project" pelo GNUSP/USP. Delegada de Polícia Civil em São Paulo. Coautora em obras Jurídicas e de Educação. <http://lattes.cnpq.br/5702557396011791>. patriciapachecodeltappr@gmail.com

people involved in conflicts of less offensive potential, although they have an interest in resolving, do not have the financial resources to hire a lawyer. The purpose of this article is to make the presence of an OAB representative mandatory in the conciliations chaired by the chief of police in the NECRIMs. We use the deductive method and documentary research, to demonstrate the indispensability of the presence of the lawyer for the administration of justice, providing greater legal security to the decisions made by the parties, including during the compositions signed during the pre-procedural phase, as well as proposing the mutual cooperation to improve activities related to the exercise of police mediation by the Civil Police.

Keywords: Lawyer; Necrim; Civil police; Police mediation.

1. INTRODUÇÃO

Os litígios, em geral, são os reclames em direitos e obrigações sobre um objeto. A positivação de um conflito configura um litígio jurídico, que vem com a lei essa conversão. Já um problema é uma dificuldade material, e com a subjetivação, de percepções e sentimentos, gera-se o conflito. Quando se viola a lei temos um culpado de um lado, e um inocente do outro, e justamente a falta de assunção de responsabilidade é que gera o litígio jurídico.

Difere da atuação do terceiro/mediador que tem uma imagem mental do que estão lhe falando, e respeita os valores que trazem as partes, o que deve ser feito por ele com a função da neutralidade. Deve ele construir uma narrativa para que as partes possam se sentir acolhidas. Modificando assim a visão de que os posicionamentos não podem ser recebidos de forma simultânea. Os interesses devem ser mostrados como compatíveis, e para isso deve-se questionar os interesses e posição das partes para passar de posição para necessidades e interesses, com questionamentos como: Para que necessita disso? Porque isso é importante para você? O que precisa obter com isso?

Propõe-se deixar de lado a subjetividade que cada parte coloca sobre o problema, e se voltar para o problema, essa é a função do mediador, qual seja, ir além do conflito interpessoal. Para tanto José Eustáquio Romão ensina que: “Enxergar as diferenças entre os modelos de decisão da justiça tradicional e da “Justiça Restaurativa”, que é o tema da discussão em que nos envolvemos neste momento. O Quadro I facilita a visualização das diferenças:⁴”

Quadro I ⁵

⁴ ROMÃO, José Eustáquio. *Justiça Dialógica. Conferência “Direito e Educação”*, Universidade Nove de Julho, Unidade Vergueiro-São Paulo/SP, p.20, em 19 de abril de 2018, p.4-5

⁵ Cf. quadro elaborado a partir das sugestões de SANTOS, 2014 e ZEHR, 2018 e ROMÃO, 2018, p.5.

Modelos de Decisão

Justiça Oficial	Justiça Comunitária
natureza conflituosa do crime: velada	reconhecimento da natureza conflituosa do crime
crime como violação da lei	crime como dano à pessoa e ao relacionamento
partes do processo: Estado e ofensor	partes do processo: vítima e ofensor
dano causado ao ofensor: periférico	importância do dano causado ao ofensor
direitos e necessidades da vítima: ignorados	centralidade dos direitos e necessidade da vítima
dimensões interpessoais irrelevantes	centralidade das dimensões interpessoais
vítima: Estado	vítimas: pessoas e relacionamentos
ofensa no contexto técnico-jurídico	ofensa no contexto total (ético, econômico, social, político)
adjudicação	mediação
legalístico	não-regular
irreversibilidade do objeto processual	reversibilidade do universo processual
formalidade da interação	informalidade da interação
rigidez formal/indulgência no conteúdo	severo no conteúdo/condescendência formal

O conflito pode ser positivo ou negativo, mas sempre deve ser visto como uma oportunidade. No conflito temos outros valores que vão além do econômico, e sua resolução no futuro gera uma reciprocidade, pois normalmente estamos mais predispostos a fazer favores a quem já nos tem feito favor ou concessão. Devemos tentar a colaboração, ao invés da competição das partes, numa expectativa futura guiada para a solução do conflito. Assim as necessidades de cada um somente ficam claras, quando se chega aos interesses. É nesse ponto que uma negociação pode não sair como se gostaria, mas mesmo assim sempre estará mais próxima da satisfação de ambos os lados.

Juridicamente, na atualidade, quase tudo tem consequências jurídicas, e a mediação não carrega essa carga, em razão de seus princípios, que serão mais adiante examinados. Visando assim o resgate da ética para além dos direitos, e da confiança nas relações sociais, e o mais importante que ser detentor de direitos, é estar ciente e responsável da necessidade do cumprimento de suas obrigações. Quando tratamos de ética Paulo Valério Dal Pai Moares assevera que:

devemos levar em consideração que a informação consiste numa das principais fontes de poder e que o seu controle aumenta o poder do negociador que a possui. Uma vez que a negociação é um processo de

troca e de comunicação de informação, uma conduta não ética consiste na comunicação desonesta e enganosa dessa informação à outra parte.⁶

Desta feita são os princípios da mediação: a) a neutralidade; b) facilitar a comunicação e escuta ativa; c) empatia; d) encontrar a compatibilidade dos interesses; e) confidencialidade (do mediador e das partes); f) boa-fé; g) imparcialidade. Ainda na doutrina de Paulo Valério Dal Pai Moraes acrescenta outros como: princípios da igualdade e da diferença; da confiança; do equilíbrio; da não resistência; da vinculação ao atendimento do interesse. Todos eles voltados para se obter uma satisfação de interesse por acordo voluntário, além do resgate do respeito entre as partes.⁷

Como já dito, a incompatibilidade gera o conflito, e a discussão surge com incompatibilidade de objetivos. Modificar a percepção encaminha para a resolução dos conflitos com a empatia, ou seja, tentar ver o que o outro vê, e com isso o que desaparece é o objeto do conflito com a compatibilidade de objetivos.

Quando se retira a emoção e a subjetividade da discussão do caso concreto chega-se com imparcialidade ao cerne do problema. Como já dito, cada pessoa tem seus próprios valores, educação e experiências, que são marcos de referência para ela ao se deparar com a situação problema. De tal modo, sempre as partes têm razão, e por isso que o resolvidor/mediador de conflitos não pode se vincular a uma parte ou a outra, mas deve estar na busca da neutralidade.

É cediço que as emoções anulam a razão gerando dificuldade no pensar. As emoções sequestram a razão. E os adultos, ao longo da vida, vão perdendo a faculdade para reconhecer o seu próprio funcionamento emocional, assim como expressar suas emoções. Os homens, em especial, pela concepção heteronormativa de sociedade, não são educados para expressarem suas emoções. Eles são educados para serem Homens, e isso traz reflexos, por exemplo, em sua perspectiva da violência familiar. As mulheres ainda aprendem o papel social de submissão, e os homens o papel de domínio, essas concepções surgem para Patrícia Pacheco Rodrigues e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques:

desde a infância, no âmbito familiar, do que por disciplinas legais. Portanto, trata-se de um jogo de poder, e a mulher se mantém na sociedade com menos poder político, econômico e menos prestígios sociais. O que, inevitavelmente, vem influenciando na qualidade de vida e no acesso destas aos espaços de

⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **A negociação ética para agentes públicos e advogados: mediação, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética na negociação.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 226

⁷ Idem, p. 89-126

poder.⁸

Igualmente, as emoções são entendidas como uma reação primitiva do ser humano. E por isso as emoções devem ser trabalhadas antes da tentativa de resolução de conflitos, pois podem até gerar uma incapacidade de discernimento, questão de estudo nas disciplinas jurídicas, em especial na esfera penal da imputabilidade (Título III do Código Penal Brasileiro).

Desse modo, as partes devem estar aptas a pensar e racionalizar o problema e os mediadores são gestores do conflito e não terapeutas, portanto, não trabalham com a emoção pura e simplesmente, o que exige suporte de uma rede de atendimento que proporcione tal serviço à aquele que necessite, o que ainda possui omissões na prática.

O parâmetro é o uso da comunicação assertiva, de frases diretas e fáceis de assimilar. Elas são necessárias na atuação do mediador, para facilitar a comunicação entre as partes, bem como o uso correto das etiquetas de linguagem e de perguntas abertas. Deve-se acessar, por vezes, pastas cerebrais subconscientes, e que, portanto, as pessoas não tem controle, e com isso passar para a verdadeira razão do problema, saindo do nível inconsciente para o consciente, e a comunicação proporciona maior facilidade. Busca-se assim abrir o acesso do subconsciente para ajudar as partes a solucionarem intrinsecamente o conflito, de forma colaborativa.

Além do uso de recursos comunicacionais, as técnicas de programação neurolinguística, o uso de perguntas, fala ativa para escutar e receber mensagens, todos esses instrumentos visando facilitar o trabalho de comunicação entre as partes, e se possível a formalização de acordo pelo mediador.⁹

Resta ainda ao mediador, ser neutro, ou seja, não tomar partido, e não proferir as partes de soluções, mas sim incentivá-las que busquem por si só seus interesses. Com a manutenção do equilíbrio das partes, o mediador deve buscar que elas mesmas encontrem seu ponto em comum, como um agente de promoção da mudança da realidade. De tal modo, o fracasso ou o ganho não pertencem ao mediador, mas sim as partes. Percebemos que a mediação é um processo transformativo em que sempre se chega a algo, e nunca se perde. E a natureza da negociação para Paulo Valério Dal Pai Moraes:

⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; RODRIGUES, Patrícia Pacheco. Mulher e poder no Brasil. In: Christine Oliveira Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Melina Girardi Fachin. (Org.). **Constitucionalismo Feminista: Expressão das Políticas Públicas voltadas à igualdade de Gênero**. 1ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2019, v. 1, p.194-195

⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **A negociação ética para agentes públicos e advogados: mediação, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética na negociação**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 187-210

possui no seu âmago a noção de compartilhamento de ônus e benefícios, reforça a tese esboçada neste trabalho, no sentido de que o princípio da confiança é um dos pilares da construção negocial que pretenda se caracterizar como duradoura e exitosa.¹⁰

Mas o que fazer para aperfeiçoar uma visão mais positiva sobre o conflito? Primeiro devemos trabalhar sobre os conceitos. Uma pessoa em conflito não tem o pensamento claro, já que o conflito distorce a percepção. Preparar as partes para que estejam dispostas a mudar sua percepção, com o objetivo final de não apenas chegar a um acordo, mas na transformação das relações. O mediador transformativo opina, mas nunca sobre o acordo, e fala desde o que está analisando, com a técnica de devolução do que está enxergando. Ver e devolver o que se vê para as partes, essa é a mediação transformativa, e sempre buscando algo de positivo nos lados da relação.

Nesta seara o mediador ajuda na relação e comunicação para que se tenha o desenvolvimento do que é interesse, de quais são as opções e a legitimação do acordo. Tudo para que as partes saiam de posições, para opções de solução do conflito. Trazer as pessoas para o círculo de valores, ou na metodologia de trabalho do “círculo de cultura”¹¹. E assim saber o porquê a pessoa tem aquela posição para que vire interesse, e seus critérios e objetivos vão trazer sua legitimação ou visão de justiça para a satisfação do que está querendo, e assim vislumbrar outras possibilidades dentro do que se tem como interesse.

Tenta o mediador, portanto, que as pessoas entrem em acordo, principalmente quando as partes não sabem negociar por si mesmas. Ele será duro com o problema, mas suave com as pessoas. Fazendo ele sentir-se parte, incluído, “colocar os sapatos do outro”, com uma comunicação eficaz, assertiva e empática, com escuta ativa, e buscando uma relação positiva com a comunicação verbal e não verbal.

Com foco em promover uma paz positiva, aquela que atua sobre a violência (cf. Johan Galtung¹²), diferente, portanto, de uma paz negativa, em que não se faz nada, e o não fazer nada significa uma posição de passividade e indiferença frente aos problemas alheios, que em algum momento pode se transformar em seu próprio problema.

¹⁰ Idem, p. 133

¹¹ ROMÃO, José Eustáquio. Justiça Dialógica. **Conferência “Direito e Educação”**, Universidade Nove de Julho, Unidade Vergueiro-São Paulo/SP, p.20, em 19 de abril de 2018, p. 18

¹² Johan Galtung tenta definir melhor a palavra paz ao apontar os conceitos de uma paz negativa e de uma paz positiva: “A paz negativa, segundo esse ilustre professor, é a mera ausência da guerra, o que não elimina a predisposição para ela ou a violência estrutural da sociedade. A paz positiva, por outro lado, implica ajuda mútua, educação e interdependência dos povos. A paz positiva vem a ser não somente uma forma de prevenção contra a guerra, mas a construção de uma sociedade melhor, na qual mais pessoas comungam do espaço social.” (SILVA, 2002, p. 36)

A atuação do Advogado e outras garantias na mediação policial

Desta inicial conceituação básica de mediação, que essencialmente, trata-se da intervenção de um terceiro neutro e imparcial no conflito, e nesse ponto que já surgem questionamentos sobre seu uso na seara policial. A polícia tem uma atuação neutra, mas limitada, pois tem por base a tutela de direitos fundamentais vinculando a sua manutenção a própria ordem pública (art. 144 da Constituição Federal), e sua atuação pode não ser neutra quando se está diante da necessidade de proteção desses direitos.

Ainda que se proponha que as partes ajam com voluntariedade, em aceitar ou não a mediação, elas estão diante da intimação de uma autoridade e, de alguma forma, o poder público está desejando intervir naquela relação conflitiva e as partes normalmente esperam que a atuação policial seja de dar razão a uma delas, e punir o errado.¹³ Ainda, sobre os princípios da neutralidade e confidencialidade, especificamente para a polícia para Josep Redorta e Rosana Gallardo:

se falarmos sobre o agente que está atuando, ele se encontra em situações de natureza pública ou que acontece na rua, de modo que a confidencialidade é afetada. Muitas vezes as violações à lei o impedem que seja neutro, outras vezes as partes não esperam uma solução negociada, senão simplesmente que lhes dê razão (claro que cada um a tem). Ou seja, a polícia tem reais dificuldades objetivas, se quiser praticar a mediação de acordo com os parâmetros clássicos que são estudados nos manuais de mediação.^{14 15}

A delegacia de polícia é um órgão público, que desde a sua criação, detém os dados e as informações sobre os conflitos sociais, já que lavram registro das ocorrências (criminais e não criminais) no Brasil. Frequentemente instaura Termos Circunstanciados (procedimento para crimes de menor potencial ofensivo com previsão no *caput* do art. 69 da Lei 9.099/95) e Inquéritos Policiais (procedimento para apuração das infrações penais de médio e alto potencial ofensivo, com previsão legal nos artigos 4 a 23 do Código de Processo Penal).

A polícia local detendo a informação dos casos que deve intervir, para desenvolver a mediação como um serviço público de maior proximidade e eficiência. Uma vez que,

¹³ LORENTE, Josep Redorta. Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía. **RCSP-Revista catalana de seguretat pública**, n.º. 15, 2004, p. 30-32

¹⁴ Especificamente para la policía, si hablamos del agente que está sobre el terreno se encuentra en situaciones de carácter público o que transcurren en la calle, por lo que la confidencialidad está afectada. Muchas veces las vulneraciones de la ley existentes impiden que sea neutral, otras veces las partes no esperan una solución negociada sino simplemente que les den la razón (por supuesto cada uno la tiene toda). Es decir, la policía tiene verdaderas dificultades objetivas si quiere practicar la mediación de acuerdo a los parámetros clásicos que se estudian en los manuales de mediación.

¹⁵ REDORTA, Josep, GALLARDO, Rosana. Nuevas herramientas en mediación policial. **Revista E-mediación**. Año 8, Setembro de 2014, p.04

os policiais de mediação em um trabalho coordenado e direcionado a comunicação permanente com a polícia local, estariam orientados a escutar, observar e interagir diretamente no conflito real e atual, e com isso proporcionar ampliação dos serviços e estruturação conforme as necessidades de cada localidade.

Nesse sentido, o delegado de polícia é legítimo mediador nas delegacias de polícia, e que em seu curso de formação, nas Academias de Polícia, em geral, abarca as técnicas necessárias para desempenho da mediação policial, como é o caso dos policiais de patrulha que necessitam de um aperfeiçoamento técnico, tanto que vem recebendo de acordo com as diretrizes da Resolução 125/2010 do CNJ.

A Polícia Civil criou então um órgão chamado NECRIM - Núcleo Especial Criminal e a Central de Núcleos Especiais Criminais, no âmbito dos Departamentos de Polícia Judiciária, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 61.974 de 17/05/2016, para intermediar acordos em casos de crimes de menor potencial ofensivo, com o objetivo de aproximar as partes num acordo que atenda ao interesse comum, na fase pré-processual, numa audiência presidida pelo delegado de polícia, e por vezes, na presença dos advogados.

A competência dos NECRIMs se restringe aos crimes de menor potencial ofensivo, em ação penal privada ou pública condicionada, mas jamais em questões exclusivamente de natureza cível, observando o que dispõe a Lei Federal nº. 9.099/95, dando eficácia plena ao dispositivo contido no artigo 98, I, da Constituição Federal, com as alterações da Lei nº 11.313/06 e da Lei nº 10.259/01.

Nesse contexto, indagamos se poderiam as delegacias de forma unificada fazer o traslado de informações para os serviços também policiais de resolução de conflito, como ocorre no caso do NECRIM para que se identifique as reais necessidades e as exigências para a solução de cada conflito e a promoção de pacificação social das localidades.

Arraigada nas expectativas dos cidadãos é ver a polícia como uma fonte de proteção, mas não tendenciosa, com isso indispensável a prática da mediação com parâmetros de compensação, requerendo tempo de atuação, justamente para buscar nivelar a relação que se apresenta, evitando curtas intervenções ou atuação sob pressão.

Justamente o que ocorre na prática da mediação de conflitos decorrentes de delitos de menor potencial ofensivo, no âmbito da Polícia civil do Estado de São Paulo, que teve início em junho de 2003, no Município de Ribeirão Corrente, que faz parte da área circunscricional da Delegacia Seccional de Polícia de Franca e do Departamento de Polícia Judiciária de São Paulo Interior – Ribeirão Preto, quando o delegado de polícia

titular daquela pequena cidade, Dr. Cloves Rodrigues da Costa, decidiu formalizar a conciliação que presidiu entre as partes envolvidas em um delito de dano, em um documento que denominou Termo de Composição Preliminar, posteriormente por ele atualizado como Termo de Composição de Polícia Judiciária.¹⁶

Havendo acordo, o Termo de Composição precisa ser homologado pelo Juiz, oportunidade em que o Poder Judiciário poderá fazer a fiscalização do procedimento realizado na polícia, não havendo qualquer ressalva na Resolução 125/2010 e na Lei nº 9.099/95 sobre se a homologação deva ser feita no juízo cível ou criminal. E, ainda, é ouvido o membro do Ministério Público. Todo esse procedimento confere legitimidade à conciliação preliminar.

Mesmo diante da referida fiscalização os Termos celebrados no NECRIM, que tramitaram pela 3ª Vara Criminal de São José do Rio Preto, já foram objeto de questionamento nos procedimentos transcorreram desacompanhado de advogados, o que resultou em parecer pela Dra. Marie Claire Libron Fidomanzo¹⁷, enquanto membro da Comissão Especial de Segurança Pública e como Consultora da Comissão de Conciliação e Mediação da OAB – Seção São Paulo.

Naquela oportunidade se insurgiu o nobre Promotor de Justiça daquela Comarca, entendendo pela necessidade de remessa de cópia do procedimento à OAB local, nos acordos celebrados sem a participação de advogados. A atuação dos NECRIMs violaria as prerrogativas dos advogados, em prejuízo à indispensabilidade da defesa técnica. Assim como de remessa de cópia do procedimento à Defensoria Pública da cidade, para verificação da atuação do NECRIM de estar prejudicando direitos do cidadão.

Na prática, caso apenas uma das partes envolvidas no conflito compareça ao Necrim acompanhada de advogado, normalmente é facultada à outra parte a redesignação da audiência de composição, para que ambas possam se fazer acompanhar de seus respectivos patronos, sem prejuízo à manutenção da equidade e isonomia no procedimento conciliatório.

A grande dificuldade que se enfrenta é que o advogado que comparece normalmente é constituído e remunerado pela parte que o contratou e muitas pessoas

¹⁶ NECRIM, in *Mediação de conflitos - Doutrina Policial Civil de Pacificação Social*. Coordenação Profa. Rosemeire Monteiro de Francisco Ibañez, 1ª Ed., Agosto, 2005 – 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo(Estado): Academia de Polícia Civil Dr. Coriolano Nogueira Cobra, 2015.

¹⁷ FIDOMANZO, Marie Claire Libron. **Parecer sobre Procedimento Interno nº R-19774 Comissão de Direitos e Prerrogativas 22ª Subseção de São José do Rio Preto**. Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo. Comissão Especial de Segurança Pública, p. 12, 24 de junho de 2019.

envolvidas em conflitos de menor potencial ofensivo, embora tenham interesse em resolvê-los de forma pacífica e na fase pré-processual, não dispõem de recursos financeiros para a contratação de advogado.

A lei 13.140/2015 dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, em seu artigo 13, permite que a ausência de defensor possa ser suprida diante da impessoalidade do mediador, prevalecendo a paridade relativa de armas.

Entendeu também que a autoridade policial não poderia ter presidido um acordo de natureza civil, sem ter existido infração penal, desviando o uso do aparato policial em prejuízo às investigações criminais. Ocorre que o caso se trata de acordo de natureza civil, mas decorrente de Lesão Corporal culposa na direção de veículo automotor (art. 303 do Código Penal, consumado), em que as partes celebraram um acordo para o ressarcimento dos danos materiais, mas em razão do caráter ínfimo dos ferimentos, a vítima declinou de seu direito de representar criminalmente.

Em suma, o NECRIM é tão efetivo que soluciona dois conflitos, o cível, quando trata da reparação de danos, e o criminal, quando a vítima renuncia ao seu direito de queixa ou representação, tendo em vista tratar-se de direitos disponíveis, sempre na presença indispensável do advogado.

Nesse ponto vale ressaltar, a importância de se fazer mediação policial evitando um modismo ou seguir uma simples “tendência de Justiça”. A mediação deve ser um recurso eficaz para que a polícia vá além da atuação de manutenção da ordem ou força pública, mas sim autoridade profissional legitimada pela qualidade dos serviços que presta a sociedade.

Por esse motivo, também se mostra importante a atuação da mediação policial logo na fase inicial do conflito, mas não apenas. Nela acrescidos esses aspectos a uma prática com limites legais bem estabelecidos, e com agentes instruídos em uma teoria estruturada e com o apoio institucional, e só assim estará a mediação policial instituída como uma ferramenta a serviço da sociedade. E ainda para Josep Redorta Lorente:

A séria implementação da mediação requer um compromisso político de longo prazo, e estratégias globais de curto e longo prazos. Tudo isso condiciona a eficácia do treinamento. Isto é, por que se tem que formar e como deve ser aplicada a formação, incluindo as pessoas que têm que fazê-lo. Lembramos que, em qualquer caso, além da improvisação e do voluntarismo. Tudo isso justifica que tenha que refletir sobre alguns aspectos que são muito mais profundos, do que as habilidades necessárias de treinamento. E isso nos leva a

mudar as atitudes.^{18 19}

A mediação é uma forma eficaz de prevenção da escalada delitiva, quando aplicada a pequenas alterações da ordem pública, constatada em vários países²⁰, assim como a delitos de menor potencial ofensivo, que são a grande demanda da atividade policial. E para a mesma doutrina, "parece claro que a área em que a mediação policial é mais eficaz tem a ver com o contexto de policiamento comunitário, isto é, um contexto em que as relações interpessoais com a polícia podem ser diferentes de um contexto de patrulhas anônimas."^{21 22}

Com o surgimento do NECRIM, os ganhos sociais são incontáveis, além de se poder prestigiar a presença do advogado nas audiências, como dispõe o art. 72 da Lei nº 9.099/95 e art. 334, § 9º do CPC, aproxima a polícia da comunidade, seguindo as diretrizes da filosofia chamada de polícia comunitária, incentivada pelo Governo Federal pelo Ministério da Justiça, como forma de combater a criminalidade numa parceria entre a população e as instituições oficiais, contribuindo grandemente na melhoria constante do ordenamento jurídico brasileiro, por ações harmônicas e simplificadas.

Ao relacionarmos a mediação com a prevenção, a polícia de proximidade e com a atuação policial de maneira diferente, estabelece-se assim uma investigação pré-criminal (para tentar evitar que o crime seja cometido), o que também é um dos objetivos fundamentais da polícia, assim como o equilíbrio na gestão da diversidade social. Os mediadores estão assim direcionados para que as pessoas reflitam sobre o trabalho policial, e com isso aproximá-lo do público.

¹⁸La implantación sería de la mediación requiere una apuesta política a largo plazo y estrategias globales a corto y a largo plazo. Todo esto condiciona la eficacia formadora. Es decir, por qué se tiene que formar y cómo tiene que ser aplicada la formación, incluyendo a las personas que tienen que hacerla. Recordamos que, en todo caso, más allá de la improvisación y del voluntarismo. Todo esto justifica que se tenga que reflexionar sobre algunos aspectos que van mucho más allá de las habilidades de formación necesarias. Y esto nos lleva al cambio de actitudes.

¹⁹ LORENTE, Josep Redorta. Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía. RCSP-**Revista catalana de seguretat pública**, nº. 15, 2004, p.43

²⁰ Tal medida, também em expansão na Europa e em países Latino americanos, conforme se pode extrair da análise dos Congressos Ibero-Americanos de Mediação Policial, no trabalho *Mediación policial: nuevos retos en la seguridad pública*, por esta pesquisadora apresentada na XIX Edição dos Cursos de Pós-graduação em Direito para reconhecimento acadêmico complementar a Patrícia Pacheco Rodrigues aos títulos próprios da Universidad de Castilla-La Mancha – UCLM, sob orientação do Prof. Dr. Juan Pablo Isaza Gutierrez, no curso *Resolución de conflictos: estrategias de negociación y técnicas de mediación* no campus universitário de Toledo – Espanha.

²¹ Parece claro que el ámbito en el que la mediación policial es más efectiva tiene que ver con el contexto de policía comunitaria, es decir, un contexto en el que las relaciones interpersonales con la policía pueden ser diferentes de un contexto de patrulla anónima.

²² Idem, p. 37

Em fundamentado Parecer da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo datado de 14/09/2015, ao se manifestar sobre o NECRIM, afirmou de forma peremptória que se trata de “avanço e desafogo ao assoberbado Judiciário às conciliações realizadas no âmbito dos NECRIMs”²³.

Há entendimento pacificado pela Resolução 118 de 01/12/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à autocomposição pacífica dos conflitos, muito bem recepcionado por boa parte do Ministério Público, com a expressiva redução da judicialização, pela satisfação dos envolvidos, pela não reincidência e pelo empoderamento das partes, tendo ainda dentre suas atribuições o dever de incentivar a resolução autocompositiva extrajudicial ou judicial, promovendo a articulação e integração com os outros Poderes.

Ao instituir a Política Judiciária Nacional, na Resolução 125/2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deu especial enfoque para a solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridades, regulamentando a mediação e a conciliação, em obediência ao princípio constitucional do acesso à justiça, como realização de uma ordem jurídica justa, em sintonia com as recomendações da ONU. A Justiça deve avançar ao século XXI para atender aos interesses e necessidades de todos que lhe recorrem. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques e Sérgio Pereira Braga explicam que:

as faculdades de Direito não são as únicas responsáveis pela implementação de mudanças que levem à eficiência do serviço público. A administração pública em geral também deve oferecer as condições necessárias para que o aparelho estatal seja menos burocrático e mais moderno em sua estrutura e modo de atuar. A administração pública deve, ainda, profissionalizar seu pessoal, incentivar novos modelos de gestão que priorizem a agilidade e produtividade, com o devido respeito aos demais princípios constitucionais.²⁴

A própria Constituição Federal ao estabelecer o Estado Democrático de Direito elege como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana, tendo como objetivo promover o bem de todos, a defesa da paz e a solução pacífica dos conflitos.

Ainda sobre tal assunto são os questionamentos que surgem: a mediação é uma função da polícia? A polícia não é um órgão tão somente de aplicação da lei? Ir além

²³ Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/cc0/obterArquivo.do?cdParecer=7092>> Acessado em 18/09/2020.

²⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BRAGA Sérgio Pereira. **O Conselho Nacional de Justiça e suas contribuições para uma administração eficiente da justiça. Direito e sustentabilidade** [Recurso eletrônico on-line] organização : CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches, Carlos André Bimfeld, Luiz Ernani Bonesso de Araujo.–Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 513

desses pontos básicos, o que se busca é um modelo policial ponderado, a transformação da comunidade e a construção da paz a partir da ação das forças policiais.

O artigo 7º, inciso VI, da Resolução 125/2010, dispõe ser viável a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender a essas formas de solução de controvérsias, como meio de se romper a estrutura arcaica contaminada pela burocracia. Ora, se entidades privadas podem promover a atividade de conciliação e mediação, devemos reconhecer que a autoridade policial, pública e concursada, também poderá fazê-lo, desde que respeitados os princípios básicos propostos na Resolução 125/2010. É importante lembrar que o Poder Judiciário não detém o monopólio da solução dos conflitos.

Assim também que o processo não é o único meio a se alcançar uma solução. Em determinados casos, a ordem jurídica permite a autocomposição e a autotutela e, sendo a conciliação espécie do gênero autocomposição, privilegia a autonomia negocial das partes. Trata-se, portanto, de uma faculdade e não de uma obrigatoriedade.

Destacar que, tanto as técnicas e ferramentas, quanto o procedimento do NECRIM, estão em total consonância com os meios consensuais de solução de conflitos regulamentados pelo CNJ por meio da já referida Resolução, assim como o delegado de polícia encontra-se legitimado pelo Decreto Estadual nº 61.974 supramencionado.

Tanto a Lei dos Juizados Especiais quanto o Código de Processo Civil estabelecem que, em audiência, as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores. E esta previsão deve ser estritamente observada, pois prestar orientações jurídicas é papel exclusivo do advogado, especialmente na redação do acordo.

Assim em total consonância de se tornar obrigatória a presença de um representante da OAB nas conciliações presididas pelo delegado de polícia nos NECRIMs, sem o que o delegado não deveria dar início à audiência mediante um Termo de Compromisso, e um Convênio entre a OAB, a Polícia Civil e a Secretaria de Segurança Pública, ampliando assim o mercado de trabalho para os advogados, para atuarem como advogados dativos nos moldes do JECRIM (Juizado Especial Criminal). Reconhecendo-se, dessa forma e em consonância com a carta Magna, a imprescindibilidade da presença do advogado para a administração da justiça, proporcionando maior segurança jurídica às decisões firmadas pelas partes, inclusive durante as composições firmadas durante a fase pré-processual.

Assim a OAB reforçaria a visão positiva do NECRIM, e o apoio ao Projeto de Lei do Senado nº 133, de 2011, que se encontra tramitando no Congresso Nacional, e que

altera a redação dos artigos 60, 69, 73 e 74, da Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, possibilitando a composição preliminar dos danos oriundos de conflitos decorrentes dos crimes de menor potencial ofensivo realizada pelo Delegado de Polícia no âmbito nacional.

Promovendo uma mudança de entendimento, para implementar uma efetiva forma de se promover a justiça é o que se propõe. Pois ainda a obrigatoriedade destes meios está mitigada em nosso ordenamento, diferente do que ocorre na Argentina, Itália e Canadá, em que a mediação é obrigatória²⁵. Respeitando-se as particularidades de cada ordenamento, contudo, devemos incentivar o conhecimento sobre o que é a mediação, para que então se promova a vontade de participar de seu processo. E a vontade surge a partir do conhecimento do caminho que se vai seguir, afastando o medo e a insegurança das partes. E com isso a mediação policial para Josep Redorta Lorente:

vai além da resolução de problemas, pois afeta a mudança de atitudes de quem a pratica, pois sua função passa do controle social para o exercício desse controle com formas mais ligadas às relações interpessoais e exercendo a autoridade de maneira diferente [...] A mediação policial é uma ferramenta de trabalho, mas também é algo mais do que uma ferramenta, na medida em que introduz aspectos de mudança na própria cultura da organização e das relações com a comunidade.^{26 27}

Por outro lado, a conciliação dentro do processo ocorre quando as partes não conseguem alcançar previamente um acordo natural, necessitando buscar auxílio do Judiciário para resolver aquele conflito. O Juiz, no caso, passa a ser um harmonizador dos interesses opostos. A jurisdição, então, passa a ser uma atividade de caráter substitutivo, onde o Estado, pelo Poder Judiciário, decide o litígio, substituindo a vontade das partes. Na grande maioria das vezes, ao invés de eliminar o conflito entre os litigantes, o Estado acaba por ampliá-lo, pois a sentença faz gerar maior rivalidade entre vencedor e vencido.

Não se trata de invadir a competência constitucional de nenhum dos Poderes, mas de atuar como um auxiliar da justiça, mais um instrumento de apoio, dando sua parcela de contribuição na construção de uma Justiça mais célere e eficaz. Assim, não há que se falar em desvio do uso do aparato policial em prejuízo às investigações criminais, de vez

²⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria>. Acessado em 16/01/2020.

²⁶ La mediación policial va más allá de la resolución de problemas, porque afecta al cambio de actitudes de los que la practican, puesto que su función pasa de ser de control social a ejercer este control con formas más vinculadas a las relaciones interpersonales y ejerciendo la autoridad de diferente manera [...] La mediación policial es una herramienta de trabajo, pero también es algo más que una herramienta en la medida que introduce aspectos de cambio en la propia cultura de la organización y de las relaciones con la comunidad.

²⁷ LORENTE, Josep Redorta. Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía. RCSP-Revista catalana de seguretat pública, nº. 15, 2004, p. 38

que o NECRIM se utiliza das mesmas instalações e material humano que já existe nas delegacias, sendo o próprio delegado de polícia o conciliador e o escrivão de polícia para digitar o termo.

Outro forte empecilho para o uso da mediação é que ela pode ser usada para dilação, ainda maior, dos conflitos. Nesse caso, não sendo vista como um caminho eficiente para a solução do problema. Por isso, necessário o acolhimento do Direito Processual da mediação como pré-processual, ou incentivo para que as partes tenham ao menos o conhecimento da existência desse caminho.

Por isso, a mediação deve se iniciar com uma sessão informativa, seguida de sessões exploratórias do conflito. E com isso não existe conflito simples, ele sempre é complexo, por isso a importância de clarear as ideias sobre ele. Assim como, o mediador deve deter a maior quantidade de informações para melhor orientar a decisão das partes, por isso a importância de sessões.

Nesse sentido, a composição perante o NECRIM, não se trata de ato de caráter processual e sim de expediente pré-processual, que visa justamente evitar a judicialização. A ação não é distribuída, portanto não há que se falar em competências, por se tratar de avença de caráter voluntário, cuja legalidade, aí sim, deverá ser oportunamente avaliada pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, sem o que a manifestação de vontade não terá o efeito vinculante.

Outra questão que merece atenção é de se evitar, a todo custo, a perda de confiança no processo, que prejudica a própria negociação. Assim sendo, “as cartas que se colocam à mesa” devem ser certas. A traição de confiança gera desconfiança e agrava ainda mais o conflito. Devemos eleger critérios de legitimidade, para se ter a informação necessária para a tomada de decisão. Ampliando o cenário de negociação, gerando mais opções, podendo-se ainda, em certos casos, se ter o apoio familiar ou de proteção, por exemplo, os institutos da representação, tutela e curatela, previstos em nosso ordenamento Civil²⁸.

Assim também a presença do advogado é fundamental e deve acontecer em todas as suas fases, que vão da escolha pelo método, ao termo de encerramento, justamente porque as pessoas ainda estão habituadas a litigar em processos judiciais. O advogado é o responsável por vigiar e buscar garantir que o direito das partes seja realmente preservado. E, caso não resulte um consenso entre as partes, contará o advogado com maior visão acerca das circunstâncias originadoras do conflito. Além disso, ele é o

²⁸ A Tutela está inserida nos artigos 1.728 ao 1.766 e a Curatela nos artigos 1.767 aos 1.783 todos do Código Civil. Em seus artigos 115 a 120, o Código Civil também trata da representação legal.

conhecedor das normas de ordem pública, podendo auxiliar em relação aos limites jurídicos a serem observados, de forma a evitar nulidades.

Do mesmo modo podemos numa negociação estreitar as relações sociais, e com isso os valores que a negociação gera. E sabemos que por vezes, o indispensável em uma negociação é se utilizar da empatia, pois as pessoas podem ter bloqueio emocional, que pode gerar ameaças imaginárias, e portanto, sempre ao negociar devemos buscar gerar opções, que gerem outras alternativas e outras opções.

Destarte devemos entender esse método não como alternativo, mas como o mais adequado ao caso concreto, uma visão mais ampla de satisfação do direito, da Justiça e dos profissionais do Direito, em oferecerem as partes métodos mais adequados. Ressaltando sempre a importância de se usar a judicialização como último recurso para o caso concreto. Com isso, atender as necessidades autênticas da sociedade, e não apenas do processo judicial ou uma visão restrita do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aprofundando os aspectos críticos, são os principais fatores para que a polícia não aproveite todo o potencial que a mediação proporciona: os obstáculos dentro da organização; a visão tradicional do papel da polícia, e os policiais não se verem como mediadores.²⁹ Há também que se respeitar sempre a autonomia da vontade das partes em querer ou não participar de uma audiência de conciliação, presidida pela polícia, ou que exija a presença de um representante da OAB, para garantia do cidadão, trazendo maior transparência ao ato, impedindo qualquer violação a direitos e garantias individuais dos envolvidos.

A mesma doutrina aponta algumas recomendações para resolver tais questões, sendo que a principal dificuldade brasileira é a falta de instituição da mediação policial como uma política pública de Estado³⁰. Assim como também nas experiências Ibero-

²⁹ LORENTE, Josep Redorta. **Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía.** RCSP-Revista catalana de seguretat pública, nº. 15, 2004, p. 34

³⁰ Cf. Artigo submetido para apresentação oral no Seminário Internacional Violência e Administração de Conflito, organizado pelo Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (GEVAC), realizado de 20 a 22 de agosto de 2019, no município de São Carlos-SP, na Universidade Federal de São Carlos - UFSCar.

Americanas ainda “são insuficientes, extraídas de outros contextos culturais e condicionadas por uma prática de mediação pouco ajustada à prática policial.”^{31 32}

Buscar difundir uma cultura policial que vá além da simples aplicação do Direito, para se ter um instrumento hábil a solucionar conflitos e pacificar a sociedade. Um trabalho multidisciplinar comunicando-se os saberes, para formar essencialmente mediadores policiais como grandes profissionais. Em especial, o seu aperfeiçoamento em Direito, Psicologia e resolução de conflitos nas perspectivas da polícia comunitária.

Manter como indispensável o respeito as partes, para deixá-las entender o que as motiva no conflito. Essa postura baseia-se em princípios básicos do mediador, já frisados, como estar preparado, ter habilidades de conversação, agradecer às partes que participaram da mediação para tentar resolver o conflito. Ressaltamos também o estudo das conversações não-verbais e microexpressões faciais, uma vez que esta comunicação serve tanto aos mediadores quanto à polícia, para obter maiores informações, bem como outras ferramentas, como técnicas de comunicação e táticas persuasivas para a polícia.³³

A mediação de conflitos faz parte de uma cultura que não pode ser vista de forma isolada, pois a negociação é algo inerente ao próprio ser humano e nas relações humanas está presente em todos os momentos da vida. Necessária a incorporação oficial de programas de mediação e dos métodos alternativos de resolução de conflito, com policiais profissionalizados com técnicas adequadas e padronizadas de atuação, além de aplicáveis.

Portanto, aperfeiçoar, ainda mais, o trabalho policial e sua proximidade com a comunidade local, podendo a mediação policial ser um caminho para se alinhar uma rede de serviços voltados a Justiça Restaurativa, assim como trazer uma melhor organização aos serviços sociais.³⁴

Dadas as colocações já apresentadas, para o enfrentamento dos pontos críticos doutrinariamente apontados sobre a mediação policial, deve ainda a organização policial, que desejar estabelecer em sua estrutura tal serviço, necessariamente: fixar os limites de atuação, assim como em quais casos e os recursos de solução de conflitos se aplicam; o fator tempo na intervenção; a aplicação dos critérios da proporcionalidade, adequação da

³¹Las experiencias mundiales de mediación policial son insuficientes, extraídas de contextos culturales ajenos y condicionadas por una práctica de la mediación que se ajusta poco a la práctica policial.

³² REDORTA, Josep, GALLARDO, Rosana. Nuevas herramientas en mediación policial. **Revista E-mediación**. Año 8, Setembro de 201, p. 08

³³ Disponível em: <http://congresomediacionpolicial.com/wp-content/uploads/2018/08/Acta_3r_Congreso_Iberoamericano_Mediacion_Policial.pdf> Acessado em 14/01/2019.

³⁴ LORENTE, Josep Redorta. Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía. **RCSP-Revista catalana de seguretat pública**, n.º. 15, 2004, p. 34-35

medida, intervenção mínima e discricção. Todos esses critérios e, ainda, tendo-se que a distância social e o grau de exigência da lei são condicionantes básicos da mediação policial.³⁵

Fixados esses parâmetros estaríamos em condições de definir os objetivos autênticos da atuação policial, quais sejam, proteger a lei, evitar tensões e garantir a percepção de segurança.³⁶ E dos cidadãos, conforme Josep Redorta e Rosana Gallardo, o fundamental é seu consentimento e entendimento de que eles:

valorizam o que é bom, mais do que o legal, e há situações em que o importante não é chegar a um acordo definitivo para encerrar o problema, mas conseguir que as pessoas recuperem ou estabeleçam sua capacidade de diálogo, de escuta, de respeito mútuo, isto é, assumindo a certeza de sua capacidade de resolver conflitos por meio de uma via que não necessariamente tenha que ser adversarial.^{37 38}

Outro aspecto que fomentaria a prática de mediação policial seria a conexão do âmbito penal com o civil nos ideais de pacificação social, como ocorre no Necrim. Nessas searas, temos a necessidade de manutenção da relação civil e social, e em muitos casos está presente o elemento emocional e econômico, e as demandas judiciais não vêm acarretando a efetiva pacificação social com a sentença prolatada de forma isolada, por vezes sem uma comunicação processual.

Necessária a solução caso a caso, com uma especial atenção aos casos de família para que se tenha tratamento de forma adequada, pois as demandas judiciais fragilizam os seus componentes, sendo um ideal o uso de soluções colaborativas. Necessário também, integrar esses serviços a um só sistema, e uma manutenção de investimento público para a implementação desses serviços. Ainda nesse sentido, merece destaque a necessária conjugação do âmbito penal na violência doméstica com o âmbito civil de família, com políticas públicas a serviço da sociedade civil, fomentando uma participação democrática.

Desta forma, a mediação policial poderia reconduzir e gestionar os conflitos e suas consequências nos espaços públicos e privados, em especial no âmbito da família, na

³⁵ Idem, p. 38-39

³⁶ REDORTA, Josep, GALLARDO, Rosana. Nuevas herramientas en mediación policial. **Revista E-mediación**. Ano 8, Setembro de 2014, p. 06

³⁷ Una vez más hay que recordar que es clave el consentimiento de los ciudadanos que son los que valoran lo que es bueno más que lo que es legal, y que hay situaciones en que lo importante no es llegar a un acuerdo definitivo que cierre el problema, sino conseguir que las personas recuperen o establezcan su capacidad de diálogo, de escucha, de respeto mutuo, es decir que asuman la certeza de su capacidad para resolver los conflictos por una vía que no ha de ser necesariamente la adversarial.

³⁸ Idem, p.06

violência doméstica, reduzindo também o risco de alienação parental, e melhor condução dos processos de divórcio.

Daí advém a ideia de que a mediação é transversal, por exemplo, um patrulhamento de rua pode encaminhar adolescentes consumindo álcool, casos de violência familiar, conflitos de vizinhança, entre outros, por isso a necessidade de treinamento apropriado para cada abordagem.

Buscar melhorar a convivência social, controlando o nível de conflitividade, e evitando os efeitos deletérios decorrentes do fim das relações familiares. Preservar e melhorar a convivência social, mediante a aplicação de medidas sustentáveis no próprio âmbito familiar para refletir no comunitário. Ideais intrinsecamente conectados a polícia comunitária.

Visar a ampliação do rol de mediadores, e instrumentos de legitimação para acompanhamento das partes, como a presença do advogado, além de outros tipos de mediação, como a mediação comunitária agregada a mediação policial. Contudo, sempre buscando gestionar, prevenir e mediar os conflitos, com as várias medidas para a sua resolução, com várias estratégias de resposta.

A intervenção mediadora e transversal poderia estar ajustada às características e necessidades da localidade para desenvolvimento da mediação como um recurso de utilidade pública, para se evitar, principalmente, os conflitos de baixa intensidade, que se reiterados podem se converter em conflitos de alta intensidade. Com isso, o que se busca é também reduzir o número de queixas e processos, os custos processuais, evitando-se o próprio risco do surgimento da violência. Nesses termos, a prática da negociação constitui para Paulo Valério Dal Pai Moraes:

ferramenta que transcende a resolução de problemas, a feitura de acordos, envolvendo a possibilidade de acordos, envolvendo a possibilidade de mudança e, portanto, da melhoria do homem. Nesse sentido, tem o condão de promover modificações cognitivas e morais nos indivíduos e nas instituições, provocando-lhes a reflexão necessária para o estabelecimento de relações mais responsáveis consigo, com os outros e com o planeta.³⁹

Com a implementação estruturada da mediação policial busca-se a melhora da convivência entre a polícia e a comunidade. Policiais possuem caráter mediador por essência em sua formação. A ideia de desenvolver um programa de mediação deve partir da própria polícia como um serviço público, oferecido pela polícia local e de forma

³⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **A negociação ética para agentes públicos e advogados: mediação, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética na negociação.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 233

gratuita para ampliar e incentivar o seu uso, como uma perspectiva de mudança de paradigmas e de sua própria cultura tradicional.

REFERÊNCIAS

ALDAZ, Manuel Martínez de Aguirre. Espacios para la mediación en nuestro ámbito penal - Una reflexión a partir de la experiencia belga y francesa. In: **La Medición - Presente, pasado y futuro de una institución jurídica**. Coord. José Maria Carabante Muntada. La Coruña: Netbiblo, 2010.

CRUZ, Estefanía Sandoval; MEDINA, Liyan Ginnet Valderrama. Mediación policial como herramienta para la resolución de conflictos. **Revista de investigación en gestión administrativa y ciencias de la información**, volume 1, número 1, Janeiro-Dezembro de 2017, p. 76-87.

DUCE, Mauricio, et al. La víctima en el sistema de justicia penal: Una perspectiva jurídica y criminológica. **Política criminal**, 9,18, p.739-815, 2014.

GARCÍA, Antonio del Moral. La mediación en el proceso penal - fundamentos, problemas, experiencias. In: **La Medición - Presente, pasado y futuro de una institución jurídica**. Coord. José Maria Carabante Muntada. La Coruña: Netbiblo, 2010.

GUTIERREZ, Juan Pablo Isaza, SERJE, Karina Murgas, OLIVELLA, María Elisa Oñate. Aplicación del modelo transformativo de mediación en la conciliación extrajudicial de Colombia. **Revista de Paz y Conflictos** 11.1, 2018, p. 135-158.

FIDOMANZO, Marie Claire Libron. **Parecer sobre Procedimento Interno nº R-19774 Comissão de Direitos e Prerrogativas 22ª Subseção de São José do Rio Preto**. Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo. Comissão Especial de Segurança Pública, p. 12, 24 de junho de 2019.

LORENTE, Josep Redorta. Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía. **RCSP-Revista catalana de seguretat pública**, nº. 15, 2004, p. 29-46.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; BRAGA Sérgio Pereira. O Conselho Nacional de Justiça e suas contribuições para uma administração eficiente da justiça. **Direito e sustentabilidade** [Recurso eletrônico on-line] organização : CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches, Carlos André Bimfeld, Luiz Ernani Bonesso de Araujo.–Florianópolis: FUNJAB, 2013.

_____; RODRIGUES, Patrícia Pacheco. **Mulher e poder no Brasil**. In: Christine Oliveira Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Melina Girardi Fachin. (Org.). **Constitucionalismo Feminista: Expressão das Políticas Públicas voltadas à igualdade de Gênero**. 1ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2019, v. 1, p. 193-214.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **A negociação ética para agentes públicos e advogados: mediação, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética na negociação**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NECRIM, in **Mediação de conflitos - Doutrina Policial Civil de Pacificação Social**. Coordenação Profa. Rosemeire Monteiro de Francisco Ibañez, 1a Ed., Agosto, 2005 – 2o ed. rev. atual. e amp. São Paulo(Estado): Academia de Polícia Civil Dr. Coriolano Nogueira Cobra, 2015.

REDORTA, Josep, GALLARDO, Rosana. **Nuevas herramientas en mediación policial**. Revista E-mediación. Año 8, Setembro de 2014.

ROMÃO, José Eustáquio. **Justiça Dialógica. Conferência “Direito e Educação”**, Universidade Nove de Julho, Unidade Vergueiro-São Paulo/SP, p.20, em 19 de abril de 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos**. São Paulo: Cortez, 2014.

SENASP, Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Curso Nacional de Multiplicador de Polícia Comunitária**. 5. ed., Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

SILVA, JORGE VIEIRA DA. **A verdadeira paz: desafio do Estado democrático**. São Paulo Perspec., São Paulo, v. 16, n. 2, p. 36-43, Junho 2002. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392002000200005&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Sept. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392002000200005>.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: Justiça Restaurativa para o nosso tempo**. 3. ed., tradução Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athena, 2018.

DIREITO E LITERATURA: reflexões a partir de Tchekhov e Stutchka¹

DERECHO Y LITERATURA: reflexiones desde Chekhov y Stutchka

João Guilherme A. de Farias²

Resumo: A Revolução Russa de 1917 trouxe inúmeras possibilidades criadoras para os mais diversos campos da vida. Um dele foi precisamente o pensamento jurídico. O presente trabalho é fruto dos estudos de mestrado do autor a respeito justamente do direito soviético, mais especificamente da obra de Andrei Vychinski, e de seu interesse pessoal pela literatura russa. Nosso objetivo é extrair do conto “Crime premeditado” (1885), de Tchekhov, as possibilidades teórico-reflexivas que tal narrativa fornece para um debate crítico em torno do direito e de suas instituições, cotejando-o com a experiência russa pré e pós-revolucionária, razão pela qual optamos por orientar as noções em torno do direito a partir da obra do jurista Piotr Stutchka. Trata-se de um exercício dialético que articula a literatura, o direito e a história, tendo por arcabouço teórico precípua a crítica marxista do direito. Por se tratar de um trabalho estritamente teórico, optamos pela pesquisa bibliográfica e pela revisão de literatura. O resultado obtido vai no sentido de que a articulação entre diferentes disciplinas, para que possibilite uma reflexão crítica, deve superar a noção ideológica promovida pela interdisciplinaridade, como condição de se realizar uma análise profunda e que seja capaz de considerar a articulação dos elementos universais e particulares de uma determinada conjuntura.

Palavras-chave: Direito e literatura; Marxismo e direito; Tribunais populares; União Soviética.

Resumen: La Revolución Rusa de 1917 trajo innumerables posibilidades creativas a los más diversos campos de la vida. Uno de esos campos fue el pensamiento jurídico. El presente trabajo es resultado de los estudios de maestría que el autor desarrolla sobre el derecho soviético, más específicamente respecto al trabajo de Andréi Vychinski, y de su interés personal por la literatura rusa. Nuestro objetivo es extraer del cuento “Crimen premeditado” (1885), de Chekhov, las posibilidades teórico-reflexivas que dicha narrativa brinda para un debate crítico sobre el derecho y sus instituciones, comparándolo con la experiencia rusa antes y después de la Revolución de 1917, por lo que optamos por orientar las nociones en torno al derecho a partir de la obra del jurista Piotr Stutchka. Es un ejercicio dialético que articula literatura, derecho e historia, teniendo como marco teórico principal la crítica marxista del derecho. Al tratarse de un trabajo estrictamente teórico, optamos por la investigación bibliográfica y la revisión de la literatura. El resultado obtenido va en el sentido de que la articulación entre diferentes disciplinas, a fin de permitir una reflexión crítica, debe superar la noción ideológica promovida por la interdisciplinariedad, como condición para realizar un análisis profundo y que sea capaz

¹ Registro meus sinceros agradecimentos ao amigo Filipe Gomes pela leitura atenciosa e por seus comentários sobre o presente trabalho. Agradeço também à FAPESP por financiar meus estudos em sede de mestrado.

² Mestrando em Ciências Sociais pela Unifesp (bolsista FAPESP). Especialização em Direito e Processo do Trabalho (em andamento) pela Escola Paulista de Direito. Bacharel em Direito pela PUC-SP (bolsista ProUni). Parecerista *ad hoc* da Revista Orbis Latina. Integrante do Grupo de Pesquisa Educação, Classes e Conflitos Sociais da Unifesp. E-mail: alvares.farias@unifesp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4501113628520309>.

de considerar la relación entre lo universal y los elementos particulares de una conjuntura determinada.

Palabras-clave: Derecho y literatura; Marxismo y derecho; Tribunales populares; Unión Soviética.

1. À GUIZA DE INTRODUÇÃO: INTERDISCIPLINARIDADE OU DIALÉTICA

Muito se tem falado a respeito da interdisciplinaridade no direito. Contudo, sua incorporação nas diversas disciplinas científicas não pode passar incólume às necessárias críticas sobre o significado histórico e a natureza ideológica desse conceito. As ciências sociais, na qual tem lugar o direito, assim como as demais ciências, são afetadas pela ideologia. Em tempos como o presente, em que é tão necessária a defesa do óbvio, é preciso fixar como pressuposto fundamental a impossibilidade da neutralidade ideológica³.

No direito, ainda dominado por uma orientação de caráter técnico-formal que se sobrepõe aos ruídos da rigorosa crítica histórico-materialista, a defesa desse pressuposto fundamental, a impossível imparcialidade, torna-se ainda mais imprescindível. Segundo Olívia Perez⁴, teóricos vinculados às ciências sociais aplicadas, subárea das ciências sociais e na qual está inserido o direito, têm atribuído ao conceito de interdisciplinaridade uma noção finalística ou teleológica, cuja função seria atuar na “superção da fragmentação do conhecimento para enfrentar uma realidade complexa”⁵.

Essa abordagem pode sinalizar que o espaço ocupado tradicionalmente pelo positivismo jurídico, muito lentamente, é verdade, vem cedendo lugar à demanda por um *conhecimento mais totalizante*. Infelizmente, sinaliza também que em face dos obstáculos do positivismo e de seu conhecimento fragmentado se desenvolve, não necessariamente, um saber crítico e emancipador, mas um saber voltado à função técnica do direito, ou seja, à exclusiva atuação prática do jurista, de modo que, em última instância, a interdisciplinaridade estaria menos preocupada em produzir um *conhecimento crítico*, e mais voltada às *demandas do mundo do trabalho*.

Em palavras mais simples, o positivismo jurídico, como expressão ideal de um modo de vida ultrapassado, cedo ou tarde, será superado – processo que já está em curso – pela imposição das metamorfoses do sistema econômico, mais especificamente pela

³ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ensayos marxistas sobre filosofía e ideología*. s/d, México: s/d, 1975, pp. 138-164.

⁴ PEREZ, Olívia. O Que é Interdisciplinaridade? Definições mais comuns em Artigos Científicos Brasileiros. In: *Interseções* [Rio de Janeiro] v. 20 n. 2, p. 454-472, dez. 2018.

⁵ *Ibid.*, p. 467.

exigência de uma força de trabalho “polivalente” ou “multifuncional”⁶, em que se exige um saber e um trabalhador mais flexível e diversificado, em consonância com as novas formas de trabalho emergentes. É nesse cenário de surgimento do Toyotismo no pós Segunda Guerra que tem lugar o nascimento do conceito de interdisciplinaridade.

Trata-se do processo de “subsunção do mundo do conhecimento ao mundo do trabalho”, conforme apontam Mangini e Miotto⁷ em análise sobre a relação entre interdisciplinaridade e o mundo do trabalho: “a interdisciplinaridade confirma a institucionalização de novos modelos de educação e formação para os trabalhadores, além da gestão interna das organizações e do mercado de trabalho em geral, sob novos códigos profissionais”⁸.

Daí a necessidade de ressaltar o significado e a natureza da interdisciplinaridade para que não se tenha ilusões quanto ao seu papel na superação do positivismo jurídico e do saber fragmentado no campo jurídico. A pergunta que se coloca, portanto, é se seria possível um uso racional da interdisciplinaridade com vistas à obtenção de um saber crítico. Nós acreditamos que não. A interdisciplinaridade foi, desde seu surgimento, instrumentalizada para responder às metamorfoses da produção capitalista.

Nesse sentido, a alternativa ao positivismo jurídico e à interdisciplinaridade é apenas uma: a dialética de Marx. Entretanto, precisamente por seu caráter de crítica destrutiva e não instrumental, é que a dialética marxista, anterior à noção de interdisciplinaridade, não obtém o mesmo grau de disseminação nos estudos de uma concepção que seja mais totalizante. A partir da dialética, a realidade é compreendida como uma estrutura (não como fatos atomizados) que está num processo de constante desenvolvimento e que de modo algum se constitui enquanto um todo perfeito e acabado. É preciso notar que essa concepção colide com o saber jurídico mais comum, em que são apresentados ao jurista fatos isolados para que, dentro de uma classificação específica, sobre eles possa fazer incidir determinadas normas.

Enfrentar essa realidade *somando* ao saber jurídico disciplinas de outras áreas, como a contabilidade, a economia, a administração, as artes e etc., não significa necessariamente adotar a dialética como mecanismo de compreensão da realidade, nem mesmo adotar uma posição crítica. No máximo, pode se tratar de um saber sistemático,

⁶ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: 2015, p. 45.

⁷ MANGINI, Fernanda; MIOTTO, Regina. **A interdisciplinaridade na sua interface com o mundo do trabalho**. In: Rev. Katál. Florianópolis v. 12 n. 2 p. 207-215 jul./dez. 2009, p. 213.

⁸ *Ibid.*, p. 213.

isto é, que soma conhecimentos atomizados. Esse parece ser o caminho da interdisciplinaridade: “a busca pela totalidade do conhecimento em oposição ao saber fragmentado”⁹. Aqui reside a fundamental divergência entre interdisciplinaridade e dialética, o que afasta qualquer chance de harmonização entre ambas. Trata-se de um aspecto metodológico inconciliável que se fundamenta na própria compreensão da realidade e do modo de como apreendê-la:

A diferença entre o conhecimento sistemático-aditivo e o conhecimento dialético é essencialmente diferença entre duas distintas concepções da realidade. Se a realidade é uma congêrie de fatos, o conhecimento humano pode ser apenas um conhecimento abstrato, sistemático-analítico, das partes do real, ao passo que o todo da realidade é incognoscível. [...] o pensamento dialético parte do pressuposto de que o conhecimento humano se processa num movimento em espiral, do qual *cada início* é abstrato e relativo. Se a realidade é um todo dialético e estruturado, o conhecimento concreto da realidade não consiste em um acrescentamento sistemático de fatos a outros fatos, e de noções a outras noções. É um processo de *concretização* que procede do todo para as partes e das partes para o todo, dos fenômenos para a essência e da essência para os fenômenos, da totalidade para as contradições e das contradições para a totalidade [...] ¹⁰.

Nessa forma de colocar o problema, o direito deixa de ser encarado enquanto uma simples matéria isolada que se torna objeto de análise e representação da arte literária, que, por desejo do artista, teria adotado o direito como elemento a ser representado em sua narrativa, somando-se o direito à literatura. Ao contrário, pela dialética, o direito e a arte literária são entendidos como noções ou fatos da realidade que carregam em si elementos da generalização, que, por seu turno, apenas pode ser a generalização daqueles e de outros fatos ou noções da realidade. Se debruçar sobre o direito na sua articulação com a literatura não é buscar nesta o aprendizado daquele, mas compreender as determinações de um e de outro, bem como a forma como são expressadas tais determinações, seja na literatura, seja no direito, sempre com vistas à compreensão de uma conjuntura determinada.

A primeira abordagem diz respeito à percepção possibilitada pela interdisciplinaridade. O segundo conforma a percepção dialética, ou seja, direito e literatura são compreendidos como noções articuladas que, independentemente da consciência do artista ou do jurista, são determinadas por relações sociais específicas. Essas determinações, se encaradas isoladamente ou somando-se uma a outra, não permitem a compreensão adequada do todo. No máximo, admitirá um entendimento erudito e pedante do jurista, que saberá falar sobre as manifestações jurídicas nesta ou naquela obra literária, emendando um livro atrás de outro, num pedantismo jus filosófico sem fim. Ou, o que é ainda mais inútil, permitirá uma compreensão jurídica – quase sempre normativista – da obra artística.

O caráter cognoscível da literatura, em que pese sua relação complexa e, por vezes, conflituosa com a ideologia, foi assim compreendido pelos clássicos do marxismo¹¹. É nesse sentido cognoscível que abordamos a obra de Anton Tchekhov, considerando que do conto escolhido (*Crime Premeditado*) é possível extrair muito mais que uma relação entre direito e literatura, isto é, um pequeno retrato da realidade russa do final do século XIX. O ponto mais importante, contudo, não é o aprendizado que eventualmente se possa extrair do direito, mas da conjuntura como um todo, o que pressupõe também a

⁹ PEREZ, 2018, p. 457

¹⁰ KOSIK, Karel. **Dialética do Concreto**. Trad. Célia Neves. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, p. 41

¹¹ VÁZQUEZ, Adolfo. **As ideias estéticas de Marx**. 1. ed. Rio de Janeiro: 1968, pp. 31-36.

presença do elemento jurídico.

Todavia, como o direito possui múltiplas compreensões de ordem metodológicas e também teóricas, sobretudo a respeito de sua natureza, pensamos que sua relação com a literatura, numa abordagem dialética, não interdisciplinar, deve ser guiada por uma referência teórica em torno do que se compreende por direito e de como são encaradas suas instituições. Daí termos adotado uma das obras de Piotr Stutchka, elaborada numa conjuntura completamente diferente daquele em Tchekhov escreveu seu conto, mas com um ponto de contato muito profundo: a natureza de classe do direito e suas instituições.

À luz do que foi exposto, por meio da pesquisa bibliográfica, tanto de textos teóricos como de textos literários, pretendemos expor o tratamento do direito e de suas instituições no momento de escrita do conto *Crime Premeditado*, adentrando na conjuntura russa do final do século XIX, bem como a complexa relação cognoscível e ideológica do escrito, além das consequências que o direito e suas instituições sofreriam duas décadas depois com o advento da Revolução Russa de 1917. Por fim, diante da afirmação de Henriete Karam¹², seria importante perguntar-nos: é possível traçar paralelos entre a narrativa do conto e a situação atual?

2. O CONTO “CRIME PREMEDITADO”

Mesmo avesso à ação política organizada e descrente de uma revolução social, Tchekhov foi exitoso em captar e expor a degradação socioeconômica que atingia principalmente os camponeses russos, submetidos a um sistema severo de servidão, num país de grandes contradições e carregado de traços medievais, em que um sistema político autocrático resistia a adotar reformas liberais ao mesmo tempo em que recebia altos afluxos de capital dos países europeus e assistia ao rápido surgimento do operariado e da urbanização, possibilitados pela industrialização em curso, especialmente dos setores têxtil e metalúrgico.

No conto *Crime Premeditado*, de 1885, Tchekhov narra a audiência criminal presidida por um juiz de instrução em que o réu é acusado de, premeditadamente, ter atentado contra a estrada de ferro que passa por seu vilarejo, assumindo de forma consciente os riscos que sua ação poderia trazer, tais como o descarrilamento e a morte de passageiros. Os diálogos e a caracterização dos personagens e do ambiente, ou seja, os predicados utilizados por Tchekhov na descrição daqueles elementos imediatos e particulares, revelam muito sobre a conjuntura russa.

Dienes Grigóriev, um pobre camponês (mujiqe), é agredido e levado preso por Ivan Akinfov, guarda ferroviário, e colocado diante do inominado juiz de instrução. A

¹² “O valor de um texto literário reside tanto na multiplicidade de leituras que ele oferece – e a apresentada aqui é apenas mais uma das inúmeras leituras possíveis – quanto na realidade humana e social que ele evoca e, conseqüentemente, no seu potencial de atualização”. (KARAM, Henriete. Questões teóricas e metodológicas do direito na literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto *Suje-se gordo!*, de Machado de Assis. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13 n. 3, pp. 827-865, Set-Dez 2017, p. 853).

prisão teria sido motivada pelo fato de que Dienes, dias antes, fora pego em flagrante desatarraxando uma das porcas da estrada de ferro com a intenção de fazer daquele objeto um peso para sua linha de pesca: “Mas, para que estava desatarraxando a porca? [...]”, pergunta o juiz. “A porca? Com essas porcas, nós fazemos pesos”, responde Dienes.

O diálogo revela que a prática compõe um dos rituais coletivos da região: “Quem são esses *nós*?”, interpela o magistrado. “Nós, a gente... os mujiques de Klimov”, contesta Dienes. Sem acreditar na história do mujique, o juiz começa então a dizer que Dienes está mentindo, zombando. Na tentativa de dar crédito à sua história, afirma o acusado: “Lá onde eu moro, até os *senhores* pescam conforme eu contei”. Dienes recorre aos proprietários de terra, os camponeses ricos, para legitimar sua prática, atribuindo a eles também o mesmo costume, em clara tentativa, pela empatia, de aproximar o juiz daquela realidade.

Dienes é descrito pelo narrador como uma pessoa de feição miserável:

Diante do juiz de instrução, está um mujique pequeno, extremamente magro, de camisa sarapintada e calças com remendos. Seu rosto coberto de pelos e comido de picadas e os olhos, mas aparecendo sob as sobranceiras espessas e que aparecem suspensas, têm uma expressão de gravidade taciturna. Sobre a cabeça, um verdadeiro chapéu de cabelos embaraçados, que há muito não se penteiam, imprime-lhe uma severidade ainda maior, lembrando aranha. Está descalço...

“Está descalço...” é a mais perfeita síntese da descrição de Dienes, que está com os pés e a própria integridade de sua existência desprotegidos. O mujique registra que o guarda Akinfov o teria agredido “na cara e ainda no peito”, ao que é flagrantemente ignorado pelo juiz de instrução. As considerações que Dienes faz sobre o juiz e sobre o guarda são igualmente relevantes. Sobre o primeiro, o réu diz: “Para isso os senhores são instruídos, para compreender as coisas, *nossos benfeitores... Deus* sabia a quem dar o saber...”. A respeito do segundo, dispara Dienes: “o guarda é um *mujique como a gente, não tem qualquer conhecimento*. Sem mais nem menos, agarrou-me pelo cangote e me arrastou preso... Antes, é preciso julgar e depois arrastar preso! Não é à toa que se diz: ‘cabeça de mujique...’”.

Essa descrição revela como a percepção de Dienes sobre ele e os mujiques em geral, inclusive o guarda que o prendeu, destoa da crença que cultivam sobre o magistrado, a quem é atribuído um caráter divino e de sabedoria inalcançável. O magistrado, por sua vez, legitima essa percepção quando se dirige ao réu pelos adjetivos de “tolo” e “cabeça de imbecil”. A distância entre o mujique e o magistrado é reforçada ao final do texto: “Dienes apoia-se ora sobre um pé, ora sobre outro, olha para a mesa

forrada de pano verde e pisca os olhos com força, como se estivesse vendo diante de si o *sol*, em lugar daquele pano verde”. A grandiosidade de um e a pequenez do outro, em todos os sentidos, constitui importante oposição social captada por Tchekhov.

Sem entender a gravidade dos fatos, Dienes questiona se pode ir embora, ao que é interpelado com a determinação do juiz para que ele seja imediatamente preso e enviado a um campo de trabalho forçado, já que era essa a pena prevista pelo artigo 1081 do código penal, suscitado pelo magistrado para sentenciar o mujique. Toda a resignação do mujique, talvez pela falta de compreensão daquela situação, ao ouvir a frase “para prisão”, dá lugar à sua inaudita resistência: “E são juízes! Morreu o falecido patrão-general, que descanse em paz, senão ia mostrar uma coisa a vocês, juízes... É preciso saber julgar e não assim, sem mais nem menos... Que se manda bater, vá lá, mas que seja por algum motivo, de acordo com a consciência”.

É interessante notar que mesmo ao se levantar contra a ordem de prisão, Dienes impõe ao juiz uma resistência a partir de outro, de um terceiro que teria condição de falar em seu nome, o falecido “patrão-general”, mantendo sua percepção de si próprio como um ser de existência completamente anulada e desprezível.

3. CONJUNTURA ECONÔMICA E JURÍDICO-POLÍTICA DA RÚSSIA DE TCHEKHOV

De acordo com Angelo Segrillo, “a Rússia da segunda metade do século XIX era um poço de contradições”¹³. Vejamos as razões dessa constatação. O poderio bélico da Rússia czarista era enorme. Seu exército era o mais populoso da Europa, além de ter sido a nação responsável por impor contundente derrota às guerras napoleônicas em 1814. Nesse espírito inebriante é que a Rússia se lançara em guerra contra o Império Otomano, em 1853, vindo a assinar um pacto de paz dois anos depois, que resultava, na prática, em sua derrota, uma vez que perdera bases navais que detinha no mar Negro¹⁴.

A derrota resultante desse conflito, que ficou conhecido também como Guerra da Crimeia, foi o estopim para muitas mudanças que viriam a ocorrer no decurso da segunda metade do século XIX, na Rússia. No plano econômico, a mais crucial e importante mudança foi a extinção da servidão em 1861:

O Manifesto de Abolição da Servidão de 19 de fevereiro de 1861 foi um dos momentos mais marcantes da história russa e representou uma manobra de equilíbrio extremamente delicada. [...] a emancipação russa não apenas

¹³ SEGRILLO, Angelo. **Os Russos**. 1.ed. São Paulo: Contexto, 2015, p. 151.

¹⁴ *Ibid.*, p. 148.

libertou os servos, mas propiciou-lhes terra. Por outro lado, para não prejudicar a nobreza, as terras não foram dadas aos servos: eles teriam que comprá-las¹⁵.

A abolição da servidão foi a forma encontrada pelo czarismo para manter os privilégios da nobreza e, ao mesmo tempo, evitar uma revolução social por parte dos servos camponeses, que viviam numa situação de absoluta miserabilidade¹⁶: “o camponês russo vive numa situação deplorável: pequenos lotes, rendimentos baixíssimos, técnicas arcaicas, analfabetismo, má nutrição, doenças, fome, epidemias; ele é a principal vítima do sistema social”¹⁷. Para se ter uma ideia, em 1914, 85% da população russa vivia no campo. Estima-se que a metade era composta por servos emancipados em 1861¹⁸.

Na prática, o que ocorreu com a abolição da servidão foi um forte endividamento dos camponeses, que conquistaram apenas parcialmente o direito de propriedade, já que tal condição permanecia suspensa até a quitação do preço, por meio de financiamentos que duravam décadas. Assim, manteve-se intocável o latifúndio da nobreza e da burguesia. Coexistiam com o latifúndio as comunas rurais, que agrupavam famílias camponesas, além de pequenas propriedades parcelares:

Tratava-se de uma estrutura engenhosa, fruto de pressões contraditórias. Os camponeses queriam a abolição da servidão, mas desejavam manter a terra em que trabalhavam. Os senhores de terra anteviam a ruína caso perdessem “seus” camponeses e as terras em que estes trabalhavam. O Estado czarista formulará uma solução aparentemente intermediária mas que, na prática, beneficiaria os senhores de terra. A lei obrigará as Comunas Rurais a comprarem as terras que os senhores quiserem vender, por um preço fixado por estes. As terras serão quase sempre menores em extensão e piores em qualidade que as que já eram trabalhadas pelos camponeses antes da abolição da servidão. O Estado financiará a compra, mas as prestações serão tão pesadas que os camponeses, para pagá-las, terão de trabalhar para os senhores da terra¹⁹.

No plano político também proliferavam contradições. A Rússia era formada por um governo absolutista e autocrático. Somente em 1906, como resultado da Revolução de 1905, é que surgiria a primeira Constituição, também denominada de “Leis Fundamentais”, bem como o parlamento (Duma) e a legalização dos partidos políticos. Antes disso, a primeira tentativa de descentralização do poder político havia sido a criação das assembleias (*zemstvo*), em 1864: “eleitas por nobres, cidadãos e camponeses (mas com diferentes pesos, de modo que a nobreza elegia mais representantes que o resto) nos

¹⁵ *Ibid.*, p. 149.

¹⁶ Um filme muito interessante sobre o contraste da vida no campo antes e depois da Revolução de 1917 está em “O velho e o novo” (1929), de Serguei Eisenstein e Grigori Aleksandrov.

¹⁷ REIS, Aarão. **Rússia: 1917-1921: anos vermelhos**. 1.ed. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 12.

¹⁸ GULLAND, Robin; DEJEVSKY, Nikolai. **Rússia e a antiga União Soviética**. 1. ed. São Paulo: Folio, 2007, p. 138.

¹⁹ REIS, 1983, p. 10.

distritos e províncias, essas assembleias podiam cuidar de determinados assuntos locais sem necessitar de aprovação do governo central”²⁰.

Dentre as funções das assembleias *zemstvo* estava a nomeação de juízes locais²¹. Esse sistema de nomeação pelas assembleias precisa ser encarado num cenário de profundas alterações que resultaram da importante reforma judicial levada a cabo em 1864 por Alexandre II, o “czar libertador”. Segundo Richard Casson, a reforma judicial teve dois importantes significados, um ideológico, já que expressava um aspecto humanitário ao pôr fim ao sistema inquisitorial anterior, e outro político, uma vez que criava restrições à autocracia czarista²². Kucherov foi um dos teóricos que percebeu a imbricada relação entre a reforma judicial e a reforma econômica que aboliu a servidão:

Todas as reformas do reinado de Alexandre II, e especialmente a libertação dos servos em 1861 e a Reforma Judicial de 1864 estão indubitavelmente inter-relacionadas. A Reforma Judicial teria sido impossível sem a libertação dos servos, e um povo emancipado não poderia ter vivido sob a antiga administração de justiça. O bom funcionamento do sistema judicial é impossível onde a maioria das pessoas está privados de liberdade e são meramente objeto de direito de outras pessoas degradadas quase ao nível de coisas. Por outro lado, pessoas livres precisam de um sistema judicial adequado²³.

Claro que a concepção liberal de Kucherov não lhe permitiu descer às profundezas da realidade concreta, terreno em que o povo ainda permanecia preso aos grandes proprietários de terra, não pelo vínculo institucional da servidão, mas pelo endividamento e pela dependência econômica (os instrumentos de trabalho e as melhores terras para trabalhar permaneciam com os camponeses ricos). Do mesmo modo, referido autor parece ignorar a forma de composição do sistema de justiça, absolutamente desigual:

Havia requisitos monetários e educacionais para esses magistrados. Era necessário, nos distritos rurais, que o juiz de paz, seus pais ou sua esposa possuíssem de 900 a 400 dessiatinas de terra²⁴, dependendo da província em que vivia. Na ausência de terras, a lei exigia que as pessoas no país tivessem edifícios no valor de 15.000 rublos. Em St. Petersburgo e Moscou, bastava ter um imóvel avaliado em 6.000 rublos²⁵.

²⁰ SEGRILLO, 2015, p. 151.

²¹ CASSON, Richard. **Evolution of the judicial system in 19th century Imperial Russia**. Maine: Senior Scholar Papers, 1960, p. 28.

²² *Ibid.*, p. 23.

²³ KUCHEROV, Samuel, **Courts, Lawyers & Trials under the Last Three Tsars**. New York: Frederick A. Praeger, 1953, p. 21 *apud* CASSON, 1960, p. 21, tradução nossa.

²⁴ Unidade russa de área igual a aproximadamente 2,7 hectares ou 10.800 metros quadrados.

²⁵ *Ibid.*, pp. 29-30, tradução nossa.

Leroy-Beaulieu, liberal e ideólogo igualmente inebriado pela reforma judicial, afirmava que “o homem do povo, o camponês, que costumava prostrar-se a si mesmo em forma suplicante aos pés do magistrado, está aprendendo a ficar à sua direita e para confiar na justiça”²⁶. Esse escrito, é preciso registrar, data de 1903, pouco mais de uma década do conto de Tchekhov e dois anos antes da Revolução de 1905. Nessa conjuntura de profundas contradições e irresolutas desigualdades é que se torna possível compreender os traços singulares apresentados por Tchekhov em seu conto.

4. A REVOLUÇÃO DE 1917 E OS TRIBUNAIS: A CONCEPÇÃO DE STUTCHKA

Com a consolidação do poder político nas mãos dos bolcheviques, iniciou na Rússia, a partir de outubro de 1917, a fase inacabada da transição do capitalismo para uma sociedade sem classes. No campo jurídico também se instaurou um período de oxigenação em torno da natureza e do significado do direito. É nesse novo cenário que a obra de Piotr Stutchka está inserida²⁷. Segundo Stutchka, o direito é “um sistema (ou ordenamento) de relações sociais correspondente aos interesses da classe dominante e tutelado pela força organizada desta classe”²⁸.

A despeito dos problemas e dos impasses em torno do conceito formulado por Stutchka²⁹, o que importa salientar de sua definição, para o nosso objetivo, é o atributo histórico e a ruptura ideológica que ele promove ao compreender o direito, respectivamente, como uma relação social e afetado pelo interesse de classe. No primeiro caso, de acordo com Soares e Pazello, o direito assume uma forma mediadora entre o processo de produção, troca e apropriação. No segundo, desvela-se a clássica e ilusória noção de que o direito expressaria interesses públicos, gerais e universais³⁰.

Além de importante papel teórico, Stutchka foi um grande dirigente político e participou ativamente da revolução de 1917, tornando-se integrante do Comissariado do

²⁶ LEROY-BEAULIEU, Antole. **The Empire or the Tsars and the Russians**. Londres: G. P. Putnam's Sons, 1903, II, p. 315-316 apud CASSON, Richard. *Evolution of the judicial system in 19th century Imperial Russia*. Maine: Senior Scholar Papers, 1960, p. 31.

²⁷ Não é nosso objetivo expor ou criticar a concepção de Stutchka a respeito do direito. Nosso foco é o tratamento teórico dado por ele aos tribunais. Sua teoria e respectivas críticas podem ser consultadas em: FERREIRA, Adriano (2009); CERRONI, Umberto (1976); GUASTINI, Riccardo (1971); NAVES, Márcio (2009); SOARES, Moisés; PAZELLO, Ricardo (2014); STUTCHKA (1988; 2009).

²⁸ STUCKA, Petr. **Direito e luta de classes: teoria geral do direito**. 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 16.

²⁹ Cf. Naves, Márcio (2008).

³⁰ SOARES, Moisés; PAZELLO, Ricardo. *Direito e marxismo: entre o antinormativo e o insurgente*. In: **Revista Direito e Práxis**, vol. 5, n. 9, 2014, pp.475-500, p. 487.

Povo para a Justiça. Ao lado de Lênin, Trotsky e Stálin, figurou como signatário do Decreto nº. 1 (Sobre o Tribunal), assinado em 24 de novembro de 1917. Por meio desse documento, foram abolidas as instituições de tribunais em geral, substituindo-as por “tribunais constituídos na base de eleições democráticas”, assim como ocorreu com os juízes, que foram igualmente substituídos. Acreditava-se, com tal medida, que a administração da justiça, antes dominado pela burguesia, passaria agora a ser gerida pelas massas populares. Nesse ímpeto, é que afirma Stutchka sobre os tribunais antes da revolução:

[...] o Tribunal constituía, depois do exército permanente e da política burocrática, a mais sólida garantia do sistema burguês-latifundiário. Sob a máscara de uma pretensa defesa da verdade e da justiça, o Poder Judiciário, assim considerado como independente do Estado burguês, representava o órgão mais consistente do sistema capitalista e dos interesses das classes possidentes. Não apenas porque seus juízes eram agentes diretos do Estado e do poder estatal, enquanto instrumentos de repressão de classes oprimidas, senão ainda porque tais juízes, por sua condição de classe, pertenciam à classe dos opressores³¹.

Segundo essa concepção, portanto, os tribunais eram considerados aparelhos constitutivos do Estado burguês e como tal não poderiam subsistir ao processo revolucionário bolchevique. Do mesmo modo, seus especialistas e magistrados, tampouco poderiam permanecer na administração de um novo aparelho. Apesar disso, é curioso notar que Stutchka aceita a permanência de pessoal especializado, herdado dos “velhos” aparelhos, naquilo que seriam os “novos” tribunais ou os “tribunais populares”: “quanto a mim, não levantei, pessoalmente, de maneira alguma, a questão da inadequação de toda a composição pessoal do setor judiciário. Reconheço, abertamente, a existência de especialistas capazes e sinceramente dedicados à nossa causa...”³².

Meses após a assinatura do decreto acima mencionado, Stutchka se propõe a fazer um balanço da situação, no qual constata que, na verdade, os intelectuais e especialistas se tornaram um grande obstáculo à formação dos tribunais populares: “em um setor após o outro, essa intelectualidade começou a declarar greve”³³. O resultado dessa situação, segundo ele, teria sido a formação de tribunais populares constituídos na sua maioria e no seu núcleo por trabalhadores e soldados eleitos pelas localidades³⁴. O tema dos tribunais é interessante porque expõe as vicissitudes do processo de transição. Stutchka é obrigado,

³¹ STUTCHKA, Piotr. **Direito de classe e revolução socialista**. 3. Ed. Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2009, p. 12.

³² *Ibid.*, p. 14.

³³ *Ibid.*, p. 22.

³⁴ *Ibid.*, p. 22.

nesse sentido, a reconhecer que apesar do golpe contra as instituições dos tribunais, “os resquícios do sistema burguês” obrigaram os bolcheviques a manter um Superior Tribunal, “composto por especialistas”³⁵.

Ou seja, a revolução, compreendida adequadamente enquanto longo processo de luta de classes, não acaba, num golpe, nem com o capitalismo, nem com as classes. O processo de constituição de novas relação de produção, condição sem a qual a transição tende a ser dominada pela via capitalista, tal qual ocorreu na URSS, vai muito além da transferência jurídica da propriedade dos meios de produção³⁶. Retornando ao tema dos tribunais, é preciso ressaltar que Stutchka vislumbrava a existência dessas instituições apenas na fase de transição como instrumentos de repressão da contrarrevolução³⁷.

Em 1922, no quinto ano da revolução de 1917 e com os bolcheviques chegando ao balanço dos anos de guerra civil (“comunismo de guerra”), Stutchka escreve um artigo no qual volta a refletir sobre o direito e suas instituições. Nele, busca se debruçar sobre seu trabalho publicado em 1919, aprofundando alguns temas como a noção e o papel das classes e da luta de classes no direito.

Sua “autocrítica”, contudo, é demasiadamente dúbia. Por um lado, reconhece a necessidade de “correção” do conceito de direito e a deficiência em torno do que chamou de “consciência jurídica revolucionária”³⁸ (que seria proletária e oposta à concepção jurídica do mundo, essencialmente burguesa³⁹). Por outro, atribui ao conceito anterior um caráter “verdadeiramente científico”, com o privilégio, ainda segundo ele, de ser uma definição válida para qualquer outro sistema de direito, não apenas o proletário⁴⁰.

Mais uma vez, seu trabalho chama a atenção para as contradições e dificuldades do processo de transição: “não possuímos nenhuma consciência comunista acerca do Direito, mas sim *repetimos apenas a fraseologia dos juristas burgueses* e, em medida ainda maior, os *pensamentos burgueses*”, afirma Stutchka, que conclui de forma ainda mais contundente: “devo dizer abertamente que essa consciência jurídica ainda é, lamentavelmente, *por demais burguesa, mesmo entre nós, comunistas*”⁴¹. Essas afirmações, anos mais tarde, seriam consideradas como um crime à revolução

³⁵ *Ibid.*, p. 24.

³⁶ Cf. Naves, Márcio (1994).

³⁷ STUTCHKA, 2009, p. 26.

³⁸ *Ibid.*, p. 63.

³⁹ Trata-se de clara referência a Engels e Kautsky (2012, p. 18): “a bandeira religiosa tremulou pela última vez na Inglaterra no século XVII, e menos de cinquenta anos mais tarde aparecia na França, sem disfarces, a nova concepção de mundo, fadada a se tornar clássica para a burguesia, a *concepção jurídica de mundo*”.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 63.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 89/91, itálico nosso.

bolchevique. Não por outro motivo, Andrei Vychinski acusaria Stutchka e Pachukanis de terem produzido teoria burguesa do direito e atentado contra o socialismo⁴².

No que toca aos tribunais populares, Stutchka está convencido da sua necessidade e adequação ao período de transição. Ele confronta os “novos” tribunais com os “velhos” e reconhece nestes uma feição absurdamente contra-revolucionária, sobretudo após fevereiro de 1917, sob o governo provisório (democrático-burguês) de Kerensky. Os “novos” tribunais, logo após o Decreto nº. 1, teriam sido responsáveis por aplicar o direito de forma justa, segundo os princípios proletários, o que se deu precisamente graças à consciência proletária dos trabalhadores que passaram a compor o sistema de justiça, em que pese o sistema de leis não ter sido, até aquele momento, alterado. Logo, para que se decidisse sem que a aplicação das leis do velho regime e ainda não substituída por novas, a consciência proletária era determinante, podendo vir, portanto, apenas dos próprios trabalhadores, razão pela qual eles é que deveriam ocupar os tribunais.

Ocorre que a guerra civil (1918-1921) exigiu que tais trabalhadores fossem direcionados aos campos de batalha e às instituições militares: “o serviço militar retirou as melhores forças das instâncias judiciárias, consideradas então como uma função de segunda ordem. Assim, permanecemos, desde o início, com o ponto de vista de que devíamos criar um novo *Direito de Classe, Proletário*”⁴³. A legalidade revolucionária, portanto, segundo Stutchka, como oposição ao nepotismo revolucionário⁴⁴, decorre precisamente do fato de que seria necessária uma base objetiva de fundamento decisório e regulamentação normativa para subsidiar a falta ou deficiência dos quadros proletários e da consciência comunista do direito nas instituições judiciárias.

O problema em torno dos tribunais russos após outubro de 1917 merece ser visto num quadro de grandes transformações em que os revolucionários estão buscando, em todos os cantos da vida, responder às questões práticas do dia a dia, que nem sempre permitem maiores reflexões, exigindo medidas rápidas. A saída para as atividades contra-revolucionárias emanadas dos tribunais burgueses, nesse sentido, segundo Stutchka, como vimos, passava pela modificação de sua estrutura, inclusive do quadro pessoal. A formulação teórica que Stutchka desenvolve, contudo, assim como sua noção sobre o direito, não passaram incólumes às críticas.

⁴² VYCHINSKI, Andrei. Osnovnyye zadachi nauki sovetskogo sotsialisticheskogo prava. In. **Sovetskoye Gosudarstvo**, nº. 4 de 1938, pp. 4-55. Disponível em: <https://naukaprava.ru/catalog/435/936/545330/38719?view=1>. Acesso em: junho de 2020.

⁴³ Stutchka, 2009, p. 83.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 91.

Márcio Naves aponta que a proposta de Stutchka reforça as instâncias formais do Estado herdado pela revolução⁴⁵, sobretudo ao aceitar a possibilidade de que especialistas permaneçam nesses postos, o que resultaria, por conseguinte, no alijamento desse aparelho das massas populares. Se adotamos como adequada a noção marxista (e leninista) de Estado empregada por Etienne Balibar, então daremos razão à colocação de Naves. Segundo Balibar, contra os aparelhos especializados do Estado burguês, a classe trabalhadora deve constituir novos aparelhos gerais – não necessariamente especiais – que, sob o controle das massas, constituem um aparelho de novo tipo:

[...] a burguesia ‘se organiza em classe dominante’ apenas desenvolvendo o aparelho de Estado. E que o proletariado ‘se organiza em classe dominante’ apenas fazendo surgir ao lado do aparelho de Estado e contra ele formas de prática e de organização políticas totalmente diferentes: portanto, de facto, substituindo-o não simplesmente por um outro aparelho, mas pelo conjunto doutro aparelho de Estado e mais outra coisa diferente de um aparelho de Estado. Na ditadura do proletariado, a repressão, que é inerente a todo o Estado (incluindo, como insiste Marx, toda a democracia), não é apenas nem principalmente exercida por um aparelho (repressivo) especializado (o que Lenine comenta falando do ‘fim do poder especial de repressão). Mas é também, cada vez mais, e principalmente, exercida por um poder ‘geral’: pelas massas organizadas de trabalhadores que o proletariado dirige⁴⁶.

A Comuna de Paris revelou que “a classe operária não pode simplesmente se apossar da máquina do Estado tal como ela se apresenta e dela servir-se para seus próprios fins”⁴⁷. Diferente da formulação contida no Manifesto do Partido Comunista⁴⁸, o que a luta travada pelo movimento operário internacional mostrou a Marx⁴⁹ e Engels⁵⁰, é que a condição fundamental de uma revolução comunista é a quebra da máquina estatal, não seu aperfeiçoamento⁵¹. Não pode o proletariado se apossar da maquinaria e dela fazer uso para os seus fins: “a ditadura do proletariado é a destruição do aparelho de Estado burguês, a construção de um aparelho de Estado de novo tipo”⁵².

A mudança na composição pessoal dos tribunais, na sua estrutura e nas competências jurisdicionais, preservando-se os quadros especializados, sem que a

⁴⁵ NAVES, Márcio. **Marxismo e Direito: um estudo sobre Pachukanis**. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 26.

⁴⁶ BALIBAR, Etienne. A Retificação do Manifesto Comunista. In: **Cinco estudos sobre o materialismo histórico**. vol.1 Lisboa: Presença/Martins Fontes, 1975, p. 152.

⁴⁷ MARX, Karl. **A guerra civil na França**. 1.ed. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: 2011a.p. 54.

⁴⁸ Sobre a retificação do Manifesto, conferir a já citada obra de Balibar (1975).

⁴⁹ Conferir a carta de Marx a Kugelman de 17 de abril de 1871 (MARX, 2011a, p. 209)

⁵⁰ Conferir a Introdução de Engels à Guerra Civil na França, assinado em 1891 (MARX, 2011a, pp. 187-197).

⁵¹ Nesse sentido, afirma Marx (2011b, p. 141): “Todas as revoluções somente aperfeiçoaram a máquina em vez de quebra-la”.

⁵² BALIBAR, Etienne. **Sobre la dictadura del proletariado**. Trad. Josefa Cordero. 1. ed. Espanha: Siglo XXI, 1977, p. 86, tradução nossa.

instituição em si fosse abolida e substituída por um aparelho de novo tipo – não necessariamente um aparelho de justiça especializado – reproduziram, “mesmo que de maneira modificada, o funcionamento do aparelho judiciário burguês”⁵³.

A defesa teórica de Stutchka sobre o sistema de justiça de classe no período de transição e sobre a legalidade revolucionária foram potencializados por Vychinski, que não apenas reconstituiu os aparelhos especializados (tribunais, promotorias, etc.)⁵⁴ como reintroduziu a normatividade como elemento central do direito, mais especificamente de um pretense direito socialista⁵⁵.

É o caso dramático, por exemplo, das procuradorias, que, pela Constituição de 1936, passaram a se sobrepor inclusive aos soviets, esvaziando os poderes dos órgãos locais de trabalhadores⁵⁶. A abolição dos “velhos” tribunais, carregada de esperança em 1917, daria lugar à reconstituição do tecido jurídico e ao fortalecimento das instâncias formais, conforme se consolidava o capitalismo de estado na URSS e a formação de uma nova burguesia.

À GUIA DE CONCLUSÃO: UM DIÁLOGO ENTRE TCHEKHOV E STUTCHKA

Diante de tudo o que foi dito, qual o diálogo possível entre Tchekhov e Stutchka? O conto *Crime Premeditado*, como visto, foi escrito numa conjuntura de profundas contradições, numa época em que o camponês pobre (mujiqe) se encontrava em absoluto esquecimento e vivendo num cenário de imensurável degradação social. Sob as reformas liberais do czarismo, a implementação dos tribunais e o aperfeiçoamento do sistema de justiça privilegiaram, no tocante à sua composição, os membros da burguesia e da nobreza. Esses elementos da conjuntura política, social e econômica russa são captados por Tchekhov em seu conto *Crime Premeditado* e narrados não de forma científica, mas artística.

⁵³ NAVES, 2008, p. 26.

⁵⁴ Conferir SOLOMON Jr, Peter (1996).

⁵⁵ Essa é inclusive a posição de Hans Kelsen (1957, pp. 181-184): “A teoria de Vychinski resulta em uma definição de direito positivo socialista soviético [...]. O ponto decisivo nas definições de Stutchka e Pachukanis é sua negação do caráter normativo do direito; e Vychinski insiste precisamente neste caráter normativo do direito”.

⁵⁶ “As procuradorias distritais e estaduais exercerão suas funções independentemente de qualquer órgão local e subordinadas apenas à Procuradoria Geral da URSS”, determinava o art. 117 da Constituição de 1936. Pelo art. 116, competia ao Procurador Geral da República confirmar a nomeação para as procuradorias locais. In: **Konstitutsiya Soyuzo Sovetskikh Sotsialisticheskikh Respublik** (1936). Disponível em: <http://www.hist.msu.ru/ER/Text/cnst1936.htm>. Acesso em: agosto de 2020.

Esses elementos gerais se expressam nas mais concretas e simples determinações, de modo que são assim revelados numa sala de audiência e vão desde a percepção que um mujique tem de outro mujique (o menosprezo recíproco entre Akinfov e Dienes) até a subserviência dedicada ao magistrado, que, além de ensino formal, caracterizava-se por ser proprietário e membro da burguesia, aumentando a distância social entre juiz e acusado. A posição de classe, elemento fundamental da noção de poder, reforçava o tratamento do juiz aos mujiques. O tribunal, nesse sentido e enquanto aparelho especializado, era o tribunal da burguesia para opressão dos camponeses e demais trabalhadores. Daí a atmosfera completamente repressiva do conto de Tchekhov.

A pequenez na descrição que o narrador faz de Dienes no início do conto é reveladora porque expõe a própria pequenez dos mujiques frente a um sistema social do qual, como afirma Aarão Reis (1983), eles eram as principais vítimas. Essa situação funciona como substrato material e permite vislumbrar o tamanho da significação contida no ato dos bolcheviques ao promulgarem um decreto que extinguiu os tribunais czaristas, duas décadas depois.

O Decreto nº.1 trazia consigo a esperança de que os esquecidos, as vítimas, fizessem história. O “patrão-general” a que se refere Dienes e que daria uma lição nos juízes ressoou anos depois nos bolcheviques, que assumiram para si essa função e de fato, antes de se transformarem em instrumento da burguesia⁵⁷, deram início ao desmantelamento do capitalismo na Rússia e, parcialmente, dos aparelhos de Estado.

Nesse ponto é que surge a possibilidade de articular o conto de Tchekhov com Stutchka. Isso porque a construção teórica elaborada por Stutchka, num primeiro momento, mostra-se como a alternativa para que “injustiças” como aquelas cometidas pelo guarda e pelo magistrado contra Dienes não mais fossem praticadas. Imaginem se Dienes fosse julgado por um mujique de sua região, consciente das mesmas contradições que afetavam o acusado e conhecedor de que ali existia a prática de se pescar com porcas desatarraxadas da estrada de ferro. Qual teria sido o desfecho do julgamento? Imaginem ainda a possibilidade de Dienes ser tratado em pé de igualdade com o magistrado.

Pois bem, não há que ir tão longe com a imaginação. Tal cenário foi possibilitado pela revolução bolchevique, pelo menos inicialmente. Esse é o sentido que Stutchka

⁵⁷ Segundo essa concepção, “o Partido Bolchevique foi o instrumento do estabelecimento do poder proletário, vindo, porém, a se tornar o instrumento político da ditadura da burguesia estatal” (FABRÈGUES, 1977/1978, p. 53). Conferir também: BETTELHEIM, Charles; MACCIO, Marco. **China e U.R.S.S.: dois ‘modelos’ de industrialização**. Trad. Alberto Saraiva. 2.ed. Portugal: Portucalense Editora, 1971.

atribui à sua formulação quando defende, com inebriante esperança, que a composição dos tribunais se dê por meio de eleições de quadros advindos da classe trabalhadora. Tchekhov, um desiludido da ação política, certamente teria ficado estarrecido com as possibilidades abertas em outubro de 1917, assim como muitos de nossos antepassados ficaram.

Ao mesmo tempo, a literatura de Tchekhov e a teoria jurídica de Stutchka abrem as portas para discutir dois outros temas de importante relevância. O primeiro, a natureza do direito e dos aparelhos de Estado, a partir de um vasto referencial crítico e também de uma experiência histórica, a URSS. O segundo diz respeito, por exemplo, à urgente crítica do aparelho de justiça brasileiro, cuja administração está nas mãos de uma elite que compartilha de redes familiares e capitais simbólicos compartilhados por um círculo muito restrito de pessoas, alguns mantidos desde os primórdios da Primeira República⁵⁸.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Frederico. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. Tese de Doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Ciência Política. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Universidade de São Paulo, 2010. Acesso em: novembro de 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/publico/2010_FredericoNormanhaRibeirodeAlmeida.pdf.
- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: 2015.
- BALIBAR, Etienne. A Retificação do Manifesto Comunista. In: **Cinco estudos sobre o materialismo histórico**. vol.1 Lisboa: Presença/Martins Fontes, 1975.
- _____. **Sobre la dictadura del proletariado**. Trad. Josefa Cordero. 1. ed. Espanha: Siglo XXI, 1977
- CASSON, Richard. **Evolution of the judicial system in 19th century Imperial Russia**. Maine: Senior Scholar Papers, 1960.
- CERRONI, Umberto. **O Pensamento Jurídico Soviético**. Trad. Maria de Lourdes Sá Nogueira. 1. ed. Biblioteca Universitária, 1976.
- ENGELS, F; KAUTSKY, K. **O socialismo jurídico**. 2.ed. Trad. Lícia Cotrim e Márcio B. Naves. São Paulo: Boitempo, 2012.
- FERREIRA, Adriano de Assis. **Questões de classe: direito, Estado e capitalismo em Menger, Stutchka e Pachukanis**. 1.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2009.
- GUASTINI, Riccardo. La teoria generale del diritto in URSS. Dalla coscienza giuridica rivoluzionaria alla legalità socialista. In: **Materiali per una storia della cultura giuridica**. Genova: società editrice il mulino, 1971.
- GULLAND, Robin; DEJEVSKY, Nikolai. **Rússia e a antiga União Soviética**. 1. ed. São Paulo: Folio, 2007.

⁵⁸ ALMEIDA, Frederico. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. Tese de Doutorado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Ciência Política. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Universidade de São Paulo, 2010, 329 p.

KARAM, Henriete. **Questões teóricas e metodológicas do direito na literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto Suje-se gordo!**, de Machado de Assis. Revista Direito GV, São Paulo, v. 13 n. 3, pp. 827-865, Set-Dez 2017.

KELSEN, Hans. **Teoría Comunista del Derecho y del Estado**. 1. ed. Buenos Aires: Emecé Editores, 1957.

Konstitutsiya Soyuzs Sovetskikh Sotsialisticheskikh Respublik (1936). Disponível em: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1936.htm>. Acesso em: agosto de 2020.

KOSIK, Karel. **Dialética do Concreto**. Trad. Célia Neves. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

KUCHEROV, Samuel, Courts, **Lawyers & Trials under the Last Three Tsars**. New York: Frederick A. Praeger, 1953, p. 21 *apud* CASSON, 1960.

MANGINI, Fernanda; MIOTO, Regina. A interdisciplinaridade na sua interface com o mundo do trabalho. In: **Rev. Katál**. Florianópolis v. 12 n. 2 p. 207-215 jul./dez. 2009.

MARX, Karl. **A guerra civil na França**. 1.ed. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: 2011a. _____ . **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. 1.ed. Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011b.

NAVES, Márcio. Marxismo e capitalismo de Estado. **Crítica Marxista**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 71-74, 1994. _____ . **Marxismo e Direito: um estudo sobre Pachukanis**. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

PEREZ, Olivia. O Que é Interdisciplinaridade? Definições mais comuns em Artigos Científicos Brasileiros. In: **Interseções** [Rio de Janeiro] v. 20 n. 2, p. 454-472, dez. 2018.

REIS, Aarão. **Rússia: 1917-1921: anos vermelhos**. 1.ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

SEGRILLO, Angelo. **Os Russos**. 1.ed. São Paulo: Contexto, 2015.

SOARES, Moisés; PAZELLO, Ricardo. Direito e marxismo: entre o antinormativo e o insurgente. In: **Revista Direito e Práxis**, vol. 5, n. 9, 2014, pp.475-500.

SOLOMON Jr, Peter. **Soviet criminal justice under Stalin**. 1. ed. EUA: Cambridge University Press, 1996.

STUTCHKA, Piotr. **Direito e luta de classes: teoria geral do direito**. 1. ed. São Paulo: Acadêmica, 1988. _____ . **Direito de classe e revolução socialista**. 3. Ed. Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2009.

TCHEKHOV, Anton. Crime Premeditado. In: **A dama do cachorrinho e outros contos**. Trad. Boris Schnaiderman. 6. ed. São Paulo: Editora 34, 2014.

VÁZQUEZ, Adolfo. **As ideias estéticas de Marx**. 1. ed. Rio de Janeiro: 1968. _____ . **Ensayos marxistas sobre filosofía e ideología**. s/d, México: s/d, 1975.

VYCHINSKI, Andrei. Osnovnyye zadachi nauki sovetkogo sotsialisticheskogo prava. In. **Sovetskoye Gosudarstvo**, nº. 4 de 1938, pp. 4-55. Disponível em: <https://naukaprava.ru/catalog/435/936/545330/38719?view=1>. Acesso em: junho de 2020.

ENSINO DOMICILIAR E A POSSIBILIDADE DE ROMPIMENTO DO DOMÍNIO ESTATAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO

HOMESHCOOLING AND THE POSSIBILITY OF BREAKING THE STATE DOMAIN OF THE RIGHT TO EDUCATION

Arthur José Pavan Torres¹

Paulo Henrique B. Tutiya²

Resumo: O presente trabalho analisa a possibilidade do ensino domiciliar (ou *homeschooling*) ser autorizado no sistema educacional de nosso país. Para tanto, tomou como referencial a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que reconheceu a possibilidade de realização da modalidade de ensino domiciliar (*homeschooling*) no Brasil, desde que haja legislação infraconstitucional que regulamente tal direito e os seus efeitos social e político, em virtude do rompimento do paradigma do monopólio estatal, exclusivo à oferta da educação em escolas públicas (direito de todos) ou privadas, desde que autorizadas pelo Estado. Sendo assim, o estado da arte da temática que trata o presente artigo, gira em torno dos Projetos de Lei que visam regulamentar o ensino domiciliar no país e o debate educacional acerca do assunto. Para tanto esta pesquisa será pautada na análise do Recurso Extraordinário nº 888.815-RS, do STF, estudos precedentes a esta decisão, analisadas em artigos científicos publicados no Brasil e no exterior referente, bem como estudo de artigos com a temática da legalização do ensino domiciliar numa abordagem multidisciplinar entre o direito, a pedagogia e a ciência política.

Palavras-Chave: *Homeschooling*; Direito à Educação; Domínio Estatal; Efeitos Pedagógicos.

Abstract: The present academic paper analyzes the possibility of homeschooling being authorized in the educational system of Brazil. To do this, was analysed the decision of the supreme federal court (supremo tribunal federal do Brasil) (extraordinary appeal nº. 888.815-rs), that recognized the possibility of homeschooling in Brazil, as soon as exist a infraconstitutional legislation that regulates this right and the social and political effects, due to the breaking of the state domain of the right to do the provision of education in public or private schools. Therefore, the state of the art of the subject that is dealt in this article embraces project law that aim to regulate homeschooling in the country and the educational debate on this subject. For this purpose, this research will be guided by the analysis of the extraordinary appeal mentioned, of the Brazil supreme federal court (STF), preceding studies of this decision liked in articles and published in Brazil and abroad, about the theme of the legalization of home education, aiming in a multidisciplinary approach between law and pedagogy.

Keywords: Homeschooling; Educational Law; State Domain; Pedagogical Effects.

1. INTRODUÇÃO

¹ Mestre em Direito na Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMPSP) e em Processo e Direito Civil pela Universidade Salesiano, Executivo Público, no Conselho Estadual de Educação de São Paulo. E-mail: jussolis@yahoo.com.br

² Advogado formado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Graduando de Pedagogia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) E-mail: paulohbtutiya@gmail.com

O ensino domiciliar (*homeschooling*) está entre os principais temas em discussão na atualidade, principalmente na área de educação de nosso país, bem como pela recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 888.815-RS, e, também, pelo próprio contexto da pandemia da COVID-19, que levou as crianças e adolescentes, forçosamente a permanecerem em casa.

Neste sentido a decisão do STF, reconheceu a possibilidade de realização do ensino domiciliar (*homeschooling*) no Brasil, desde que haja legislação infraconstitucional que regulamente tal direito e os efeitos sociais e políticos, em virtude do rompimento do paradigma do monopólio estatal exclusivo a oferta da educação em escolas públicas (direito de todos) ou privadas, numa clara atitude abstencionista do Estado.

Neste trabalho serão analisados os seguintes aspectos do ensino domiciliar: precedentes do ensino domiciliar no Brasil; o que a pedagogia diz sobre esta temática; andamento do Projeto de Lei; e o rompimento do paradigma do domínio estatal da oferta da educação.

2. MÉTODO

O artigo foi desenvolvido a partir da leitura de artigos científicos nacionais e internacionais, diretamente relacionados ao ensino domiciliar (*homeschooling*) escritos tanto na área do direito, bem como na área da educação, cotejando-os com a análise da decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 888.815-RS.

3. BREVES PRECEDENTES HISTÓRICOS DO ENSINO DOMICILIAR E FORMAL NO BRASIL

É fácil perceber que o ensino domiciliar no Brasil não é uma questão nova, uma vez que esta prática é realizada há muito anos, desde a colonização deste país.

Deste modo, é importante fazer uma breve explanação a respeito da instrução formal e domiciliar no decorrer da história brasileira, para melhor compreendermos como chegamos até a prática do ensino domiciliar na atualidade.

Podemos iniciar a nossa trajetória pelo período jesuítico (1549-1759), que foi largamente marcado pela atuação dos Jesuítas como socializadores e educadores da população. Neste período a educação formal consistia basicamente em uma espécie de “casa de meninos”,

que tinham por objetivo ensinar a ler e escrever (ou somente ensinar o português oral) a filhos de colonos, índios e mamelucos.³

Com o passar do tempo, os Jesuítas começaram a fundar colégios nas principais Vilas do Brasil, com o incentivo do dízimo⁴.

Após o período jesuítico, inicia-se o período pombalino (1760-1822), que em decorrência da ascensão do Marquês de Pombal como secretário de estado do reino de Dom José I, é estabelecida a retirada do controle educacional centralizado pela igreja (pelos Jesuítas) e passa-se este controle então para a Metrópole.

Durante este período, o maior foco era o ensino da gramática da língua portuguesa, com a proibição da fala do Tupi e um viés voltado para a autoridade real, civil e laica. Porém, além das mudanças supramencionadas, não houve nenhum avanço significativo na educação brasileira até 1808, ou seja, não houve nenhum avanço até a chegada da Família Real Portuguesa no Brasil, no que diz respeito à educação.

O governo que se organizou depois do processo de independência do Brasil tinha alguns traços de liberalismo, como uma grande influência europeia no pensamento e na forma de compreender o sistema educacional. Deste modo o Governo Imperial não tratava da Educação popular como dever estatal, deixando essa iniciativa aos particulares. Ou seja, neste período a educação doméstica era realizada pelos nobres, ricos comerciantes, altos funcionários e a elite de uma forma geral. As aulas eram dadas por professores particulares, que se dirigiam às casas de seus alunos para ensiná-los.

Apenas a partir do século XIX, com o Estado Imperial mais forte e com políticas mais centralizadoras é que surgiram as iniciativas governamentais de escolarização e deslegitimação da educação dada em casa. Só aí que foi criado um Sistema Nacional de Ensino e o ensino secundário.

Porém deve-se ressaltar que mesmo neste período, o ensino domiciliar existia paralelamente ao ensino escolar estatal.

Com a Proclamação da República, no ano de 1889, as forças políticas movimentaram-se para controlar as instituições educativas, impondo, de forma definitiva, a forma escolar

³ WADDINGTON, Ana Carolina Figueiredo. **Constitucionalidade da Educação Domiciliar - Homeschooling - no Brasil**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29543/ANA%20CAROLINA%20FIGUEIREDO%20WADDINGTON.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11/11/2020. p. 3.

⁴ O tributo que os fiéis pagavam à Igreja como obrigação religiosa.

formal (ou seja, dentro das instituições de ensino e não em casa) como mais adequada e eficaz para ministrar a instrução.⁵

Porém com a Revolução de 1930, iniciou o que chamamos de Era Vargas, momento também influenciado pelos defensores da Escola Nova⁶, onde a escola era de dever público, devia ser leiga, gratuita, obrigatória, centralizada, ter autonomia técnica, administrativa e financeira.

Porém, com o início do Estado Novo, em 1937, a educação escolar passou a ser vista mais como um instrumento de controle social, que servia aos fins daquele regime. A matriz ideológica que passou a guiar as escolhas pedagógicas tinha como característica centralização, autoritarismo, nacionalismo e visava a modernização.

Apenas com a redemocratização de 1946 e o início da República Nova (1945-1964) é possível observar certas mudanças de caráter populista e da suposta busca de "democratização do ensino", diminuindo a separação das escolas de elite e dos trabalhadores.

Vale ressaltar que, no período do regime militar (1964-1985) o sistema educacional tinha como objetivo o investimento do "capital humano". O escopo, nesse período, era do investimento para o desenvolvimento econômico do país.⁷

Também, é importante mencionar que os anos de 1980 e 1990 são considerados como "décadas perdidas economicamente", o que trouxe uma perda de oportunidades educacionais, queda no poder da escolarização da população, queda da frequência e permanência escolar elementar.

Apesar disso foi promulgada a constituição federal de 1988, consagrando inúmeros direitos e garantias sociais relacionadas à educação.

Porém, ainda há muitas questões a serem debatidas sobre o ensino.

4. ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 888.815-RS, DO STF

⁵ WADDINGTON, Ana Carolina Figueiredo. **Constitucionalidade da Educação Domiciliar - Homeschooling - no Brasil**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29543/ANA%20CAROLINA%20FIGUEIREDO%20WADDINGTON.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11/11/2020. p. 4.

⁶ Movimento pedagógico progressista que nasceu na Europa. No Brasil, alguns dos principais nomes eram Anísio Teixeira, Fernando de Azevedo e Lourenço Filho.

⁷ WADDINGTON, Ana Carolina Figueiredo. **Constitucionalidade da Educação Domiciliar - Homeschooling - no Brasil**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29543/ANA%20CAROLINA%20FIGUEIREDO%20WADDINGTON.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11/11/2020. p. 8.

Em 12 de dezembro de 2018, o STF julgou o Recurso Extraordinário nº 888.815-RS, sendo fixada a tese TEMA 822: “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”, portanto atualmente não se permite no Brasil que nenhuma criança ou adolescente em idade de educação obrigatória seja educada fora do ambiente escolar (institucionalização do ensino).

Ao final, a decisão negou provimento ao recurso extraordinário, sendo vencido o Ministro Roberto Barroso (Relator) e, em parte, o Ministro Edson Fachin. Coube ao Ministro Alexandre de Moraes, a redação do acórdão.

Em resumo, a questão apresentada ao STF, dizia respeito à possibilidade da família educar seus filhos em seu domicílio, sem necessidade de matrícula em estabelecimento de ensino oficial (público ou privado).

No cerne do recurso estava a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), conferindo-lhes uma interpretação mais restritiva e, conseqüentemente, inconstitucional, quanto a possibilidade dos pais ou responsáveis fornecerem o ensino domiciliar aos seus filhos.

Segundo entendimento extraído da redação do acórdão feita pelo Ministro Alexandre de Moraes a “análise conjunta dos arts. 226, 227 e 229 da Constituição, que tratam da parte de família, criança, adolescente e do jovem, colocando-os como principais sujeitos de direito, com os arts. 205, 206 e 208, que disciplinam a questão educacional, leva à conclusão de que não há vedação absoluta ao “ensino domiciliar” no Brasil.

Havendo restrição (inconstitucionalidade) ao ensino domiciliar naquelas espécies conhecidas como *unschooling radical* (desescolarização radical), *unschooling moderado* (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações, pois entende-se que a natureza delas nega a possibilidade, daquilo que o Ministro Alexandre de Moraes denominou de **participação estatal solidária**, vez que não se comprometem com a escolarização baseada em um núcleo básico de fiscalização e avaliações.

Na ementa do acórdão estão elencadas as condições para o estabelecimento do ensino domiciliar, quais sejam: criação de regras em lei federal, editada pelo Congresso Nacional; modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, que cumpra a obrigatoriedade do ensino dos 4 aos 17 anos, em respeito ao dever solidário Família / Estado; respeito ao núcleo básico de componentes curriculares; estabelecimento de supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público, bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto

constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; a prevenção à evasão escolar; e a garantia de socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária, nos termos do contido no artigo 227 da Constituição Federal.

Ou seja, a lei que pretende autorizar o ensino domiciliar no Brasil deverá considerar estes elementos como referenciais constitucionais.

5. O QUE PEDAGOGIA DIZ SOBRE ESTA TEMÁTICA

A prática do ensino domiciliar, na atualidade brasileira, vem trazendo muitas polêmicas, tanto do ponto de vista pedagógico, quanto do ponto de vista jurídico. Neste momento, cabe-nos trazer algumas reflexões do ponto de vista pedagógico.

A primeira reflexão a ser feita neste momento é quanto a entender os motivos que levam os pais a optarem pelo ensino domiciliar.

Podemos deduzir que, muitas vezes, esses pais estão descontentes com a qualidade do ensino ofertado pelas redes de ensino públicas ou privadas. Outras vezes, esses pais podem estar descontentes com a violência enfrentada por seus filhos no ambiente escolar (violência física, moral, bullying etc.). Ou então, existe um cunho religioso que faz com que os pais entendam que a frequência à escola os prejudica de alguma forma.

Independente de qual motivo que faz pais tirarem os seus filhos das escolas ou dos ambientes escolares e os levam para dentro de suas casas, para eles mesmos ensinarem ou realizem aulas particulares com professores especialistas, além de não regulamentado no Brasil, geram muitas polêmicas sobre a questão da efetividade desta modalidade e das consequências de sociabilidade para criança, entre outras.

Deste modo, tentaremos trazer pontos positivos e negativos argumentados em artigos acadêmicos em diversas revistas e instituições de ensino e pesquisa.

Para Ana Cláudia Ferreira Rosa e Arlete Maria Monte de Camargo, as pessoas adeptas ao *homeschooling* criticam a escola, a formação de professores e o trabalho docente, uma vez que a instituição não é capaz de cumprir, em muitas vezes, suas funções.⁸

⁸ ROSA, Ana Cláudia Ferreira Rosa; CAMARGO, Arlete Maria Monte de. Homeschooling: O Reverso da Escolarização e da Profissionalização Docente no Brasil, **Revista Práxis Educativa**, Ponta Grossa, v. 15, e2014818, 2020. Disponível em: <<https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/14818/209209212976>>. Acesso em: 11/11/2020. p. 16.

Porém, a regulamentação deste tipo de prática importa em mais esforços ao estado para fiscalizar, acompanhar e avaliar as condições do ensino desenvolvido ao aluno que opta pelo *homeschooling*, sobrecarregando mais ainda o sistema.

Outrossim, as autoras salientam que a escola é um espaço de contradições, críticas, de desconstruções e de produções diversas. Sendo que o aluno que está inserido em um espaço com essas características vem a se desenvolver de forma mais completa e eficaz, uma vez que diariamente convive com as diversidades. A escola não é apenas um ambiente de mero ensino de conteúdos.⁹

Por conseguinte, entendem que o Estado e a Família cumprem juntos um papel mais colaborativo do que concorrente, sendo fundamental a presença das crianças no ambiente escolar, de forma que a família considere o ambiente social como parâmetro para o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, bem como a formação especializada dos docentes e profissionais envolvidos.

Já para Vera Lúcia Lins Sant'Anna o *homeschooling* surgiu como alternativa para o modelo engessado em que se tornou educação moderna.¹⁰

A autora supramencionada também salienta que apesar do nome ser "educação domiciliar" não quer dizer que, necessariamente, todos os pais desejam ensinar os filhos, transmitindo eles próprios os ensinamentos, mas sim buscando ajuda de professores particulares.

Afirma ainda que o surgimento do ensino domiciliar "moderno" tem origem e movimentos culturais na década de 60 nos Estados Unidos da América e que o ensino domiciliar há dois tipos: (i) o *homeschooling* e o (ii) *unschooling*, já mencionado neste artigo.

Segundo Vera Lúcia Lins Sant'anna, o *homeschooling* dá mais liberdade de teste e facilidade de mudança na forma como se aborda a educação da criança. Isso obriga aos pais mais responsabilidade, bem como, oportunidades de estarem mais próximos do que se passa na educação de seus filhos, pois como eles estão no comando terão que assumir as

⁹ ROSA, Ana Claudia Ferreira Rosa; CAMARGO, Arlete Maria Monte de. Homeschooling: O Reverso da Escolarização e da Profissionalização Docente no Brasil, **Revista Práxis Educativa**, Ponta Grossa, v. 15, e2014818, 2020. Disponível em: < <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/14818/209209212976> >. Acesso em: 11/11/2020. p. 16.

¹⁰ SANT'ANNA, Vera Lúcia Lins. Funcionamento da Educação Domiciliar (Homeschooling): Análise de sua situação no Brasil. **Pedagogia em Ação**, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, 2015. Disponível em: < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/pedagogiacao/article/view/11025> >. Acesso em: 11/11/2020. n.p.

responsabilidades pelos filhos, e acabam por se empenhar mais para que seus filhos saibam mais.¹¹

Por fim, para esta autora, o ensino domiciliar possibilita entender que o conhecimento está em toda parte, já que todos os momentos de nossa vida podem ser momentos de aprendizagem.

6. O PROJETO DE LEI Nº 3.179/2012

A discussão sobre o ensino domiciliar, está ocorrendo bem antes do STF ter decidido não ser inconstitucional esta modalidade, mais precisamente com a propositura do Projeto de Lei nº 3.179, que tramita pela Câmara dos Deputados desde 2012. Outros projetos tramitaram na Câmara dos Deputados, porém nenhum deles prosperou.

O objetivo do Projeto de Lei nº 3.179 é acrescentar ao artigo 23 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDBEN), o § 3º, com a seguinte proposta de redação:

Art. 23.

[...]

§ 3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais.” (BRASIL, 2020)

Ao Projeto de Lei nº 3.179/2012 foram pensados mais sete outros projetos, listados a seguir: (i) PL 3.261/2015, visa alterar dispositivos da LDBEN e do ECA para autorizar o ensino domiciliar; (ii) PL nº 10.185/2018, muito parecido com o projeto anterior visa alterar dispositivos da LDBEN e do ECA para autorizar o ensino domiciliar; (iii) PL nº 3.159/2019, propõe que a educação domiciliar não poderá substituir a frequência obrigatória à escola; (iv) PL nº 2.401/2019 (de autoria do Poder Executivo), permite o exercício do direito à educação domiciliar criando procedimentos educacionais para tanto; (v) PL nº 5.852/2019, autoriza a contratação de tutores autônomos para a educação básica no lar; (vi) PL nº 3.262/2019, proposta de inclusão de uma excludente de ilicitude ao crime de abandono intelectual; e, por fim, (vii) PL 6188/2019, possibilidade de alunos com deficiência serem educados pelos pais no lar, quando o educando tiver muita dificuldade do acompanhamento regular do ensino.

Ao Projeto de Lei nº 3.179/2012 foi dada a justificativa de que não haveria impedimento para a oferta do ensino domiciliar, desde que assegurada a sua qualidade e o devido

¹¹ Idem. n.p.

acompanhamento pelo Poder Público certificador, garantindo-se a família a liberdade desta escolha.

Em abril de 2019, foi criada na Câmara dos Deputados a Frente Parlamentar¹² em Defesa do *Homeschooling* (ensino domiciliar), com o objetivo de assegurar o direito dos pais de educar os seus filhos e aumentar a qualidade do aprendizado com a individualização do ensino. Em setembro de 2020, ela promoveu simpósio *online* sobre ensino domiciliar com o tema “Por que aprovar o ensino domiciliar agora?”¹³.

Atualmente, o Projeto de Lei nº 3.179/2012, aguarda os Pareceres das Comissões de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), de Seguridade Social e Família (CSSF), de Educação (CE), Comissão de Finanças e Tributação (CFT) e de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), lembrando que os pareceres emitidos por estas duas últimas têm caráter terminativo, ou seja, podem barrar o envio do projeto para discussão no Plenário da Câmara dos Deputados.

7. ROMPIMENTO DO PARADIGMA DO DOMÍNIO ESTATAL

Quando o STF decidiu pela possibilidade de ensino domiciliar em nosso país, permitiu que houvesse a discussão desta forma de escolarização, tirando do Estado a exclusividade para ofertar diretamente a educação ou autorizar que particulares possam ofertar a educação.

Neste ponto o Poder Judiciário (STF) não usurpou a competência do Poder Legislativo.

No ano passado de 2019 o Poder Executivo Federal tentou editar uma medida provisória (MP) para regular o ensino domiciliar, oriunda do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, porém voltou atrás na proposta e encaminhou PL nº 2.401/2019 (de autoria do Poder Executivo).

Com isso, abriu espaço para que o Poder Legislativo (como *locus* republicano de debate e deliberação públicos por excelência, dada a forte implicância política do tema) possa promover norma que permita a coexistência do ensino domiciliar com o ensino institucional, desde que meios de aferição da frequência escolar e outras variáveis do padrão pedagógico de ensino fossem autorizados pelo Poder Legislativo.

O ensino domiciliar somente será válido se houver criação e regulamentação pelo Congresso Nacional, por meio de lei federal.

¹² Frente parlamentar é uma associação de deputados de vários partidos para debater um assunto determinado. Para ser criada, a frente deve registrar um requerimento com o apoio de pelo menos 1/3 de membros do Poder Legislativo.

¹³ <https://www.camara.leg.br/noticias/694221-frente-parlamentar-promove-simposio-sobre-a-regulamentacao-do-ensino-domiciliar/>

Caso aprove-se tal norma, nosso país voltará a permitir o ensino domiciliar como menciona Cury ao escrever que:

A Constituição outorgada pela ditadura de 1937 dispunha, em seu art. 125, que “a educação integral da prole é o primeiro dever e direito natural dos pais” Esse argumento de “direito natural”, que remonta ao jusnaturalismo medieval, é ainda invocado por vários adeptos da *homeschooling*.

A Constituição de 1946 dispunha, no art. 166, que “a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola”.¹⁴

A criação dessa modalidade de ensino não é uma obrigação congressual, mas sim uma opção válida constitucionalmente na citada modalidade utilitarista, desde que siga todos os princípios e preceitos que a Constituição estabelece de forma obrigatória para o ensino público ou para o ensino privado.

Desta forma estaríamos retornando a uma prática aceita em nosso país, nestas épocas.

Lembrando que até aquele momento não havia obrigatoriedade do Estado em fornecer educação para todos, como ocorre no modelo Constitucional vigente, de 1988, que impõe a educação básica obrigatória dos 4 aos 17 anos de idade.

Não havia também o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940) que impõe o crime de abandono intelectual, no seu artigo 246, que determina: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”; ou mesmo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8069/90, a determinar em seu artigo 55 que: “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”, ou seja, estas fontes normativas devem ser consideradas no momento de elaboração de norma autorizativa do ensino domiciliar.

Por outro lado, o atual modelo Constitucional impôs ao direito à educação um papel fundamental para a:

(...) difusão e a promoção dos princípios republicano e democrático, como fundamentos do Estado brasileiro, são o conteúdo político nuclear do direito à educação. De fato, se a educação responde, antes de qualquer coisa, a necessidades sociais, sejam elas individuais ou coletivas (CF BR, art. 205), o seu conceito, no Estado Democrático de Direito, não pode ser desvinculado dos objetivos fundamentais da República (CF BR, 1988, art.3.º). O que significa dizer que, na sistemática da Constituição de 1988, o pleno desenvolvimento da personalidade humana de nenhum modo pode ser desligado da participação na vida da coletividade e no espaço público.¹⁵

¹⁴ CURY, CARLOS ROBERTO JAMIL. Homeschooling ou Educação no Lar. **Educação em Revista**, Belo Horizonte, Volume 35, Jul. 2019. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982019000100302&tlng=pt > Acesso em: 12/12/2020. p. 3.

¹⁵ RANIEIRI, Nina Beatriz Stocco. O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal. **Pro-Posições**, Campinas, Volume 28, nº 2, Maio/Ago. 2017. < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072017000200141&lang=pt >. Acesso em: 12/12/2020. p. 144.

Portanto, a educação no contexto político social do Brasil é direito fundamental chave para o desenvolvimento da sociedade e, assim, “do ponto de vista jurídico, portanto, a educação é um problema político; um problema que diz respeito à tomada de decisões coletivas, à legitimação e ao exercício do poder nas sociedades contemporâneas.”¹⁶

A possibilidade de autorização do ensino domiciliar em nosso país, traz baila o debate acerca da dicotomia entre direito privado e direito público¹⁷, na medida em que o primeiro representado pela família pretende transmitir os conhecimentos às crianças e adolescentes, no âmbito do lar, enquanto o Estado, representando o segundo, tem a missão Constitucional de oferecer a educação obrigatória institucionalizada.

Por isso, a discussão sobre o ensino domiciliar deve se concentrar na participação mais ampla possível da sociedade, a fim de discutir esta modalidade de educação em nosso país, rompendo, assim, o paradigma do papel do Estado, como fomentador da educação obrigatória. Expressando-se a vontade da sociedade, por meio de lei concebida dentro do Poder Legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como analisado anteriormente, o STF não decretou a inconstitucionalidade do ensino domiciliar, mas sim reconheceu a impossibilidade de coexistência do ensino domiciliar, neste momento, em virtude da falta de norma reguladora no atual ordenamento jurídico. Com isso, evitou emitir decisão que pudesse induzir ao denominado “ativismo judicial”, tão criticado pela ciência do direito.

Portanto, caso seja aprovada norma infraconstitucional que autorize esta modalidade de ensino formal e apresente regras de controle por parte do Estado, por meio de supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios dos Sistemas de Ensino, será possível haver o ensino domiciliar em nosso país.

Desta forma, o STF, ao reconhecer a vontade popular, convertida em lei criada pelo Congresso Nacional (Poder Legislativa), afirma que é possível e estará consignado o rompimento do paradigma do domínio estatal na formação das crianças e adolescentes em estabelecimentos de ensino públicos ou privado (modalidade institucional), abrindo-se espaço para o ensino domiciliar (modalidade não institucional).

¹⁶ Idem. p. 145.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Fragmentos de um dicionário político.** 23ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2020. p. 22-23.

Com isso, a discussão sai do campo do direito e vai em direção a arena pública, em que a sociedade irá discutir acerca da oportunidade e necessidade desta mudança no sistema educacional do nosso Brasil. Oportunidade, esta, que será possível que a sociedade civil e os especialistas sejam ouvidos e apresentem informações e dados acerca das implicações desta modalidade de ensino.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Fragmentos de um dicionário político.** 23ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2020. p. 22-23.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 12/12/2020.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm > Acesso em: 12/12/2020.
- BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Diretrizes e Bases da Educação Nacional. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm >. Acesso em: 12/12/2020.
- CURY, CARLOS ROBERTO JAMIL. Homeschooling ou Educação no Lar. **Educação em Revista**, Belo Horizonte, Volume 35, p. 1-8, Jul. 2019. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982019000100302&tlng=pt > Acesso em: 12/12/2020.
- RANIEIRI, Nina Beatriz Stocco. O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal. **Pro-Posições**, Campinas, Volume 28, nº 2, p. 141 – 171, Maio/Ago. 2017. < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072017000200141&lang=pt >. Acesso em: 12/12/2020.
- ROSA, Ana Claudia Ferreira Rosa; CAMARGO, Arlete Maria Monte de. Homeschooling: O Reverso da Escolarização e da Profissionalização Docente no Brasil, **Revista Práxis Educativa**, Ponta Grossa, v. 15, e2014818, p. 1-21, 2020. Disponível em: < <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/14818/209209212976> >. Acesso em: 11/11/2020.
- SANT'ANNA, Vera Lúcia Lins. Funcionamento da Educação Domiciliar (Homeschooling): Análise de sua situação no Brasil. **Pedagogia em Ação**, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 96-119, 2015. Disponível em: < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/pedagogiacao/article/view/11025> >. Acesso em: 11/11/2020.
- WADDINGTON, Ana Carolina Figueiredo. **Constitucionalidade da Educação Domiciliar - Homeschooling - no Brasil.** 2019. 53 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29543/ANA%20CAROLINA%20FIGUEIREDO%20WADDINGTON.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em 11/11/2020.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS “ROLEZINHOS” E A INSUFICIÊNCIA DAS SOLUÇÕES DADAS PELO PODER JUDICIÁRIO: UMA ABORDAGEM COM FUNDAMENTO EM ESTUDOS SOBRE O PLURALISMO JURÍDICO

THE JUDICIALIZATION OF “ROLEZINHOS” AND THE INSUFFICIENCY OF SOLUTIONS GIVEN BY JUDICIAL POWER: AN APPROACH BASED ON STUDIES ON LEGAL PLURALISM

Maria Elisa Cesar Novais¹

Resumo: O presente trabalho tem por escopo uma análise crítica do fenômeno social judicializado entre os anos de 2013 e 2014 denominado “rolezinhos”, definido como encontros de grandes números de jovens da periferia em *shopping centers* e combinados por meio de redes sociais. A análise, desenvolvida sob o método descritivo-analítico, vale-se de aportes dos estudos sociológicos e antropológicos sobre o pluralismo jurídico. Apresentando, inicialmente, um levantamento de dados extraídos do Tribunal de Justiça de São Paulo, observa-se que a questão levada ao judiciário evidenciou discriminações de toda ordem, violadoras de direitos humanos, praticadas por todos os atores habituados a atuar nessa arena. Entendendo-se que o judiciário também é arena legítima para enfrentamento dessas questões e reconhecendo a insuficiência da solução dada, incapaz de trazer à tona conflitos sociais subjacentes e garantir o efetivo acesso à justiça de todos os envolvidos, buscam-se nos estudos sobre o pluralismo jurídico ferramentas para a melhor compreensão do tratamento do tema e dos conflitos que antecedem e que se seguiram com a judicialização do conflito. Nesse contexto, são apresentadas a teoria da polissistemia simultânea e aportes sobre o conceito de juridicidade, a sua abrangência e a sua distinção em relação ao direito, capazes de contribuir com elementos inovadores no tratamento de conflitos de alta complexidade, descentrando o direito positivo, de modo a construir reconciliações ao invés de mera atribuição de condenações.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Pluralismo Jurídico; Conflitos Sociais; Judiciário.

Abstract: This article aims at a critical analysis of the judicialized social phenomenon between the years 2013 and 2014 called “*rolezinhos*”, defined as meetings of large numbers of suburban youth in shopping centers and scheduled through social networks. The analysis, developed under the descriptive-analytical method, draws on contributions from sociological and anthropological studies on legal pluralism. Initially, presenting data extracted from the Court of Justice of State of São Paulo, it is observed that the question taken to the judiciary showed discrimination of all kinds, violating human rights, practiced by all actors used to act in this arena. Understanding that the judiciary is also a legitimate arena for facing these issues and recognizing the insufficiency of the solution given by the judiciary, unable to bring up underlying social conflicts and guaranteeing effective access to justice for all those involved, studies are sought on legal pluralism tools for a better understanding of the treatment of the issue and the conflicts that precede and that followed with the judicialization of the conflict. In this context, the theory of simultaneous polysystem and contributions about juridicity, its scope and its distinction to law are presented, qualified to contribute with innovative elements in the

¹ Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo, professora de Direito Processual Civil e de Direito Civil, atualmente da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP, advogada. E-mail: elisanovais@usp.br.

treatment of highly complex conflicts, decentralizing the statutory law, in order to build reconciliations rather than simple convictions.

Keywords: Access to Justice; Legal Pluralism; Social Conflicts; Judiciary.

1. INTRODUÇÃO

Uma das maiores aflições da contemporaneidade no Direito é o acesso à justiça. Este tema sempre foi de grande preocupação aos juristas, por mais distinto que fosse o viés adotado. Com o advento da Revolução Liberal (ou Burguesa), na França, a preocupação centrava-se na defesa e garantia de direitos e liberdades eminentemente individuais frente ao Estado até então despótico, sob a concepção de que, assegurada a liberdade pela limitação do poder do Estado, pelas leis e pela constituição, o indivíduo teria segurança para exercer seus direitos naturais e, assim, proporcionar o seu crescimento na sociedade e nada mais precisaria deste mesmo Estado². Sendo o direito à justiça um direito natural, importava, portanto, a garantia formal do acesso à justiça, ou seja, a garantia legal e constitucional de petição e contestação. O pensamento evolui no sentido de se compreender que “a liberdade não basta, pois, para assegurar a justiça e não contém toda a justiça”³, reconhecendo a insuficiência da concepção do Estado liberal, abrindo-se espaço para o Estado social, que participa e intervém ativamente na economia, no consumo, na distribuição de bens e serviços e na garantia do exercício de direitos prestacionais, o que está diretamente relacionado ao acesso à justiça, como direito a ser prestado pelo Estado a todo e qualquer cidadão, de forma efetiva. Nas décadas de 1960 e 1970, ganha corpo a ideia de que não se tem direitos se não se tem acesso efetivo à justiça; Mauro Cappelletti e Bryant Garth tornam-se mundialmente conhecidos – sendo incessantemente citados na produção científica nacional sobre acesso à justiça – pela produção do Relatório Geral do

² Esse é o pensamento que vigora nos teóricos do Estado que nos chegam nos bancos das faculdades de direito, ideais promovidos por filósofos como Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu e John Locke, entre outros. Nesse sentido, já defende John Locke, no seu “Tratado sobre o Governo Civil”, “que toda a investidura de toda a responsabilidade, poder e autoridade do magistrado tenha como único propósito o de proporcionar o bem-estar, a preservação e a paz dos homens na sociedade que ele está defendendo, e assim apenas isso é e deve ser o padrão e a medida segundas quais deve estabelecer e ajustar suas leis, o modelo e a estrutura do seu governo”. Montesquieu, a quem se atribui a concepção da separação dos poderes estatais que rege as constituições ocidentais, sofre influência do pensamento de John Locke ao tratar do sistema inglês e afirma na sua obra “Do Espírito das Leis”, que a liberdade é fazer aquilo que as leis permitem e que “não existirá liberdade quando o poder de julgar não se achar separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário porque o juiz será o legislador. E, se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor”. No mesmo sentido, as palavras de Rousseau, em seu “Do Contrato Social”, seguem para mostrar que o Estado é um querer da sociedade, para exercício da liberdade com segurança, e “não passa e nem pode passar além dos limites das convenções gerais, e que todo homem pode dispor plenamente da parte de seus bens e da liberdade que lhe foi deixada por essas convenções.”

³ VANNI, Icilio, *apud* DALLARI, Dalmo. **Elementos da Teoria Geral do Estado**, 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 241.

Projeto Florença, um projeto comparativo sobre as diversas iniciativas para aprimoramento do acesso à justiça em vários países do mundo, organizando tais iniciativas em três grandes movimentos – “ondas” – que tratam do enfoque ao acesso à justiça: a assistência judiciária aos pobres, a representação de interesses de titularidade difusa e a reforma institucional do judiciário. Esta última “onda” ainda é vivenciada e no Brasil, na última década, deu azo à evolução e recrudescimento da ideia de que não basta acesso à justiça, mas é necessário o acesso a uma ordem jurídica justa⁴, exigindo que o estudo do processo abra-se para o conhecimento já desenvolvido nas demais ciências sociais – sociologia, antropologia e economia – e compartilhe das suas técnicas, receba influência dos seus aportes e questione seus próprios institutos e a sua extensão, a exemplo do conceito de jurisdição, que sofre reformulações para conceber a ideia de garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, com o objetivo de pacificar com justiça⁵.

É sob esse contexto que, no presente trabalho, pretende-se estudar o caso da judicialização dos “rolezinhos”, definidos como encontro de grande número de jovens das periferias urbanas em *shoppings centers*, combinado por meio de redes sociais, e que causaram grande apreensão a determinada parcela da sociedade frequentadora de tais centros, levando à judicialização da prática – para a sua coibição – e proporcionando visibilidade nacional e internacional nos anos de 2013 e 2014.

O estudo desenvolver-se-á, inicialmente, sob uma perspectiva analítica sobre as soluções apresentadas pelo judiciário, o qual encerrou a questão na esfera processual, sem, contudo, efetivamente resolver o conflito, ou seja, contentou-se em estabelecer a denominada pacificação social conhecida pelo Direito Processual, qual seja, a eliminação do conflito estritamente na esfera processual, no campo judicial, sem reconhecer todas as suas implicações e imbricações na sociedade.

Ficam retratados os históricos privilégios de classe no acesso à justiça, na busca ativa do judiciário, de um lado, e no contato com o sistema judicial de forma repressiva do outro, na falta de representatividade de interesses de titularidade difusa e, portanto, de difícil identificação, e no papel conservador adotado pelo judiciário.

O trabalho evolui para uma perspectiva crítica do caso judicializado à luz do pluralismo jurídico mediante os aportes trazidos pela antropologia e pela sociologia, de modo a considerar

⁴ WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica Justa** (conceito atualizado de acesso à justiça): processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 6-7

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade: fundamentos para uma nota teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18,

as perspectivas epistemológicas trazidas por Norbert Rouland e Jacques Varderlinden, mas, especialmente, André-Jean Arnaud, Fariñas Dulce e Étienne Le Roy.

Considera-se, ao final, a necessidade de que os juristas, para que se vislumbre acesso efetivo à justiça, devem se abrir para conhecimentos profundamente trabalhados e debatidos nas demais ciências sociais, assim como às técnicas investigativas incomuns ao Direito, sendo o pluralismo jurídico um estudo que pode lhe trazer importantes contribuições, assim como reconfigurar a sua representação na sociedade.

2. O CASO DOS “ROLEZINHOS”: DOSSIÊ PRODUZIDO PELO NÚCLEO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR DA FDRP/USP

O Núcleo de Assessoria Jurídica Popular da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP elaborou, em 2015, um dossiê que estuda como o fenômeno social dos encontros de grande quantidade de jovens das periferias urbanas em *shopping centers*, agendados por meio de conhecidas redes sociais, foi tratado pelo Poder Judiciário, quando este foi provocado a solucionar o conflito, a partir de ações ajuizadas, em sua grande maioria, pelas administradoras dos referidos grandes centros comerciais. O estudo produz um levantamento de decisões judiciais proferidas no período compreendido entre janeiro de 2014 e abril de 2015, tanto na primeira instância como na segunda instância (Tribunal de Justiça de São Paulo), assim como disponibiliza para análise a iniciativa de diversos atores envolvidos no conflito, que se caracterizam pelo seu alto nível de institucionalização. Tratam-se de documentos produzidos por associações de lojistas de *shopping centers* (interditos proibitórios e representações dirigidas à Vara de Infância e Juventude), por juízes das causas (Portarias Judiciais da Vara da Infância e Juventude), por membros do Ministério Público (manifestação sobre representações dirigidas à Vara de Infância e Juventude) e pela Defensoria Pública (*habeas corpus* coletivo).

O estudo identificou 27 processos judiciais que usaram o termo “rolezinho”, apreciados em primeira ou segunda instância, ao menos em seu pedido liminar, todos configurados em ações judiciais denominadas interditos proibitórios, movidas pelos *shopping centers* contra grupos de jovens, muitas vezes sem identificação. Além da própria natureza da demanda ajuizada⁶, é interessante notar alguns dados levantados: de 13 ações de interdito proibitório analisadas, 11 não chegaram a ser contestadas, posto que a identificação dos réus, em muitos

⁶ Essa espécie de ação é prevista como procedimento especial de jurisdição contenciosa no Código de Processo Civil como proteção da propriedade privada contra ameaças de turbação ou esbulho.

casos, tornou-se impossível, pela qualificação atribuída pelos autores da demanda; das mesmas 13 ações, 8 tiveram liminares concedidas favoravelmente aos autores *shopping centers* e 5 foram desfavoráveis; em 3 dos casos de indeferimento de liminar, os juízes da causa expediram ofícios à Polícia Militar para garantir a segurança do local. Nos casos em que as decisões foram favoráveis, seu fundamento baseou-se no risco à incolumidade dos frequentadores e da propriedade privada. Nas que foram desfavoráveis, o fundamento utilizado foi a carência de provas a demonstrar real ameaça que os eventos possam trazer ou a impossibilidade jurídica do pedido (fundamento legal que à época vigia como hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito, de acordo com o Código de Processo Civil/1973 e que, pelo Código de Processo Civil de 2015, já não vigora e seria considerado como falta de interesse de agir ou carência da ação).

Chegando ao Tribunal de Justiça de São Paulo, foram analisados 22 acórdãos, dentre os quais 20 referem-se a ações judiciais que têm como autores administradoras de algum *shopping center*. 10 deles dizem respeito aos interditos proibitórios; 9 acórdãos foram julgados desfavoravelmente aos *shopping centers*, com fundamento na inadequação do meio utilizado para a resolução desse tipo de conflito ou na falta de provas a demonstrar a ameaça.

Percebendo o insucesso da iniciativa junto ao Poder Judiciário na conservação de seus interesses, algumas administradoras de *shopping centers* começaram a adotar outras estratégias para conseguir estancar o fenômeno dentro de seus centros de consumo: uma administradora decidiu ofertar uma representação junto à Vara de Infância e Juventude, solicitando que a proibição de acesso aos centros de consumo fosse realizada a fim de garantir a proteção integral dos jovens que frequentavam os estabelecimentos, buscando evitar situações que feririam as suas integridade física e a segurança, tais como serem atropelados ou agredidos por outros frequentadores dos *shopping centers* e despencarem de escadas ou pisos superiores. Em prazo recorde – em menos de 24 horas do protocolo da representação – a Vara da Infância e Juventude e do Idoso em Ribeirão Preto criou portaria judicial que determinava a proibição de acesso e permanência de crianças e adolescentes com menos de 15 anos de idade (na primeira versão da portaria) e, posteriormente, com menos de 13 anos de idade (na reedição da portaria judicial), desacompanhadas de seus pais ou representantes legais, nos dias de sexta-feira, sábado e domingo, em qualquer horário, nos centros comerciais autores da representação.

Contra as portarias, houve a impetração de *habeas corpus* coletivo por parte da Defensoria Pública Estadual. A iniciativa, em todo o conflito levado ao judiciário, talvez tenha sido a primeira a considerar a titularidade difusa dos interesses dos jovens que participavam

dos “rolezinhos”. Tendo tomado para si a representação de tais interesses, a Defensoria Pública impetrou, primeiramente, o *habeas corpus* coletivo junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem sob o argumento de que não havia urgência na questão, em virtude da redução da idade pela reedição da portaria. Seguido da impetração junto ao Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* coletivo teve como fundamentos a indevida restrição do direito de ir e vir desses jovens, a violação à efetivação plena do direito à igualdade, do direito à cultura e ao lazer e do direito a não ser discriminado em razão de cor, raça e condição socioeconômica, todos vilipendiados pelas portarias judiciais.

A impetração de *habeas corpus* coletivo deu-se em favor da coletividade de jovens residentes ou em caráter transitório em determinada comarca, portanto, foram algumas as iniciativas nesse sentido. A resposta dos Tribunais Superiores para a impetração de *habeas corpus* contra decisões que indeferem liminares consolida-se no sentido do seu descabimento, com exceção para decisões teratológicas ou manifestamente ilegais, ou seja, argumentação exclusivamente processual. O *habeas corpus* coletivo impetrado em Ribeirão Preto⁷, acima destacado, recebeu opinião desfavorável do próprio Ministério Público Federal, com fundamento no seu descabimento contra decisões indeferitórias de liminares. O relator deste caso no Superior Tribunal de Justiça foi o ministro Luis Felipe Salomão, que também fez a ressalva do fundamento pelo descabimento, mas reconheceu que, neste caso, poderia conceder a ordem para reconhecer a ilegalidade da portaria judicial.

3. AS SOLUÇÕES INSUFICIENTES DADAS AO CONFLITO PELO PODER JUDICIÁRIO NO CASO DOS “ROLEZINHOS”

O caso acima retratado ilustra a incapacidade do judiciário em cumprir com a sua função jurisdicional, se assim entendida como garantia de acesso com o objetivo de pacificação com justiça. Porém, a ele não se limita, também cumprindo analisar a conduta de outros agentes públicos que atuam no mesmo palco da magistratura, como promotores e defensores.

O primeiro dado apresentado pelo estudo, de que de 13 processos judiciais, em 11 deles não houve contestação, em virtude da dificuldade de citação dos réus pela parca qualificação apresentada pelos autores, traz à tona características relevantes do que hoje vivemos de acesso à justiça: apenas entes organizados têm a possibilidade desse acesso, a titularidade difusa de direitos ainda não recebe plena atenção daqueles estabelecidos como legitimados para a

⁷ *Habeas corpus* nº 320.938/SP.

representação de tais interesses, posto que, a despeito do uso de ações coletivas para o pleito de direitos coletivos *lato sensu*, o uso da ação coletiva na defesa de réus que se identificam como uma coletividade genérica é bem pouco usual.

Ademais, o fundamento em questões eminentemente processuais para resolver a demanda judicial, sem qualquer enfrentamento do mérito, no caso estudado, ficou bastante característico. Com efeito, o intento dos *shopping centers* em defender seus direitos econômicos não logrou êxito, mas não se pode afirmar que houve composição ou real exposição dos diversos conflitos subjacentes à demanda. Com exceção de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, que não se furtou ao enfrentamento do mérito, limitado ao que foi requerido em *habeas corpus* coletivo, não se tem notícia de outras decisões que não encerraram a questão sob a ótica exclusivamente processualística.

E, no pouco que se analisou do mérito, prevaleceu a ótica privatista, ainda que em espaços, inobstante não públicos – se considerada a dicotomia bens públicos/bens privados –, abertos ao público, sendo insuficiente, portanto, a interpretação segundo a dicotomia mencionada. Com efeito, o reconhecimento, mais comum em segundo grau de julgamento, de que o interdito proibitório não se constitui em tutela adequada, é uma resposta muito sutil e superficial à insuficiência da dicotomia, mas ainda há, a título de fundamento jurídico, apenas a defesa da propriedade privada, em detrimento de direitos fundamentais de jovens residentes na periferia.

A mera menção a “jovens da periferia” faz entender que há, do outro lado, “jovens do centro”, sendo mister entender o que distingue uns dos outros. Decerto que são distinções socioeconômicas e culturais, que estigmatizam uns e privilegiam outros, inclusive na própria construção e escala do conflito até o judiciário. Essa distinção contribui, sem sombra de dúvida, para que se verifiquem distintos corpos sociais – ou, talvez, redes sociais⁸ – dentro de uma grande sociedade que se guia pela unidade do Estado. Tais corpos – ou redes –, por razões econômicas ou culturais, surgem no seio das sociedades, trazendo diversificação ao modo de vida calcado na unidade do Estado. Nesse aspecto, Norbert Rouland, destaca que as diferentes instâncias que compõem a sociedade civil pretendem reduzir o papel instituidor que o Estado desempenha há tanto tempo. No seu campo de observação – a França – as razões são muito mais culturais do que econômicas. No campo de observação brasileiro, é exatamente o

⁸ Nomenclatura adotada por Jacques Varderlinden (no original, “social networks”) em seu texto “Return to Legal Pluralism”, em contraposição à expressão “social fields”, adotada por Sally Falk Moore, entendendo que esta expressão atribui uma dimensão territorial ao fenômeno da organização social, sendo que “social networks” permite a construção de uma dimensão que reflete conexões entre indivíduos e grupos.

contrário: por razões de profundas desigualdades socioeconômicas, a distinção cultural se aprofunda, muitas vezes, como tentativa de autoafirmação ou de resgate histórico de grupos discriminados. Em qualquer caso, o autor destaca que a recentragem do micros social ocorre quando “o local se autonomiza cada vez mais em relação aos grandes grupos e instituições nacionais. As diversas consciências de classe se esbateram em proveito da crença cada vez mais compartilhada de pertencer a uma classe média”⁹.

Porém, ao mesmo tempo, a unidade do Estado desponta exatamente quando uma das esferas do seu poder se manifesta, na provocação feita por parcela da sociedade que detém as condições técnicas, financeiras e socioculturais para alcançar o judiciário, em detrimento das demais.

As decisões proferidas que ora reconhecem a proteção da propriedade privada a partir do mero receio dos habituais frequentadores de ocorrência de tumultos e algazarra, ora entendem que o interdito proibitório não se constitui como via adequada à solução de tais conflitos, demonstram um judiciário que adota um papel predominantemente conservador em, pelo menos, dois sentidos: inicialmente, na preservação/conservação de direitos econômicos da classe dominante e, ao final, de preservação/conservação de direitos humanos fundamentais dos jovens “rolezeiros”. Cumpre, todavia, notar o tempo para que um tenha a afirmação do seu direito alegado preservado em relação ao outro. É inevitável admitir que os primeiros movimentos do judiciário, de concessão de ordens para impedir o ingresso de jovens, contribuíram para a segregação dos espaços em prejuízo dos “jovens da periferia” e o enfraquecimento de um movimento social, ainda que não organizado ou sem objetivos claramente delimitados, mas que evidenciaram uma tomada de espaços de circulação pública explicitamente não “destinados” a eles.

Além do papel conservador ora adotado, figura no judiciário, neste caso, uma compreensão de que não se constitui como arena legítima a dar a solução ao conflito. Porém, quem seria essa arena legítima? No caso em tela, haveria papel a ser desempenhado pelas outras representações do poder estatal? É fato que a busca pelo judiciário, no vertente caso, dá-se no seu sentido mais clássico: a conservação do *status quo* econômico.

Todavia, é o judiciário um ator destinado a um papel conservador, de baixo impacto, na organização social ou deve adotar um papel transformador?

⁹ ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 168-169.

Boaventura de Sousa Santos explica a evolução do judiciário de “um órgão de soberania menos perigoso ou mais fraco por não ter condições para executar as suas próprias sentenças”¹⁰, inclinado para o conservadorismo, para o tratamento discriminatório da agenda política ou dos agentes políticos progressistas, para um protagonismo que passa pelo amplo controle de legalidade e da constitucionalização do direito ordinário como estratégia hermenêutica de um garantismo dos direitos do cidadão, até uma transferência de legitimidade dos poderes legislativo e executivo para o judiciário, advinda da incapacidade dos poderes políticos em resolver conflitos e atender às demandas de diversos grupos sociais. São razões para esse fenômeno, dentre outras, especificamente, nos países latino-americanos e, conseqüentemente, no Brasil, o “curto-circuito histórico”¹¹ ocorrido na passagem de regimes autoritários para regimes democráticos, por meio da constitucionalização de um extenso número de direitos sem qualquer respaldo em políticas públicas e sociais consolidadas, dando ensejo a uma maior intervenção judicial.

O protagonismo e a expansão do judiciário não se dão sem a percepção do modelo neoliberal. Em seu contexto, a reforma judicial tem tarefa fundamental em garantir a certeza e estabilidade das decisões. Seria esse o que Santos¹² denomina de campo hegemônico, em contraposição ao campo contra-hegemônico, ambos tomados em relação ao judiciário. Enquanto aquele reclama um sistema judiciário eficiente, rápido, que permita e previsibilidade dos negócios e a salvaguarda de direitos de propriedade, este seria “o campo dos cidadãos que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhe deram direitos significativos”¹³, vendo nos tribunais um instrumento importante para reivindicar seus direitos e justas aspirações, instalando-se certo inconformismo em relação à discrepância entre os direitos consagrados e aplicados.

Não é, portanto, uma escolha do judiciário sustentar-se em uma atuação *low profile* ou adotar um papel protagonista. Não é ele quem decide. E, portanto, não é o Estado – por meio de suas expressões de poder – quem efetivamente decide como atua em relação à sociedade. Os diversos corpos sociais se valem do judiciário e direcionam a sua atuação. A resistência nesta concepção faz surgir os inúmeros conflitos que não se limitam aos diversos corpos sociais entre si, mas que opõem tais diversos corpos sociais ao próprio Estado, posto que a sua tendência é

¹⁰ SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014, p.17.

¹¹ Um fenômeno característico de países periféricos, que viram consagrados na constituição direitos que em países centrais foram conquistados num longo período histórico.

¹² *Op.cit.*, p.33-35.

¹³ *Op. cit.*, p. 35.

manter o discurso hegemônico e, portanto, adotar um papel conservador, enquanto julgador de conflitos.

4. PLURALISMO JURÍDICO: A ANÁLISE DO CONFLITO À LUZ DE APORTES TRIBUTÁVEIS AOS ESTUDOS DA ANTROPOLOGIA E DA SOCIOLOGIA JURÍDICAS

O Estado tem como um de seus objetivos preservar a sua unidade e para sustentar a sua existência, a sua organização caminhou historicamente de espécies eminentemente autoritárias para desenhos liberais que avançaram em busca de um acordo entre a sua necessidade de existir e os direitos da sociedade civil, fazendo surgir, desse modo, o Estado de direito, distinto de outras formas de organização estatais pela sua aceitação da limitação dos seus poderes pelo direito do qual a sociedade civil é fonte, o que não nega ao Estado a posição de ser a principal fonte do direito, desde que considerado que todas as sociedades, tradicionais ou modernas, em graus diversos, são sociologicamente plurais, no sentido de se comporem de grupos secundários, com maior ou menor autonomia. Efetivamente, a proteção do indivíduo decorre, por vezes, mais dessa estrutura plural do que de declarações de direitos ou garantias fornecidas por uma autoridade central. Essa concepção é recorrente nos estudos da sociologia e da antropologia, mas pouco explorado – e mesmo aceito – entre os juristas. E essa visão prevalece nas sociedades modernas em geral, que negam esse pluralismo, recorrendo ao Estado para assegurar a coesão social¹⁴. Estabelece-se, assim, uma relação concorrencial dinâmica entre as ordens regulatórias¹⁵ que, em toda sociedade, são múltiplas e diversas e “competem” entre si, em um processo dialético, para prevalecerem em relação às outras, bem como serem autônomas das outras¹⁶.

É exatamente essa tensão e, ao mesmo tempo, negação que fica evidente no caso estudado, na medida em que o judiciário adotou um papel conservador, na acepção ampla do termo, não apenas por inicialmente fazer prevalecer uma visão do campo hegemônico, mas por, ao final, não explorar situações que extrapolam a produção jurídica ditada pelo Estado, mas constituem fatores que interferem na distribuição de direitos.

¹⁴ ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 171-174.

¹⁵ Na concepção de Jacques Vanderlinden, ordens regulatórias contribuem para regular o funcionamento de muitos grupos sob diversos aspectos: linguagem, educação/etiqueta, moralidade, moda, direito, etc.

¹⁶ VANDERLINDEN, Jacques. **Return to Legal Pluralism: twenty year later**. The journal of legal pluralism, Leiden, n. 28, 1989, p. 151.

Ainda que não adotando plenamente a concepção do Vanderlinden¹⁷, aproximando-se mais da acepção de Rouland¹⁸ sobre o pluralismo jurídico, outros dois teóricos que podem contribuir para a compreensão do tratamento adequado ao conflito estudado é André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce.

Isto porque, para a adequada compreensão do acesso a uma ordem jurídica justa, do que significa a redemocratização da justiça, de modo a entender o papel do ator – assumindo que não seja apenas arena de disputas – judiciário na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, assim determinado menos pela sua própria iniciativa e mais pelas aflições de uma sociedade diante de profundas e históricas desigualdades socioeconômicas e culturais, apercebida de uma avalanche de direitos formais e esvaziada da sua fruição material, o ordenamento jurídico positivado pelo Estado dá o que Santos denomina de respostas fracas para perguntas fortes.

Como alternativa à concepção monista do direito, o pluralismo jurídico tratar-se-ia de uma denominação de caráter geral que recobre perspectivas teóricas significativamente distintas que teriam em comum a ideia de que o direito não é redutível à sua forma positiva e estatal de expressão.

Na tentativa de expor a teoria da polissistemia simultânea, passa-se a considerar seus aportes epistemológicos para o caso dos “rolezinhos”. A relevância dessa tentativa de exposição tem um aspecto de interdisciplinaridade fundamental à necessária e indispensável abertura que urge ao Direito, em particular, ao Direito Processual para se questionar os seus atuais limites no importante papel que detém na organização do sistema judicial.

Arnaud e Fariñas Dulce¹⁹ (*apud* VILLAS BÔAS FILHO²⁰), adeptos do questionamento do monopólio estatal da regulação jurídica, entendem a necessidade de se fazer uma abordagem

¹⁷ Vale destacar que a concepção do pluralismo jurídico para o autor é muito mais profunda, posto que ele realiza um deslocamento teórico-conceitual da sociedade (redes sociais) para o indivíduo, afirmando ser o indivíduo o ponto de convergência de múltiplas ordens regulatórias, que, como dito, competem entre si, sendo o direito uma dessas ordens regulatórias, tendente a afirmar sua supremacia sobre as demais. Adepto do que se denomina *hard pluralism* (ordens jurídicas distintas, com regras produzidas por outras redes, além do Estado) em contraposição ao *soft pluralism* (mecanismos jurídicos diversos para situações idênticas), entende que quando há um privilégio de uma ordem jurídica em relação à outra, está-se diante de um “pluralismo relativo”.

¹⁸ O autor, na obra consultada, diz ter preferência pela versão forte do pluralismo jurídico (*hard pluralism*), ainda que no decorrer do seu texto, não poucas vezes afirme que a confluência de diversas ordens jurídicas se dá de modo complementar, tornando o direito estatal maleável, sendo um regulador determinante da ação do Estado, reinterpreta instituições estatais, porém sempre pressupondo a existência e continuidade do Estado, com o fim de organizar as relações de grupos sociais não igualitários, com interesses separados e até divergentes.

¹⁹ ARNAUD, Andre-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. **Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques**. Bruxelles: Bruylant, 1998.

²⁰ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Uma abordagem sociológica do pluralismo jurídico: a “teoria da polissistemia simultânea” de André-Jean Arnaud. **Questio Iuris**. Rio de Janeiro, Vol. 12, n. 02, p. 522-556, 2019.

sistêmica dessa regulação, a partir do que eles denominam de modelização sistêmica para a investigação crítica e tematização da regulação jurídica, pois apenas essa modelização levaria à adequada compreensão, sob o prisma sociológico, dos sistemas jurídicos e sua dinâmica social.

A modelização sistêmica se oporia à modelização analítica, utilizada por Hans Kelsen, e que isola os elementos de um conjunto, não integrando a duração e a variabilidade dos fenômenos, partindo de uma perspectiva monodisciplinar. Portanto, constituir-se-ia como uma técnica que preza pela conexão entre os elementos de um conjunto, destacando as suas relações e o jogo complexo que ocorre pelas modificações das variáveis, permitindo uma perspectiva pluridisciplinar. Também haveria três formas ou tipos de modelização: para as normas jurídicas, adotadas pelos juristas; para interações jurídicas, adotadas pelos sociólogos; e, para discursos jurídicos, adotadas pelos lógicos.

É importante salientar, novamente, a indispensabilidade de se valer das conclusões alcançadas pelos sociólogos, quando adotada tal teoria e, conseqüentemente, tal modelização, para a compreensão do efetivamente ocorrido e não enfrentado pelo judiciário no caso estudado. A perspectiva da modelização para interações jurídicas deve ser ferramenta, portanto, usada não apenas pela autoridade judiciária, mas provocada pelos demais atores que atuam no sistema judicial, a fim de que elementos alheios ao processo sejam levantados e trazidos para a realidade processual, tais como o *apartheid* social enfrentado por “jovens da periferia”, o movimento de ocupação de espaços não concebidos para a ocupação de parcela da sociedade e o significado de tudo isso na distribuição de direitos constitucionalmente estatuídos, porém não fruídos.

Ainda, nos elementos da teoria da polissistemia simultânea, distingue-se claramente o “direito” dos “sistemas jurídicos”. Sistemas, segundo Villas Bôas Filho²¹, que nos apresenta a teoria de Arnaud e Fariñas Dulce, “seriam conjuntos estruturados nos quais cada elemento tem seu lugar e onde a transformação de um dos elementos impacta o conjunto como um todo”. Desse modo, o sistema social seria composto de subsistemas – religioso, moral, político, econômico – e o sistema jurídico seria um subsistema social. Por sua vez, o “direito” seria um dos sistemas jurídicos, caracterizado pela imposição, ou seja, o direito é um sistema jurídico posto e imposto por atores investidos do poder de dizer o direito para certos grupos, em momento e lugar determinados. Assim, todo sistema de direito tem qualidade jurídica, mas nem todo “sistema jurídico” é direito.

²¹ *Op. cit.*, p. 534-535.

Arnaud e Fariñas Dulce, portanto, entendem a existência simultânea de vários sistemas jurídicos (teoria da polissistemia simultânea), que trabalham a atividade jurídica, sendo esta guiada pela razão jurídica, tida como princípio de organização coerente do sistema, condição necessária e suficiente para a existência de um sistema jurídico. A razão jurídica dita a lógica e as condutas uniformes e conformes os fins estabelecidos, estabelece um conjunto suficientemente adaptado, articulado e fechado para ser considerado como racional, e convive com a possibilidade de existência de conflitos entre os diversos sistemas jurídicos que existem simultaneamente, sendo que “‘o sistema de direito imposto’ não pode desconsiderar a possibilidade de ser subjugado ou tornar-se defasado em face das razões que animam os demais ‘sistemas jurídicos’ que com ele concorrem”²². Ainda, na definição das fronteiras do direito, entendem que os critérios de juridicidade podem ser definidos *a posteriori*, o que permite considerar, para além do direito “posto e imposto”, a juridicidade como experiências vividas ou concebidas existentes nos demais “sistemas jurídicos”.

É no denominado “campo jurídico vulgar” que ocorrem as relações conflituosas entre o direito posto e imposto e os demais sistemas jurídicos sustentados em critérios de juridicidade vividos ou concebidos, englobando tanto o sistema de direito, como concebem os juristas positivistas, como os “modos de regulação e composição de conflitos” não dotados de valores, legitimidade, obrigatoriedade e força coercitiva institucional, mas por serem mobilizados pelas pessoas nas relações que mantêm entre si, ostentam a vocação de regramento pelo direito ou pela justiça.

Ao aporte da polissistemia simultânea, agrega-se a concepção de Étienne Le Roy sobre o pluralismo jurídico, que se relaciona com o que o autor compreende sobre juridicidade, sua distinção do direito e sua crítica à monolatria²³ jurídica enquanto obstáculo epistemológico que precisa ser transposto a fim de que se assumam o caráter complexo e plural que marca todas as construções sociais. A sua concepção de pluralismo jurídico encontra respaldo na evolução da sua perspectiva de juridicidade e pode ser explicada como o estabelecimento da pluralidade como a base das relações sociais, decorrente do pressuposto da multiplicidade de pertencimentos dos membros de uma sociedade a coletividades mais ou menos

²² Op. cit., p. 535.

²³ Significa o culto do “um só”, que teria suas origens no monoteísmo da herança judaico-cristã, prevalente no Ocidente e que, transposta para o direito, diz respeito à visão etnocêntrica, ocidentalizada do direito como uma universalidade, como um sistema autopoietico e “autônomo” (empregado não no sentido de recepção interna da norma, mas por não ser interdependente de outros conjuntos normativos) e que marginaliza as demais dimensões normativas que não se fundam em normas gerais e impessoais (NGI), sem reconhecer as demais juridicidades em que predominam o que ele organiza como modelos de condutas e comportamentos (MCC) e sistemas de disposições duráveis (SDD).

institucionalizadas²⁴. Esta compreensão do pluralismo jurídico é de grande utilidade, atrelada à teoria da polissistemia simultânea, pois contribui para a percepção de que as respostas do direito estatal para a solução do conflito ora estudado não são suficientes e as dimensões normativas reconhecidas pelos corpos sociais em conflitos são discrepantes e precisam ser identificadas e trabalhadas na composição do conflito. Por sua vez, para que se compreenda brevemente o reconhecimento de dimensões normativas distintas, mister entender o que Étienne Le Roy considera por juridicidade. Esta tem uma abrangência muito maior do que o direito, inclui o direito positivo, mas trata de possíveis formas de concreção histórico-cultural da regulação social caracterizável como jurídico, posto que dotado de sanção, esta não entendida como punição, mas como reconhecimento do caráter obrigatório da regulação²⁵. Todo direito, portanto, seria “uma manifestação particular da juridicidade”²⁶, sendo esta “maior que a concepção do direito desenvolvido pelas sociedades ocidentais modernas”²⁷.

O importante trabalho do autor, ao analisar o lugar da juridicidade na mediação, demonstra a evolução que essa técnica ganhou em seu pensamento, atribuindo-lhe centralidade entre todas as ordens (negociada, imposta, aceita e contestada), não sendo modo meramente “alternativo”, mas “dialógico” na regulação global das sociedades. Porém, ele questiona se as formas e os procedimentos necessários à regularização da mediação devem ser, necessariamente, abrangidas pelo direito e chega à conclusão de que não. Inicialmente, conclui que mediação não é adequada para qualquer situação, podendo ser inútil ou até perigosa, bem como não é justiça (pois não se preocupa em dar aquilo que é de direito na medida que lhe é devido), não havendo sobreposição entre justiça e mediação; que ela não deve ser submetida ao direito, pois há a juridicidade para moldá-la, devendo o direito positivo ser mobilizado quando as questões da vida em sociedade o exigem, sob pena de se incorrer em um direito mal mobilizado, que será liberticida, destruindo “no espírito do cidadão o respeito e a confiança que deve ter na autoridade institucional”. Em suas palavras, “a mediação é, primeiramente, uma escola de cidadania com senso de responsabilidade, de conhecimento de competências, de respeito pelo outro e de gosto pela decisão”²⁸.

²⁴ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, Vol. 109, p. 281-325, 2014, p. 308.

²⁵ *Op. cit.*, p. 294.

²⁶ LE ROY, Étienne. O lugar da juridicidade na mediação. **Meritum**. Belo Horizonte, Vol. 7, n. 2, p. 289-324, jul-dez/2012, p. 294.

²⁷ *Op. cit.*, p. 314.

²⁸ *Op. cit.*, p. 319.

A visão de Étienne Le Roy também traz insumos relevantes para que o sistema judicial se valha de técnicas de soluções consensuais de modo adequado, descentrando o direito positivo e atribuindo, como sobredito, a outras dimensões normativas o devido reconhecimento com o intuito de visar menos uma condenação e mais uma reconciliação de fatos históricos, culturais e econômicos, que sobrepujam o mero conflito jurídico, único identificado²⁹.

Em conflitos de alta complexidade, como foi o caso ora estudado, a teoria da polissistemia simultânea, atrelada à concepção de juridicidade na solução de controvérsias, podem ser um importante instrumento – dentre vários – para adoção de um papel transformador por parte do judiciário e demais atores que nessa arena interagem, muitas vezes, valendo-se apenas do ferramental previsto no ordenamento jurídico, de modo a compor conflitos coletivos fulcrados em elementos capazes de afastar a simples preservação do *status quo*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização dos encontros de grande número de jovens agendados por meio de redes sociais e denominado de “rolezinhos” foi provocada pela parcela da sociedade ciente e altamente adaptada ao regramento estatal, tendo, inclusive, ao seu lado a atuação mais rotineira do judiciário: o papel conservador de manutenção do *status quo*, atendendo à clássica concepção atribuída ao judiciário.

Contudo, há muito tempo que as transformações dos sistemas judiciais, no Brasil e no mundo, denotam um recrudescimento do protagonismo do judiciário, na judicialização da política e na politização do direito, não lhe cabendo mais a hipótese de se respaldar na concepção clássica dessa expressão do poder estatal para evitar a solução efetiva de conflitos. Um outro papel exige-se no judiciário.

Alerta em relação a isso, o campo hegemônico, assim entendido como os mesmos liberais que, com a Revolução Burguesa, moldaram o pensamento filosófico de atuação discreta e conservacionista do poder judiciário, em nova roupagem do neoliberalismo, serve-se desse

²⁹ O texto usado como base da pesquisa estuda a juridicidade (no sentido de ser mais ampla que o direito positivo) aplicada ao método da mediação. Por óbvio, sua concepção de juridicidade não se limita à mediação, mas como necessidade premente de descentrar o direito (tido como positivo) para dar lugar a outras formas de concreção da regulação social. Importa salientar que o autor afirma que a mediação é adequada para certos tipos de questões (relações duradouras que precisam ser restauradas) e inútil para outras (menos indicada para intervir em problemas patrimoniais ou no caso de violência declarada), e destacada que mediação não é justiça, nem mesmo de forma amena, traçando, mediação e justiça, duas paralelas que nunca se sobrepõem. A relevância do texto é tratar de modo equiparado ao direito positivo vários outros insumos de diversas outras ordens para a composição do conflito e reconhecer a eles a autoridade sancionadora. E, na medida em que se valha de técnicas “alternativas” na solução de conflitos (tais como a mediação), tenha-se em mente seus objetivos, seu distanciamento do direito positivo, valendo-se da técnica na medida adequada na reconstrução de relações afetadas com conflitos altamente complexos.

mesmo judiciário mais atuante para atingir seus objetivos de certeza jurídica, previsibilidade e segurança das decisões e salvaguarda dos direitos de propriedade. Todavia, encontram resistência do campo contra-hegemônico.

Ainda assim, mostra-se o judiciário incapaz de solucionar efetivamente os conflitos que lhe alcançam, evitando, ainda mais ativamente, elaborar tais conflitos, quando apenas uma face deles lhe alcança.

Toda essa situação fica mais do que evidente no caso ora estudado: a segregação cultural de parcela da sociedade, já desprovida de oportunidades que lhe são diuturnamente negadas, não lhe permitindo enquadrar nos padrões de consumo de parcela privilegiada da sociedade, reproduzindo estigmas e preconceitos também na arena judicial, diante da negativa de acesso à justiça não feita diretamente, mas por meio de subterfúgios processuais que impedem reconhecimento dos conflitos subjacentes.

Como hipótese de solução, foram apresentados alguns aportes sobre o pluralismo jurídico, caros a antropologia e a sociologia, como instrumental necessário à redefinição da representação do direito na sociedade. A postura crítica ao dogmatismo de viés monista traduz-se na concepção de que a regulação jurídica não cabe exclusivamente ao Estado: o direito vivo está presente em diversas interações sociais, constituintes de regramentos, os quais têm a vocação de regular suficientemente a sociedade e merecem ser considerados na solução efetiva de conflitos, ainda que isso ocorra sob os olhos do poder estatal ou por autoridades por ele instituídas. Não se entende o pluralismo jurídico como a solução para todos os problemas do sistema jurídico e judicial, mas como estudo que contém importantes e amplos debates, que podem trazer relevante contribuição para o enfrentamento dos conflitos sociais na arena judicial, de modo que se tenha como norte a realização da justiça.

Também não se admite como resposta suficiente a limitação do judiciário na solução de conflitos de alta complexidade. Seja arena, seja ator e, na interação com os demais atores, representantes e titulares de direitos, em especial daqueles de titularidade difusa, exige-se do judiciário a construção de mecanismos para tais soluções: a escuta dos diversos atores, o uso da equidade para a construção de uma agenda estrutural para superar históricas discriminações, todos estes mecanismos cabíveis, possíveis de serem utilizados e muito pouco trabalhados. Na medida em que se dispõe a reconhecer as suas limitações, valendo-se de aportes científicos para além do direito, o judiciário tem o potencial de cumprir com seus objetivos e valores, sumarizados aqui como a pacificação com justiça.

A redemocratização da justiça passa, portanto, pela assunção do papel transformador do judiciário e pela necessária provocação dos atores legitimados a representar tais interesses de titularidade difusa, cumprindo a eles alimentar-se de aportes da sociologia e antropologia a fim de encontrar ferramentas mais adequadas a dar a necessária resposta aos conflitos sociais. Nesse sentido, é inestimável a colocação de Santos:

No âmbito da legalidade cosmopolita, uma coisa é utilizar um instrumento hegemônico, outra coisa é utilizá-lo de maneira hegemônica. Sobressaem-se, aqui, duas ideias interligadas: é possível utilizar instrumentos hegemônicos para fins não hegemônicos sempre e quando a ambiguidade conceptual que é própria de tais instrumentos seja mobilizada por grupos sociais para dar credibilidade a concepções alternativas que aproveitem as brechas e as contradições do sistema jurídico e judiciário.³⁰

REFERÊNCIAS

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a Processualidade**: fundamentos para uma nota teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- LE ROY, Étienne. O lugar da juridicidade na mediação. **Meritum**. Belo Horizonte, Vol. 7, n. 2, p. 289-324, jul-dez/2012.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. **Do Espírito das Leis**: volume 1. Tradução: Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.
- ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014.
- SEVERI, Fabiana Cristina; FRIZZARIM, Nickole Sanchez. **Dossiê Rolezinhos**: Shopping Centers e Violações de Direitos Humanos no Estado de São Paulo. Ribeirão Preto: Editora FDRP, 2015.
- VANDERLINDEN, Jacques. Return to Legal Pluralism: twenty year later. **The journal of legal pluralism**, Leiden, n. 28, 1989, p. 149-157. Disponível em: < <https://commission-on-legal-pluralism.com/system/commission-on-legal-pluralism/volumes/28/vanderlinden-art.pdf> >. Acesso em: 04/05/2020.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A mediação em um campo de análise interdisciplinar: o aporte da teoria do multijuridismo de Étienne Le Roy. **Revista Estudos Institucionais**. Rio de Janeiro, Vol. 3, n. 2, p. 1113-1162, 2017.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Juridicidade: uma abordagem crítica à monolatria jurídica enquanto obstáculo epistemológico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, Vol. 109, p. 281-325, 2014.

³⁰ *Op. cit.*, p. 37.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Uma abordagem sociológica do pluralismo jurídico: a “teoria da polissistemia simultânea” de André-Jean Arnaud. **Questio Iuris**. Rio de Janeiro, Vol. 12, n. 02, p. 522-556, 2019.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica Justa** (conceito atualizado de acesso à justiça): processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO ENSINO JURÍDICO POTIGUAR: PERIGOS E DESAFIOS QUANTO À VIVÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

THE IMPACTS OF THE COVID-19 PANDEMIC ON POTIGUAR LEGAL EDUCATION: Dangers and Challenges in the Experience of Human Rights

Jeissiany Batista Maia *

Aurélia Carla Queiroga da Silva **

Resumo: No contexto da pandemia ocasionada pelo novo Coronavírus e das ações emergenciais para conter o avanço da doença, o fechamento das Universidades provocou a implementação de novo modelo educacional, pautado no ensino remoto. Nessa perspectiva, surgem inúmeros problemas no oferecimento de cursos superiores por universidades públicas e privadas, em especial o ensino jurídico. Investiga-se, através do método dedutivo os impactos no ensino jurídico potiguar. Contata-se que, além dessa nova necessidade de adaptação de aulas, atividades e interações o acesso aos instrumentos tecnológicos e a capacidade de aprendizagem têm constituído desafios relevantes para a formação de futuros profissionais, e colocam em discussão a afetação dos Direitos Humanos dos discentes à educação justa, igualitária e inclusiva.

Palavras-chave: Pandemia; Ensino Superior; Direitos Humanos.

Abstract: In the context of the pandemic caused by the new Coronavirus and the emergency actions to contain the spread of the disease, the closure of the Universities caused the implementation of a new educational model, based on remote education. In this perspective, numerous problems arise in the provision of college education courses by public and private universities, especially law education. The impacts on the law education of Rio Grande do Norte state (Brazil) are investigated through the deductive method. It is noted that, in addition to this new need to adapt classes, activities and interactions, the access to technological instruments and the ability to learn are relevant challenges for developing future professionals, and put into discussion the impact of students' Human Rights on a fair, egalitarian and inclusive education.

Keywords: Pandemic; University Education; Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

* Bacharela em Direito pela UERN – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Pesquisadora e autora de artigos científicos. <http://lattes.cnpq.br/8704476562466991>. E-mail: maiajeissiany@gmail.com

** Mestre em Direito pela UFRN - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Processual Civil pela UFCG - Universidade Federal de Campina Grande. Professora de Direito Civil e da Área Propedêutica da UERN – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. <http://lattes.cnpq.br/9035393776493541>. E-mail: aureliacarla@yahoo.com.br

A pandemia causada pela Covid-19 desde o final de 2019, vem acarretando uma série de alterações no cotidiano da população global, que atinge não só o relacionamento pessoal, mas também a economia, as políticas públicas, a saúde e o meio ambiente.

Em tempos de pandemia e distanciamento social, o fechamento de comércios, escolas e universidades tem sido uma nova forma de combate ao aumento de novos casos, mas também um novo modo de vida, onde tudo tem se tornado mais restrito. No contexto do ensino superior a impossibilidade da realização de aulas presenciais tem sido o desafio fundamental que exige a criação de novos caminhos para que os estudantes não sejam prejudicados diante das nítidas diferenças entre universidades públicas e privadas.

No presente trabalho pretende-se apresentar, através do método dedutivo, as reflexões relacionadas aos impactos da pandemia da Covid-19 no ensino jurídico do Rio Grande do Norte e às transformações, ora necessárias no setor da Educação Superior, para a manutenção da qualidade da instrução acadêmica, o combate à evasão e à motivação para o estudo e, bem como, os desafios quanto à formação dos futuros profissionais, cujos Direitos Humanos encontram-se afetados em face à desigualdade de acesso aos instrumentos tecnológicos, à ausência de políticas públicas inclusivas eficientes e até à redução de investimentos.

2. EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO UNIVERSAL

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, afirma, no seu artigo XXVI, que:

Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta, baseada no mérito¹.

O processo educacional é caracterizado pela capacitação do ser humano ao desenvolvimento livre e consciente que permite que cada indivíduo se desenvolva e adquira personalidade e dignidade. Além disso, a educação possibilita ao ser humano a participação ativa em sociedade, mediante premissas básicas de tolerância e respeito que conduzem a vida em sociedade. É através dessa educação civilizatória que se desenvolve e se fortalece os direitos humanos e fundamentais.

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Adotada e aprovada em Assembléia Geral da ONU no dia 10 de dezembro de 1947. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 19 de novembro de 2020.

A educação como direito social e humano ganha relevância no século XX, como “um direito social proeminente, como um pressuposto para o exercício adequado dos demais direitos sociais, políticos e civis.”². O direito à educação é então, premissa para o exercício do demais direitos civis e políticos, o que ressalta a sua importância frente aos demais direitos humanos e sociais. Nesse sentido, também é importante frisar que o direito à educação também se apresenta como direito fundamental, pelo fato de ser imprescindível para a formação do indivíduo no exercício dos seus direitos.

Com a promulgação da Constituição de 1988 a educação passa a incorporar o Estado, a família e a sociedade, nesse sentido é o que menciona o seu artigo 205:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Dessa forma, o Estado precisa ofertar educação digna e acessível a todos, mas pode o indivíduo ou a família escolher entre educação pública ou privada, essa possibilidade de escolha dimensiona a liberdade no campo da educação. Porém, é imperioso garantir a efetividade e a justiciabilidade desse direito, de modo que seu exercício seja precedido de garantias jurídicas que viabilizem o respeito ao seu cumprimento.

Uma coisa é proclamar esse direito outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido³.

Por isso, em virtude da efetividade e legitimação dos Direitos Humanos, não basta apenas incluir em um rol legislativo tais direitos é necessário promover a efetivação desses Direitos no âmbito da educação. É, indispensável, pois, uma mudança de paradigmas, a fim de observar sua garantia como elemento basilar do ordenamento jurídico.

Além da importância dos Direitos Humanos no cenário internacional e de sua difusão no Brasil, ele ainda carece de um espaço mais efetivo na sociedade. Dada sua importância, os estudiosos jurídicos aliados à defesa da democracia descrevem premissas para sua implementação. Machado⁴, enfatiza que:

A luta pela concretização dos Direitos humanos [...] assumiu um caráter de luta pela consolidação da própria democracia, até mesmo com um certo potencial subversivo,

² MACHADO, Lourdes Marcelino e OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **Direito à educação e legislação de ensino**. In: WITTMANN, Lauro Carlos e GRACINDO, Regina Vinhaes (org.) O estado da arte em política e gestão de educação no Brasil – 1991-1997. Brasília: ANPAE e Campinas: Autores Associados, 2001, p. 56.

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 10.

⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 214.

na medida em que a efetivação universalizante de todos os Direitos fundamentais do homem, em boa medida, constitui uma verdadeira estratégia de transformação social.

A garantia do direito, conforme sentido expresso na lei, não raras vezes, se chocam com as adversidades sociais, de modo que somente ela não é tida como instrumento linear e eficaz para a realização dos Direitos Humanos, é sempre necessário conferir um caráter interpretativo na sua aplicação. Nesse sentido, é ínsito a um Estado Democrático de Direito a garantia do acesso à educação como direito essencial do princípio da dignidade humana.

3. ENSINO JURÍDICO E SEUS DESAFIOS

Se faz necessário trazer a este estudo algumas considerações a respeito do ensino jurídico no Brasil, e elencar os principais desafios que dele emerge. Ao identificar esses desafios se torna possível traçar estratégias de promoção de um ensino jurídico mais efetivo e de maior qualidade, que para além da mera transposição de acadêmicos para o mercado de trabalho, aperfeiçoe também para a vida, e para as questões sociais.

Ao fazer uma análise histórica, percebe-se que a base do ensino jurídico é pautada em uma formação dogmática e positivista, que se vincula a teorias e conceitos incontestáveis. No entanto, com o despontamento do pós-positivismo, as doutrinas até então incontestáveis, passam a não mais atender e satisfazer à realidade do mundo globalizado e capitalista.

Sob esse aspecto, o desafio de inovação paradigmática do ensino jurídico, se baseia em três sujeitos: discentes, docentes e instituições de ensino. E essa invasão decorre do próprio fenômeno jurídico, que parte da premissa de uma nova pedagogia jurídica. Para lidar com esse novo aspecto é necessário trazer aos discentes e docentes uma conscientização da importância que assume como protagonistas no meio social.

Imperioso apontar também que as Instituições de ensino assumem um papel muito abrangente, que não se esgota em efetuar matrículas, selecionar professores, organizar aulas, propor projetos pedagógicos. As instituições de ensino superior têm como pauta central, uma função social inerente a sua existência que visa preponderantemente a efetivação da cidadania.

Em que pese essa essência, as Instituições de Ensino Superior, que devem almejar e tornar amplamente acessível o ensino superior, acabam por tornar-se verdadeiros instrumentos de reforço das desigualdades sociais. Essa problemática histórica é bem exposta por Bittar⁵:

Percebe-se, seja no Império, seja na República, que a educação brasileira sempre,

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Estudos sobre o ensino jurídico**: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania. 2 ed. rev. mod. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 110.

historicamente, caracterizou-se por uma preponderância da desigualdade com relação à igualdade. Nos diversos períodos da história brasileira, desde o colonialismo, existe uma constante: uma educação para os ricos e uma educação para os pobres. Esse modelo de ensino, que privilegia uns em detrimento de outros, é, necessariamente, um aspecto importante da discussão do ensino universitário, uma vez que as condições de acesso ao ensino superior são determinadas por fatores anteriores ao ingresso nos quadros da Universidade.

As discussões sobre o ensino não se assentam mais na importância ou na necessidade de formação do indivíduo, as pautas atuais se baseiam no papel sociológico que se emprega esse formar. Tornar os discentes aptos ao convívio em sociedade, conscientes da sua importância na integração social, e principalmente que contribuam para a construção de um mundo mais democrático, são os elementos sociológicos que norteiam a construção do ensino jurídico.

A atividade essencial das universidades, atualmente, não se resume em capacitar acadêmicos para o mercado de trabalho, mas engloba também, a necessidade de prepará-los para o exercício da crítica e da cidadania. Incumbe ainda, prezar pela qualidade do trabalho acadêmico e profissional daqueles que capacita, devendo valorizar o desenvolvimento de competências, habilidades, valores e conhecimentos. A instituição de ensino superior assume a responsabilidade de formar não só profissionais, mas também cidadãos que possam, a partir do exercício profissional, contribuir para o desenvolvimento do país, a nível, econômico, político, social e cultural.

Diante do cenário de efetivação de direitos e deveres fundamentais estabelecidos pela Constituição da República do Brasil de 1988 e pautados no princípio da dignidade humana, bem como na realidade de uma sociedade cada vez mais dinâmica, o ensino jurídico deve se basear em uma perspectiva holística a fim de possibilitar que o egresso do curso de direito esteja preparado para lidar com os novos anseios sociais.

Além dessas questões que permeiam o ensino jurídico, a sociedade contemporânea tem fatidicamente impondo novos desafios, tais como os processos tecnológicos que dia após dia se aproximam das vivências educacionais e profissionais.

Segundo Santomé, os meios de comunicação e informatização entrelaçam as dimensões sociais. E é com base na globalização e no avanço tecnológico que se faz imprescindível a atuação de um profissional atento a essas novas implicações, sendo, portanto, necessário uma revisão e consequente atualização dos currículos jurídicos, a fim de preparar o indivíduo para enfrentar uma realidade multicultural.

Esta revolução nas tecnologias das telecomunicações não se percebe, apenas, como no passado, como uma fonte de melhoria da eficiência, mas como criadora de novas oportunidades, de novas profissões e de novos serviços para as pessoas. Não se trata

apenas de um assunto tecnológico; basicamente é um grande desafio político, cultural, econômico e social⁶.

Quando o referido autor fala em desafio político, cultural, econômico e social da inclusão invariável dos componentes tecnológicos no processo de ensino, ele expõe um contexto de grandes discrepâncias sociais que inibe a difusão desse avanço de forma igualitária entre os grupos sociais.

É nesse ponto que se insere o mais atual desafio do ensino jurídico. Acompanhar e implementar os novos instrumentos tecnológicos parece ser condição *sine qua non* de existência e manutenção das atividades de ensino. Porém, assegurar que essa nova realidade não impossibilite uma formação equânime entre os discentes e permita uma inclusão democrática no ambiente universitário, é a garantia de manter as instituições de ensino superior dentro do seu escopo de cumprimento da função social que as integra.

3.1 Instrução Universitária em Tempos de Pandemia

No que tange à Educação, a crise causada pelo novo Coronavírus impactou os sistemas educacionais em mais de 150 países, culminando com o encerramento das aulas em escolas e universidades, afetando 90% dos estudantes de todo o mundo⁷. Após a OMS declarar a pandemia de coronavírus o Brasil começou a adotar medidas para seu enfrentamento e o Ministério da Educação⁸ passou a definir os critérios de prevenção ao contágio no âmbito educacional.

No Brasil, o canário não foi diferente, e a suspensão das aulas presenciais ocorreram tanto nas universidades públicas como privadas. Segundo dados coletados no início de maio de 2020, cerca de 89,4% das universidades federais estavam com as atividades de ensino suspensas⁹. De acordo com pesquisa divulgada pela Associação Brasileira de Mantenedoras de

⁶ SANTOMÉ, Jurjo Torres. **Globalização e Interdisciplinariedade: o currículo integrado**. Tradução Claudia Schilling. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998, p. 89.

⁷ UNESCO [UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANISATION] COVID-19. **Educational disruption and response**. Paris: Unesco, 30 July 2020a. Disponível em: <<http://www.iiep.unesco.org/en/covid-19-educational-disruption-and-response-13363>>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria n. 188, de 03 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo Novo Coronavírus (2019-nCoV). Diário Oficial da União, ed. 24-A, seção 1, Brasília, DF, p. 1, 04 fev. 2020a. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

⁹ BRASIL. Ministério da Educação. **Coronavírus: monitoramento das instituições de ensino. Portal do Ministério da Educação**. Brasília, DF, 2020f. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/coronavirus/>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

Ensino Superior (ABMES), 78% das IES privadas estão com aulas por meios digitais e 22% delas optaram por suspender as aulas¹⁰.

Com intuito de contornar as perdas acadêmicas no ensino superior, o Ministério da Educação publicou, no dia 17 de março de 2020, a Portaria nº 343, dispondo “sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus – COVID – 19”¹¹.

Ao utilizar tecnologia de informação e comunicação o ensino remoto proposto em caráter emergencial se assemelha à Educação à Distância (EAD), principalmente no tocante ao fator temporal, uma vez que as aulas devem ocorrer em tempo real e interações entre aluno e professor ocorrem de forma online¹².

Porém, no contexto de pandemia, foi necessário alterar a prática de atividades não presenciais por meio digital e o limite de carga horária. Considerando essas novas demandas, o Conselho Nacional de Educação (CNE) emitiu o Parecer n. 5/2020, que propõe orientações para o reajuste dos calendários escolares (da educação infantil à superior) e realização de atividades pedagógicas não presenciais durante o período de pandemia, bem como a inclusão dessas atividades na carga horária do ano letivo¹³.

No que se refere ao Ensino Superior, o parecer do CNE enfatiza que sejam adotadas atividades por meios digitais e para sua execução se utilize os ambientes virtuais de aprendizagem, como mecanismo de substituição das atividades presenciais, e com intuito de garantir a continuidade do ensino durante a pandemia, assegurando que essas atividades não presenciais sejam consideradas no cômputo da carga horária mínima anual, evitando assim a reposição das atividades após a pandemia.

¹⁰ ABMES [ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MANTENEDORAS DE ENSINO SUPERIOR]. **COVID-19 vs. Educação Superior: O que pensam os alunos e como sua IES deve se preparar? Relatório de pesquisa - onda 2.** EducaInsights, 2020. Disponível em: <<https://abmes.org.br/arquivos/pesquisas/pesquisaabmeseduca05052020.>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

¹¹ BRASIL. Ministério da Educação. Gabinete do Ministro. **Portaria n. 343, de 17 de março de 2020.** Dispõe sobre a substituição de aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. Diário Oficial da União, ed. 53, seção 1, Brasília, DF, p. 39, 18 mar. 2020c. Disponível em: <[>](http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376). Acesso em: 29 de outubro de 2020

¹² COSTA, Ana Caline Nóbrega; TORRES, Ana Catarina Moura; ALVES, Lynn Rosalina Gama. Educação e Saúde: reflexões sobre o contexto universitário em tempos de COVID-19. Disponível em: <[>](https://www.researchgate.net/publication/341811676_Educacao_e_Saude_reflexoes_sobre_o_contexto_universitario_em_tempos_de_COVID-19). Acesso em 29 de outubro de 2020.

¹³BRASIL. Ministério da Educação. **Conselho Nacional de Educação/Secretaria Executiva. Súmula do Parecer CNE/CP n. 5/2020.** Reorganização do Calendário Escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da Pandemia da COVID-19. Diário Oficial da União, ed. 83, seção 1, Brasília, DF, p. 63, 04 maio 2020e. Disponível em: <[>](http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/sumula-do-parecer-cne/cp-n-5/2020-254924735). Acesso em: 29 de outubro de 2020.

A oferta de disciplinas curriculares pelas Instituições de Ensino Superior (IES), têm sido designadas como Ensino Remoto Emergencial, e muitas dessas instituições implementaram o ensino on-line de forma não planejada, sem considerar aspectos relevantes da realidade de estudantes e professores, e sem se debruçar sobre as particularidades pedagógicas e tecnológicas que envolve essa nova modalidade de ensino/aprendizagem.

3.2 A vulnerabilidade do Estudante e os Novos Métodos de Ensino Jurídico

Dados do IBGE¹⁴ apontam que no Brasil há 8,45 milhões de estudantes de graduação, sendo 75,4% matriculados em universidades privadas. Dos estudantes das universidades federais, 53,5% são de família com renda mensal per capita de até um salário mínimo, 51,2% são pretos, pardos ou quilombolas e 0,9% são indígenas. Quanto às condições materiais desses estudantes, os dados mostram que apenas 74,9% das residências têm algum tipo de acesso à Internet, sendo 98,7% desse acesso é feito por meio do celular. Residências que possuem microcomputador correspondem a 43,4%.

Uma vez que o Ensino Remoto Emergencial implica no indispensável uso da tecnologia, é fundamental que cada Instituição de Ensino Superior indiquem as variáveis relacionadas aos estudantes, de forma precisa para que se conheça as condições específicas de cada um. Sem essa pormenorização de características socioeconômicas, é inevitável a exclusão de boa parte desses estudantes. Ainda que o INEP possa apresentar dados oficiais que tratem dessa caracterização o perfil dos estudantes, também precisam ser traçadas por cada IES, como forma de conhecimento de seu público.

O Ministério da Educação¹⁵ elenca do documento de Referências de qualidade para a Educação Superior à Distância, condições mínimas que são necessárias para o possibilitar o desenvolvimento do processo de ensino e aprendizagem remotos. Entre algumas dessas indicações, destacam-se que o ensino superior à distância deve ser prioritariamente ofertado por meio de telecomunicação, com intuito se enquadrar aos requisitos de qualidade no projeto pedagógico dos cursos. Com base nisso, pode-se aferir as condições tecnológicas institucionais de estudantes e professores no contexto pandêmico.

¹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Uso de Internet, televisão e celular no Brasil. IBGE Educa - Jovens.** Rio de Janeiro: IBGE, 2020b. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação a Distância. **Referenciais de qualidade para educação superior à distância.** Brasília: Ministério da Educação/Secretaria de Educação a Distância, 2007. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/legislacao/refead1.pdf>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

No entanto, a pandemia trouxe consigo um novo modelo social e aumentou os níveis de desemprego, redução salarial, presença de mais pessoas no âmbito doméstico, utilizando mais recursos tecnológicos em contextos de baixa qualidade ou falta de acesso à Internet. Esses fatores aumentam os riscos de que essa prática, exclua muitos estudantes que não tenham acesso à Internet, computador e demais tecnologias requeridas para esse meio de ensino¹⁶. Além disso as instituições podem ter falhado em prover o acesso a recursos tecnológicos aos estudantes mais vulneráveis.

A alta quantidade de estudantes excluídos de acesso às aulas on-line pela falta de computadores ou de acesso à Internet, bem como a ausência de condições adequadas para estudo nas residências e o agravamento da situação socioeconômica das famílias brasileiras, destacam a dimensão e a complexidade do problema.¹⁷

Com a urgência para a efetivação do Ensino Remoto Emergencial, é possível elencar as prováveis consequências dessa adoção, tais como: o baixo desempenho acadêmico dos estudantes; o aumento do fracasso escolar; o aumento da evasão do Ensino Superior; e, d) as dificuldades de continuidade das atividades planejadas para compor a formação dos estudantes.

Para Sathler¹⁸ o método de ensino proposto, para operar durante a pandemia da COVID-19 é de má qualidade, por ter suprimido preceitos importantes, como o planejamento de caminhos para a aprendizagem, que conta com a participação dos alunos por meio das metodologias ativas. Através dessa dinâmica o tempo de estudo dos discentes é otimizado e a regularidade da carga-horária passa a ser mais exequível.

4. ENSINO JURÍDICO POTIGUAR NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Comumente, no contexto de ensino remoto, é imprescindível que os discentes possuam acesso a computadores, ou outros meios de comunicação digital (tablet ou smartphone) e internet. No entanto, a nova realidade trazida pela pandemia, fez com que muitos brasileiros passassem a trabalhar remotamente, utilizando os seus aparelhos pessoais. Ocorre que, antes a

¹⁶ OCDE [ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES]. **A framework to guide an education response to the COVID - 19 pandemic of 2020**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://www.hm.ee/sites/default/files/framework_guide_v1_002_harward.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

¹⁷ TENENTE, Luiza. **Sem Internet, merenda e lugar para estudar: Veja obstáculos do ensino a distância na rede pública durante a pandemia de COVID-19**. G1, Educação, 5 maio 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/05/05/sem-internet-merenda-e-lugar-para-estudar-veja-obstaculos-do-ensino-a-distancia-na-rede-publica-durante-a-pandemia-de-covid-19.ghtml>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

¹⁸ SATHLER, L. **Educação pós-pandemia e a urgência da transformação digital**. Disponível em: <<https://anup.org.br/noticias/educacao-pos-pandemia-e-a-urgencia-datransformacao-digital/>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

disponibilidade desses instrumentos nas residências conseguia suprir as necessidades de várias pessoas, mas em poucos meses passou a não ser suficiente, ainda mais quando se trata de famílias com menor poder aquisitivo, em que o número de aparelhos tecnológicos é reduzido. Em decorrência desse novo fator, muitos estudantes que antes tinham computadores disponíveis em casa em horário de aula, passaram a não ter mais acesso a eles, tendo que dividir esse acesso com outros membros do grupo familiar.

Conhecer essa realidade do alunado permite às universidades potiguaras analisar em que grau é viável exigir presença do estudante na sala virtual em horário específico ou se é mais acertado desenvolver condições de ensino em que o estudante tenha acesso aos materiais de aula (vídeos, textos etc.) e a um espaço para esclarecer dúvidas, sem que comprometa o prazo para realização das atividades.

Percebe-se uma discrepância na forma como a condução das aulas ocorreu no âmbito das universidades. As instituições privadas, substituíram o ensino presencial pelo remoto de maneira muito rápida, de modo que, todos os conteúdos teóricos dos cursos foram substituídos pelo novo formato de aula. Os cronogramas das disciplinas foram seguindo os horários habituais, garantindo a interação aluno-professor, outras aulas, no entanto foram ministradas a partir de vídeos disponibilizados nas plataformas digitais de ensino, desenvolvidas para esse fim, contudo, este último modelo, menos interativo, foi pouco aceito pelos discentes.

As instituições públicas de ensino superior, rejeitaram em 60% a orientação para continuidade das aulas *on line*, o que demonstra um conhecimento da realidade vivenciada pelos estudantes e suas limitações quanto ao acesso tecnológico e uma clara sensibilidade quanto as desigualdades no âmbito acadêmico¹⁹. Esse fato culminou com a implementação em universidades federais e estaduais de auxílios e bolsas de apoio tecnológico, como ajuda de custo para que os alunos em situação mais vulnerável conseguissem adquirir aparelhos de comunicação virtual e até mesmo garantir acesso à internet. É o que se observa nos editais nº 08/200 – PRAE²⁰, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN); 003/2020.1 –

¹⁹ PALHARES, I. **Três em cada cinco universidades federais rejeitam ensino a distância durante quarentena.** Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/geral/tres-em-cada-cinco-universidades-federaisrejeitam-ensino-a-distancia-durante-quarentena-2984798e.html>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

²⁰ UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **EDITAL Nº 08/2020 – PRAE/UERN.** Torna Público O Processo Seletivo Para Concessão Do Auxílio Inclusão Digital Por Meio Do Programa De Fomento Às Ações De Assistência À Permanência Estudantil No Âmbito Da Uern (Prouern). Disponível em: <<http://portal.uern.br/wp-content/uploads/2020/06/Edital-PROUERNInclus%C3%A3oDigital.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

PROAE²¹, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); e 03/2020 – PROAE²², da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).

No tocante ao ensino superior ofertado no âmbito as instituições privadas, o interesse pela introdução das aulas remotas se justifica como meio de dar continuidade ao pagamento das mensalidades do curso e como não há fomento de auxílios e acesso à tecnologia se observa uma nítida irresponsabilidade com aqueles que não possuem referido acesso tornando impossível acompanhar o avanço do conteúdo.

Essa problemática que envolve as instituições privadas e as condições tecnológicas dos alunos reflete na evasão e na inadimplência. Segundo dados do Cenário Econômico Atual das Instituições de Ensino Superior (IES) Privadas, do Instituto Semesp, a evasão cresceu em 32,5% em abril de 2020 e a inadimplência aumentou 72%, no mesmo período²³. Além dessa perspectiva, os fatores de desemprego, redução salarial e incerteza econômica, agravados com a pandemia também contribuíram para o abandono dos cursos de graduação a nível nacional.

4.1 Possíveis Danos Aos Direitos Humanos Dos Estudantes

Existem no Brasil 8,45 milhões de estudantes de graduação, 75,4% desses alunos estão matriculados em universidades privadas. Nas universidades federais, 53,5% dos discentes compõe uma família com renda mensal per capita de até um salário-mínimo. No tocante às condições materiais desses estudantes, apenas 74,9% das residências possuem algum tipo de acesso à Internet, de modo que 98,7% desse acesso é realizado por meio do celular. E somente, 43,4% das residências possuem microcomputador²⁴. Com base nesses dados, a Educação à distância não pode ser ofertada como única solução para a manutenção das aulas durante a pandemia, uma vez que, esta metodologia tende a exacerbar as desigualdades já existentes, pois nem todos os alunos dispõem de acesso ao equipamento necessário. Se o plano for investir

²¹ UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. **Edital Nº 003/2020.1 - PROAE** - Processo Seletivo Simplificado para o Auxílio de Inclusão Digital para Alunos da Graduação. Disponível em: <<http://www.proae.ufrn.br/documento.php?id=351622030>>. Acesso em 24 de novembro de 2020.

²² UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO. **Edital Proae/Ufersa Nº 03/2020** – Seleção Para Auxílio Inclusão Digital(Equipamento). Disponível em: <<https://proae.ufersa.edu.br/edital-proae-ufersa-no-03-2020-selecao-para-auxilio-inclusao-digital/>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

²³ VIDIGAL, Cida. **Ensino superior privado em tempos de pandemia**. Jornal O Tempo. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/opiniaio/artigos/ensino-superior-privado-em-tempos-de-pandemia-1.2347664>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

²⁴ IBGE [INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA]. **Uso de Internet, televisão e celular no Brasil**. IBGE Educa - Jovens. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

apenas em ferramentas digitais, certamente, esse fato concorrerá para uma piora na aprendizagem dos alunos a curto e a médio prazos²⁵.

Uma vez que o Ensino Remoto Emergencial prescinde necessariamente da utilização de instrumentos tecnológicos, é de fundamental importância que cada instituição defina parâmetros para a execução dessas atividades e principalmente conheça a situação econômica, social e familiar na qual esse estudante está inserido, com o intuito de traçar objetivos que minimizem as consequências de danos no processo educacional. Sem isso, é alto o risco de exclusão de boa parte deles.

E essa exclusão afeta primordialmente o direito à educação com consequências diretas que impactam a dignidade humana desses indivíduos no trajeto ensino-aprendizagem. A aprendizagem que já se apresentava deficiente antes da pandemia, será ainda mais impactada com o modelo tecnológico emergencial na era da COVID-19²⁶.

As experiências em locais com menor acessibilidade digital e maior desigualdade social, nos quais as políticas públicas não efetivadas e não minimizam os danos a direitos fundamentais, se constitui como desafio a ser considerado para que haja adaptações no sistema de ensino neste momento²⁷. No Brasil, os relatos sobre a alta quantidade de estudantes excluídos de acesso on-line, seja em decorrência da falta de computadores ou de acesso à Internet, bem como sobre a ausência de condições adequadas para estudo no ambiente doméstico e o agravamento da situação socioeconômica das famílias brasileiras, destacam a dimensão e a complexidade do problema²⁸.

Bobbio (2004) trouxe a expressão ‘Era dos Direitos’ para denominar o estabelecimento de princípios, regras e direitos que pudessem ser universalmente adotados de forma comum e viabilizar a aplicação dos Direitos Humanos entre as culturas. Nesse sentido, o direito fundamental à educação, subordinando-se ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana,

²⁵ SOUZA, Simone de; FRANCO, Valdeni S.; COSTA, Maria Luisa F. **Educação a distância na ótica discente**. Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 42, n. 1, p. 99-114, jan./mar. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ep/v42n1/1517-9702-ep-42-1-0099>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

²⁶ SATHLER, L. **Educação pós-pandemia e a urgência da transformação digital**. Disponível em: <<https://anup.org.br/noticias/educacao-pos-pandemia-e-a-urgencia-datransformacao-digital/>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

²⁷ OCDE [ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES]. **A framework to guide an education response to the COVID - 19 pandemic of 2020**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://www.hm.ee/sites/default/files/framework_guide_v1_002_harward.pdf>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

²⁸ TENENTE, L. **Sem Internet, merenda e lugar para estudar: Veja obstáculos do ensino a distância na rede pública durante a pandemia de COVID-19**. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/05/05/sem-internet-merenda-e-lugar-para-estudar-veja-obstaculos-do-ensino-a-distancia-na-rede-publica-durante-a-pandemia-de-covid-19.ghtml>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

deve, durante o estado de calamidade pública, ser efetivado para garantir seu exercício pleno a estudantes e professores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário de enfrentamento à pandemia vem exigindo medidas políticas por parte do Estado, na área da educação, em função da pandemia de coronavírus. As ações que estão sendo tomadas para gerir a educação superior vêm proporcionando uma regulação no sentido de minimizar o prejuízo em relação à aprendizagem dos conteúdos curriculares. As instituições de ensino superior assumem papel fundamental nesse contexto, elas devem oferecer opções que auxiliem os discentes a compreenderem o momento pelo qual a sociedade está passando na medida em que oferece meios e condições adequadas para sua participação efetiva no processo de formação profissional, sem perder de vista as vicissitudes que eles estão vivendo.

Julgamos necessário chamar à responsabilidade também o campo da formação superior em Direito que, conforme entendemos deve, necessariamente, repensar toda a sua estrutura, das competências e habilidades requeridas ao formando, os componentes curriculares e formas de ensino e às construções de pontes com a sociedade, o mercado e o Estado, além de garantir uma minimização dos danos aos Direitos Humanos que permeiam a relação do acesso à educação remota.

A pandemia não é democrática e atinge pessoas e grupos sociais de diferentes formas, mas o acesso ao ensino precisa ter um viés democrático e conhecendo a realidade desigual e multifacetada da educação brasileira, pública e privada, as profundas dificuldades e limitações de caráter logístico e de infraestrutura pensar um ensino jurídico abrangente e acessível é premissa fundamental para garantia de direitos, mas também para assegurar uma formação adequada de futuros profissionais.

Considerando as mudanças, atualmente em curso, provocadas não só pela pandemia como, também, por instabilidades políticas, econômicas e sociais que afetam tão fortemente o ensino jurídico, será necessária desenvolver uma nova consciência e assumir novas responsabilidades, sejam elas no sentido de manter os investimentos na educação do ensino superior, até as ações voltadas à redução de possíveis danos aos Direitos Humanos dos discentes, cuja vulnerabilidade corolário da falta de acesso as novas tecnologias e desmotivação já denunciam o agravamento das desigualdades as quais vivem mergulhadas as suas famílias e comunidades, a exemplo do Nordeste, região que abrange o estado do Rio Grande do Norte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABMES [ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MANTENEDORAS DE ENSINO SUPERIOR]. **COVID-19 vs. Educação Superior: O que pensam os alunos e como sua IES deve se preparar? Relatório de pesquisa - onda 2.** EducaInsights, 2020. Disponível em: <<https://abmes.org.br/arquivos/pesquisas/pesquisaabmeseduca05052020>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Estudos sobre o ensino jurídico: pesquisa, metodologia, diálogo e cidadania.** 2 ed. rev. mod. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 110.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 10.

BRASIL. Ministério da Educação. **Coronavírus: monitoramento das instituições de ensino.** Portal do Ministério da Educação. Brasília, DF, 2020f. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/coronavirus/>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Gabinete do Ministro. **Portaria n. 343, de 17 de março de 2020.** Dispõe sobre a substituição de aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. Diário Oficial da União, ed. 53, seção 1, Brasília, DF, p. 39, 18 mar. 2020c. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco-de-2020-248564376>>.

Acesso em: 29 de outubro de 2020

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação a Distância. **Referenciais de qualidade para educação superior à distância.** Brasília: Ministério da Educação/Secretaria de Educação a Distância, 2007. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/legislacao/refead1.pdf>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria n. 188, de 03 de fevereiro de 2020.** Declara Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo Novo Coronavírus (2019-nCoV). Diário Oficial da União, ed. 24-A, seção 1, Brasília, DF, p. 1, 04 fev. 2020a. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação/Secretaria Executiva. **Súmula do Parecer CNE/CP n. 5/2020.** Reorganização do Calendário Escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da Pandemia da COVID-19. Diário Oficial da União, ed. 83, seção 1, Brasília, DF, p. 63, 04 maio 2020e. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/sumula-do-parecer-cne/cp-n-5/2020-254924735>>.

Acesso em: 29 de outubro de 2020.

COSTA, Ana Caline Nóbrega; TORRES, Ana Catarina Moura; ALVES, Lynn Rosalina Gama. **Educação e Saúde: reflexões sobre o contexto universitário em tempos de COVID-19.** Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/341811676_Educacao_e_Saude_reflexoes_sobre_o_contexto_universitario_em_tempos_de_COVID-19>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Uso de Internet, televisão e celular no Brasil.** IBGE Educa - Jovens. Rio de Janeiro: IBGE, 2020b. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social.** 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 214.

MACHADO, Lourdes Marcelino e OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Direito à educação e legislação de ensino. In: WITTMANN, Lauro Carlos e GRACINDO, Regina Vinhaes (org.)

O estado da arte em política e gestão de educação no Brasil – 1991-1997. Brasília: ANPAE e Campinas: Autores Associados, 2001, p. 56.

OCDE [ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES]. **A framework to guide an education response to the COVID - 19 pandemic of 2020, [s. l.], 2020.** Disponível em: <https://www.hm.ee/sites/default/files/framework_guide_v1_002_harward.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Adotada e aprovada em Assembléia Geral da ONU no dia 10 de dezembro de 1947. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 19 de novembro de 2020.

PALHARES, I. **Três em cada cinco universidades federais rejeitam ensino a distância durante quarentena.** Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/geral/tres-em-cada-cinco-universidades-federaisrejeitam-ensino-a-distancia-durante-quarentena-2984798e.html>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

SANTOMÉ, Jurjo Torres. **Globalização e Interdisciplinariedade: o currículo integrado.** Tradução Claudia Schilling. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998, p. 89.

SATHLER, L. **Educação pós-pandemia e a urgência da transformação digital.** Disponível em: <<https://anup.org.br/noticias/educacao-pos-pandemia-e-a-urgencia-datransformacao-digital/>>. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

SOUZA, Simone de; FRANCO, Valdeni S.; COSTA, Maria Luisa F. Educação a distância na ótica discente. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 42, n. 1, p. 99-114, jan./mar. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ep/v42n1/1517-9702-ep-42-1-0099>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

TENENTE, L. **Sem Internet, merenda e lugar para estudar: Veja obstáculos do ensino a distância na rede pública durante a pandemia de COVID-19.** G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/05/05/sem-internet-merenda-e-lugar-para-estudar-veja-obstaculos-do-ensino-a-distancia-na-rede-publica-durante-a-pandemia-de-covid-19.ghtml>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

UNESCO [UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANISATION] COVID-19. **Educational disruption and response.** Paris: Unesco, 30 July 2020a. Disponível em: <<http://www.iiep.unesco.org/en/covid-19-educational-disruption-and-response-13363>>. Acesso em: 30 de outubro de 2020.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **EDITAL Nº 08/2020 – PRAE/UERN. Torna Público O Processo Seletivo Para Concessão Do Auxílio Inclusão Digital Por Meio Do Programa De Fomento Às Ações De Assistência À Permanência Estudantil No Âmbito Da Uern (Prouern).** Disponível em: <<http://portal.uern.br/wp-content/uploads/2020/06/Edital-PROUERNInclus%C3%A3oDigital.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. **Edital Nº 003/2020.1 - PROAE - Processo Seletivo Simplificado para o Auxílio de Inclusão Digital para Alunos da Graduação.** Disponível em: <<http://www.proae.ufrn.br/documento.php?id=351622030>>. Acesso em 24 de novembro de 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO. **Edital Proae/Ufersa Nº 03/2020 – Seleção Para Auxílio Inclusão Digital (Equipamento).** Disponível em: <<https://proae.ufersa.edu.br/edital-proae-ufersa-no-03-2020-selecao-para-auxilio-inclusao-digital/>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

VIDIGAL, Cida. **Ensino superior privado em tempos de pandemia.** Jornal O Tempo. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/opiniaio/artigos/ensino-superior-privado-em-tempos-de-pandemia-1.2347664>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.

REFLEXÕES SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

REFLECTIONS ON THE PURE THEORY OF LAW BY HANS KELSEN

Valterlei A. da Costa¹

Vivian Carla da Costa²

Resumo: O presente trabalho apresenta a Teoria Pura do Direito como uma metodologia que visa a diferenciar a ciência do direito tanto da sociologia jurídica como da axiologia normativa. **Palavras-Chaves:** Teoria Pura do Direito; Ciência do Direito; Direito Positivo; Sociologia Jurídica; Axiologia Jurídica; Hans Kelsen.

Abstract: This paper presents the Pure Theory of Law as a methodology, which aims to differentiate the science of law from legal sociology and normative axiology.

Keywords: Pure Theory of Law; Science of Law, Law Positive; Legal Sociology; Normative Axiology; Hans Kelsen.

1. INTRODUÇÃO

Há sempre um grau de subjetividade em afirmações do tipo HANS KELSEN foi o maior jurista do século XX e a sua teoria a mais influente. Todavia, não se pode negar que tenha aquele que nasceu ainda sobre o império austro-húngaro³ inaugurado uma corrente de pensamento totalmente original, pois se antes já havia uma escola jurídica que pudéssemos chamar de positivista⁴, depois dele a questão adquiriu novo patamar, com a revolucionária Teoria Pura do Direito⁵.

¹ Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR. Ex-Técnico de Finanças e Controle da Procuradoria da Fazenda Nacional. Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/Curitiba. Membro do Instituto de Direito Tributário do Paraná. Professor dos cursos de pós-graduação em direito *lato sensu*. Advogado em Curitiba/PR. E-mail: costa.valterlei@gmail.com.

² Bacharel em Direito pela UniCuritiba. Advogada em Curitiba/PR. E-mail: vivian.costa@outlook.com.

³ “Hans Kelsen é o produto da última floração intelectual daquela grande, antiga e notável política multinacional que foi o Império- Austro-Húngaro, uma Monarquia Dual, cujo chefe de Estado ostentava o título de imperador da Áustria e rei da Hungria [...]”. José Antonio Dias Toffoli e Otavio Luiz Rodrigues Jr., Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias, *in* Hans Kelsen, **Autobiografia de Hans Kelsen**, p. XXIII (III.1). Entre parênteses, fazemos referência ao capítulo, seção ou parte em que a citação se encontra na obra.

⁴ “[...] o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva — ou, de qualquer modo, absolutamente prevacente — do direito, e seu resultado último é representado pela codificação”. Norberto Bobbio, **O positivismo jurídico**, p. 119 (29).

⁵ “Teoria Pura do Direito” é expressão que comporta vários significados. Pode ser, por um lado, o conjunto da doutrina kelseniana, como pode ser, também, um ponto central e específico, tal qual a separação dos mundos entre ser e dever. Igualmente, pode ser o livro “Teoria Pura do Direito”. Nesse caso, devemos ter em mente que há duas edições, a primeira, de 1934, com o subtítulo “introdução aos problemas da ciência jurídica”, e a segunda, de 1960. Ocorre que “[e]sta segunda edición es mucho más amplia; puede decirse que es <<otro libro>>, si bien el espíritu general de la obra se conserva y asimismo sus ideas filosóficas de partida”. Gregorio Robles, Presentación, *in* Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 1.ed., p. 28.

De modo geral, a Teoria Pura do Direito não é ela mesma, em seus próprios termos, uma ciência, mas é antes uma metodologia, pois não descreve qualquer direito positivo, propondo, na verdade, a forma como tal descrição deve ser feita. Nessa linha, por um lado, se não faz ciência, por outro, fornece as bases para uma produção científica adequada⁶. E, para tanto, estabelece como primeiro ponto a ser seguido uma precisa e exata pureza de método, quando a ciência do direito, a que descreve o direito positivo, deve ser bem separada tanto da sociologia jurídica como da axiologia normativa, pois o que é puro não é o direito, como muitas vezes erroneamente se supõe, mas a ciência que o estuda, desde que realizada segundo os métodos da Teoria Pura do Direito, a qual “[...] se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto [...]”⁷. Assim, “[...] la teoría pura del Derecho ha combatido siempre en dos frentes, contra el *Derecho natural* por un lado y contra la *sociología* por el otro”⁸.

Nessa linha, pode dizer-se que

La depuración de la ciencia jurídica tiene que realizarse en dos direcciones: por una parte, frente a la tendencia ético-política, que estudia las normas jurídicas atendiendo a las finalidades concretas que sirven; por otra, frente a la tendencia sociológica, que involucra hechos con normas, explicaciones causales con preceptos⁹.

A Teoria Pura do Direito estabelece limites precisos para a atuação do jurista, que é a descrição das normas jurídicas, deixando, com isso, um caminho muito estreito para se navegar, pois, de um lado, temos o fato, quando as condutas são analisadas em razão de sua conformidade às normas jurídicas, e, de outro, temos o valor, qualidade dessas mesmas normas jurídicas em relação à justiça, com Kelsen conduzindo a ciência do direito por entre esses dois extremos, tal qual um Odisseu em sua luta contra Caríbdis e Sila¹⁰.

2 FATO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

⁶ “En la base de toda la construcción kelseniana están las normas jurídicas; en un segundo nivel, la ciencia del derecho las describe en proposiciones jurídicas; en un nivel todavía superior, finalmente HANS KELSEN indica de qué modo deben ser descritas estas normas jurídicas, es decir, qué reglas deben seguirse para construir una ‘verdadera’ ciencia del derecho. Nos encontramos aquí en un nivel de metaciencia [...]”. Mario Losano, **Teoría pura del derecho**, p. 129 (V.9).

⁷ Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 2.ed., p. 1 (I.1). No mesmo sentido: “Intitula-se Teoria “Pura” do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico”. Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 1.ed., p. 67 (I.1)

⁸ Norberto Bobbio, La teoría pura del derecho y sus críticos, in _____, **Contribución a la teoría del derecho**, p. 118 (IV.2).

⁹ Luis Recaséns Siches, Estudio preliminar, in Hans Kelsen, **Compendio de teoría general del estado**, p. 15.

¹⁰ “Ulisses fora advertido por Circe para tomar cuidado com os dois monstros Sila e Caríbdis. [...] Sila [...] fora uma linda donzela transformada por Circe num monstro cheio de serpentes. [...]. O outro motivo de terror, Caríbdis, era um sorvedouro quase ao nível da água”. Thomas Bulfinch, **O livro de ouro da mitologia**, p. 290 (XXIX).

A ciência do direito¹¹ descreve a norma jurídica, “[...] el concepto fundamental de todo conocimiento jurídico [...]”¹², tendo como elemento próprio e identificador o dever-ser (*Sollen*), que associa duas proposições, mas não como causa e efeito, a partir da observação da natureza, que pertence ao mundo do ser (*Sein*), e sim como imputação, a partir de um ato de vontade, na linha de que se for a hipótese, então deve ser a consequência¹³. Ou seja, [...] a imputação [...] é produzida por um ato de vontade, cujo sentido é uma norma [...]”¹⁴. Por sua vez, a sociologia é “[...] uma ciência que pretende entender pela interpretação a ação social para [...] explicá-la causalmente no seu desenvolvimento e nos seus efeitos”¹⁵. E se estendermos o raciocínio para a sociologia do direito, “[...] as normas são *expectativas de comportamento estabilizados em termos contrafáticos*”¹⁶. Desse modo, enquanto a sociologia jurídica cuida de explicar um comportamento que é em razão do passado ou de apresentá-lo como um será, mesmo que no campo do provável, tendo a norma jurídica como pano de fundo, a ciência jurídica não propõe qualquer explicação causal, nem se propõe a firmar predições, mas descreve as normas jurídicas, as quais são portadoras de estrutura — dada a condição, então deve ser a conduta —, com a contingência de sua semântica¹⁷.

As condutas são, foram ou serão, não havendo dúvidas de que a norma jurídica, sobre isso, tem seus efeitos, mas é campo de estudo para a sociologia jurídica, cuja “[...] parte geral se ocupa das características gerais do direito em ação, sua estrutura e dinâmica [...]”¹⁸, uma vez que a ciência do direito tem por foco um ponto diferente, pois seu objeto é a norma jurídica,

¹¹ “Por que *jurisprudência* e não *juris scientia*? Deixando de lado a palavra jurisprudência que, mesmo em Roma, teve mais de um significado, é de se notar que a terminologia romana evitou, em geral, a expressão ciência. [...]. A expressão Ciência do Direito é relativamente recente, tendo sido uma invenção da Escola Histórica alemã, no século passado”. Tercio Sampaio Ferraz Jr., **A ciência do direito**, p. 18 (II).

¹² Hans Kelsen, **¿Qué es la teoría pura del derecho?**, p. 9.

¹³ “O princípio da causalidade afirma que, se A existe, B existe (ou existirá). O princípio da imputação afirma que, se A existe, B deve existir”. Hans Kelsen, Causalidade e imputação, in _____, **O que é justiça?**, p. 331. Assim, “[s]e simbolizarmos a proposição-hipótese por *p* e a proposição-tese por *q*, e a relação implicacional por ‘→’, a fórmula do primeiro membro da proposição jurídica seria ‘*D (p→q)*’, onde *D* é o functor [...] incidente sobre a *relação interproposicional*”. Lourival Vilanova, **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p. 92 (IV.1).

¹⁴ Hans Kelsen, **Teoria geral das normas**, p. 32 (7.II).

¹⁵ Max Weber, Conceitos sociológicos fundamentais, in _____, **Metodologia das ciências sociais**, p. 612-613 (1). E para uma defesa de que a sociologia cuida as condutas externas dos indivíduos a partir de uma provocação podemos citar a teoria de DURKHEIM, a qual estabelece o fato social como o domínio da sociologia: “Reconhece-se um fato social pelo poder de coerção externa que ele exerce ou é capaz exercer sobre os indivíduos; e a presença desse poder, por sua vez, reconhecemos tanto na existência de alguma sanção determinada, quanto na resistência que o fato opõe a todo esforço individual que visa a violá-lo”. Émile Durkheim, **As regras do método sociológico**, p. 38 (I).

¹⁶ Niklas Luhmann, **Sociologia do direito**, p. 57 (II.2).

¹⁷ “Por variado que seja estilisticamente, tecnicamente, idiomáticamente, o modo como o direito positivo de uma sociedade concreta se exprime, onde há regras [...], aí encontramos sua composição dual”. Lourival Vilanova, **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p. 82 (III.7).

¹⁸ Alf Ross, **Direito e justiça**, p. 47 (I.4.2).

enquanto ente de dever-ser, e não a conduta em si, a qual pertence ao mundo do ser. Com isso, não se nega a importância do comportamento humano, mas ele passa a ser um ponto mediato de estudo, já que, em primeiro plano, o imediato, o destaque fica com a norma jurídica¹⁹. Até porque, “[s]e apenas tomarmos em consideração relações de facto [...], o laço que existe entre dois homens não difere do que existe entre uma causa e um efeito físico”²⁰.

A Teoria Pura do Direito, com efeito, adota como supedâneo uma distinção entre o mundo que é e o mundo que deve ser, quando de um ser não se deriva um dever-ser, naquilo que em muito se aproxima da “lei de HUME”²¹, mesmo que não tenha sido essa a sua fonte primária²². De toda sorte, há uma ciência para aquilo que, em razão das normas jurídicas, é ou será, a sociologia do direito²³, e há uma ciência normativa, a qual tem por objeto aquilo que deve ser, campo para a jurisprudência quando o que estiver em voga seja a norma jurídica, pois “[a] ciência jurídica tem por missão conhecer [...] o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento”²⁴. Assim, como síntese, pode dizer-se que na teoria kelseniana “[...] a sociologia do direito é muito mais uma irmã da física do que da jurisprudência, esta última ao menos por seu objeto ideal, muito mais próxima, por sua vez, das matemáticas do que de qualquer ciência cultural”²⁵.

Agora, mesmo a teoria kelseniana necessita estabelecer algum contato entre os planos do ser e do dever-ser, o que faz estabelecendo que “[u]m mínimo de eficácia [...] é a condição

¹⁹ “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação — menos evidente — de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou — por outras palavras — na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”. Hans Kelsen, **Teoria pura direito**, 2.ed., p. 79 (III.1).

²⁰ Hans Kelsen, **Teoria geral do estado**, p. 22 (1).

²¹ “Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como *é* e *não é*, não encontro uma só proposição que não seja conectada a outra por um *deve* ou *não deve*. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes”. David Hume, **Tratado da natureza humana**, p. 509 (III.II.27).

²² “[...] el *Sollen* llegó a la teoría pura del derecho por intermedio de los neokantianos y, en modo especial, de la escuela de Baden (o escuela alemana sud-occidental)”. Mario Losano, **Teoría pura del derecho**, p. 94 (IV.3).

²³ “A sociologia do Direito não põe os fatos da ordem do ser cujo conhecimento lhe compete em relação com normas válidas, mas põe-nos em relação com outros fatos da ordem do ser, como causa e efeitos”. Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 2.ed., p. 113. Sobre KELSEN ter reconhecido a possibilidade de uma sociologia do direito, devemos ter em conta que “[...] em opinión de la teoría pura del derecho, una sociología del derecho no tiene nada que hacer con la norma jurídica como contenido intelectual; tiene que tratar únicamente de algunos sucesos sin referencia a ninguna relación de éstos a las normas particulares. Esta sociología del derecho no es una ciencia cultural que ‘entiende’ (*versteht*), sino una ciencia física que clasifica sus datos de acuerdo con el modelo de causa y efecto”. William Ebenstein, **La teoría pura del derecho**, p. 67 (II).

²⁴ Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 2.ed., p. 81 (III.3).

²⁵ Antônio Luís Machado Neto, **Sociologia jurídica**, p. 131 (II.4).

de sua [da norma] vigência”²⁶. Assim, primeiramente, a conduta regradada normativamente se deve enquadrar como uma contingência, pois não há sentido em prescrever algo que sempre ocorre ou que, ao contrário, nunca acontece²⁷; já em um segundo momento, essa possibilidade, em algum grau, deve tornar-se uma concretude, uma vez que somente é possível se considerar presente um mínimo de eficácia se ou os destinatários primários das normas as observam com certa regularidade ou os destinatários eventuais das normas as aplicam, também com certa regularidade, determinando as consequências²⁸. Há, portanto, uma dupla disposição para se apreciar a correspondência das normas jurídicas com o mundo, ou em relação à norma primária ou no que toca à norma eventual²⁹.

A ciência do direito e a sociologia jurídica têm, portanto, objetos distintos, pois aquela descreve as normas jurídicas, e as condutas surgem somente de forma mediata, e a esta as condutas, com as normas jurídicas aparecendo apenas como tema mediato. Agora, ao se estabelecer que as normas jurídicas devem possuir um mínimo de eficácia, então se estabelece uma ponte entre o mundo do ser e o do dever-ser, quando o direito é norma, mas não deixa de ser também, em algum grau, fato³⁰.

3. VALOR E AXIOLOGIA DO DIREITO

Para a Teoria Pura do Direito, a ciência do direito não se confunde com a sociologia jurídica, pois tem como objeto central a norma jurídica e não o fato; igualmente, não se equipara à axiologia jurídica, uma vez que não tem por tema o valor. A ciência do direito, por um lado, não busca conhecer se as normas jurídicas são eficazes ou ineficazes, pois pratica uma precisa separação entre ser e dever-ser, apesar de apresentar como condição de validade as normas

²⁶ Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 2.ed., p. 12 (I.4.c).

²⁷ “Uma norma que preceituasse um certo evento que de antemão se sabe que necessariamente se tem de verificar, sempre e em toda a parte, por força de uma lei natural, seria tão absurda como uma norma que preceituasse um certo fato que de antemão se sabe que de forma alguma poderá verificar, igualmente por força de uma lei natural”. Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 2.ed., p. 12 (I.4.c).

²⁸ Sobre os atos jurídicos se pode dizer que “[s]uas consequências são de dupla natureza. Em primeiro lugar, têm efeitos imediatos de tipo psicológico. Aquele que promete sente-se obrigado; aquele a quem se promete sente-se autorizado a esperar daquele que promete a realização do ato prometido; a conduta contrária pode provocar reações hostis. Em segundo lugar, os atos atendem a certos requisitos do direito; são relevantes de um ou outra forma às ações da parte dos órgãos do Estado. Como os órgãos do Estado aplicam regularmente as regras, aquele que promete expõe-se a uma sanção se romper a promessa; o conhecimento deste fato fortalece o efeito psicológico imediato da promessa”. Karl Olivecrona, **Linguagem jurídica e realidade**, p. 74-75 (VI).

²⁹ “Uma norma jurídica prescreve a “S₁” primeiramente uma conduta, de forma condicional. Por causa disso, vamos chamá-la de “norma primária”. Uma outra norma jurídica também prescreve conduta, só que agora, a “S₂”, mas só eventualmente, ou seja, somente se não se der a primeira conduta. Por isso, vamos chamá-la de “norma eventual”. Valterlei A. da Costa, **Ensaio para uma teoria trilógica do tributo**, p. 46 (I.2.5).

³⁰ “El Derecho es norma o el Derecho es hecho; tal es el dilema”. Carlos Cossio, **Teoría de la verdad jurídica**, p. 35 (I.3).

jurídicas serem dotadas de um mínimo de eficácia; por outro, não tem pretensão de saber da justiça ou da injustiça das normas jurídicas³¹, uma vez que o valor de uma norma jurídica perante um sistema de justiça não se confunde com a própria norma jurídica, já que uma coisa é a sua existência, sua validade, e outra é sua correspondência, ou não, com uma concepção de mundo usada como parâmetro para a apreciação axiológica. Todavia, resta indagarmos se não haveria como condição de validade, em similitude à eficácia, a imperiosidade de mínimo de justiça.

A teoria dos valores ou axiologia³² procura estabelecer o porquê de algo dever ser objeto de preferência ou escolha, dando margem a dois conceitos: metafísico ou absolutista, por um lado; empírico ou subjetivista, por outro³³. De modo geral, podemos dizer-se que uma resposta à questão da justiça depende: ou da possibilidade de acessarmos uma verdade absoluta, que independe de nós, tendo, assim, um caráter declaratório³⁴; ou, então, da faculdade para relativizarmos o certo e o errado, quando a régua passa ser o homem como a medida de todas as coisas, tendo, assim, um caráter constitutivo³⁵.

Dados esses dois polos, não há dúvidas de que Kelsen foi um relativista, pois não vislumbrava como seria possível que houvesse, dentre as inúmeras formas valorativas de se compreender o mundo, apenas uma única correta. De toda sorte, enquanto homem e jurista, havia para ele coisas de mais valor, o que não o autorizava, era esse seu entendimento, a elevá-las ao nível do absoluto:

De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da

³¹ “[...] a justiça e a injustiça, que são afirmadas como qualidades de uma norma jurídica positiva cuja validade é independente desta sua justiça ou injustiça, não são — ou não são imediatamente, pelo menos — qualidades desta norma, mas qualidades do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o sentido”. Hans Kelsen, **O problema da justiça**, p. 9 (I).

³² “Formado na base do termo grego ἄξιος (‘valioso’, ‘estimável’, ‘digno de ser honrado’), o vocabulário ‘axiologia’ é usado às vezes como equivalente a ‘teoria dos valores’ [...]”. José Ferrater Mora, **Dicionário de filosofia**: verbete “axiologia”, p. 60.

³³ “O primeiro atribui ao V. um status metafísico, que independe completamente das suas relações com o homem. O segundo considera o modo de ser do V. em estreita relação com o homem ou com as atividades humanas”. Nicola Abbagnano, **Dicionário de filosofia**: verbete “valor”, p. 990.

³⁴ “Deus tinha dado o conhecimento do justo e do injusto em todos os tempos que precederam o cristianismo. Deus não mudou e não pode mudar: a essência de nossa alma, nossos princípios de razão e de moral serão eternamente os mesmos”. Voltaire, **Dicionário filosófico**: verbete “justo e do injusto (do)”, p. 359.

³⁵ Que o homem seja a medida de todas as coisas é ideia atribuída a Protágoras, o qual foi combatido por Demócrito: “[Colotes] inicialmente acusa [Demócrito] de sustentar que cada objeto é tanto uma coisa quanto outra, lançando, com isso, a vida em um caos. Demócrito, porém, está tão longe de considerar que cada objeto é tanto uma coisa quanto outra que combateu Protágoras, o sofista, por ter afirmado exatamente isso e produziu diversos escritos persuasivos contra este”. Plutarco, *Contra Colotes*, 1108F-1109A, in Jonathan Barnes, **Filósofos pré-socráticos**, p. 296.

liberdade, da paz, da democracia, da tolerância³⁶.

A partir disso é fácil entender que as normas jurídicas, a critério de cada um, podem ser julgadas como justas ou injustas, mas, em razão da relatividade dos valores, não pode ser esse um ponto para se aferir a validade delas, pois, uma vez que se assim fosse, então não haveria, ao fim e ao cabo, nenhuma norma jurídica válida, já que ela sempre estaria em oposição a algum sistema de referência. E nisso reside um dos pontos de grande incompreensão da Teoria Pura do Direito, pois, ao apartar o direito positivo da justiça, não significa isso que esteja a defender tiranos, nem a dar guarida para o arbítrio, nem, muito menos, tomando posição política, até porque “[...] não há nenhuma orientação política que não tenha qualificado de suspeita a Teoria Pura do Direito, o que aliás, lhe demonstra a pureza, melhor do que ela própria poderia fazê-lo”³⁷.

A questão, no fundo, é de bem separar os temas: por um lado, a norma jurídica existe, é válida, e pode ser descrita pela ciência do direito; por outro; a depender do sistema de justificação que se adote, é justa ou injusta, sendo que uma norma injusta não deixa de ser jurídica por causa disso³⁸. Agora, como o homem em algum momento tem de deixar o relativismo em nome da práxis, pois se cada um tiver um sistema de justiça para chamar de seu, então, no fundo, não existirá justiça alguma³⁹, é que se faz necessária a norma jurídica. Nesses termos,

Rejeitando, do ponto de vista do conhecimento científico, o pressuposto de uma essência transcendente, existe para além de toda a experiência humana, isto é, a existência de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular, e apenas reconhecendo a validade de valores relativos, a validade do direito positivo não pode, do ponto de vista de uma teoria científica do direito, ser posta na dependência da sua relação com a justiça. Pois essa dependência só pode subsistir sendo a justiça um valor absoluto, pressupondo-se como válida uma norma de justiça que exclua a possibilidade de tomar como válida qualquer outra norma que a contrarie⁴⁰.

Por negar a Teoria Pura do Direito qualquer relação entre a validade da norma jurídica e a justiça, não há como não deixar de notar nela traços eminentemente realistas⁴¹. De toda a sorte, não há dúvidas que, para Kelsen, não há pontos de contato entre o direito e a justiça, nada obstante, entendemos que o tema pode ainda ser mais bem explorado, principalmente se não haveria mesmo qualquer relação entre a validade da norma jurídica e um mínimo correção.

³⁶ Hans Kelsen, O que é justiça, in _____, _____, p. 25.

³⁷ Hans Kelsen, Prefácio, in _____, **Teoria pura do direito**, 1.ed., p. 9.

³⁸ “O valor da justiça não é da mesma natureza que o valor do Direito”. Hans Kelsen, Juízos de valor na ciência do direito, in _____, **O que é justiça?**, p. 222 (XIV).

³⁹ “Onde não há poder não há lei, e onde não há lei não há injustiça”. Thomas Hobbes, **Leviatã**, p. 111 (1.XIII).

⁴⁰ Hans Kelsen, **O problema da justiça**, p. 69 (II).

⁴¹ “A filosofia jurídica e Kelsen revela-se realista [...], seja a nível epistemológico, seja a nível teórico”. Pierluigi Chiassoni, **O enfoque analítico na filosofia do direito**, p. 520 (VI.2.2).

Ao desafiar CREONTE, ANTÍGONA já o fez com a ideia de que direito injusto não é direito⁴²; ponto que desemboca em posições do tipo: “Pode-se falar somente de normas jurídicas, de dever ser jurídico, de validade jurídica e deveres jurídicos quando o imperativo jurídico for abastecido pela própria consciência com força de obrigação moral”⁴³. Ideia mais do que simpática, mas que não muda o quadro total, o de que as normas jurídicas postas por autoridade competente, dotadas de eficácias, podem até ser injustas, mas são, mesmo assim, válidas. Disso, aquele que entender uma norma jurídica como injusta pode, inclusive, não a observar, mas ficará, provavelmente, exposto às consequências normativas pelo seu descumprimento. Até porque, se todos pudessem alegar a consciência para não respeitar os mandamentos normativos e evitar, com isso, as correspondentes penalidades, não haveria o próprio direito positivo.

A questão não é, portanto, de associar toda norma jurídica a uma norma moral, de atestada justiça, mas sim promover uma versão mais fraca, na linha de que caso se esteja diante de uma extrema injustiça, então é que seria o caso de invalidade. Com efeito, dentro de uma formulação *soft*, não seria norma jurídica válida somente aquela que estivesse em relação de extrema contrariedade à justiça, ou, por outras palavras, que não formulasse qualquer pretensão à correção⁴⁴. Com esse raciocínio, uma norma jurídica até poderia ser injusta e, mesmo assim, continuar válida; todavia, não poderia ser agudamente injusta, pois, nesse caso, não seria válida, mesmo se expedida de acordo com a norma de competência. Mas aqui novamente se faz presente mais uma manifestação de boa vontade do que uma teoria da norma jurídica em sentido estrito, pois cambiar “injustiça” por “extrema injustiça” não muda o fato de que continua a inexistir uma régua com a qual se é possível mensurar os casos. Se é o homem a medida das coisas para se saber se algo é injusto, igualmente o é para se conhecer da extrema injustiça.

Ser uma norma jurídica eficaz é questão, até certo ponto, possível de ser aferida pela observação. Logo, há a prescrição de conduta e há, ou não, a conduta no mundo que lhe corresponda. Nesse ponto, uma ciência do direito pode, não sem algum risco de se imiscuir na sociologia, descrever uma norma jurídica, bem como apontar se ela produz resultados no mundo do ser, mesmo que cuide apenas do mínimo de eficácia. Contudo, o mesmo não se passa em relação aos valores, pois o campo do justo e do injusto é relativo, a depender da visão de mundo

⁴² CREONTE: [...] sabias que um edito proibia aquilo? ANTÍGONA: Sabia. Como ignoraria? Era notório. CREONTE: E te atreveste a desobedecer às leis?”. Sófocles, **A trilogia tebana**: Antígona, p.219 (505-510).

⁴³ Gustav Radbruch, **Filosofia do direito**, p. 66 (5).

⁴⁴ “A pretensão à correção é um elemento necessário do conceito de direito. [...] sistemas normativos que não formulam explícita nem implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos”. Robert Alexy, **Conceito e validade do direito**, p. 41-42 (3.2).

de quem o construa, e mesmo quando parece haver algum consenso, apenas se está a tangenciar a discussão, com fórmulas vazias, tais como “justo é dar a cada um o que é seu”, uma vez que não se pode deixar de notar que, “[c]omo aquilo que é devido a cada um é aquilo que lhe deve ser dado, a fórmula do *suum cuique* conduz à tautologia de que a cada qual deve ser dado aquilo que deve ser dado”⁴⁵. E a questão não muda se a enunciação sobre a qualidade da norma jurídica advier da “extrema injustiça”.

A ausência de justiça não conduz automaticamente à invalidade da norma jurídica e está aí a história para provar, mesmo que se queria superlativar a injustiça, pois muitos regimes bárbaros a nossos olhos seguiram sem perturbações internas graves até serem derrubados por forças exógenas, cuja preocupação não foi, por seu turno, levar justiça. Geralmente, a brutalidade pôde seguir seu curso até se deparar com uma brutalidade maior ainda, quando de tal evento se esperou nada mais do que o crepúsculo dos deuses⁴⁶.

De toda sorte, também é aceitável argumentar que um regime distópico possa ruir sobre seu próprio peso e que poucos não possam promover contra muitos, por muito tempo, um estado de terror. Nesse caso, as normas jurídicas, por serem extremamente injustas, deixariam de ser válidas, mas aqui, bem vistas as coisas, a questão é outra, pois o ponto principal é que tais normas não apresentariam eficácia, na linha de que mesmo sob brutal coação, não se conseguiria fazer com que as normas sejam obedecidas minimamente, desembocando, por fim, em uma revolução, com o estabelecimento de uma nova ordem jurídica.

Justiça e validade das normas jurídicas não se correlacionam, ao menos não diretamente, sendo válida uma norma mesmo que extremamente injusta. Todavia, a falta de qualquer pretensão de correção normativa pode conduzir a uma situação em que não haja mais, da parte da norma jurídica, a produção de efeitos, sendo o caso, então, de perda de validade por não apresentar um mínimo de eficácia.

CONCLUSÃO

Feita esta pequena exposição, podemos apontar a Teoria Pura do Direito como um marco, facultando os meios para a construção de uma ciência com objeto próprio, o conjunto das normas jurídicas válidas, sem a necessidade de explicações sociológicas ou axiológicas adicionais. Agora, que tenha deixado pontos em aberto ou que, vez ou outra, tenha apresentado

⁴⁵ Hans Kelsen, **O problema de justiça**, p. 18 (10).

⁴⁶ “Wotan, sentado em seu trono, aguarda, apenas, que tudo ao seu redor consuma-se numa hecatombe de chamas e de dor. [...]. Os deuses, enlutados e reunidos em assembléia, lamentam o fim de tudo”. A. S. Franchini e Carmen Seganfredo, **As melhores histórias da mitologia nórdica**, p. 319 (II.4.VII).

posições contraditórias ou contraintuitivas, é destino ao qual não escapa nenhuma teoria. Entre a sociologia do direito e a axiologia jurídica, conduziu nosso ULISSES sua ciência do direito, sempre sob o risco de correr para SILA para fugir de CARÍBDIS. Por certo que, por um lado, ao criar uma precisa separação de mundos, entre o ser o dever-ser, pôs-se KELSEN numa posição na qual a fixação de um mínimo de eficácia como condição de validade das normas jurídicas pode indicar uma quebra da pureza metodológica pretendida; por outro, ao empreender uma rigorosa distinção entre a validade da norma jurídica e a sua justiça, acabou por atrair para si detratores das mais diversas ordens, uma vez que, com palavras mais ou menos doces, sempre se afirmou que o direito deve aspirar a justiça. Disso, todavia, não decorre que esteja a Teoria Pura do Direito superada, sendo certo que, nas palavras de LOSANO, “[...] *la teoría pura del derecho es un opus perpetuum tanto en el sentido hoy obvio de <<monumentum aere perennius>> como en el sentido de <<perpetuum mobile>>, es decir, de teoría en continua transformación*”⁴⁷.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1.ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- BARNES, Jonathan. **Filósofos pré-socráticos**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. Traducción de: Alfonso Ruiz Miguel. 2.ed. Madrid: Debate, 1990.
- _____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**: história de deuses e heróis. Tradução de: David Jardim Júnior. 25.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- CHIASSONI, Pierluigi, **O enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução de: Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017.
- COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: El foro, 2007.
- COSTA, Valterlei A. da. **Ensaio para uma teoria trilógica do tributo**: um estudo normativo sobre tributação, competência e lançamento. 2019. 248f. Dissertação (Mestrado em Direito) — UFPR, Curitiba.
- EBENSTEIN, William. **La teoría pura del derecho**. Traducción de: J. Malagón y A. Pereña. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FRANCHINI, A. S.; SEGANFREDO, Carmen. **As melhores histórias da mitologia nórdica**: incluindo versão romaneada da ópera o anel dos Nibelungos de Richard Wagner. 4.ed. Porto Alegre, RS: Artes e Ofícios, 2005.

⁴⁷ Mario Losano, **Teoría pura del derecho**, p. 47 (III.1).

- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de: Débora Danowski. 2.ed. São Paulo: UNESP, 2009.
- KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **¿Qué es la teoría pura del derecho?** Traducción de: Ernesto Garzón Valdés. 9.ed. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, 2002.
- _____. **Teoria geral das normas**. Tradução de: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1986.
- _____. **Teoria geral do estado**. Tradução de: Fernando de Miranda. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1945.
- _____. **Teoria pura do direito**. Tradução de: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 (1.ed., 1934).
- _____. **Teoria pura do direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (2.ed., 1960).
- LOSANO, Mario G. **Teoría pura del derecho**: evolución y puntos cruciales. Traducción de: Jorge Guerrero R. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992.
- MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de: Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de: Marlene Holzhausen. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.
- ROBLES, Gregorio. Presentación. *In*: KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**: introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Traducción de: Gregorio Robles Morchón y Felix F. Sánchez. Madrid: Trotta, 2011, p. 9-32 (primeira edição, de 1934).
- SICHES, Luis Recaséns. Estudio preliminar. *In*: KELSEN, Hans. **Compendio de teoría general del estado**. Traducción de: Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate. México: Colofón, 2007.
- SÓFOCLES. **A trilogia tebana**. Tradução de: Mário da Gama Kury. 11.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- TOFFOLI, José Antonio Dias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (estudos introdutórios para a edição brasileira da “Autobiografia” de Hans Kelsen. *In*: KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. 5.ed. Tradução de: Gabriel Nogueira Dias e José Ignacio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.
- VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005.
- VOLTAIRE. **Dicionário filosófico**. Tradução de: Ciro Mioranza e Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2008.
- WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**. Tradução de: Augustin Wernet. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2016.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO EM CASO DE LESÃO A REPRESENTANTES ESTRANGEIROS EM SERVIÇO NO TERRITÓRIO BRASILEIRO

CONSIDERATIONS ABOUT THE STATE'S CIVIL LIABILITY IN CASE OF INJURY TO FOREIGN REPRESENTATIVES IN SERVICE IN BRAZILIAN TERRITORY

Dante Feitosa Siebra de Holanda¹

Joana Lívia da Silva Galdino²

Sabrina Oliveira Nascimento³

Wesley Gomes Monteiro⁴

Resumo: Com a globalização e a intensa troca de dados entre os Estados são exigidos destes constantes esforços para o desenvolvimento de suas atividades inter-relacionais fazendo com que a política externa seja meio indispensável à harmonia nas relações com outros atores do direito internacional. Por isso, convencionou-se internacionalmente formas de garantir proteção especial aos representantes estrangeiros em missão, visando assegurar que as atividades possam ser exercidas independente dos deleites políticos dos Estados nas quais acontecem. No entanto, é possível que esses representantes venham a ter algum direito violado, e, como figura como representação de nação estrangeira, surge então a problemática desta pesquisa: em quais situações é possível haver responsabilidade do Estado brasileiro em virtude de lesão a direito de representantes de Estados estrangeiros? Por assim ser, o objetivo dessa pesquisa é investigar a possibilidade de responsabilização do Brasil em caso de lesões provocadas a representantes estrangeiros em serviço em solo brasileiro. Neste presente trabalho, utilizou-se da abordagem qualitativa e método dedutivo por meio da pesquisa por documentação indireta bibliográfica. Portanto, e diante do pesquisado, é possível concluir que há responsabilidade do Brasil em caso de lesões a estrangeiros em serviço, mas esta segue os moldes pré-estabelecidos, independente de quem seja, já que representantes estrangeiros não possuem vantagens que justifiquem procedimentos especiais somente em razão do cargo. Além disso, no direito internacional é difícil haver responsabilização, pois a soberania é máxima e não pode sofrer limitações em nome de um outro estado ou seu representante.

Palavras-Chave: Diplomacia; Representantes estrangeiros; Responsabilidade civil.

Abstract: With globalization and the intense exchange of data between States, these constant efforts are required for the development of their inter-relational activities, making foreign policy an indispensable means of harmony in relations with other actors of international law. For this reason, ways of guaranteeing special protection to foreign representatives on missions have been internationally agreed to ensure that activities can be carried out independently of the political delights of the States in which they take place. However, it is possible that these

¹ Mestrando em Direito Constitucional e teoria política pela Universidade de Fortaleza e Professor do Centro Universitário Paraíso do Ceará

² Graduanda do 6º semestre do curso de Direito no Centro Universitário Paraíso do Ceará

³ Graduanda do 6º semestre do curso de Direito no Centro Universitário Paraíso do Ceará

⁴ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Professor do Centro Universitário Paraíso do Ceará

representatives may have some rights violated and as a figure as a representation of a foreign nation, the problem of this research arises: in which situations is it possible to have responsibility of the Brazilian State due to injury to the right of State representatives to foreigners. Thus, the objective of this research is to investigate the possibility of Brazil's accountability in case of injuries caused to foreign representatives on duty on Brazilian soil. In this present work we used the qualitative approach and deductive method through the search for indirect bibliographic documentation. Therefore, and in view of the respondent, it is possible to conclude that there is Brazil's responsibility in case of injuries to foreigners in service, but this follows the pre-established molds, regardless of who they are, since foreign representatives do not have advantages that justify special procedures, because of the position. In addition, in international law it is difficult to hold responsible, since sovereignty is maximum and cannot be limited in the name of another state or its representative person.

Keywords: Diplomacy; Foreign representatives; Civil liability.

1. INTRODUÇÃO

Responsabilizar civilmente um Estado não é matéria fácil, tanto é verdade que no campo internacional o diálogo não é impositivo, mas sim amistoso, pois, busca-se preservar a soberania dos Estados, no entanto, há instrumentos tanto diplomáticos como jurídicos que visam tentar a reparação desejada, mesmo que nem sempre consigam.

Fato é que vivemos um processo de intensa troca de dados, dos mais diversos tipos, a globalização é um conceito chave para entendermos a figura do Estado na contemporaneidade. O Estado não tem mais como isolar-se, sua economia necessita do outro, o Brasil não está à margem disso, tanto é que o Direito Internacional surge dessa relação entre os Estados ou entre os Estados e os particulares. Nesse sentido, a figura do representante estrangeiro a serviço do Estado com o qual se tenha relações, é, por extensão, a figura estatal em solo estrangeiro.

Questionando-se a respeito da responsabilidade civil do Estado em relação a seus diplomatas e cônsules bem como outros estrangeiros que estejam a serviço do Estado estrangeiro no Brasil, quando se tornam vítimas de lesão, nasce o trabalho em questão. Sabe-se que no âmbito interno a postura adotada é da responsabilidade objetiva do estado para com seu servidor/agente, então, no decorrer desse trabalho discorreremos sobre as relações diplomáticas, bem como seu funcionamento e sua importância nas relações entre estados, além disso, esses agentes possuem prerrogativas funcionais que lhes permite adentrar e permanecer em solo estrangeiro, enquanto representantes/funcionários estatais, exercendo suas atividades típicas sem maiores problemas, ou seja, analisaremos a legislação nacional e os tratados pertinentes a esses agentes.

Não obstante a isso, seguindo uma organização temática, discutiremos a responsabilidade do Estado em relação a lesões cometidas por ele mesmo. A intenção é verificar como age o direito internacional e até onde poderá ir a figura da imposição, que se faz necessária em algumas situações, frente ao respeito à soberania dos estados, além de esclarecer o papel da Corte Internacional de Justiça na resolução dos litígios, pois entende-se que os países podem, por um dano, requerer indenizações, retratações, respectivamente ou cumulativamente.

Por fim, debruça-se sobre o tema em questão, buscando entender se de fato é possível responsabilizar o estado nos casos de lesões cometidas por particulares aos agentes estrangeiros. Nesse caso, tem-se que parte da doutrina entende que é possível, pois a lesão transcende a esfera individual da vítima, além disso, discute-se na doutrina a possibilidade de responsabilizar o Estado quando o ente público foi omissivo e não protegeu os bens jurídicos pelos quais tornou-se responsável.

2. RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS

Na contemporaneidade, com o avanço substancial da globalização é cada vez mais necessário que todos os Estados estejam interligados, pois em um contexto em que a velocidade de trocas de informações acontece em tempo real e o comércio mundial é interdependente, não é viável o isolamento de uma nação. Dessa maneira, a política externa dos Estados se mostra indispensável para tornar possível a comunicação e fazer acordos com outras nações.

A política externa estatal se propõe a expor qual a intenção do país no âmbito internacional diante dos recursos disponíveis em um dado momento, e para implementar seus objetivos é utilizado a diplomacia como meio de negociação para que haja efetiva interação internacional.

A diplomacia na atualidade conjuga tanto a ideia de solenidade dos documentos, no caso tratados e acordos, como também diz respeito à relação bilateral entre os sujeitos de direito no âmbito internacional. É, portanto, como um determinado Estado mantém e faz funcionar a representação política de seus interesses perante as relações internacionais.

Para que um país exerça a diplomacia, na grande maioria das vezes, são delegadas a determinadas pessoas a responsabilidade de representar e defender os interesses nacionais em encontros e negociações internacionais. Estes são chamados diplomatas e tem legitimidade para negociar com o poder de representação do governo e, assim, de toda a nação.

2.1 Funcionamento e importância da diplomacia

O instituto da diplomacia é primordial para a comunidade internacional no todo, pois ele é o meio que os Estados dispõem para concretizar suas relações, como estes são entes abstratos, é preciso que pessoas físicas se encarreguem dessa atividade.

No caso brasileiro, o Presidente da República detém a competência originária para celebrar convenções e atos internacionais, mas isto é uma atividade que pode ser delegada. Segundo a Convenção de Viena de 1969, o Ministro das Relações Exteriores pode, por meio de carta de plenos-poderes, referendar os atos internacionais praticados pelo Chefe do Executivo, esta é uma capacidade derivada que também se estende aos Chefes de Missões diplomáticas. A capacidade de representação pelo Ministro ou Chefe de Missão diplomática é inerente ao exercício do cargo que venham a exercer.

Em determinadas situações, normalmente em casos de negociações cujo conteúdo versa sobre assuntos específicos, é delegada a pessoas especialistas naquele assunto a responsabilidade da representação estatal, tornando a este o plenipotenciário naquela situação.

A atividade diplomática é assunto considerável, pois representa o Estado perante outros sujeitos internacionais, atrelado a essa representação há a questão que qualquer erro desta atividade pode ser grave, visto que as atividades diplomáticas repercutem no direito interno pela incorporação dos Tratados internacionais à legislação nacional.

Violações a acordos entre nações ou perturbações no trato de seus representantes em solo internacional pode ensejar, além de violação ao direito internacional, um desgaste nas relações diplomáticas com o país envolvido no acordo, o que, por conseguinte pode ter retaliações como resposta.

2.2 Proteção legislativa especial conferida a representantes estrangeiros

As relações diplomáticas em inúmeras vezes são feitas por representantes ou missões diplomáticas, os quais precisam de privilégios e imunidades, as quais estão contidas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 e Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, que foram incorporadas pelo ordenamento jurídico brasileiro com a assinatura desses tratados e posterior ratificação pelo Congresso Federal.

Os privilégios e imunidades têm um contexto histórico que remonta a época das cidades-Estados da Grécia Antiga, que mantinham relações comerciais ou em tempo de guerras através delegações que representavam a cidade-Estado, eles estavam protegidos de sanções e tinham

direitos especiais para fortalecer as relações ou não dar causa a uma guerra. Na atualidade essas prerrogativas tem o propósito segundo a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas 1961 de “manter a paz e a segurança internacional e ao desenvolvimento das relações de amizade entre as Nações”, portanto, estas não têm a finalidade de beneficiar um indivíduo, mas visam assegurar um desempenho eficaz de possíveis Missões Diplomáticas, protegendo então seus representantes, garantido a Soberania dos Estados que são representados nos países estrangeiros.

Dessa forma, a garantia de proteção especial se mostra necessária tanto para garantir a cordialidade entre as nações envolvidas, como também para assegurar que missões em andamento dentro dos territórios estrangeiros não fiquem submissas a vontade e deleites dos Estados em que estão acontecendo, assim, visam garantir a efetividade plena dos trabalhos feitos em âmbito internacional com liberdade e independência.

Dentre as imunidades e privilégios concedidos pelo direito aos representantes dos Estados estrangeiros há aquelas que são asseguradas pelo direito internacional e outras que foram implementadas pelo direito brasileiro. As que dizem respeito ao direito internacional são por exemplo: a imunidade a jurisdição - que permite ao diplomata a não se sujeitar a jurisdição do Estado em que vá mesmo se cometer crimes, entretanto, não é absoluta e pode ser retirada quando ocorre abuso da imunidade diplomática ou com a renúncia do Estado acreditante - além disto há ainda a inviolabilidade das repartições utilizadas, das correspondências e documentos, isenção de impostos, privilégios em relação a malas diplomáticas, dentre várias outras prerrogativas e atributos. Além destas o direito brasileiro conferiu uma maior proteção ao tipificar crimes que têm a pena majorada se for cometido contra essas pessoas, como por exemplo os crimes contra a honra, e acrescentado a isto a tipificação do crime contra o Estado o atentado contra a vida ou liberdade de Chefe de Estado estrangeiro.

Essas várias medidas tomadas pelo Estado brasileiro se embasam nos costumes internacionais e, por consequência, acarretam a responsabilidade do Brasil, perante os Estados afetados, em conferir efetividade e aplicabilidade a essas normas vigentes com meio para relações internacionais amigáveis.

3. RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO EM CASO DE LESÕES POR ELE COMETIDAS

Embora haja uma ampla proteção a agentes estrangeiros em serviço, é plenamente possível que aconteçam lesões a esses direitos no exercício da atividade estatal. No direito brasileiro, para a responsabilização de lesões provocadas por agentes públicos e, portanto, pelo Estado, independentemente de quem seja a vítima, em respeito ao princípio da impessoalidade, existem algumas regras comuns.

No ordenamento pátrio a teoria da responsabilidade adotada é a teoria da responsabilidade objetiva, segundo ela o Estado brasileiro responde pelos danos causados por seus agentes em serviço contra terceiros, independentemente da comprovação de dolo ou culpa no ato. Segundo explicações de doutrinadores como Matheus Carvalho, somente é necessário a comprovação que houve uma conduta que por si só foi capaz de gerar os danos alegados e que foi praticada por funcionário público em serviço e é necessário também que haja nexo de causalidade entre a conduta e o dano, em obediência a teoria da causalidade adequada que é norteadora no direito brasileiro. Além disso, é indispensável a verificação da não existência das causas excludentes de responsabilidade e que os atos causadores do dano não decorram de restrições gerais que visam evitar risco social, pois nestes casos não haverá direito a indenização. O Estado também não será o responsável por mitigar o dano da vítima caso estes decorram de eventos da natureza ou se forem atos decorrentes de multidões (se aquele tiver tomado todas as medidas possíveis para evitar o dano).

Ademais, Carvalho também expõe conforme doutrina majoritária que, conforme legislação, a responsabilização do Estado no âmbito civil prevê que se for danos decorrentes de atividades nucleares, atentados terroristas ou atos de guerra em aeronaves, danos ambientais ou aqueles decorrentes de acidentes de trânsito sempre será possível responsabilizar o Estado, por que nestes casos o país adotou a teoria do risco integral e, dessa forma, o Estado se tornou o garantidor universal dessas circunstâncias, portanto, não é admitido nenhum tipo de excludentes de responsabilidade.

Fora dessas situações só é possível atribuir responsabilidade ao Estado se houver a comprovação que a conduta do agente gerou danos a terceiros e que estes fatos estão ligados por um nexo de causalidade. Também é possível responsabilizar condutas omissivas que geram lesões a direitos e deve-se observar situações em que há a custódia pelo estado, por que nestes casos o Estado é o garantidor da vida e da integridade da pessoa, e só não haverá responsabilidade se ocorrer uma situação de fortuito externo, pois nestes casos o dano é causado por uma situação completamente imprevisível e que não decorre de nenhuma forma da atividade exercida.

As ações judiciais que visam reparação de danos provocados pelo Estado têm o prazo prescricional de 5 anos e, segundo a Constituição Federal, é de competência da Justiça Federal julgar os casos que envolvam Estado estrangeiro ou pessoa domiciliada no país.

Essas regras servem para normatizar a responsabilidade Estatal independente de quem seja a vítima do dano, assim, enquadram-se também se a vítima for estrangeira a serviço de seu país.

Diante dessas normatizações, é interessante observar o caso particular dos estrangeiros que estão em serviço para seu Estado. Pois o ordenamento brasileiro lhes conferiu uma maior proteção, ou seja, lhes deu vários direitos a mais que aos cidadãos ditos comuns ao incorporar ao direito interno os tratados internacionais que versam sobre esses assuntos. Entretanto, embora possuam uma gama grande de direitos isso não significa que terão uma reparação maior por parte do Estado, ou ainda uma indenização maior pelos danos que venham a sofrer, em decorrência unicamente de sua condição de representante de Estado estrangeiro, dessa forma, não há tratamento diferenciado para eles no que tange a esse assunto.

Ademais, os valores das indenizações para eles são medidos da mesma forma que para as demais pessoas, nacionais ou não, o que lhes é conferido é uma quantidade maior de condutas que podem ser praticadas e que lhes causem danos, ou seja, existe mais condutas de agentes públicos que são proibidas de serem praticadas contra representantes de Estados estrangeiros.

Essa situação, de mesmo tratamento para todos e da imputação ao Estado das condutas praticadas por seus agentes em atuação, em relação a reparação por danos cometidos pelo Estado brasileiro, se dá em razão da adoção pela Constituição Federal do princípio da impessoalidade. Segundo este princípio as ações estatais não devem ser direcionadas a pessoas específicas, nem para pior e nem para melhor, e ações cometidas por seus agentes devem ser tidas como atos provocadas pelo próprio Estado, por que foram cometidas respeitando à vontade estatal. Sendo assim, esse princípio veda um tratamento diferenciado para diplomatas, cônsules e demais representantes estrangeiros em razão única de possuírem essa condição e, portanto, não lhes dá direito a indenizações maiores, porque sua condição pessoal não enseja uma responsabilidade maior ao Estado em caso de ocorrência de danos.

Seguindo essa análise, independentemente de quem seja a vítima, o grau de responsabilidade estatal será o mesmo e, assim, o montante da indenização também, porque se ocorrer com pessoas diferentes, nas mesmas circunstâncias, danos iguais haverá indenização igual.

Outro ponto a ser analisado nessa situação é sobre a aplicação do princípio da isonomia como justificativa para ensejar maiores indenizações por parte do Brasil em casos de lesões a estrangeiros a serviço de seu país, pois o princípio em questão traz a máxima de tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida das suas desigualdades.

Em uma primeira análise, superficialmente é possível que haja uma interpretação equivocada deste princípio e que os representantes de países estrangeiros venham a ser tidos como merecedores de tratamento diferenciado (pelo Estado brasileiro) por causa das várias prerrogativas que possuem em razão do cargo que ocupam. Mas esse tratamento diferenciado não se justifica por esse princípio, já que este visa a diminuição das desigualdades sociais e não pretende ser a justificativa para a manutenção de privilégios. Além disso, a própria Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas visou com a instalação das prerrogativas para os diplomatas assegurar a proteção das missões em solo estrangeiro e a manutenção da paz e não a instauração de uma classe que tivesse mais regalia ou vantagem que os demais cidadãos, pois as proteções a eles conferidas não são privilégios, mas sim prerrogativas funcionais.

3.1 Responsabilidade internacional por lesões cometidas pelo próprio Estado

Todavia, embora o ordenamento brasileiro adote esse sistema, no âmbito internacional é plenamente possível que os países adotem meios para retaliar a conduta do Estado que feriu direitos dos representantes estrangeiros, principalmente se os direitos feridos disserem respeito ao exercício da função. Pois, uma lesão a diplomatas ou a Cônsules, por exemplo, pode significar uma ofensa para toda a nação estrangeira e ser tida como uma afronta àquele Estado do qual o representante é. Assim, no âmbito do direito internacional pode ser definido com um ato ilícito, tal como define Isabela Piacentine (2007, n.p.):

Um Estado é considerado responsável perante o direito internacional quando ele comete um ato transgredindo esse direito. O fato gerador da responsabilidade estatal é, pois, o ato ilícito internacional. Para que este se configure, é necessário que uma conduta (ação ou omissão) seja atribuível ao Estado em virtude do direito internacional, e que ela constitua uma violação de uma obrigação internacional do Estado.⁵

É importante salientar que o direito internacional sempre visa proteger a soberania dos Estados, além de procurar manter boas relações diplomáticas com os países, algo que é um advento da globalização e da necessidade de manter conexões e parcerias de comércios. Assim, o direito internacional é um instrumento para manter certa segurança jurídica, mesmo que

⁵ ANDRADE, Isabela Piacentini de. *Responsabilidade Internacional por violação do Jus cogens*. v.5, n.5, jan./jun. Curitiba. Revista Brasileira de Direito Internacional, 2007, n.p.

nenhum país possa ser obrigado a ser signatário das convenções, seguir os costumes ou cumprir decisões da Corte Internacional de Justiça (CIJ) devido o respeito necessário a soberania. A participação seria uma forma de manter relações amistosas com os outros e evitar conflito, pois, estes são tutelados pelo direito internacional, ficando os países passíveis de serem julgados por danos causados e responsabilizados a reparar o mesmo.

Nos casos em que há violações a direitos de seus nacionais que estão em solo estrangeiro os países normalmente adotam uma postura que visa buscar a responsabilização do Estado agressor em âmbito internacional. Pode se ter como exemplo, um caso julgado pela corte de Haia, com uma obrigação de reparar dano sofrido pelo México causado pelos Estados Unidos da América, o caso dos irmãos La Grand, que tiveram um direito cerceado após serem condenados à morte. Na convenção de Viena sobre relações consulares, ficou estabelecido o instituto da proteção diplomática, que confere a possibilidade de rever um dano e repará-lo no âmbito internacional, desde que o Estado faça isso por seu nacional e que aquele que sofreu o dano (particular) já tenha esgotado as formas de solucionar o problema nas esferas do país em que transcorre o processo, o que era o caso destes, porém os EUA ignoraram a ação na Corte de Haia que transcorria contra ele e cumpriu a sentença de morte contra os irmãos, por fim os EUA foram condenados pela Corte e ficaram obrigados a reparar o dano causado ao México, embora não tenham cumprido até hoje. Portanto, a partir da situação citada, se fizemos uma analogia e tirássemos os particulares e no lugar deste fosse uma representante diplomar do México, as consequências poderiam ser ainda piores, pois os Estados Unidos estariam violando a figura do Estado e, portanto, de toda uma nação.

No âmbito internacional existem outros meios para resolver os conflitos. Existem os meios litigiosos, ou seja, a contenda é levada a alguém com competência para decidir sobre o caso de acordo com o direito internacional e o que assim for decidido terá caráter obrigatório, como por exemplo a Corte de Haia e a arbitragem, e existem outros métodos, tais quais, possam ser por meio de diplomacia com a presença ou não de um mediador, que em suma, vai tentar resolver com as partes conflitantes por meio de acordos e concessões, porém para que esta ocorra de forma plena, não deve ter a presença de um terceiro Estado na resolução de conflito, outro forma seria através de um meio político, aqui comumente usados pelos países signatários da Organização das Nações Unidas (ONU), com a presença de representante de um terceiro país na função de mediador, e por serem signatários, basta que um dos países manifeste interesse de resolver por intermédio da ONU, para que o outro deva assim seguir, neste últimos dois casos, o que for acordado pelas partes não terá caráter obrigatório, podendo os países seguirem

ou não, mas por costume compreende-se que estas formas de resolução em sua maioria não sofrem prejuízos e são cumpridas, para que não haja insegurança internacional.

Entretanto, muitos casos acabam sendo levados para a Corte Internacional de Justiça, já que os países dificilmente entram em acordos ou resolvem de forma pacífica, sem acharem que tem o seu direito ferido, portanto, optam pelo meio da jurisdição. Ademais, independente da forma escolhida para solucionar o problema, os países podem por um dano requerer indenizações, retratações ou cumular ambos, também é possível que algum Estado, em situação muito grave, venha a fazer uso de retaliações.

4. RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM CASO DE LESÕES COMETIDAS POR PARTICULARES CONTRA REPRESENTANTES ESTRANGEIROS A SERVIÇO DE SUA PÁTRIA

Nos casos de lesões provocadas por particulares a representantes estrangeiros em serviço a situação é mais delicada. No que tange a responsabilidade no direito interno, primeiro deve-se analisar que o ordenamento brasileiro não conferiu ao Estado responsabilidade por atos de particulares, a não ser em situações em que terceiros provoquem os danos e o Estado não tenha tomado as devidas providências para tentar impedir que lesões ocorressem. Dessa forma, se particulares provocarem danos a diplomatas estrangeiros, a ação para pleitear reparação deve ser em face dos particulares e não em face do Estado. Logo, a responsabilidade será do particular que provocou a lesão ao direito.

Existe na doutrina a discussão sobre a possibilidade de responsabilizar o Estado em casos de lesões provocadas por particulares quando o ente público foi omissivo e não protegeu da maneira adequada os bens jurídicos com os quais se comprometeu. Nessa situação, pode ser citada a exemplo um caso em que uma correspondência para a embaixada de determinado país foi furtada e violada por particulares que visavam obter informações sigilosas, e o Estado sabendo ser uma área em que furtos eram comuns não fez nada para diminuir a criminalidade, embora houvesse uma delegacia ineficiente na região. Nessa situação, é possível perceber que o Estado falhou na sua atribuição de conferir segurança às pessoas que estão em seu território. O Ministro Sepúlveda Pertence em voto no julgamento do Recurso Extraordinário 283989 em ação em que terceiros causaram prejuízos a uma propriedade rural privada da indústria Luiz Caldato S/A Indústria de madeira e esta requereu indenização do estado do Paraná pelo não envio de forças policiais até o imóvel fez o comentário que é dominante na doutrina brasileira

que, conforme a teoria subjetiva, baseada na culpa, é possível a imputação ao Estado de responsabilidade por danos que decorram de sua omissão. Assim, segundo esse raciocínio, haveria a possibilidade de responsabilizar o Estado em situações assim.

Porém, em casos de omissões estatais que provocam lesões a particulares é necessário que haja a comprovação de que houve uma conduta pautada no dolo ou culpa. Assim, além da necessidade de demonstrar que houve conduta, nexos e dano é indispensável a comprovação da existência de elemento subjetivo no ato, sendo assim, o Estado deve ter deixado de praticar ou praticado de forma insuficiente algo que era sua atribuição, por dolo ou culpa de seus agentes, como segurança pública por exemplo. Porém, neste caso, segundo opiniões de doutores em direito como Luiz Gonzaga Silva Adolfo e de doutrinadores como Matheus Carvalho a análise seria necessariamente sobre o viés subjetivo.

Outrossim, essas são regras que podem ser utilizadas por qualquer pessoa, inclusive estrangeiros domiciliados no país. Fora dessas situações não há como o Estado ser responsabilizados por danos provocados por particulares a representantes estrangeiros.

No caso de a lesão representar crime e este for contra a honra em caso de vítima Chefe de Governo estrangeiro a Justiça brasileira é legalmente obrigada a aplicar uma causa de aumento de pena ao réu, tipificada no artigo 141 inciso I. Além disso, é crime contra o Estado e, portanto, enseja uma pena mais elevada, atentar contra a vida, liberdade ou incolumidade de chefe de Estado estrangeiro. Diante desses exemplos, é notável que o Estado brasileiro se responsabilizou apenas em aplicar penas mais duras a particulares que lesionam bens jurídicos tidos como mais importantes no caso de vítimas Chefe de Estado estrangeiro, pois nestes casos a afronta transcende a esfera individual da vítima e atinge todo o país do qual ela faz parte.

Ou seja, a conclusão a que se chega é que internamente os meios para responsabilizar o Estado por lesões provocadas por particulares são poucos e difíceis. Por isso, recorre-se aos meios provenientes do direito internacional para buscar reparações, pois lesões a pessoas a serviço do Estado são tidas como lesões ao próprio Estado.

4.1 Responsabilidade internacional por lesões cometidas por particulares

A responsabilidade internacional dos Estados é algo que existe para que se mantenha a paz, buscando-se impedir conflitos e garantir que cada Estado tenha uma reparação adequada pelo ato ilícito causado por outro. Esta responsabilidade consiste no dever de reparar ato ilícito, seja este cometido por uma ação ou omissão, esse dever só é excluído mediante consentimento

válido de outro Estado, por contramedida, legítima defesa, força maior, perigo extremo e estado de necessidade.

Dentro do direito internacional existe a possibilidade de levar a ser responsabilizado um Estado por ações de particulares a seus serviços, algo que de certa forma, acontece comumente no âmbito mundial. Compreende-se que se o particular está em outro país a serviço de sua pátria, e no período em que este representava sua nação comete algum dano ao outro Estado, o país que este representa deve responder pelas ações de seu subordinado, assim quem é responsabilizado, em suma, é o Estado. Contra o particular, dentro do direito brasileiro, ficaria a possibilidade de ser exercido o direito de regresso, ou seja, o Estado brasileiro poderia entrar com uma ação contra o particular, no âmbito cível, e pedir reparação pelos danos causados no exterior, assim o Estado teria uma responsabilidade objetiva no âmbito internacional e o particular subjetiva, devendo em a ação de regresso ser comprovado sua culpa.

Existe também uma discussão, sobre os danos intencionais causados por agentes a mando do sua pátria, como os casos em que os EUA financiaram guerras armadas pelo o oriente médio, por intermédio de militares de lá, chegando a treinar tropas, para exercer de forma futura, influência no país em que existe o conflito, aqui a análise está contida na possibilidade de estas ações serem um dano a soberania daquele Estado, que deveria passar por seus próprios conflitos internos sem interferência de terceiros, em contrapartida, existe uma mesma discussão sobre a negligência de ação dos Estados em conflitos que possam a vir causa um genocídio, como o que aconteceu em Ruanda que os impasses haviam sido mediados pela ONU, com envio de tropas de paz de alguns países, porém, quando eclodiu a guerra civil, não houve interferência alguma, apenas a retirada de estrangeiros que estavam no país, pesquisadores do âmbito internacional relacionam esse fato, com a falta de riquezas naturais em Ruanda.

Um caso que envolve o Brasil, está ligado a missão da Organização das Nações Unidas, que tinha a participação de tropas brasileiras, na intervenção no Haiti, a missão assim denominada como MINUSTAH, durante o período que durou a missão que foram cerca de 13 anos e 137 dias, envolve casos de denúncias de agressões e casos de estupro por parte de soldados brasileiros, outro caso que surgiu com esta missão foi o surto de cólera que ocorreu no país em 2010, logo após o terremoto que tirou a vida de milhares de pessoas, a população sofreu com o surto da doença que foi trazida por tropas do Nepal e se espalhou devido falhas de saneamento nos acampamentos, sobre este caso existe um pedido de reparação do Haiti, para que ONU seja responsabilizada pelo surto da doença e os danos causados por esta.

Para a responsabilização de atos ilícitos cometidos por particulares em função do Estado, torna-se necessário a percepção de que dentro da comunidade internacional, ocorrem diversos atentados e ações que causam danos aos Estados e que, mesmo com teor de teoria de conspiração, são praticados por particulares a mando de Estado que anseiam a atender seus anseios políticos. Pode citar como exemplo, a recentemente, “invasão” de agentes da segurança do presidente dos EUA na Venezuela, eles foram capturados por pescadores, enquanto estes tentavam adentrar o território Venezuelano, Maduro, presidente da Venezuela defendeu que eles haviam sido contratados pelo governo estadunidense como mercenários para causar uma revolução no país, o que iria de encontro a Soberania garantida pelo direito internacional para a Venezuela, o que torna a ação ilegítima – se comprovada – e passível de uma reparação no direito internacional, mesmo que seja difícil que ocorra represálias, é uma demonstração da situação fática de particulares que podem gerar responsabilidade ao seu país de origem.

Essas condutas sempre são de difícil responsabilização, principalmente, pela dificuldade de ligar os agentes ao Estado, mesmo com a presença de fortes indícios, se o país acusado nega a ligação, esta precisaria ser provada e apenas a palavra dos particulares não é suficiente, acabando por os danos causados em função de uma Estado não serem reparados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante o exposto, tem-se que é cada vez mais necessário que todos os Estados estejam interligados, pois a política externa estatal expõe quais são as intenções do país no âmbito internacional, em outras palavras, é como o país apresenta-se a comunidade internacional. Sendo assim a diplomacia, atividade primordial para a comunidade internacional, surge como ferramenta para implantar os objetivos dessa política, pois como se sabe é um meio de negociação que efetiva a interação internacional. Além disso, o diplomata possui legitimidade para negociar com o estado estrangeiro, representando o governo e toda a nação da qual faz parte.

No entanto para efetivar suas atividades constatamos que o representante do estado estrangeiro possui prerrogativas que tem o propósito de manter a paz e a segurança internacional, não tendo, como se pensa no senso comum, a finalidade de beneficiar o indivíduo, mas sim o desempenho eficaz das missões diplomáticas. Nesse sentido o ordenamento jurídico brasileiro conferiu uma maior proteção, majorando a pena quando o crime for cometido contra essas pessoas, por exemplo, além de acrescentar a isto a tipificação do crime contra o Estado,

essas medidas acarretam a responsabilidade do Brasil perante os Estados afetados, por isso é plenamente possível que aconteçam lesões a esse direito no exercício da atividade estatal devendo o Estado ser responsabilizado civilmente.

Contudo a reponsabilidade civil do Estado, em regra, se dá nos casos que envolvam danos decorrentes de atividades nucleares, atentados terroristas ou atos de guerra em aeronaves, além dos casos que envolvam dano ambiental e os decorrentes de acidentes de trânsito, pois, nesses casos o Estado firmou-se como o garantidor universal. É valido destacar também que no decorrer do trabalho constatamos que a pesar do estrangeiro a serviço do seu Estado possuir uma gama de direitos, isso não indicava que a reparação seria maior do que a um indivíduo comum, ou ainda uma indenização maior pelos danos que sofresse em decorrência unicamente de sua condição, ou seja, não se confere um tratamento diferenciado para ele, no que tange a esse assunto o que lhes é conferido é uma quantidade maior de condutas que podem ser praticadas e que lhes causem danos.

No âmbito internacional constatou-se que é plenamente possível a responsabilização, pois uma lesão a diplomatas ou a cônsules pode significar uma ofensa para toda a nação estrangeira. No âmbito interno, como já se vê é possível, no entanto os meios para responsabilizar o Estado por essas lesões provocadas por particulares são poucos e difíceis, recorrendo-se em grande medida ao direito internacional para buscar as reparações. Não obstante a isso, tem-se que o ordenamento brasileiro não conferiu ao Estado a responsabilidade por atos de particulares, nesse sentido um particular que provoca danos a diplomatas estrangeiros, tem caráter de ação partícula e não em face do Estado.

No entanto durante as pesquisas encontraram-se indícios que há a possibilidade de responsabilizar o estado em casos de lesões provocadas por particulares quando o ente público foi omissor e não protegeu de forma adequada os bens jurídicos com os quais se comprometeu, bem como, identificou-se que a responsabilidade internacional dos Estados é algo que existe para que se mantenha a paz, ou seja, impedir conflitos e garantir que cada Estado tenha uma reparação adequada pelo ato ilícito. Em suma entende-se que a responsabilidade internacional consiste no dever de reparar o ato ilícito decorrente de uma ação ou uma omissão.

Por fim a pesquisa mostrou que para a responsabilização de atos ilícitos cometidos por particulares em função do Estado, torna-se necessário a percepção de que dentro da comunidade internacional ocorrem diversos atentados e ações.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Isabela Piacentini de. **Responsabilidade Internacional por violação do Jus cogens**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.5, n.5, jan./jun. 2007.
- ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas excludentes**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. N° 69, jan/jul. 2018. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1240456/Eugenio_Rosa_de_Araujo.pdf. Acesso em: 08 de nov. 2020.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 283989**. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 28 de maio de 2002. Jurisprudência do STF.
- BRASIL, Lei de Crimes contra o Estado e a ordem social. **Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm>. Acesso em: 16 de jun de 2020.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. JusPODIVM. Salvador. 5ª edição, 2018.
- CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzete. DOTTO, Adriano Cielo. **Tratados internacionais: processo de formação e relação com o direito interno**. Jus.com.br, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24732/tratados-internacionaisprocesso-de-formacao-e-relacao-com-o-direito-interno>>. Acesso em: 01 de junho de 2020.
- ICARI, Vincenzo Rocco. **As relações diplomáticas no direito internacional**. 2007. 302 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders**. LaGrand Case (Germany V. United States of America). Judgment Of 27 June 2001, paras. 1 e 15.
- HUPFFER, Haide Maria. El al. **Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal**. Revista Direito GV. São Paulo. Volume 8, n° 1. Jan/jun de 2012.
- NOVO, Benigno Núñez. **Responsabilidade Internacional do Estado**. JUS, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63843/responsabilidade-internacional-do-estado>>. Acesso em: 08 de nov de 2020.
- RANGEL, Vicente Marotta. **Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais**. 1967. Disponível em: <www.revistas.usp.br>. Acesso em: 01 de junho de 2020.
- SANTOS, Breda dos. **História das Relações Internacionais no Brasil: esboço de uma avaliação sobre a área**. Scielo, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010190742005000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 01 de junho de 2020.
- SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. 1ª edição. Barueri, São Paulo. Editora Manole, 2004.
- STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e segurança jurídica**. Migalhas, 2005. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/14937/responsabilidade-civil-eseguranca-publica>>. Acesso em: 01 de junho de 2020.

TELEOLOGIA DAS COTAS DE CANDIDATURA ELEITORAL: PARIDADE ENTRE OS GÊNEROS COMO DEMOCRACIA POLÍTICA

TELEOLOGY OF ELECTORAL QUOTAS APPLICATION: PARITY BETWEEN GENDERS AS POLITICAL DEMOCRACY

Jeissiany Batista Maia¹

Cleuber Iguape Abidu Figueiredo²

Resumo: O presente trabalho tem como escopo o estudo de decisões e interpretações jurídicas, principalmente dos órgãos máximos de nosso ordenamento jurídico, acerca da instituição das cotas eleitorais de gênero para pessoas transexuais. Partindo-se de um método exploratório, descritivo e explicativo a pesquisa será bibliográfica e documental. Analisar-se-á, com o foco na sub-representação de pessoas transexuais na política brasileira, quais são os impactos desse entendimento para a democracia contemporânea do país que mais mata esse grupo de pessoas no mundo.

Palavras-chave: Transexualidade; Representação Política; Direito LGBTQIA+.

Abstract: This present work aims to study legal decisions and interpretations, mainly Highest Jurisdictional Organs of our legal system, about people who don't identify with the biological sex given to them: transgender people; and how the law sees these people. It'll be analyzed, focusing the under-representation of transsexual people in Brazilian politics, what are the impacts of this study for contemporary democracy in the country that kills this group of people more than any other in the world. Also the analogy of female representation combined with the causes of non-cisgender people.

Keywords: Transsexuality; Political Representation; LGBTQIA+'s Rights.

1. INTRODUÇÃO

Dados do TSE, mostram que a partir de 2019, a Câmara dos Deputados continua a ser composta, principalmente, por homens, brancos, casados e com ensino superior. As mulheres representam apenas 15% da Câmara dos Deputados, mesmo as mulheres

¹ Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN. Pesquisadora e escritora de artigos científicos. Telefone (84) 99984-4634. E-mail: maiajeissiany@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8704476562466991>.

² Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Pesquisador voluntário. Telefone: (81) 996805202. E-mail: cleuber.ig@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/66374947145861261>.

representando 51,8 % da população brasileira³. O cenário do Senado Federal⁴ não é muito diferente: dos 353 candidatos ao Senado nas eleições de 2018, 62 eram mulheres e, dessas, sete se elegeram. A população LGBTQIA+ é representada apenas por 1 deputado federal e 1 senador (ambos homens gay cisgênero), ou seja, apenas a letra “G” da sigla tem representação hoje no Congresso Nacional⁵.

É fundamental que todas as minorias sociais, em especial a comunidade transexual, ocupem espaços de decisões, principalmente na política. A sociedade é moldada, basicamente, no Congresso Nacional, com os Senadores e Deputados, mas também nas Assembleias Legislativas, nas Prefeituras, na Presidência da República, e para que as políticas públicas sejam efetivadas de forma democrática é imprescindível que haja uma pluralidade de representantes atuando nessas esferas de poder, garantindo igualdade entre os agentes sociais.

O Brasil, de acordo com o estudo da Transrespect versus Transphobia Worldwide⁶ (TVT) é o país que mais mata pessoas transexuais no mundo, seguido do México (segundo lugar) e Estados Unidos (terceiro lugar). Esse ranking alarmante, fruto de sub-representação e discriminação, tem seu reflexo nas eleições de Jair Bolsonaro, que pauta seu discurso no ódio e no repúdio à diversificação, e de Donald Trump que, dentre outros posicionamentos, cita que transgêneros não teriam proteção das leis federais de direitos civis, que proíbem discriminação no trabalho com base em sexo –além de raça, religião, idade, etc⁷.

Em virtude disso, a o presente artigo visa analisar a interpretação dada à lei 12.034/2009 pelo Tribunal Superior Eleitoral acerca da reserva de candidaturas eleitorais, os fundamentos que permitiram a inclusão de pessoas transexuais nesse percentual, bem

³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostras em Domicílio**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf>. Acesso em 31 de outubro de 2020.

⁴ AGÊNCIA SENADO. **Bancada feminina no Senado terá 12 integrantes em 2019**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/31/bancadafemininanosenadodiminuiem2019>>. Acesso em 31 de outubro de 2020.

⁵ **Brasil tem recorde de pré-candidatos LGBT às eleições 2020**. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/brasil-tem-recorde-de-pre-candidatos-lgbt-as-eleicoes-2020/>>. Acesso em: 31 de outubro de 2020.

⁶ BLAZER, Carsten; LAGATA, Carla; BERREDO, Lukas. **TMM Anual Report 2016**. Germany: TVT Publication Series, vol. 14, 2016.

⁷ MELO, João Ozorio de. **Governo Trump diz que lei não protege transgêneros contra discriminação no trabalho**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/governo-trump-lei-permite-discriminar-transgeneros>>. Acesso em: 24 de novembro de 2020

como refletir sobre possíveis políticas públicas a serem trabalhadas e, com isso, observar resultados práticos para a Democracia.

Para o desenvolvimento da pesquisa, será aplicada uma metodologia teórico-jurídica com raciocínio dedutivo, partindo-se de conhecimentos gerais para o específico. Nesse sentido, percebe-se um viés aplicativo e operacional das Ciências Sociais na pesquisa jurídica, “há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito [...] um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito”⁸.

Perquirindo inovações para a investigação jurídica iremos buscar o diálogo entre as diversas fontes e a cultura da interdisciplinaridade se fará presente nessa pesquisa. A teoria dos diálogos das fontes permite que o cientista do Direito examine as leis, doutrinas, jurisprudências, costumes e analogias com sensibilidade, além de poder dialogar as fontes formais e informais. O método em tela, segundo Bittar⁹: “[...] visa, enfim a fomentar o pensamento reflexivo, questionador e crítico sobre práticas e conceitos jurídicos”.

A pesquisa será teórica com a abordagem do tema sob a ótica das técnicas das pesquisas bibliográfica e documental, buscando elementos na legislação pertinente à matéria, na doutrina nacional e na jurisprudência pátria. A partir desse levantamento, proceder-se-á à análise crítico-constructiva do material para apresentação de conclusões viáveis e auxiliem na compreensão das singularidades adstritas ao tema.

Com base nos objetivos, a pesquisa será exploratória, descritiva e explicativa. Exploratória pela sua flexibilidade possibilitando considerações dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado. Já a pesquisa descritiva busca descobrir a existência de associações entre variáveis, além de buscar essa relação também determina a sua natureza.

2. PERSPECTIVAS DA DIVERSIDADE SEXUAL NA POLÍTICA BRASILEIRA

A questão da sub-representação de grupos socialmente desprivilegiados nas instâncias de representação política tem despertado intenso e frutífero debate, tanto no campo da filosofia e da teoria política quanto no campo da sociologia e da ciência política. Grupos sociais marginalizados (mulheres, negros, LGBT, trabalhadores, entre outros)

⁸ CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisas em Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 1991, p. 79.

⁹ BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 231.

têm denunciado que a extensão dos direitos formais de cidadania não resultou em uma igualdade política substantiva¹⁰.

As propostas de representação no campo político têm características próprias e definidoras do jogo político-institucional e é dominado por segmentos compostos de cidadãos que detém o capital econômico e cultural necessários para delimitar as fronteiras políticas¹¹.

As decisões políticas na democracia brasileira são pautadas na égide dos grupos sociais dominantes que a compõe, o que implica no argumento de que os grupos sociais menos favorecidos não são igualmente e satisfatoriamente representados. Desse modo, a democratização seria mais que a garantia do voto universal e das eleições livres e diretas. Ela efetivar-se-ia também, e particularmente, pela inclusão progressiva de diferentes grupos sociais no processo de tomada de decisão política¹².

Questões relativas à diversidade sexual e de gênero passaram por grandes avanços em termos de visibilidade e reconhecimento no país. Em 2004 um grande marco nesse processo foi evocado com a criação pelo governo federal do programa “Brasil sem Homofobia” destinado a fortalecer a cidadania do grupo LGBT com a equiparação de direitos e visando o combate à violência e discriminação. Foi também no âmbito desse programa que se instituiu o Processo Transexualizador, caracterizado por um conjunto de estratégias assistenciais voltadas para as pessoas trans que pretendem realizar modificações corporais no âmbito do Sistema Único de Saúde.

No campo dos direitos, diversos atos normativos foram criados com intuito de prestar garantias legais a esse público, como o uso civil do “nome social” e posteriormente a possibilidade de alteração do nome civil por pessoas trans, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar bem como a instituição do casamento civil.

Essas garantias, no entanto, não partiram de um projeto de lei único e específico, nem de uma perspectiva universal, mas sim de um conjunto de portarias, decretos e documentos burocráticos, com intuito de reconhecer, ainda que paulatinamente, as especificidades da comunidade LGBT em diferentes órgãos públicos.

¹⁰ SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. **Diversidade Sexual e Política Eleitoral: analisando as candidaturas de travestis e transexuais no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/jatsRepo/2933/293346767003/html/index.html#B22>>. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

¹¹ BOURDIEU, Pierre. A representação política: elementos para uma teoria do campo político. In: BOURDIEU, P. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 1989.

¹² SACCHET, Teresa. **Representação Política, Representação De Grupos E Políticas De Cotas: perspectivas e contendas feministas**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ref/v20n2/v20n2a04.pdf>>. Acesso em 27 de outubro de 2020

Todo esse arcabouço de garantias legais, foi fruto de um processo longo de complexo de articulações e debates sociais envolvendo a movimento organizado da população LGBT. A defesa e a mobilização da causa tiveram início no debate público e através disso alcançou o campo político e eleitoral. Apesar disso, a conjuntura política tem se mostrado menos promissora no tocante à garantia de direitos dos LGBTs, com a maciça participação e forte influência de setores conservadores que vem compondo a base política governamental.

Os múltiplos fatores que ensejam a sub-representação dos LGBTs no campo político, pode ser atribuída a processos de socialização longos e constrangimentos culturais que se associam aos constrangimentos político-institucionais e sociais, que culminam em obstáculos significativos para a presença desse grupo em distintas esferas do poder político.

No entanto, há que se notar que o recente processo eleitoral no âmbito municipal resultou na eleição de candidaturas de pessoas trans, como se observa Belo Horizonte, onde Duda Salabert, professora trans e lésbica foi a vereadora mais votada da história da cidade. Na cidade de Pontal (SP), a travesti Lorim da Valéria é eleita vereadora. Filipa Brunelli, primeira vereadora travesti eleita em Araraquara (SP). Em Niterói, cidade do Estado do Rio de Janeiro, a travesti Benny Briolly foi a vereadora mais votada também. Erika Hilton entrou para a história de São Paulo por ser a primeira trans negra da história a se eleger vereadora. Entre muitos outros. O site LGBTQIAP+¹³ traz números absolutos dessa luta: 9 candidatas trans ou travestis. Esses números indicam que a sociedade está realmente mudando, se importando com a diversidade na política. Mostra também que a população não mais está se sentindo representada por homens, héteros, brancos, cis, que focam seus esforços simplesmente para contemplar os seus interesses.

Avanços como esses, mesmo que incipientes, só foram possíveis graças às políticas públicas afirmativas que tivemos nos últimos anos, mas é preciso avançar cada vez mais. Grupos privilegiados, detentores do poder, podem estar com medo de perdê-los, mas fica evidente que mais direito para comunidade trans, não significa menos direito para a comunidade cis, é mais direito para a sociedade como um todo.

3. PROCESSO ELEITORAL E COTAS POLÍTICAS

¹³ **Campanha LGBTQIAP: eleitas e eleitos 2020.** Disponível em: <http://campanhalgbtqiapmais.org/>. Acesso em: 18 de novembro de 2020.

O processo eleitoral se refere aos atos que organizam as eleições, mas não se encerra nessa premissa, existem inúmeras discussões em torno dos desdobramentos que essa expressão traz.

Algumas fases do processo eleitoral são fundamentais para a concretização das eleições, como o cadastro eleitoral, a fase de candidaturas, a prestação de contas e a logística eleitoral. Porém, mesmo encerrado o período de votações, o processo eleitoral continua com a fase pós-eleições, cuja principal finalidade é conceder a diplomação dos eleitos e com isso garantir a efetividade do voto.

O Brasil adota o sistema dois sistemas eleitorais que regem o processo de eleição, o sistema proporcional para eleições da Câmara e o sistema majoritário para o Senado e Presidente da República, conforme leciona Mezzaroba¹⁴, “nos Municípios e nos Estados, o número de Vereadores ou Deputados eleitos pelos Partidos Políticos depende do somatório dos votos obtidos pela legenda com votos nominais conquistados pelos seus candidatos”

Ocorre que, apesar dos avanços históricos pelo qual passou o processo eleitoral, não se possibilitou uma participação mais plural de candidaturas e tampouco de eleitos no país, havendo a premente necessidade de implantação de políticas afirmativas que visassem redistribuir de forma mais igualitária os percentuais de candidatos. A Lei 9.100/95 foi a primeira proposta nessa direção.

Cumprе ressaltar que a Lei nº 9.100/95, designada de Lei de Cotas visava garantir uma maior participação feminina no cenário político nacional, e foi fruto de intensas reivindicações do movimento feminista da época que pleiteava maior igualdade entre homens e mulheres, tal como preconiza a Constituição Federal. Essa lei, previa a reserva mínima de 20% da lista de candidatos ou coligações reservadas às mulheres, no âmbito das Câmaras Municipais¹⁵.

Em 1997, dois anos depois de aprovada a Lei de Cotas, o país começou a se debruçar sobre as discussões em torno da necessidade de se editar uma norma que regulamentasse o processo eleitoral, pois até aquele momento, em cada ano eleitoral se editava uma lei específica para regulamentar o processo de eleição, o que configurava em uma imensa insegurança jurídica, foi então instituída a Lei 9.504/97 ou Lei das Eleições.

¹⁴ MEZZAROBA, Orides. *Direito partidário brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 292.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19100.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2020.

A Lei das Eleições¹⁶ manteve as diretrizes da reserva de vagas e tornou ela permanente, para além disso, expandiu o sistema de cotas eleitorais para as Assembleias Estaduais e para a Câmara dos Deputados, no entanto, não abrangeu o Senado Federal, de modo que o referido dispositivo normativo somente é aplicado nas eleições proporcionais. Fatidicamente houve um considerável crescimento no percentual mínimo de candidaturas para as listas de candidatos(as) de partidos e coligações. Passou-se, assim, do mínimo de 20% instituído em 1995, para 30%.

Contudo, em que pese a abrangência trazida pela Lei das Eleições em torno na participação feminina no processo eleitoral, o percentual das vagas destinadas a reserva para as mulheres era calculada sobre o total de candidaturas que se poderia lançar e não sobre a quantidade de candidatos efetivamente apresentados, isso determinava que a garantia seria apenas de reserva e não do seu preenchimento, de modo que quando não havia essa complementação essas vagas eram deixadas em aberto, ou transferidas para homens.

Diante da necessidade de corrigir essa deformidade, foi editada a Lei 12.034/2009 que conferiu nova redação a Lei das Eleições e tornou obrigatório o preenchimento do percentual mínimo de 30% para candidaturas femininas.

No entanto, é forçoso entender que o sistema de reserva de vagas em candidaturas eleitorais foi instituído para suprir um déficit em relação a participação feminina na política, o que porventura se fazia necessário. Porém, não foi pensado naquele momento a deficiência na participação e conseqüente representação de outras minorias sociais, como os negros e a comunidade LGBTQIA+, sendo então imprescindível trazer ao debate como esse instrumento normativo pode através da analogia, abranger igualmente esses grupos.

3.1 Direitos humanos e identidade de gênero

Na visão tradicionalista, sexo, gênero, sexualidade e identidade de gênero seriam parte de um mesmo conceito, estando simbioticamente interligados. O sexo biológico ou anatômico seria o que determinaria o comportamento e a sexualidade, e serviria para nortear a vidas dos indivíduos na sociedade.

A palavra sexo, portanto, deve ser interpretada e aplicada de forma ampla e não apenas relacionada ao aspecto biológico, para passar a abranger as pessoas trans de acordo

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2020.

com o sexo com o qual ela passou a se identificar, mesmo sem ter passado pela cirurgia de mudança de sexo.

No entanto, a definição de sexualidade não se perfaz somente no ato sexual e/ou reprodutivo e é desatrelada das noções de gênero e sexo. Conforme estabelece Gherpelli¹⁷, a sexualidade é o meio pelo qual os indivíduos expressam seus afetos e a forma pela qual eles vivenciam suas experiências interpessoais. Já a definição de gênero, na visão de Machado¹⁸ é a seguinte:

Gênero é uma categoria engendrada para se referir ao caráter fundante da construção cultural das diferenças sexuais, a tal ponto que as definições sociais das diferenças sexuais é que são interpretadas a partir das definições culturais de gênero. Gênero é assim uma categoria classificatória que, em princípio, pode metodologicamente ser o ponto de partida para desvendar as mais diferentes e diversas formas de as sociedades estabelecerem as relações sociais sobre os sexos e circunscreverem cosmologicamente a pertinência da classificação de gênero.

É nesse ponto que apresenta a teoria da identidade de gênero, que não possui relação com os sexos morfológicos, sendo revestida de elementos conscientes e inconscientes que integram as características do indivíduo. Peres, afirma que a identidade de gênero distingue o sujeito da dualidade feminino e masculino, tida como necessária ao funcionamento da sociedade, uma vez que cada um exercendo sua função, não geraria desordem social.

A identidade de gênero está atrelada a uma esfera individual e privada de cada pessoa, devendo, pois, ser preservada ante a interferência de terceiros. Além disso, ela se insere na esfera de proteção dos direitos humanos, sendo concernente a deliberação do indivíduo ante a sua privacidade, e como tal requer proteção estatal.

O termo “transgênero”, no posicionamento da APA¹⁹ (American Psychological Association) é um guarda-chuva para pessoas que em suas identidades de gênero, sua expressão de gênero e seu comportamento não são associados ao sexo que lhes é dado ao nascer. Ou seja, uma pessoa trans é aquela que não se identifica com o sexo biológico que ela recebeu ao nascer. Por exemplo, ela nasce com a genitália masculina, mas não se identifica com ela. Também não se identifica com expressões sociais de cada gênero

¹⁷ GHERPELLI, Maria Helena Brandão Vilela. **A Educação Preventiva Em Sexualidade Na Adolescência**. Série Ideias, n. 29. São Paulo: FDE, 1996, p. 61-72.

¹⁸ MACHADO, Lia Zanotta. **Perspectivas em Confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo**. Brasília: Série Antropológica, 2000, p. 05.

¹⁹ APA-American Psychological Association. **Answers to Your Questions About Transgender People, Gender Identity, and Gender Expression**. Washington-DC: APA, 2011.

como “coisas de homem” ou “coisas de mulher”, prescritas por gerações, antes mesmo de nascer.

Os Direitos Humanos possuem grande relevância no ordenamento jurídico, à medida que funciona, simultaneamente, como “elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional²⁰”. Por outro lado, o Direito, enquanto sistema axiológico, justifica-se especialmente pelo princípio da justiça e pela concretização do princípio da igualdade²¹.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos²² entende que “o direito à identidade de gênero está vinculado às garantias de liberdade e de autodeterminação e seu reconhecimento por parte dos Estados integrantes da OEA é de vital importância para o pleno gozo dos direitos humanos”. Considerando esse entendimento, deve-se dar às pessoas trans o tratamento político com base no sexo com o qual se identificam, formalizando o papel transformador do Direito e reconhecendo direitos subjetivos que necessitam de concretização, assegurando assim a humanizando as relações.

A pessoas trans, por óbvio, possuem o mesmo valor intrínseco que qualquer outro ser humano e, por essa razão, devem receber tratamento respeitoso e digno, por parte do Estado e por todos os demais membros da sociedade, e de igual forma precisam ser reconhecidos pela identidade de gênero que se identificam. Recusar esse direito a pessoa transexual, afeta não somente o sujeito transexual, mas favorece uma perpetuação de preconceito, desigualdades e injustiças que acompanham os transexuais. Ademais, negar o direito a identidade de gênero não se coaduna com qualquer valor constitucionalmente relevante.

O reconhecimento da identidade de gênero da pessoa transexual, reflete o princípio da igualdade e o respeito às diferenças, como forma de reparar as injustiças sociais que atinge esse grupo, além de ser uma medida que se impõe para a viabilização do princípio da dignidade inerente à condição de pessoa.

²⁰ SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 22.

²² **Corte De Direitos Humanos Defende Mudança de Nome e Sexo Conforme Autopercepção**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI272283,71043-Corte+de+Direitos+Humanos+defende+mudanca+de+nome+e+sexo+conforme>>. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

O combate à discriminação e ao preconceito que assola as pessoas transexuais perpassa por uma modificação política, cultural e social, que envolve necessariamente a observância das normas jurídicas atreladas as desigualdades concretas.

Porém as situações fáticas não podem somente ser vistas do ponto do ponto de vista das regras jurídicas, é fundamental haver uma interpretação constitucional baseada nos princípios dos direitos humanos. Acerca da interpretação constitucional, explica Xerez²³:

A interpretação conforme a constituição significa que, entre os sentidos abarcados pela moldura da norma infraconstitucional devem ser eliminados aqueles que forem incompatíveis com as normas constitucionais e que, por outro lado, deve prevalecer o sentido que resulte no maior grau de concretização dos direitos fundamentais. A interpretação conforme a constituição envolve juízos de realidade e juízos axiológicos, que resultarão na atribuição à norma infraconstitucional do sentido que consubstancie, com maior eficácia, a proteção normativa de bens e valores consagrados em âmbito constitucional.

O direito que os transexuais possuem de serem tratados socialmente e juridicamente de acordo com a sua identidade de gênero demonstra a afirmação da eficácia das normas constitucionais aplicadas ao caso concreto, e a preponderância que os princípios dos Direitos Humanos assumem na interpretação desses dispositivos normativos e reforça o fortalecimento dos direitos à igualdade, à liberdade e o direito de autoafirmação e auto identificação.

3.2 Análise da interpretação e aplicação do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997

O artigo 10, §3º da lei nº 9.504/1997, a Lei das Eleições, dispõe o seguinte:

Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as assembleias legislativas e as câmaras municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo:

3.º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo²⁴.

²³ XEREZ, Rafael Marcílio. **Dimensões Da Concretização Dos Direitos Fundamentais: teoria, método, fato e arte. tese (Doutorado Em Direito)**. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf>> Acesso em: 10 maio 2016, p. 169.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 17 de novembro de 2020.

A lei, faz menção a palavra sexo e não gênero, em virtude disso, e partindo de uma análise literal, um candidato trans somente poderia se apresentar na candidatura referente ao sexo com o qual se identifica se já tivesse passado pela mudança de sexo e alterado seu registro civil. Ocorre que uma pessoa trans pode alterar dados do seu registro civil mesmo sem ter realizado a cirurgia de mudança de sexo.

Nesse ponto, importa ressaltar a diferença entre sexo e gênero. Para Judith Butler²⁵, o sexo se relaciona com os aspectos do corpo, e o gênero é “culturalmente construído” correspondendo a “significados culturais assumidos pelo corpo”, essa distinção questiona a formulação de que somente a origem biológica seria assertiva.

O sexo portanto, envolve um sistema binário, masculino e feminino e gênero abrange um uma multiplicidade de identidades que não necessariamente se coadunam com esse sistema de sexo, não há que se falar na correlação entre homem e masculinidade, ou entre mulher e feminilidade, no campo do gênero.

Todas as questões relativas a identidade de gênero que a pessoa trans enfrenta, faz com que ele ou ela sejam sujeitos de necessidades político-sociais para uma vida mais equânime em sociedade. Trata-se de uma circunstância sociopolítica de inadequação e/ou discordância e/ou desvio e/ou não-conformidade com o dispositivo binário de gênero, presente em todas as identidades gênero-divergentes²⁶.

Nesse sentido, a discriminação e o preconceito que vitimizam as pessoas trans no país, fazem surgir uma categoria social digna de proteção. Nas palavras de Pereira²⁷ “a hipossuficiência social advém da exclusão, invisibilidade e preconceito gerando, por conseguinte, hipossuficiência jurídica. A deficiência de normatização jurídica coloca certos grupos à margem do Direito”.

Diante dessa hipossuficiência social, nasce uma necessidade de representação política, para que esse grupo à margem escassa de direitos, possa lutar e conseguir galgar espaços na sociedade

²⁵ BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, p. 24.

²⁶ LANZ, Letícia. **O Corpo Da Roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero**. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf>>. Acesso em 21 de Novembro de 2020.

²⁷ PEREIRA, Reinaldo Alves. **Exercício do Direito Humano à Liberdade Sexual: a situação dos adolescentes homossexuais privados de liberdade na FUNASE em GARANHUNS/PE**. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/38520/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Reinaldo%20Alves%20Pereira.pdf>>. Acesso em: 27 de Novembro de 2020.

Por essa razão, a interpretação do art. 10, § 3º, da Lei das Eleições foi objeto de consulta (nº 0604054-58.2017.6.00.0000) formulada ao Tribunal Superior Eleitoral – TSE, a fim de serem dirimidas dúvidas sobre a aplicação do referido dispositivo legal.

Segundo o ministro Tarcísio Vieira de Carvalho²⁸ “A expressão ‘cada sexo’ mencionada no artigo 10, parágrafo 3º, da Lei 9.504/97 refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina. Para tanto, devem figurar como tal nos requerimentos de alistamento eleitoral, nos termos estabelecidos pelo artigo 91, caput, da Lei das Eleições, haja vista que a verificação do gênero para o efeito de registro de candidatura deverá atender aos requisitos previstos na Resolução TSE 21.538/2003 e demais normas de regência”.

Importa ressaltar, que mesmo aqueles que não procederam com a alteração da sua documentação no registro civil, podem requerer a mudança dos dados cadastrais perante a Justiça Eleitoral, com base no Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016. Nesse caso, a indicação do nome civil é feita para fins de obtenção das certidões necessárias ao controle da administração eleitoral, podendo constar do título de eleitor o nome civil, o nome social e a identidade de gênero.

As cotas de candidatura para as mulheres têm por finalidade garantir espaço e participação política na esfera formal para um grupo que foi alijado historicamente da política por ser quem é; grupo este que perfaz, em média, metade da população, aspecto quantitativo que se mantém, de certa forma, constante durante a História²⁹.

Em virtude disso, é preciso entender as políticas afirmativas como reparadoras de padrões de injustiças concretos a serem identificados em cada formação social, para que os grupos mais vulneráveis e menos representados possam reivindicar representação mais efetiva³⁰.

Embora, as bandeiras políticas do transexual e do transgênero sejam, diferentes tanto das da mulher, como das do homem, por terem entre as causas mais importantes a busca por um tratamento social digno, o enfretamento do preconceito e até a luta por

²⁸ **Cotas de Candidatos em Partidos são de Gênero, e não de Sexo, define TSE.** Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/cotas-candidatos-sao-genero-nao-sexo-define-tse>>. Acesso em 27 de outubro de 2020.

²⁹ BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. **Feminismo e Política: uma introdução.** São Paulo: Boitempo, 2014, p. 198.

³⁰ MIGUEL, Luís Felipe. **Democracia e Representação: territórios em disputa.** São Paulo, Editora Unesp, 2014.

tratamento médico, a finalidade da interpretação dada à norma é incentivar a participação desses grupos na política.

A inclusão de pessoas Transexuais como beneficiárias dessa política afirmativa é reconhecer sua identidade plena, sua personalidade e dignidade, concedendo tratamento jurídico democrático no processo eleitoral³¹.

Enquanto não houver condições de os cidadãos participarem indistintamente em pé de igualdade do processo de tomada de decisão política, a proposta de inclusão política de grupos marginalizados por meio de medidas especiais pode constituir-se no único instrumento efetivo para alterar a composição do corpo legislativo e para impulsionar mudanças substantivas em diferentes esferas. A aliança política entre grupos não pressupõe a construção de uma vontade coletiva eliminando a necessidade de distinguir as suas diferenças, ao contrário, um processo verdadeiramente inclusivo precisa incorporar as especificidades das experiências e das condições sociais de distintos grupos marginalizados³².

4. REPRESENTATIVIDADE TRANS E DEMOCRACIA POLÍTICA

Democracia e representação, embora distintos e complexos, são ligados entre si, isso é perceptível na medida em que os regimes democráticos ocidentais buscam efetivar um governo feito pelo povo através da representatividade.

No entanto, nos regimes democráticos, é cada vez mais perceptível a super-representação de segmentos e interesses em detrimento de grupos excluídos das instituições representativas liberais. É possível dizer que trabalhadores/as, mulheres, população negra e lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT), só para citar alguns grupos, são obstados de ocupar espaços de poder tanto pela dinâmica da exclusão social quanto pelos filtros institucionais que tendem a reproduzir as desigualdades sociais na esfera pública e na política eleitoral³³.

Hannah Pitkin³⁴ publicou em 1967 o livro “O conceito de representação” que apresenta uma tipologia moderna da representação política. A autora, que se baseia em “Leviatã”, obra clássica de Hobbes, para explorar os sentidos históricos que a palavra ‘representação’ pode significar, e explica que a representação é, em síntese, tornar

³¹ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2016.

³² SACCHET, Teresa. **Representação Política, Representação de Grupos e Políticas de Cotas: perspectivas e contendas feministas**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ref/v20n2/v20n2a04.pdf>>. Acesso em 27 de outubro de 2020

³³ PEREIRA, Cleyton Feitosa. **Barreiras à Ambição e à Representação Política da População LGBT no Brasil**. Revista Ártemis, Vol. XXIV nº 1; jul-dez, 2017, p. 120.

³⁴ PITKIN, Hannah. **The Concept Of Representation**. Berkeley: University of California Press, 1967.

presente o que está ausente. Para Pitkin, a representação política ideal é baseada nas ideias que são representadas e não em quem as representa, baseada em uma relação de equivalência.

Por outro lado, Anne Phillips³⁵ defende a ideia de política de presença, na medida em que não bastaria o sufrágio para incluir e promover igualdade política, seria necessário também o desenvolvimento de políticas afirmativas que corrijam distorções do sistema representativo, assegurando igualdade de participação e de representação.

A igualdade material é concretizada quando o Estado deixa de se abster e passa, efetivamente, a implementar políticas afirmativas que garantam direitos e corroborem com a isonomia. Essa assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um *princípio da igualdade*, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos³⁶.

A promoção de espaços de participação social voltados para a população LGBT, revelam-se fundamentais para o exercício da cidadania e da participação política dessa população, além de garantirem a pluralidade de representação em espaços públicos, uma vez que, as instituições políticas tradicionais, encontram-se mais resistentes à população e a agenda LGBTQIA.

Nessa perspectiva, a democracia, entendida como um regime de igualdade e pluralidade de ideias, só poderá ser efetivada com a possibilidade de todos e todas votarem e serem votados, e acima de tudo com a garantia de que os votantes terão sujeitos que os representarão, seja em relação ao gênero, seja em relação as ideias políticas.

Há que se observar que não basta simplesmente mudar a legislação impondo que partidos e coligações preencham pelo menos 30% de vagas para cada sexo, é preciso que se incluam pessoas trans nessa equação, mas também que essas candidaturas sejam efetivas e incentivadas. É preciso que não só mudar o cenário político brasileiro, mas que também se misture características distintas, pois a igualdade democrática é essencialmente homogeneidade³⁷. Propiciar maior inclusão e influência aos grupos

³⁵ PHILLIPS, Anne. **The Politics Of Presence**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 410.

³⁷ BENJAMIM, Cássio Corrêa. **Schmitt e o Problema da Democracia. Nostalgia da Transcendência ou a Representação como Questão para a Democracia**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2008000200008&script=sci_arttext#top15. Acesso em 02 de Novembro de 2020.

sociais sub-representados pode contribuir para que uma sociedade enfrente e reduza a desigualdade social estrutural³⁸.

Reformas no sistema político e a implantação de políticas de incentivo à participação de pessoa trans e outros grupos sub-representados, embora necessárias e garantidoras de um mínimo de igualdade formal e material, não resolverão em definitivo a exclusão política se desigualdades fora desse escopo não forem superadas. É imprescindível atuar dentro e fora da política para construir uma realidade que não ameace o desejo de participação e transformação da sociedade pelas pessoas transexuais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na cúpula do poder, principalmente na política, onde as maiores decisões da sociedade são tomadas, grupos privilegiados detém a força econômica e, conseqüentemente, política, isso faz com que grupos marginalizados, nesse caso as mulheres e as pessoas transexuais, sejam postos de lado por sua sub-representação. As mulheres embora sejam maioria na população, ainda são minoria no Congresso Nacional brasileiro, e os LGBTs são representados somente por 2 parlamentares, o que evidencia a fragilidade democrática brasileira.

Em uma democracia, pautada na liberdade e na igualdade, é fundamental reconhecer e fortalecer os espaços de participação de todos os indivíduos e na condição em que ele se identifica, de modo que se garanta o exercício de sua personalidade e dignidade.

A pessoa trans não se identifica com o sexo atribuído biologicamente e em virtude disso, possui demandas sociais relacionadas ao sexo com o qual se identifica, para tanto deve ser incluído nesse campo do gênero tanto socialmente quanto politicamente. Essa premissa garante sua realização pessoal e dignidade plena para realização dos fins políticos, além de preconizar uma coerência no ordenamento, ao atribuir conseqüências jurídicas à condição transexual.

Nos casos em que a pessoa trans não deseja proceder com a resignação sexual, mas ainda se enquadra no gênero diverso do seu biológico, o tratamento deve ser igual em relação aos que já realizaram a cirurgia, em virtude disso o termo sexo trazido pela Lei das Eleições ao se referir às cotas, deve ser interpretado e aplicado como gênero.

³⁸ YOUNG, Iris Marion. **Intersecting Voices: dilemmas of gender, political philosophy and policy.** New Haven: Princeton University Press, 1997.

Decisões importantes, porém, sem muito efeito prático, têm surgido no Poder Judiciário a respeito da temática. Arelado à isso, é fundamental que políticas públicas afirmativas surjam com o principal objetivo de quebrar padrões de injustiça e de sub-representação.

Com base no referido estudo, e partindo da análise dos dados obtidos na doutrina, nas jurisprudências do TSE e de outros órgãos do Poder Judiciário, observar-se a disparidade e sub-representação da população transexual nas posições de poder da sociedade e como isso afeta não somente esses sujeitos de direito mas toda a coletividade.

Depreende-se, portanto, que a inclusão de pessoas transexuais na política brasileira, não só como estatística, mas como cidadãos de direitos, com garantias constitucionais, deve ter como base as interpretações jurídicas e as convenções internacionais de Direitos Humanos acerca do tema. Ademais, mesmo que esse estudo não seja definitivo, pois não há estudo estanque numa democracia contemporânea, ele ajudará a dar luz à problemática que permeia a representatividade trans na política municipal, estadual, distrital e federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGÊNCIA SENADO. **Bancada feminina no Senado terá 12 integrantes em 2019**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/31/bancada-feminina-no-senado-diminui-em-2019>>. Acesso em 31 de outubro de 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 410.
- APA-American Psychological Association. **Answers to Your Questions About Transgender People, Gender Identity, and Gender Expression**. Washington-DC: APA, 2011.
- BENJAMIM, Cássio Corrêa. **Schmitt e o problema da democracia. Nostalgia da transcendência ou a representação como questão para a democracia**. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2008000200008&script=sci_arttext#top15>. Acesso em 02 de Novembro de 2020.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. **Feminismo e política: uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 198.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 231.
- BLAZER, Carsten; LAGATA, Carla; BERREDO, Lukas. **TMM Anual Report 2016**. Germany: TVT Publication Series, vol. 14, 2016.
- BOURDIEU, Pierre. A representação política: elementos para uma teoria do campo político. **In: BOURDIEU, P. O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 1989.
- Brasil tem recorde de pré-candidatos LGBT às eleições 2020**. Disponível em: <https://exame.com/brasil/brasil-tem-recorde-de-pre-candidatos-lgbt-as-eleicoes-2020/>. Acesso em: 31 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei Nº 9.100, De 29 de Setembro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19100.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei Nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 26 de novembro de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 17 de novembro de 2020.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade.** Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, p. 24.

Campanha LGBTQIAP: Eleitas e Eleitas 2020. Disponível em: <<http://campanhalgbtqiapmais.org/>>. Acesso em: 18 de novembro de 2020.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 22.

CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisas em Ciências Sociais.** São Paulo: Cortez, 1991, p. 79.

Corte de Direitos Humanos defende mudança de nome e sexo conforme autopercepção. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI272283,71043->

[Corte+de+Direitos+Humanos+defende+mudanca+de+nome+e+sexo+conforme](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI272283,71043-Corte+de+Direitos+Humanos+defende+mudanca+de+nome+e+sexo+conforme)>.

Acesso em: 27 de outubro de 2020.

Cotas de candidatos em partidos são de gênero, e não de sexo, define TSE. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/cotas-candidatos-sao-genero-nao-sexo-define-tse>>. Acesso em 27 de outubro de 2020.

GHERPELLI, Maria Helena Brandão Vilela. **A educação preventiva em sexualidade na adolescência.** Série Ideias, n. 29. São Paulo: FDE, 1996, p. 61-72.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostras em Domicílio.** Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf. Acesso em 31 de outubro de 2020.

LANZ, Letícia. **O CORPO DA ROUPA: A pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero.** Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf>>. Acesso em 21 de Novembro de 2020.

MACHADO, Lia Zanotta. **Perspectivas em Confronto: Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo.** Brasília: Série Antropológica, 2000, p. 05.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Direito Eleitoral.** São Paulo: Atlas, 2016.

MELO, João Ozorio de. **Governo Trump diz que lei não protege transgêneros contra discriminação no trabalho.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/governo-trump-lei-permite-discriminar-transgeneros>. Acesso em: 24 de novembro de 2020

MEZZARROBA, Orides. **Direito partidário brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 292.

MIGUEL, Luís Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa.** São Paulo, Editora Unesp, 2014.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. **Barreiras à ambição e à representação política da população LGBT no Brasil.** Revista Ártemis, Vol. XXIV nº 1; jul-dez, 2017, p. 120.

PEREIRA, Reinaldo Alves. **Exercício Do Direito Humano À Liberdade Sexual: a situação dos adolescentes homossexuais privados de liberdade na FUNASE em GARANHUNS/PE.** Disponível em: <

<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/38520/1/DISSERTA%20Reinaldo%20Alves%20Pereira.pdf> >. Acesso em: 27 de Novembro de 2020.

PHILIPS, Anne. **The politics of presence**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

PITKIN, Hannah. **The concept of representation**. Berkeley: University of California Press, 1967.

SACCHET, Teresa. **Representação política, representação de grupos e políticas de cotas: perspectivas e contendas feministas**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ref/v20n2/v20n2a04.pdf>>. Acesso em 27 de outubro de 2020

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. **Diversidade sexual e política eleitoral: Analisando as candidaturas de travestis e transexuais no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/jatsRepo/2933/293346767003/html/index.html#B22>>. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Dimensões da concretização dos direitos fundamentais: Teoria, método, fato e arte**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf>> Acesso em: 10 maio 2016, p. 169.

YOUNG, Iris Marion. **Intersecting Voices: Dilemmas of Gender, Political Philosophy and Policy**. New Haven: Princeton University Press, 1997.

INSTITUTO DA IMPUTAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

THE INSTITUTE OF IMPUTATION IN BRAZILIAN CIVIL LAW

Luis Ricardo Bykowski dos Santos¹

Rafael Menguer Bykowski dos Santos²

Resumo: A finalidade deste estudo é a ponderação sobre o instituto da imputação no Direito Civil brasileiro, tema de grande valor para o corpo social e para a área jurídica. A sociedade está em constante mudança e a evolução é gradativamente muito rápida, não devendo o direito permanecer omissivo em face do progresso da sociedade. Nesse descortino, a presente pesquisa descritiva expõe os questionamentos e fatores que motivam as discussões na comunidade jurídica. Portanto, a legislação, a doutrina e as mudanças sociais definem o instituto, sempre fazendo a adequação do mesmo aos princípios constitucionais, especialmente, ao da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito civil brasileiro. Imputação do pagamento. Direitos individuais.

Abstract: The purpose of this study is to consider the imputation institute in Brazilian Civil Law, a topic of great value for the corporate body and for the legal area. Society is constantly changing and evolution is gradually very rapid, and the right should not remain silent in the face of society's progress. In this context, the present descriptive research exposes the questions and factors that motivate discussions in the legal community. Therefore, legislation, doctrine and social changes define the institute, always adapting it to constitutional principles, especially to the dignity of the human person.

Keywords: Brazilian civil law. Imputation of payment. Individual rights.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho apresenta e discute o instituto da “imputação” através do método dedutivo, com a utilização de uma pesquisa descritiva pormenorizada, com o escopo de compreender e aperfeiçoar o aprendizado sobre a matéria. Em tais termos, o trabalho visa a exposição do tema sua conceituação, seus requisitos, exigências, espécies, efeitos e hipóteses de incidência.

¹ Delegado de Polícia Civil aposentado pelo Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Registral Imobiliário com ênfase em Direito Notarial pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Doutorando em Direito Empresarial pela Universidade de Marília. Titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais e Interdições no Estado de São Paulo.

² Bacharelado em Direito na Faculdade de Direito de Franca. cursando o Curso Superior de Tecnologia em Gestão de Serviços Jurídicos, Notariais e de Registro na Universidade Paulista.

A nível organizacional, o desenvolvimento contínuo de distintas formas de atuação causa impacto indireto na reavaliação dos procedimentos normalmente adotados. Acima de tudo, é fundamental ressaltar que a revolução dos costumes exige a precisão e a definição das condições inegavelmente apropriadas. É importante questionar o quanto o acompanhamento das preferências de consumo assume importantes posições no estabelecimento dos métodos utilizados na avaliação de resultados.

Propriamente, quanto ao instituto da imputação, nas formas de pagamento indireto, podemos dizer que seria o ato pelo qual se determina, indica ou especifica o débito líquido e vencido, entre as dívidas de mesma espécie. Em tal realidade, logicamente, ao efetuar um pagamento de determinado valor (parcial) não corresponderia ao pagamento em totalidade da obrigação.

Assim, quando o pagamento é insuficiente para saldar todas as dívidas do mesmo devedor ao mesmo credor, surge a dificuldade de saber quais devem ser pagas. A imputação do pagamento visa favorecer o devedor ao possibilitar-lhe escolher qual dívida quer adimplir. Se ele não declarar, transfere esse direito o credor. Subsidiariamente à não manifestação de nenhum deles, aplica-se a lei.

A certificação de metodologias, que nos auxiliam a lidar com a contínua expansão de atividades, ainda não demonstraram convincentemente a participação nas mudanças das diversas correntes de pensamento. O modelo estrutural aqui preconizado exige a precisão e a definição das regras de conduta normativas. Nessa linha, fundamental valorizar um modelo que melhor atenda as necessidades do credor e do devedor.

2. METODOLOGIA

A pesquisa foi desenvolvida a partir de uma análise bibliográfica, sendo essa baseada nas posições doutrinárias que procuraram evidenciar o instituto no direito civil brasileiro.

O estudo também se utilizou de uma pesquisa documental, buscando examinar as normas do corpo jurídico brasileiro, focando em uma exposição conceitual breve quanto a exata utilização do instituto da imputação do pagamento, tudo em consonância com a coerente aplicação do ordenamento legal, bem como com os fundamentos e com a estrutura do direito civil.

O trabalho também faz uma ponderação da prática científica, através da utilização do método dedutivo, pretendendo então ponderar os questionamentos formulados com a

utilização de uma técnica comparativa, dessa forma buscando auxílio da pesquisa documental e bibliográfica, bem como explorando as concepções mais importantes sobre o instituto, com o escopo final de solucionar o problema através da investigação consciente e fundamentada em uma reflexão apurada sobre o tema.

Todas estas questões, devidamente ponderadas, levantam dúvidas sobre se o desenvolvimento contínuo de distintas formas de atuação maximiza as possibilidades por conta das regras de conduta normativas. Percebemos, cada vez mais, que a estrutura atual da sociedade cumpre um papel essencial na formulação a longo prazo. No mundo atual, a revolução dos costumes estimula a padronização das novas proposições, novas formas para que credores e devedores resolvam seus problemas.

Evidentemente, o julgamento imparcial das eventualidades agrega valor ao estabelecimento das diretrizes de desenvolvimento para o futuro. É claro que o consenso sobre a necessidade do estudo das novas formas de pagamentos, possibilitando evitar o surgimento de novos litígios, se mostra importante. Nunca é demais lembrar o peso e o significado destes problemas, uma vez que a valorização das posições das partes, enquanto credores ou devedores, permite alcançar soluções mais céleres.

3. O INSTITUTO

Imputação é o meio liberatório pelo qual o devedor ou o credor, no silêncio do primeiro, ou em caso de não manifestação dos dois, determina a aplicação da norma legal. Assim, o devedor indica qual dos débitos, de mesma natureza e com o mesmo credor, será quitado, pois, reforçamos, o pagamento não é o suficiente para quitar todas as obrigações existentes.

Nos dizeres de Filho e Gagliano, “entende-se a imputação do pagamento como a determinação feita pelo devedor, dentre dois ou mais débitos da mesma natureza, positivos e vencidos, devidos a um só credor, indicativa de qual dessas dívidas quer solver.”

De outro bordo, temos o conceito de Schreiber:

Imputação do pagamento não é, a rigor, uma modalidade indireta de pagamento, mas sim a identificação do destino do pagamento efetuado pelo devedor. Se o devedor tem apenas uma dívida face ao credor, o pagamento efetuado a ela se destina e o problema da imputação não se coloca. Se contudo, o devedor tem com o mesmo credor duas ou mais dívidas da mesma natureza, líquidas e vencidas, sendo o pagamento efetuado insuficiente para a extinção de todas, há que se determinar em qual das dívidas o pagamento deve ser imputado.

Já segundo o magistério de Tartuce:

Juridicamente, imputar significa indicar, apontar. Como se sabe, não há nenhum óbice para que uma pessoa contraia com outrem várias obrigações. Justamente por isso, dispõe o art. 352 do CC que “a pessoa obrigada por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos.

4. REQUISITOS

São requisitos da imputação do pagamento como afirma Gonçalves, “a imputação do pagamento pressupõe os seguintes *requisitos* (CC, arts. 352 e 353): a) pluralidade de débitos; b) identidade de partes; c) igual natureza das dívidas; d) possibilidade de o pagamento resgatar mais de um débito.”

Já para Schreiber, “são requisitos para a incidência das regras relativas imputação em pagamento: (a) pluralidade de débitos da mesma natureza; (b) identidade de credor e devedor; e (c) suficiência para solver mais de uma dívida.”

Nessa mesma linha, Tartuce:

Como elementos da imputação, há a identidade de devedor e de credor, a existência de dois ou mais débitos da mesma natureza, bem como o fato de as dívidas serem líquidas e vencidas – certas quanto à existência, determinadas quanto ao valor. A imputação do pagamento visa a favorecer o devedor ao lhe possibilitar a escolha do débito que pretende extinguir (art. 352 do CC). Como a norma é de natureza privada, é possível constar do instrumento obrigacional que a escolha caberá ao credor, o que inclusive é admitido pelo dispositivo seguinte.

Pinto, em perspectiva semelhante, define a imputação do pagamento, *in verbis*:

Significa apontar/indicar qual débito será quitado para o mesmo credor, quando as dívidas forem líquidas e vencidas e reciprocamente fungíveis. Ocorre pagamento insuficiente, mas o bastante para saldá-las.¹⁴⁹ Assim, são seus requisitos: a) pluralidade de débitos; b) identidade de sujeitos; c) débitos da mesma natureza; d) possibilidade de a prestação oferecida. resgatar mais de um débito.

Ainda, quanto a identidade das partes, pode haver, todavia, pluralidade de pessoas, tanto no polo ativo como também no passivo, como pode ser constatado nos casos de solidariedade ativa ou passiva, sem que tal circunstância afaste a existência de duas partes, pois o devedor ou o credor serão sempre identificados em suas relações externas.

Igual natureza das dívidas, exige, para o instituto, que os débitos sejam do mesmo tipo, ou seja, devem ter por objeto coisas fungíveis de idêntica espécie e qualidade.

E, o último requisito a possibilidade de o pagamento resgatar mais de um débito, é necessário, para que se possa falar em imputação do pagamento, que a importância entregue ao credor seja suficiente para resgatar mais de um débito.

Nessa linha, temos o magistério de Tartuce:

O Código Civil de 2002 em nada inova na matéria. Assim, como elementos da imputação, há a identidade de devedor e de credor, a existência de dois ou mais débitos da mesma natureza, bem como o fato de as dívidas serem líquidas e vencidas – certas quanto à existência, determinadas quanto ao valor. A imputação do pagamento visa a favorecer o devedor ao lhe possibilitar a escolha do débito que pretende extinguir (art. 352 do CC). Como a norma é de natureza privada, é possível constar do instrumento obrigacional que a escolha caberá ao credor.

5. ESPÉCIES

O Direito Civil brasileiro pressupõe três formas de imputação do pagamento. Esta orientação resta definida em caso de não discordância do credor, em consonância ao recebimento, no que diz respeito as condições da parcialidade do pagamento. O Código Civil (CC) estabelece o instituto no art. 352 a 355, realidade em que Tartuce afirma:

Se o devedor não fizer qualquer declaração, transfere-se o direito de escolha ao credor, não podendo o primeiro reclamar, a não ser que haja violência ou dolo do segundo (art. 353 do CC). Caso não haja manifestação nem do sujeito passivo nem do sujeito ativo, a imputação será feita pela norma jurídica, conforme as regras de imputação legal.

Reforçando, a imputação do pagamento então está materializada em três situações: primeiramente, por indicação do devedor, conforme artigo 352 do CC; caso não haja imputação pelo devedor, a indicação será de responsabilidade do credor, forte no artigo 353 do CC; e, em caso de não manifestação de vontade do devedor ou credor, a imputação será em virtude de lei, relacionadas as dívidas líquidas e vencidas em primeiro lugar, de acordo com o artigo 355 do CC.

Por indicação do devedor, significa que não pode imputar o pagamento em dívida não vencida, se o prazo se estabeleceu em benefício do credor. A vontade do credor é respeitada, quando o devedor não declara qual das dívidas quer pagar, ou seja, não faz a imputação. Já em virtude de lei, o pagamento primeiro imputar-se-á nos juros vencidos, nas dívidas vencidas, líquidas e na mais onerosa.

Didaticamente, Schreiber explica:

A regra fundamental em matéria de imputação ao pagamento é a de que a imputação é direito do devedor (art. 352). Faculta-se ao devedor escolher a qual das dívidas líquidas e vencidas se destina a sua prestação. Ao credor não compete aceitar ou recusar a escolha. Se o credor recusar o recebimento do pagamento, o devedor pode proceder à consignação em pagamento, indicando a qual dívida se refere.

6. EFEITOS

Os efeitos da imputação estão então fundamentados nos artigos do CC já mencionados, há produção de certos efeitos e limitações jurídicas. Caso a imputação seja feita pelo devedor, o direito acaba por sofrer certas limitações. Vejamos, por exemplo, que o devedor não pode imputar pagamento em dívida ainda não vencida, se o prazo se estabeleceu em benefício do credor. Também, nos contratos, o prazo é estipulado em proveito do devedor, podendo esse, em princípio, renunciá-lo e imputar o pagamento em dívida vincenda.

Nesse bordo, a doutrina de Diniz conceitua os efeitos:

A imputação é meio indireto de pagamento; logo, seu efeito, como o de todo pagamento, é operar a extinção do débito a que se dirige. Essa extinção compreende a das garantias reais e pessoais, não podendo, por isso, o credor ou o devedor, de comum acordo, revivê-las em prejuízo de terceiro. P. ex.: se "A" é devedor de "B" por duas dívidas, uma garantida por hipoteca e a outra quirografia, atingindo a imputação o crédito hipotecário, este fica saldado, de tal sorte que esta garantia não mais renascerá, em virtude de uma convenção só para esse fim.

Ademais, o devedor não pode imputar o pagamento em dívida cujo montante seja superior ao valor ofertado, salvo acordo entre as partes, pois pagamento parcelado do débito só é permitido quando convencionado. Também, o devedor não pode pretender que o pagamento seja imputado no capital, quando há juros vencidos. A razão dessa vedação está no fato de o credor ter o direito de receber, os juros, e depois o capital, pois esse produz rendimento e aqueles não.

A imputação, por indicação do credor, como antes indicado, ocorre quando o devedor não declara qual das dívidas quer pagar, sendo o direito é exercido na própria quitação. Portanto, se o devedor aceita a quitação na qual o credor declara que recebeu o pagamento por conta de determinado débito, dentre os vários existentes, sem formular nenhuma objeção, o problema está resolvido.

Na imputação por indicação da lei, ou seja, quando o credor não faz indicação no momento adequado, a legislação estabelece alguns critérios, vejamos: havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital; entre dívidas vencidas e não vencidas, a imputação far-se-á nas primeiras; se algumas forem líquidas e outras ilíquidas, a preferência recairá sobre as primeiras, segundo a ordem de seu vencimento; se todas forem líquidas e vencidas ao mesmo tempo, considerar-se paga a mais onerosa, conforme estatui o Código Civil brasileiro.

Nessa realidade, Pinto ressalta que “se o devedor não fizer a indicação, e a quitação for omissa quanto à imputação, está se fará nas dívidas líquidas e vencidas em

primeiro lugar. Se as dívidas forem todas líquidas e vencidas ao mesmo tempo, a imputação far-se-á na mais onerosa.”

Curial observar que, na descrição da imputação do pagamento prevista pelo CC nacional, no caso do devedor obrigado perante o mesmo credor por mais de um débito de mesma natureza, pode indicar expressamente a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos. Vejamos, *verbi gratia*, se “A” é devedor de “B” em três débitos, um de R\$ 1.000 (um mil reais), outro de R\$ 500 (quinhentos reais) e um terceiro de R\$ 500 (quinhentos reais). “A” envia para pagamento R\$ 1.000 (um mil reais). Sendo todas as dívidas líquidas e estando vencidas, pode “A” imputar se paga o de R\$ 1.000 (um mil reais) ou os dois de R\$ 500 (quinhentos reais).

Outro caso. “A” é devedor de “B” em três dívidas, uma de R\$ 1.000 (um mil reais), outra de R\$ 500 (quinhentos reais) e uma terceira de R\$ 500 (quinhentos reais). Envia para pagamento R\$ 1.000 (um mil reais). Sendo as mesmas dívidas líquidas e vencidas, pode “A” imputar se paga a de R\$ 1.000 (um mil reais) ou as duas de R\$ 500 (quinhentos reais). No entanto, se “A” tinha intenção de ser favorecido em não pagar por juros maiores relacionados à dívida de R\$ 1.000 (um mil reais), mas não fez a imputação. O credor poderá imputar a quitação nas duas dívidas de R\$ 500 (quinhentos reais), com juros menores. Assim, mesmo arcando com eventual prejuízo, “A” nada poderá reclamar contra essa imputação, a menos que prove que “B” usou violência ou dolo, forte no art. 354 do CC.

Nesse descortino, no que tange as transações bancárias, Schreiber revela importantes considerações, vejamos:

Registre-se, por fim, que é polêmica a incidência da imputação em pagamento na relação contratual de conta-corrente com instituições bancárias. Para Silvio Venosa, “se o correntista não tiver numerário depositado em volume suficiente para débitos que vençam na mesma data, por exemplo, devem ser aplicados os princípios da imputação em pagamento”. Em sentido diametralmente oposto, J. X. Carvalho de Mendonça afirma que “as regras sobre a imputação não se aplicam se se trata de conta-corrente, pois as remessas que alimentam essas contas não são pagamentos”.

7. JURISPRUDÊNCIA

Em decorrência do exposto nesta investigação, adequado apresentar a interpretação do instituto da imputação do pagamento no ambiente forense, especialmente sobre o entendimento dos tribunais superiores. A ementa do Recurso Especial (REsp) n.º 1.810.639/PR, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), expõe significativas ponderações sobre o tema, na forma que segue:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PAGAMENTO PARCIAL, DO MONTANTE INCONTROVERSO. IMPUTAÇÃO DE PAGAMENTO. JUROS DE MORA X JUROS REMUNERATÓRIOS. APLICAÇÃO DO ART. 354 DO CC/2002. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. A recorrida, vitoriosa em demanda que condenou a Eletrobras à devolução do Empréstimo Compulsório sobre Energia Elétrica, apresentou cálculos para dar início à Execução do Título Judicial, apurando o montante de R\$171.497,24 (cento e setenta e um mil, quatrocentos e noventa e sete reais e vinte e quatro centavos - valor histórico em 08/2012). 2. Intimada para os fins do art. 475-J do CPC/1973, a devedora apontou excesso de R\$60.104,37 (sessenta mil, cento e quatro reais e trinta e sete centavos) e pagou no prazo de 15 dias a parcela incontroversa, parte em dinheiro (R\$97.020,59 - noventa e sete mil, vinte reais e cinquenta e nove centavos) e parte em ações Eletrobras (as quais não foram aceitas por falta de AGE posterior ao trânsito em julgado da ação original). 3. Posteriormente, elaborou-se a atualização do saldo remanescente pela Contadoria, que indicou, em junho/2016, a quantia de R\$117.787, 59 (cento e dezessete mil, setecentos e oitenta e sete reais e cinquenta e nove centavos), que veio a ser retificado, relativamente ao mês de junho/2016, para R\$109.019,50 (cento e nove mil, dezenove reais e cinquenta centavos). 4. Embora a Eletrobras tenha concordado com tais cálculos, a recorrida, na condição de exequente, discordou, afirmando que a imputação do pagamento parcial ocorrido em 09/2012, de R\$97.020,59 (noventa e sete mil, vinte reais e cinquenta e nove centavos), deveria ser feita antes nos juros de mora e, somente depois de exauridos estes, nos juros remuneratórios e na diferença de empréstimo compulsório. 5. O juízo acolheu a manifestação da exequente (ora recorrida), determinando que o crédito exequendo tem por objeto a diferença de aplicação de correção monetária sobre o valor do empréstimo compulsório pago e restituído, e juros remuneratórios sobre tal diferença, corrigidos por juros de mora. Com base no art. 354 do CC/2002, definiu que a parcela referente à diferença de correção monetária e juros remuneratórios deve ser considerada "capital", enquanto os juros moratórios devem ser tidos por "juros", de modo que a Contadoria deveria proceder aos ajustes devidos na imputação de pagamento, abatendo-se primeiramente os juros (juros moratórios) e, em seguida, o capital (juros remuneratórios e principal). TESE DA ELETROBRAS 6. A tese da recorrente é de que sobre a parcela principal, correspondente à diferença de correção monetária (ou simplesmente "Diferença de Empréstimo Compulsório"), incidem juros remuneratórios reflexos do principal e juros moratórios. Sustenta que o dispositivo da lei civil não contém esse detalhamento (ou seja, o art. 354 do CC fala apenas em "juros", isto é, gênero, sem distinguir suas espécies). Invoca o art. 355 do CC/2002, para defender que, na falta de indicação pelo credor, a imputação deve ser feita primeiramente sobre os juros remuneratórios, e somente após sobre os juros moratórios. IDENTIFICAÇÃO DAS PARCELAS COMPONENTES DO "CAPITAL" E DOS "JUROS", PARA FINS DE APLICAÇÃO DO ART. 354 DO CC/2002 7. Conforme decidido no REsp 1.003.955/RS, no rito do art. 543-C do CPC/1973 (recursos repetitivos), nas demandas de Repetição de Indébito do Empréstimo Compulsório sobre Energia Elétrica, os contribuintes visam à devolução dos recolhimentos feitos, acrescidos das parcelas remuneratórias previstas na legislação de regência, isto é, diferenças de correção monetária e juros remuneratórios reflexos. Uma vez identificado o crédito decorrente da condenação judicial, exsurge, ainda, a condenação ao pagamento dos juros moratórios. Nesse sentido destaca-se a seguinte transcrição da respectiva ementa: "2. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O PRINCIPAL: 2.1 Os valores compulsoriamente recolhidos devem ser devolvidos com correção monetária plena (integral), não havendo motivo para a supressão da atualização no período decorrido entre a data do recolhimento e o 1º dia do ano subsequente, que deve obedecer à regra do art. 7º, § 1º, da Lei 4.357/64 e, a partir daí, o critério anual previsto no art. 3º da

mesma lei. 2.2 Devem ser computados, ainda, os expurgos inflacionários, conforme pacificado na jurisprudência do STJ, o que não importa em ofensa ao art. 3º da Lei 4.357/64. 2.3 Entretanto, descabida a incidência de correção monetária em relação ao período compreendido entre 31/12 do ano anterior à conversão e a data da assembleia de homologação. 3. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE JUROS REMUNERATÓRIOS: Devida, em tese, a atualização monetária sobre juros remuneratórios em razão da ilegalidade do pagamento em julho de cada ano, sem incidência de atualização entre a data da constituição do crédito em 31/12 do ano anterior e o efetivo pagamento, observada a prescrição quinquenal. Entendimento não aplicado no caso concreto por ausência de pedido da parte autora. Acórdão reformado no ponto em que determinou a incidência dos juros de 6% ao ano a partir do recolhimento do tributo, desvirtuando a sistemática legal (art. 2º, caput e § 2º, do Decreto-lei 1.512/76 e do art. 3º da Lei 7.181/83). 4. JUROS REMUNERATÓRIOS SOBRE A DIFERENÇA DA CORREÇÃO MONETÁRIA: São devidos juros remuneratórios de 6% ao ano (art. 2º do Decreto-lei 1.512/76) sobre a diferença de correção monetária (incluindo-se os expurgos inflacionários) incidente sobre o principal (apurada da data do recolhimento até 31/12 do mesmo ano). Cabível o pagamento dessas diferenças à parte autora em dinheiro ou na forma de participação acionária (ações preferenciais nominativas), a critério da ELETROBRAS, tal qual ocorreu em relação ao principal, nos termos do Decreto-lei 1.512/76. (...) 6. DÉBITO OBJETO DA CONDENAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA: 6.1 CORREÇÃO MONETÁRIA: Os valores objeto da condenação judicial ficam sujeitos a correção monetária, a contar da data em que deveriam ter sido pagos: a) quanto à condenação referente às diferenças de correção monetária paga a menor sobre empréstimo compulsório, e os juros remuneratórios dela decorrentes (itens 2 e 4 supra), o débito judicial deve ser corrigido a partir da data da correspondente assembleia geral de homologação da conversão em ações; b) quanto à diferença de juros remuneratórios (item 4 supra), o débito judicial deve ser corrigido a partir do mês de julho do ano em que os juros deveriam ter sido pagos. 6.2 ÍNDICES: observado o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ, cabível o cômputo dos seguintes expurgos inflacionários em substituição aos índices oficiais já aplicados: 14,36% (fevereiro/86), 26,06% (junho/87), 42,72% (janeiro/89), 10,14% (fevereiro/89), 84,32% (março/90), 44,80% (abril/90), 7,87% (maio/90), 9,55% (junho/90), 12,92% (julho/90), 12,03% (agosto/90), 12,76% (setembro/90), 14,20% (outubro/90), 15,58% (novembro/90), 18,30% (dezembro/90), 19,91% (janeiro/91), 21,87% (fevereiro/91) e 11,79% (março/91). Manutenção do acórdão à míngua de recurso da parte interessada. 6.3 JUROS MORATÓRIOS: Sobre os valores apurados em liquidação de sentença devem incidir, até o efetivo pagamento, correção monetária e juros moratórios a partir da citação: a) de 6% ao ano, até 11/01/2003 (quando entrou em vigor o novo Código Civil) - arts. 1.062 e 1.063 do CC/1916; b) a partir da vigência do CC/2002, deve incidir a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Segundo a jurisprudência desta Corte, o índice a que se refere o dispositivo é a taxa SELIC". 8. Como se vê, a parcela referente aos juros remuneratórios reflexos, inconfundível com os juros moratórios, compõe o principal do débito exequendo, de modo a ensejar, na imputação de pagamento, a aplicação do art. 354 do CC/2002. 9. Em relação às normas dos arts. 352 e 355 do CC/2002, verifica-se que o Tribunal de origem apenas reproduziu a sua redação, deixando, contudo, de emitir juízo de valor a seu respeito. Aplicação da Súmula 282/STF. Não bastasse isso, ambas as normas pressupõem a especificação a respeito do exercício, pelo devedor, do direito de indicar o débito objeto de pagamento, situação igualmente não alegada pela recorrente, tampouco examinada no acórdão hostilizado. 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Processo: REsp 1810639/ PR - RECURSO ESPECIAL 2019/0114563-0. Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN (1132). Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 16/06/2020. Data

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da imputação do pagamento ocorre nos casos em que o devedor, estando logicamente no polo passivo, esteja vinculado em vários débitos, sendo esses de mesma natureza, bem como conectados a um mesmo credor, o polo ativo. Não dispondo o devedor de quantia insuficiente para saldar suas dívidas, ele pagará o débito parcialmente, indicando qual a parcela da dívida quitou.

No caso de haver mais de um título de dívida líquida e certa, estando esses vencidos, o devedor oferecerá ao credor a quantia disponível para saldar suas dívidas de forma parcial, ou seja, pagamento total de um dos débitos ou parcial dos diversos débitos, logicamente, referenciando quais valores e percentuais são relacionados aos débitos cujos saldos não forem eventualmente quitados.

Nessa realidade, a utilização do instituto decorre da vontade das partes ou mediante aplicação do ordenamento jurídico. Na primeira situação, a faculdade é do devedor, sendo que se esse não fizer a imputação, o devedor terá o direito de imputar o pagamento. Já na segunda situação, a norma legal resolve o problema quando as partes não indicarem ou for omissa a quitação, ou seja, a imputação do pagamento estará relacionada às prestações dos títulos que forem líquidas e vencidas, particularmente, no que forem mais onerosas e antigas.

Por derradeiro, o instituto oferece grande oportunidade para o devedor saldar suas dívidas, estando fundado em expressa normatização do Código Civil brasileiro, bem como, em conformidade com os direitos e garantias constitucionais, especialmente princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, o instituto é um facilitador para trazer o devedor de volta para a situação de adimplente, ou seja, com suas dívidas saldadas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp) n.º 1.810.639/PR**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901145630&dt_publicacao=18/09/2020. Acesso em: 17 nov. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 22ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FILHO, Rodolfo Pamplona Filho; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil – Sistematizado**. 7ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.